

---

**DIRIGISMO CONSTITUCIONAL E ACESSO À JUSTIÇA: UMA  
ANÁLISE A PARTIR DO MONOPÓLIO DA ATIVIDADE  
JURISDICCIONAL E DA IMPORTÂNCIA DOS MEIOS ALTERNATIVOS  
DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

***CONSTITUTIONAL DIRECTION AND ACCESS TO JUSTICE: AN  
ANALYSIS FROM THE MONOPOLY OF JURISDICTIONAL ACTIVITY  
AND THE IMPORTANCE OF ALTERNATIVE MEANS OF CONFLICT  
SOLUTION***

**INGRID ZANELLA ANDRADE CAMPOS**

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Doutora e Mestre pela Direito na Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora Adjunta da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Auditora Ambiental Líder. Perita Ambiental Judicial. Coordenadora e Professora da Pós-Graduação em Direito Marítimo, Portuário e do Petróleo da UNINASSAU/PE. Professora da especializações em Direito Marítimo, Portuário e Ambiental da UNISANTOS/SP, Faculdade de Direito de Vitória/ES, UNIVALI/SC e UFRN. Presidente da Comissão de Direito Marítimo, Portuário e do Petróleo da OAB/PE. Membro da Comissão de Meio Ambiente da OAB/PE. Oficial do Conselho da Ordem do Mérito Naval/Marinha do Brasil. Advogada no escritório Zanella Advogados & Consultores, em Recife/PE.

**RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo central desenvolver um panorama acerca da crise da função jurisdiccional, partindo-se do pressuposto de que o Poder Judiciário desenvolve papel marcante na busca da efetivação da Constituição Federal dirigente. Ao final, defende-se a desconstrução da hierarquia jurisdiccional, com o fito

---

de ressaltar a importância da atuação de órgãos não estatais na solução de conflitos, como forma de efetivar o acesso à justiça.

**PALAVRAS-CHAVE:** acesso à justiça; Poder Judiciário; solução alternativa de conflitos.

### **ABSTRACT**

The present article has as main objective to develop a panorama about the crisis of the jurisdictional function, starting from the assumption that the Judiciary plays an important role in the search of the effective Federal Constitution. In the end, it is defended the deconstruction of the jurisdictional hierarchy, in order to emphasize the importance of the non-state organs acting in the solution of conflicts, as a way of effecting access to justice.

**KEYWORDS:** access to justice; Judiciary; Conflict resolution.

### **INTRODUÇÃO**

De maneira introdutória, percebe-se que a evolução das Constituições Brasileiras encontra-se ligada com a própria evolução do Estado.

O pensamento constitucional brasileiro teve início na época do império, com as idéias liberais, onde o maior desafio era manter a integridade territorial. Fato esse que fora respeitado pela evolução social brasileira.

No Estado Liberal a principal preocupação era garantir a liberdade e propriedade privada. A liberdade do legislador era ampla, porém muitas vezes ineficaz na redução das desigualdades.

O constitucionalismo objetivou criar mecanismos de limitação ao poder absolutista do rei, monarca, na época do império. Para tanto, o constitucionalismo aspirava uma Constituição escrita, como instrumento na tentativa de impor tais limitações.

---

Com a República começou a se incluir classes até então excluídas. Na data de 1889, ocorreu o ingresso na era industrial, com a latente necessidade de capital financeiro. Isso, pois, o império não gerava renda, o que deu aval a República. Esse regime veio como a ascensão de uma classe no poder, não apenas como uma revolução.

O Estado Liberal não tardou em ser superado pelo Estado Social de Direito, no sentido de atribuir, ao próprio Estado, encargos sociais considerados pelo constituinte como indispensáveis à manutenção da paz social.

Em um Estado Social, a função do direito adota uma concepção positiva, com o desiderato de assegurar o desenvolvimento do indivíduo, por meio de uma intervenção social, cultural e econômica.

O Estado procura estabelecer uma igualdade material, igualdade de oportunidades, justificando a intervenção Estatal.

Após a segunda grande guerra mundial, sobreveio o Estado Democrático de Direito, que no Brasil se materializou na Constituição de 1988. O Estado Democrático de Direito é concebido com base no respeito aos direitos fundamentais e sociais, e na democracia.

O Estado Democrático de Direito é percebido como forma de implantação das promessas de modernidades não cumpridas pelo Estado Social.

Nessa esfera, desenvolve-se um grande movimento em torno do papel do Poder Judiciário, em torno da Constituição Federal. Ou seja, de como esse Poder era meio efetivar os valores contidos em sede constitucional, com a noção de Jurisdição Constitucional, de Processo Constitucional, onde se percebe o modelo de Constituição Dirigente.

Assim, a Constituição deveria aspirar e determinar um plano global de determinação de tarefas, estabelecendo programas, diretrizes e definindo fins para o Estado e sociedade.

O dirigismo constitucional reformula a própria finalidade das Constituições. A Constituição deixa de ser mero instrumento garantidor do estado, como norma jurídica formalmente superior e abstraída de qualquer conteúdo material. A Constituição Dirigente se presta a um algo mais, como condição de possibilidade para a concretização das promessas não cumpridas.

---

A Constituição de 1988 prevê instrumentos de implementação e efetivação dos direitos fundamentais e sociais garantidos, tais como mandado de segurança; ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão; mandado de injunção, e demais.

De acordo com o Professor Martonio Lima, o dirigismo constitucional brasileiro encontra o maior exemplo e guarida, através do artigo 219 da Constituição Federal pátria vigente, com a proteção do mercado interno. Isso, como fundamento basilar do capitalismo, como meio de fortalecer a economia interna, de assegurar e asseverar a intervenção do Estado na economia (LIMA, 2009)

Nessa esfera não faltam meios jurídicos para a concretização da Constituição Federal, nesse ínterim, contata-se que é necessário se desenvolver uma maior consciência do papel da Constituição diante do ordenamento jurídico.

Nesse âmbito não se pode olvidar o papel do Poder Judiciário frente à busca constante de efetivação da Constituição Federal vigente, norteadora do Estado democrático de direito.

Com fulcro nesse aspecto, qual seja a efetivação da Constituição Federal dirigente por intermédio do Poder Judiciário, analisar-se-á a função jurisdicional em face das crises atuais provenientes da complexa sociedade.

## **2 A CRISE DA JURISDIÇÃO ESTATAL E A COMPLEXIDADE SOCIAL**

Em face da firmação do Estado Democrático de Direito, desenvolve-se um novo conceito de prestação jurisdicional, onde a lei deve ser interpretada em torno da Constituição, objetivando-se a efetivação do processo e a tutela dos direitos individuais e coletivos. De tal modo, o acesso à justiça se consubstanciou como um direito garantia humano e fundamental, de cunho formal e material, como considerado.

A busca de efetivação do acesso à justiça até os dias atuais é um tema que necessita de uma atenção considerada, posto que está intimamente ligada ao ideal político e social da Constituição Federal, e atua como forma de assegurar os direitos fundamentais.

---

A efetivação deste princípio está relacionada à atuação do Poder Judiciário que distribua a justiça de maneira imparcial, célere, sem custos extremados, com o desiderato de possibilitar a igualdade formal e material do cidadão, com o reconhecimento de sua condição de “ser”.

Atualmente, a crise social vem tendo como um de seus fatores a impossibilidade do Estado desempenhar suas funções primordiais, entre elas a jurisdicional. A descrença do Poder Judiciário decorre da falta de compromisso político para com questões sociais, fato que coloca em pauta a relação de poder e de autoridade (MATTOS, 2009).

Em face da visão atual de justiça, pretende-se defender que o acesso à justiça pode e deve ser efetivado através de uma atuação conjunta entre o Estado e os organismos extra-estatais, que atuam de forma paralela na solução de demandas especializadas.

Por meio do reconhecimento da atuação de organismos alternativos de solução de conflitos, detentores de jurisdição anômala, coloca-se em pauta o próprio paradigma de monopólio de jurisdição estatal como único meio de acesso à justiça até então aceito.

Conforme considerado a terceira onda do acesso à justiça, proposta por Cappelletti, tem como vértice o desenvolvimento de formas extrajudiciais de solução de litígios, para retirar do monopólio estatal esta atividade, e possibilitar julgamentos céleres, eficazes e imparciais.

Isso é consequência do ambiente complexo que não permite que o sistema jurídico seja veiculado apenas a atuação estatal, com o reconhecimento de outras formas de produção e efetivação do direito, que estão constantemente em desenvolvimento.

Destarte, o direito interno busca a interação com o ambiente internacional e extra-estatal, esta nova tendência introduz novas fontes de direito, e novos atores de direito, além disso, como meio de não estatizar o direito, e o adequar as necessidades e conflitos atuais.

No contexto da globalização, com a crescente importância das normas supra e infranacionais, em consonância com a complexidade da sociedade contemporânea, nem o Estado nem o direito são capazes de se adaptar à sua

---

evolução. Fato esse que induz o Estado Nacional a perder o monopólio de promulgar regras, e, conseqüentemente o monopólio de jurisdição.

O presente estudo intenta desconstruir a hierarquia jurisdicional, com o fito de ressaltar a importância da atuação de órgãos não estatais na solução de conflitos, como forma de efetivar o acesso à justiça.

## 2.1 A ATIVIDADE JURISDICIONAL

É sabido e consolidado pela doutrina que o Estado exerce três funções, em face do seu poder soberano, quais sejam a legislativa, a administrativa e a jurisdicional. Todavia, ressalta-se que o poder do Estado é uno e indivisível, apenas o exercício desse poder se reveste nas funções supra especificadas.

No tópico em comento dar-se-á atenção a atividade ou função jurisdicional do Estado soberano. Primeiramente, torna-se mister esclarecer que o conceito de jurisdição não é preciso, nem unânime na doutrina.

A palavra jurisdição vem do latim *iuris dicto*, ou seja, dizer o direito. Atualmente, essa função não se limita a dizer o direito, é mais ampla e está ligada ao sentimento de fazer justiça (CÂMRA, 2007, p.67).

Desde o aparecimento dos primeiros agrupamentos sociais, surgiram, também, os conflitos de interesses, corriqueiros em qualquer sociedade. Vez em que não existia uma autoridade superior constituída, os homens resolviam as controvérsias através da jurisdição privada, ou seja, autotutela. Com a evolução da sociedade, surgiu o Estado que, aos poucos, retirou das mãos dos próprios litigantes a função de julgar. Então através da monopolização estatal, a natureza jurídica da jurisdição foi se construindo e solidificando (CINTRA-GRINOVERODINAMARCO, 1999, p.20-23)

O monopólio da atividade jurisdicional, como uma das funções do Estado aparece, primariamente, a partir do momento que as relações sócias vão se sofisticando, em particular no interior do Estado Moderno de feitio liberal, e ausência de uma ordem demanda da intervenção estatal.

---

Neste período o Estado passa a chamar para si o monopólio de tal atividade, afastando a possibilidade da justiça privada, meio apto até então para a execução do direito ou interesse lesado (MORAIS, 2008, p.79).

Conseqüentemente, surge a jurisdição como um poder jurisdicional exclusivo do Estado. Onde, a ideologia consagrada é que esta se apresenta de forma unitária, indivisível e indelegável, como poder função monopolizada pelo Estado.

Para Alexandre Freitas Câmara a função jurisdicional é a responsável por subsumir a abstração da norma ao caso concreto, é a aplicação da lei ao caso concreto, com a nítida imparcialidade do Juiz, que substitui a atividade das partes. Ainda que a decisão ou sentença proveniente do órgão Judiciário tende a ser definitiva e vinculante (CÂMARA, 2007, p.67-70).

De acordo com Cappelletti a característica mais importante do ato jurisdicional é o desinteresse pessoal do Juiz, a imparcialidade. Assim este é sempre um terceiro, onde a sentença é um imperativo que vincula as partes (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.67).

Vários autores apresentam conceitos distintos de jurisdição, em face do objeto e finalidade, como se demonstrará a seguir.

Giuseppe Chiovenda ao tentar conceituar a jurisdição, parte de sua finalidade, como função do Estado que tem por escopo a prevalência da lei, por intermédio da substituição das partes. Com destaque para duas características básicas, a atuação concreta do direito e a substitutividade (CHIOVENDA, 2000, p.11).

Esta teoria parte da premissa de que a lei, norma abstrata e genérica, regula todas as situações que ocorram no caso concreto, devendo o Estado se limitar a declarar direitos preexistentes em face dos comandos da lei (CÂMARA, 2007, p.70-71)

Por sua vez, Carnelutti, ao tentar conceituar jurisdição, leva em consideração a idéia da lide, como um conflito de interesses, onde jurisdição teria como objetivo a justa composição da lide (CARNELUTTI, 1999, p.35).

Entre essas se destaca a concepção de jurisdição de Jaime Guasp Delgado, que defende ser jurisdição como uma função de satisfação de pretensões. Bem

---

como a de Hugo Rocco, que afirma ser jurisdição a atividade com que o Estado procura satisfazer os interesses protegidos pelo direito (CÂMARA, 2007, p.71).

Entretanto, a doutrina brasileira se posicionou entre as teorias de Chiovenda e Carnelutti, as considerando de forma complementar, sendo mais usual a conceituação de jurisdição como a função do Estado de atuar a vontade concreta da lei com o fim de obter a justa composição da lide (CÂMARA, 2007, p.72).

O Judiciário é um dos poderes do Estado, que exerce a atividade jurisdicional, por intermédio da aplicação da lei ao caso concreto, em conformidade com a realidade social, como meio de impor de forma vinculante as decisões, e permitir a formação da ordem.

De acordo com Ivo Dantas (2010, p.35) o reconhecimento Constitucional acerca da função jurisdicional é preciso, confira:

Pelo visto, a primeira referência feita ao Poder Judiciário, na vigente Constituição, encontra-se no art. 2, ao determinar que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, após o que volta a tratá-lo de forma específica, nos arts. 92 a 126, sendo que nos arts. 127 a 130, dedica-se a regulamentar as funções essenciais à justiça.

Para este Autor: “[...] a função jurisdicional é um poder-dever ou um *dever-direito* de dizer a lei, aplicando-a ao caso concreto, e em sua perspectiva (dela, a lei), fazer justiça” (DANTAS, 2010, p.42).

Entre as características essenciais dessa atividade, pode-se citar, de forma sucinta três fatores: inércia, substitutividade e natureza declaratória (CÂMARA, 2007, p.75).

A inércia está presente no fato de que o Estado-juiz só atua se for provocado pelas partes. Este fator encontra-se expresso no Código de Processo Civil, artigo 2, que afirma “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer nos casos e formas legais”.

A substitutividade encontra-se no fato de que não cabe mais as partes a função de tutela dos direitos e interesses, ou seja, a autotutela, assim cabe ao Estado prestar a jurisdição, substituindo a atividade das partes, e materializando a



---

norma no caso concreto. Por fim, a natureza declaratória quer dizer que o Estado não cria direitos subjetivos, mas apenas reconhece direitos preexistentes.

Como analisado, a atividade jurisdicional aparece como uma das funções do Estado, como monopólio deste, a partir do momento em que se proíbe a autotutela, sendo una e indivisível.

Ora, não existe no Brasil, nenhum outro poder, além do Judiciário, com tamanha soberania perante a sociedade, e que não sofre nenhuma fiscalização por parte desta, ou por qualquer outro poder (MATTOS, 2009, p.110).

A busca da efetividade do processo, como corolário do acesso à justiça, deve ser percebida por intermédio da capacidade do Estado em exercer as funções primárias concedidas pela Constituição Federal.

O que se deve ter em mente é que o escopo jurídico da jurisdição, não é o único que deve ser levado em consideração, existe uma abertura do processo a diversas finalidades, não só de aplicar a norma abstrata ao caso concreto.

O processo não pode ser visto e estudado como mero instrumento de atuação do direito material. Não pode ser considerado como o meio pelo qual se realiza a jurisdição, como um conjunto de atos processuais, marcado pelo formalismo exagerado.

Nesta acepção com o desiderato de abandonar o formalismo, desenvolve-se a teoria instrumentalista do processo, que transpassou os aspectos técnicos, para conferir ao processo uma feição mais crítica, analisando os resultados efetivos que o mesmo possivelmente poderá produzir socialmente.

Conseqüentemente, o escopo social e político ressaltam a importância dessa atividade perante a sociedade, e devem ser alcançados de forma plena em conjunto com o escopo jurídico.

Neste sentido, cita-se (MARRALLES, 2006, p.45):

A moderna ciência processual conscientizou-se de que a atuação da função jurisdicional através do processo visa não apenas aplicar o direito aos conflitos de interesse, mas também atingir outros objetivos até então considerados externos a esta função, ou seja, a consagração dos valores defendidos pelo Estado Democrático de Direito. Assim, pelo estudo dos escopos da jurisdição, que, conseqüentemente, são também do processo, visa-se delimitar quais os fins para os quais a função jurisdicional irá atuar.

---

O doutrinador Cândido Rangel Dinamarco defende que a visão da instrumentalidade negativa do processo não pode ser entendida como a única, onde ressalta a instrumentalidade positiva deste. Assim, o processo é instrumento pelo qual se vale o Estado para alcançar os diversos escopos da jurisdição (social, jurídico e político) (DINAMARCO, 1998, p.83).

O escopo jurídico é a efetivação da vontade concreta do direito objetivo, com a realização de normas. Este é o raciocínio de que as decisões em conformidade com as regras de direito material estão aptas a pacificar e afirmar a autoridade do Estado (BEDAQUE, 1997, p.50).

Os escopos sociais são dois: pacificar com justiça e educar a sociedade (CÂMARA, 2007, p.85) Desta maneira, o Estado, exercendo a função jurisdicional, propicia um sentimento de paz social. É o escopo que merece atenção extremada, pois está relacionado com a legitimidade, com a aceitação pela sociedade.

A educação dos cidadãos está ligada ao conhecimento do funcionamento e dos mecanismos para a defesa dos próprios interesses e direitos, com base nos valores éticos e democráticos resguardados pela cidadania.

Alexandre Freitas Câmara (2007, p.86), a respeito do escopo educacional, assegura que:

Através do exercício jurisdicional o Estado dá duas lições: ensina o que as pessoas não podem fazer, sob pena de violarem o ordenamento jurídico e serem, em consequência, sancionados; e, ao mesmo tempo, ensina aos titulares de direitos lesados ou ameaçados como fazer para obter a tutela de seus interesses.

Por fim os escopos políticos, na medida em que a jurisdição é manifestação do poder do Estado, razão pela qual há nítida natureza jurídica.

Este escopo consiste na afirmação de três elementos, a capacidade de decidir imperativamente (poder do Estado), culto às liberdades públicas e canalização de participação popular no destino da sociedade (DINAMARCO, 1998, p.170).

A partir do reconhecimento dos escopos ou finalidades da jurisdição, encerrando a idéia de que esta atividade se resume a concretização da norma nos casos concretos e de que o processo é mero instrumento para este fim, abre-se o caminho para a percepção da jurisdição como mecanismo de acesso à justiça.

---

Com a visão do acesso à justiça, passou-se a defender todos os escopos da jurisdição, abandonado-se a visão clássica de instrumentalidade negativa, onde a jurisdição se resume a “dizer o direito”. Nessa esfera, defende-se a jurisdição como um novo ideal democrático, como meio de proteção dos cidadãos, solucionando os conflitos de interesse para a pacificação social.

Em outros dizeres, a jurisdição deve ser alcançada como instrumento de educação e participação popular, de efetivação e consagração de justiça, de pacificação social. Como máquina trabalhando em favor do bem estar social, para os cidadãos, transpassando a legalidade e alcançando a legitimidade do direito.

Como bem elenca Ivo Dantas (2010, p.44):

Se ao magistrado não é dada a *função de legislador*, lhe é atribuída, contudo, a maior responsabilidade que já se deu ao ser humano: julgar o próximo, dizer nos casos concretos com quem está a vontade da lei. Porém, mais do que isto, dele se exige que faça justiça, e esta, muitas vezes, não está na Lei, mas contra a Lei. Caber-lhe-á ter a coragem necessária para, contra a Lei, fazer justiça.

Na contemporaneidade, correntes estão se desenvolvendo com vistas a defender uma reformulação do entendimento de jurisdição, em face das formas alternativas de solução de lides. Em outros dizeres, com o desiderato de desmistificar o monopólio de jurisdição pelo Estado.

No bem da verdade, quiçá, o próprio legislador constituinte tenha buscado desmistificar o monopólio estatal da jurisdição, com a previsão de alternativas à pacificação dos conflitos, como no caso dos juizados especiais (Art. 98, I, da CF) e com a possibilidade da participação direta do povo na administração da justiça, por meio da justiça de paz (Art. 98, II, da CF).

No mais, um processo garantido por princípios constitucionais, torna possível majorar o campo de atuação da própria jurisdição, ou seja, favorecer a realização do bem comum, possibilitando o acesso dos cidadãos à justiça.

Em face do desenvolvimento das formas extrajudiciais de conflitos, somado ao fato da importância no cenário mundial dessa atividade, torna-se imperioso a reformulação do monopólio de jurisdição pelo Estado, com vistas a permitir o reconhecimento dos meios alternativos.

---

## 2.2 A DESCONSTRUÇÃO DA HIERARQUIA DE JURISDIÇÕES

De forma introdutória afirma-se que ao defender a desconstruir a hierarquia da atividade jurisdicional, pretende-se reconhecer a atividade dos meios alternativos de solução de conflitos, com o desiderato de equiparar a atividade desses a atividade jurisdicional do Estado. Entretanto essa equivalência apenas será possível se o processo for desenvolvidos com respeito aos princípios processuais constitucionais, como estará esclarecido.

O doutrinador Gunther Teubner, de forma inovadora, propõe uma nova visão acerca da constitucionalização do sistema global, por intermédio da atualização da Constituição perante os fenômenos da reflexividade e da juridificação (SCHWARTZ, 2012).

Este defende que deve haver uma ordem mundial heterárquica, com uma autodesconstrução da hierarquia do direito, entendido como legislação e jurisdição, no Estado Democrático de Direito. A sociedade mundial, nesse vértice, deve ser vista por meio de diversos acoplamentos estruturais, como uma sociedade heterárquica.

Ora, todo ordenamento jurídico encontra-se condicionado ao momento histórico em que é produzido, isto, pois, representa os valores sociais legitimados pela sociedade à qual será aplicado. A não correspondência da norma a realidade, dará início a sistemas revolucionários (DANTASM 2010, p.52-53).

A grande característica é o fato de que o surgimento de uma lei globalizada não pode ser mensurada e/ou avaliada por ícones do Estado-Nação, tais como a Constituição, posto que problemas como a digitalização, a privatização e a globalização, colocam em dúvida a tríade Constituição/Estado-Nação/Soberania.

Neste sentido, Teubner (2003) indaga:

*From the many problems our harmless legal case raises, I wish to single out one question: how is constitutional theory to respond to the challenge arising from the three current major trends—digitisation, privatisation and globalisation—for the inclusion/exclusion problem?*

Na sociedade atual, complexa e repleta de novos direitos e espécies de litígios, a Constituição Federal de 1988 finda por não cumprir com as expectativas

---

normativas lançadas pela sociedade. Onde, deve haver o reconhecimento de novos atores na seara jurídica, capazes não só de produzir normas, como de julgar lides.

A inadequação do direito encontra-se na complexidade das relações sociais, nas quais o homem, passando a ser compreendido a partir do seu contexto social, econômico e cultural, assiste ao alargamento dos seus interesses jurídicos (MORAIS, SPENGLER, 2008, p.80).

Para Gunther Teubner a sociedade mundial influenciada pela globalização direciona ao fato de que os procedimentos do Estado de direito não pertencem mais unicamente ao Estado soberano.

Há uma libertação do direito em relação ao Estado nacional, em face da globalização, com a emergência de ordens jurídicas plurais e autônomas, dotadas de hierarquia. Portanto, há um desaparecimento da hierarquia de legislação e jurisdição (NEVES, 2008, p.261-263).

Este pensamento do mesmo modo se assemelha com o reconhecimento da diferença. Assim ao invés de se buscar uma ordem jurídica global consentida por todos, deve-se reconhecer os vastos ordenamentos desenvolvidos na esfera da sociedade internacional.

Percebe-se que processo de globalização, com o surgimento de novos conflitos e sujeitos de direito, contribuiu para a formação de novas instâncias de criação políticas, e, de vários graus de formalidade na produção normativa, e de formatos de dissolução de demandas.

Este contexto é fruto da complexidade da sociedade mundial, da necessidade de desenvolvimento de novas fontes normativas, e da ampliação jurídica do direito.

A evolução social alterou a perspectiva da positividade do direito na sociedade moderna. De acordo com o modelo sistêmico de Niklas Luhmann, o qual não se pretende ingressar, a evolução manifesta-se com a transformação do improvável em provável, quando o que desviante integra a estrutura do respectivo sistema (NEVES, 2008, p.1).

A sociedade moderna é diferenciada funcionalmente, as características dessa diferenciação são tanto a desigualdade quanto a igualdade. Os sistemas funcionais são iguais na sua desigualdade, onde as diretrizes para as relações entre

---

eles não residem em mecanismos abrangentes de toda a sociedade (LUHMANN, 2008, p.10). Assim a unidade da sociedade paira na diferença.

A sociedade está pautada da diferença, e se coaduna como um erro procurar uma conceituação geral, ou o ideal para todos.

Nos dizeres de Luhmann (2008, p.10):

O Estado Democrático de Direito da atualidade não se baseia em nenhuma identidade coletiva ou ético-política, mas sim na esfera pública multicultural, tendo, portanto, de confrontar-se com uma heterogeneidade de valores, interesses, expectativas e discursos divergentes. Ao contrário um, um Estado assentado na identidade coletiva, fundamentado eticamente, tende na sociedade complexa de hoje a assumir formas totalitárias e, dessa maneira, a violar os direitos humanos.

A Constituição é o local de acoplamento entre Direito e Política, se ambos são factibilizados, cada vez mais, no plano internacional, a Constituição perde esse espaço, por exemplo, para os contratos de caráter internacional, resolvidos em âmbito privado (LUHMANN, 2009).

A noção de multiplicidade de Constituições Civis é a defendida por Teubner como uma forma de superação dos problemas apontados, como a busca da não cristalização do direito, em face das novas necessidades modernas. É uma nova racionalidade constitucional (GUNTHER, 2003).

Como bem esclarece Teubner (2009)

*In our context, the need is now no longer to confine the problematic relationship between juridification and constitutionalisation to the political community. Grotius' famous proposition ubi societas ibi ius has to be reformulated in the conditions of functional differentiation of the planet in such a way that wherever autonomous social sectors develop, at the same time autonomous law is produced, in relative distance from politics. Law-making also takes place outside the classical sources of international law, in agreements between global players, in private market regulation by multinational concerns, internal regulations of international organisations, interorganisational negotiating systems, world-wide standardisation processes that come about partly in markets, partly in processes of negotiation among organizations.*

Este doutrinador afirma que a Constituição não pode mais ser ligada unicamente ao Estado e a política, deve haver uma relação desta com outros

---

sistemas, onde o foco acerca da constituição política está se alterando para as diversas constituições civis da sociedade mundial.

Há uma libertação do direito em relação ao Estado nacional, com a nítida emergência de ordens jurídicas plurais. Razão pela qual se alarga a pluralidade heterárquica de ordens jurídicas (GUNTHER, 2008, p.262).

Nesse aspecto Marcelo Neves (2008, p.280), afirma que:

Não me parece, por fim, que o caráter controverso do projeto habermasiano de uma política interna mundial destinada à “geração de um regime global de bem-estar” e à imposição dos direitos humanos decorra do fato de que a aspirada “cidadania mundial” não estaria fundada em um identidade ética ou coletiva como a cidadania civil, mas sim em “obstáculos de tipo estrutural.

Assim: “A teoria do direito é desafiada, então, a incluir em sua semântica e trazer para o centro de suas discussões a questão das ordens jurídicas globais e plurais, estruturalmente acopladas aos respectivos subsistemas da sociedade mundial” (NEVES, 2008, p.261).

O reconhecimento da complexidade atual constitui um dos principais fatores de mutação e reconstrução de sentidos do direito e das formas de jurisdição.

Mauro Cappelletti (1994, p.82) defende que o ordenamento jurídico está distanciado da realidade social, perceba:

Uma simplificação da realidade; o direito e o sistema jurídico eram olhados exclusivamente em seu aspecto normativo, enquanto se negligenciavam seus componentes reais – sujeitos, instituições, processos e, mais genericamente, seu contexto social.

Por esse fato, Teubner nega a unidade do direito, pois através da globalização, é possível que se desenvolvam, em operações transacionais, novas formas de circularidade do código jurídico e de código político com os códigos. Há a premente necessidade de se alterar o foco da Constituição política do Estado-Nação para as constituições civis da sociedade mundial.

A operacionalização do direito não pode se restringir a interpretação da norma, atuando como um sistema fechado.

É, especificamente, na racionalidade sistêmica (reflexiva), que se pode observar a Constituição com os olhos requeridos pela sociedade contemporânea. A

---

grande e nova característica é o fato de que o surgimento de uma lei globalizada não pode ser mensurada e/ou avaliada por ícones do Estado-Nação.

A racionalidade reflexiva impõe a constatação da impossibilidade uma noção hierárquica de ordenamento jurídico. Problemas como a digitalização, a privatização e a globalização, colocam em dúvida a tríade Constituição/Estado-Nação/Soberania (TEUBNER, 2012).

Em face dessa nova perspectiva de globalização do direito, ocorreu a necessidade de regulação de certas matérias de interesse global, com a legalização de leis internacionais, em face da incapacidade do Estado de gerir e regular toas as matérias (PICCIOTTO, 2008, p.457-479)

Muitos doutrinadores, como Seyla Benhabib, defendem que os vastos instrumentos de direitos internacionais, tendem a ocupar papel significativa no plano interno. Talvez, poder-se-ia afirmar que estava se firmando o caminho para uma Constituição Internacional, uma vez que se estaria reconhecendo direitos supra legais e de interesse e legitimidade de todos.

A democracia alterou a forma de defender as normas, de maneira que, atualmente, não se torna pertinente indagar quais normas são válidas para os seres humanos, mas, sim, quais são mais benéficas e que devem ser respeitadas (BENHABIB, 2008, p.98-99).

Teubner (1997, p.780), acerca da constituição global, defende que:

*Again, law's globalization seems today to be the key to understanding the differentiation of a social structure that tolerates a different legal semantic which would sufficiently displace and conceal law's paradox, at least for the time begin. Globalization breaks the link connecting law to the democratically constituted political discourses.*

O direito pautado no positivismo interno, no racionalismo, já não mais fornece resposta às demandas decorrentes de novos direitos que se desenvolvem na sociedade interna e internacional, ou seja, mostra-se incapaz de lidar com o número de demandas, envolvendo direitos cada vez mais especializados e precisos.

Em um mundo globalizado onde a conexão entre os vários tipos de normas é tão densa, com tantas formas de leis transnacionais emergindo, não se pretende mais estudar a relação entre normas por intermédio das Teorias monista e dualista,



---

essas correntes já não são mais suficientemente adequadas (WALKER, 2008, p.378).

Nesse sentido, poder-se-ia citar o fenômeno do pluralismo, entendido como a multiplicidade de normas sobrepostas aplicáveis, sem hierárquica entre o internacional e o constitucional (WALKER, 2008, p.373-396).

O pluralismo está relacionado à idéia de nacionalização do direito internacional, busca responder a relação entre os âmbitos de produção de direito, sem defender uma relação de hierarquia vertical, em virtude da complexa sociedade e de lides que não se pautam na solução advinda da esfera judiciária (BOGDANDY, 2008, p.400).

Para o sociólogo português Boaventura de Souza Santos é consenso ser o pluralismo jurídico fruto de profissional ruptura social como uma revolução ou ainda conformação do conflito de classes numa área determinada da reprodução social (SANTOS, 1999, p.109).

Certos autores ainda defendem que uma das conseqüências direta dessa harmonização regulatória entre os âmbitos internacional e nacional de direito é que se tornará difícil manter a independência entre esses comandos legais distintos. Isto é, certos princípios constitucionais, como a soberania, terão que ser avaliados e vistos como subsidiários (PICCIOTTO, 2008, p.457-479).

Isso importa na construção de uma nova concepção de jurisdição, como visto. Novos direitos, conflitos de interesse, grupos organizados na coletividade, bem como a realidade social complexa, asseguram a inabilidade operacional do direito positivo, pautado na dogmática interna e soberana.

Nesse diapasão, o Judiciário é atingido pelo pluralismo regulatório e pela emergência de mecanismos menos institucionalizados de resolução de conflitos, que deslocam a procura dos tribunais para outras instâncias decisórias, tanto locais, como transnacionais (FARIA, 2003).

Destarte, estão sendo criadas justiças técnico-profissionais constituídas a margem da jurisdição convencional. Como foros descentralizados de negociação e a multiplicação de órgãos técnico-normativos.

Surgem organismos não estatais, internacionais e regionais, com o objetivo de atuar na solução de conflitos amplamente especializados e técnicos, frutos da

---

sociedade abstrusa atual. Como forma de responder as demandas desenvolvidas pela globalização, as exigências de caráter social.

Fato esse que coloca em pauta a unidade conceitual da cultura jurídica normativista e privatista da magistratura. Ou seja, que enfraquece o monopólio do Poder Judiciário em certas áreas e matérias.

Por vezes esses organismos não contam com poderes suficientes para gerenciar e solucionar a questão, apesar do alto grau de conhecimento técnico que possuam, e do reconhecimento social. Razão pela qual pugna-se pelo reconhecimento da afirmação da hierarquia horizontal entre a jurisdição exercida pelo Estado e a desempenhada de forma anômala, ou extra-estatal.

Para o Teubner (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004), fragmentos sociais estão desenvolvendo demandas peculiares e especializadas que não podem ser resolvidas por instituições nacionais nem internacionais, pautado no reconhecimento da diferença e na complexidade social. Esses organismos privados criam formas de resolver suas próprias demandas, recorrem a regras próprias, além da atuação estatal.

Nos dizeres de Teubner (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004):

*Transnational communities," or autonomous fragments of society, such as, the globalized economy, science, technology, the mass media, medicine, education and transportation, are developing an enormous demand for regulating norms which cannot, however, be satisfied by national or international institutions. Instead, such autonomous societal fragments satisfy their own demands through a direct recourse to law. Increasingly, global private regimes are creating their own substantive law. They have recourse to their own sources of law, which lie outside spheres of national law-making and international treaties.*

Com base nisso é suscitada a questão acerca da construção da hierarquia horizontal entre a jurisdição do Estado, a jurisdição exercida pelos organismos civis, sem hierarquização das normas e da atividade/função.

A alteração na concepção da Constituição deve envolver uma alteração nas idéias de soberania, organização coletiva e social, hierarquia de decisões, e agregação de órgãos, postos na mesma hierarquia do Estado (TEUBNER, 2003).

A solução dos conflitos deve ser percebida através de uma concepção heteroprodutiva (TEUBNER, 1989). É precisamente no desenvolvimento de vários

---

meios de solução de conflitos, que deve se defender a ausência de hierarquia de jurisdição, levada em consideração na terceira onda de acesso à justiça, proposta por Mauro Cappelletti.

É o reconhecimento da diferença que induz a evolução funcional, razão pela qual o direito não pode ser estático, deve ser diligente, em face do dinamismo da sociedade que é regida por esse. Deve aceitar a adesão de normas internas e internacionais, estatais e extra-estatais, como forma de se adequar e legitimar as alterações sociais mundanas.

A produção normativa, não se encontra mais pautada nas fontes jurídicas tradicionais. A imensa complexidade da sociedade faz surgir à necessidade de abertura do direito a fontes jurídicas plurais.

Para Teubner, não se pode mais silenciar sobre o fato de que a hierarquia constitucional é uma idéia que não mais vigora na contemporaneidade. Tome-se como exemplo as Cortes de Arbitragem Internacionais. Nelas, as empresas multinacionais aplicam, em um local fora do Estado, leis comerciais que são internacionais e cujo reflexo no sistema social é um dado que não se pode deixar de levar em consideração (TEUBNER, 2003)

A lei não está mais pautada unicamente no Estado, há a produção normativa e jurisdicional sem qualquer influência do Estado, em diversos âmbitos e organismos autônomos, que desconstroem a hierarquia jurídica. Parcelas da sociedade estão desenvolvendo direitos por sua própria conta, e aplicam esses através de cortes alternativas, sem qualquer ingerência do Estado.

Como exemplos desses organismos privados, encontram-se a *lex mercatoria* e a *lex digitalis* da internet. Entretanto, inúmeros organismos privados ou público-privados estão desenvolvendo um direito autônomo.

Neste sentido, Teubner (1997, p.769) afirma que:

*The most successful case of Law without the state has been lex mercatoria, a transnational legal order of global markets that has developed outside national and international law. Multinational enterprises now arrive as contracts which they submit neither to national jurisdiction nor to national substantive law. They agree on international arbitration and on the application of a transnational commercial law that is independent of any national law.*

---

E, continua:

*However, lex mercatoria, the transitional law of economics, is only one of the numerous cases of a global law where the Political Sovereign has lost his power. It is not only the economy but also various sectors of world society that are developing a global law of their own (TEUBNER, 1997, p.769).*

Para o doutrinador a criação de organismos independentes, como cortes informais, coloca em pauta a fragmentação do direito, e da jurisdição, a hierarquia do direito, isso, pois está ligada à fragmentação do direito, à colisão de normas, e choque entre os diversos setores da sociedade mundial.

É possível observar que as várias instâncias determinadoras da perda da centralidade e de atribuição do Estado, no momento de produzir e de aplicar o direito, traduzidas pela globalização e pela abertura de fronteiras, pela desregulação e pela *lex mercatoria*, abrem espaço para o surgimento de instâncias alternativas de tratamento de conflitos, no âmbito nacional e internacional (MORAIS; SPENGLER, 2008, p.77).

A respeito desta afirmação, Teubner (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004) assegura:

*Global legal pluralism, however, is not simply a result of political pluralism, but is instead the expression of deep contradictions between colliding sectors of a global society. At core, the fragmentation of global law is not simply about legal norm collisions or policy conflicts, but rather has its origin in contradictions between society-wide institutionalized rationalities, which law cannot solve, but which demand a new legal approach to colliding norm.*

A crescente valorização e emprego dos meios não estatais de pacificação de conflitos, os meios alternativos, reforça a idéia de equivalência entre esses e atividade estatal, chamada de jurisdição. Assim há correspondência material entre a pacificação estatal imperativa e aquelas outras atividades, nem sempre estatais e jamais dotadas do predicado da inevitabilidade, com que se buscam os mesmos objetivos e a mesma utilidade social (DINAMARCO, 2002, p.122).

Motivo pelo qual a amplitude da garantia da via judiciária pode ensejar a necessária coexistência de diversos órgãos para realizar a distribuição de justiça (TARTUCE, 2008, p.197).

---

Essa assertiva está intimamente ligada à terceira onda do acesso à justiça, proposta por Mauro Cappelletti, que reconhece a complexidade da variação dos litígios, e a necessidade de reforma processual para possibilitar um pleno acesso à justiça; e, da mesma forma, assegura o desenvolvimento de formas não judiciais de solução de demandas.

Isso, pois, as relações entre os Estados são nitidamente complexas, todavia o Estado deve poder ofertar eficácia às ações por ele desenvolvida na interação com os demais sujeitos da comunidade mundial (DALLARI, 1994, p.13).

Desconstruir a hierarquia normativa, em todos os seus vértices, legislação e jurisdição, é necessária como forma de possibilitar um acesso à justiça sem barreiras, célere e amplo.

Em outros dizeres, o reconhecimento de formas alternativas de jurisdição, moderada na ausência de hierarquia entre ordens, está pautada na diferença de litígios, e, no fato de que questões altamente técnicas devem ser julgadas por órgãos especializados, com conhecimentos técnicos.

Não se pretende retirar a importância da jurisdição estatal, d'outro vértice apenas, reconhecer a autonomia e importância dos regimes legais privados, não só no que tange a construção legislativa, mas ao exercício jurisdicional, em virtude da incapacidade deste em atender todas as demandas sociais.

Trata-se de um novo conceito que vem reforçar a idéia de que um Estado Democrático de Direito somente pode ser construído tendo como base um sistema de distribuição de justiça capaz de solucionar os conflitos de interesses com mais rapidez, ou pelo menos no momento adequado, e com devida segurança.

Destaca-se que as formas alternativas de solução de lides tem uma função social, sendo uma expressão da justiça participativa, na qual o cidadão atua diretamente, por meio da sua vontade, e não substituído pelo Estado, na composição do litígio.

Portanto, inteiramente conectada ao pensamento de Cappelletti (1998, p.80), quando este afirma que:

As colocações a seguir tendem a aceitar as limitações das reformas dos tribunais regulares e, como consequência, envolvem a criação de alternativas, utilizando procedimentos mais simples e/ou julgadores mais

---

informais. Os reformadores estão utilizando, cada vez mais, o juízo arbitral, a conciliação e os incentivos econômicos para a solução dos litígios fora dos tribunais. Essas técnicas, é preciso que se diga, podem ser obrigatórias para algumas ou todas as demandas, ou podem tornar-se disponíveis como opção para as partes. Embora, como veremos, a atividade mais importante de reforma se esteja verificando com respeito a tipos particulares de causas, especialmente as pequenas ou as de interesse dos consumidores, algumas reformas gerais também merecem atenção e, portanto, serão brevemente enfocadas aqui.

Nessa ordem, os meios alternativos de pacificação social, estão colocando fim ao mito do monopólio da jurisdição estatal, permitindo que a solução dos conflitos possa ser realizada, independente de da atuação do Poder Judiciário.

Marcelo Neves defende que uma dimensão do transconstitucionalismo está presente no relacionamento das ordens jurídicas estatais com ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito, ou seja, as que são construídas primariamente não por Estados ou a partir de Estados, mas sim por atores ou organizações privadas ou quase-públicos (NEVES, 2009, p.165).

O ponto crucial é que os organismos de solução não judiciais por vezes não se mantêm isolados, estão em uma relação de colisão ou de cooperação com outras ordens jurídicas, inclusive, a estatal. No mais o incentivo de atuação desses órgãos, pode ocasionar diretamente um descrédito do modelo estatal.

Esse receio está sendo invertidamente utilizada, na medida em que o próprio modelo estatal, por vezes, não apóia as soluções extrajudiciais, temendo perder o monopólio da jurisdição.

Os meios extrajudiciais somente poderão surtir os efeitos esperados pelo legislador e pela sociedade se realmente forem encarados e tratados de maneira que seus resultados possam modificar a vida das pessoas, pois essa modificação prática e efetiva é o mínimo que se espera de institutos voltados para o acesso à justiça.

Na contemporaneidade, não há mais espaço para a dicotomia entre justiça privada e estatal. O que existe é um sentimento de convergência crescente entre essas duas justças, chegando mesmo a uma identidade de funções, de métodos e de natureza (OPPÉTIT, 2009, p.33).

O doutrinador Francesco Carnelutti defende a idéia de equivalentes jurisdicionais, na medida em que certos atos, embora não determinados pelo

---

interesse estatal de composição de conflitos, contam com o reconhecimento de serem dotados de idoneidade para alcançar o mesmo escopo ao qual tende a jurisdição (CARNELUTTI, 1936, p.154).

Para Athos Gusmão, os meios alternativos são os equivalentes jurisdicionais, que embora não provenientes de autoridade judiciária, findam por conduzir ao mesmo resultado, ou seja, a composição definitiva da lide (CARNEIRO, 2001, p.45).

Para Mauro Cappelletti, a conciliação, a arbitragem e a mediação, apesar de não serem novas, sempre foram alternativas à solução dos conflitos e, diante do movimento universal de acesso à justiça, ganharam força nova, como instrumentos de realização desse acesso, porquanto o que importa é que a maioria possa ser beneficiada pela resolução da controvérsia (CAPPELLETTI, 1994, p.97).

Não se pugna pela eliminação da atividade jurisdicional do Estado, nem a sua substituição, mas sim a coexistência de todos os meios acessíveis para que se configure um sistema pluriprocessual eficiente e adequado. Assim, a relação é de complementaridade entre as diversas formas de solução de lides. (TARTUCE, 2008, p.197).

O que deve existir é uma relação entre as ordens, como bem afirma o Marcelo Neves (2009, p.177):

Essa situação aponta, antes, para a necessidade do aprendizado e intercâmbio transconstitucional entre ambas as ordens jurídicas, especialmente quando a diversidade de interpretações das normas de competência levem a uma colisão sobre o próprio órgão legítimo para decidir.

É imperioso o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de problemas, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, com interação e cooperação (NEVES, 2009, p.265).

A incorporação da atividade dos meios alternativos de composição de lides é condição para o funcionamento adequado da justiça, tanto não âmbito privado como no público. Sem mencionar que os resultados são atingidos mais rapidamente, com base na informalidade, economia, flexibilidade, dentre outras vantagens.

---

O reconhecimento da mesma hierarquia entre os órgãos alternativos e estatais se coaduna como saída ao acúmulo de causas em apenas um órgão, e a ausência de julgamentos, deve existir uma relação de cooperação entre esses órgãos, e não mais de hierarquia e ou subordinação.

Esse é o entendimento que deve ser levado em consideração quando da valoração da atuação dos vários órgãos com ou sem função judicante. Não se pode mais permitir que apenas a atuação do Estado seja vista como satisfatória e monopólica, ou, ainda, que não seja concedida autonomia e validade aos órgãos alternativos.

### 2.3 A CRISE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL E A IMPORTÂNCIA DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM FACE DA COMPLEXIDADE SOCIAL

Ultimamente, está em pauta a crise de uma das funções do Estado, a jurisdição, em virtude da emergência de outras estratégias de tratamento das lides, fato esse que conduz a busca da efetivação do acesso à justiça, através de alternativas à jurisdição, sem que isso importe em uma relação de hierarquia.

No mesmo diapasão, a crise da função jurisdicional clássica atua como obstáculos a concretização do acesso à justiça de cunho material.

Mudanças sociais trouxeram para a vida em coletividade, necessidades até então inimagináveis ou então que não haviam sido suscitadas. Em decorrência destas questões, o processo até então existente mostrou-se inócuo, o que culminou na criação de meios de tutela jurisdicional diferenciada, justamente para atender a estes anseios dessa nova ordem social.

É indispensável que sejam traçados caminhos alternativos para isentar o Poder Judiciário, com o desiderato de conquistar maior eficácia e qualidade na prestação da função jurisdicional. Com substrato no fato de ser este poder um meio de solução, administração ou resolução de conflitos, entretanto não é o único.

A crise da jurisdição deve ser vista a partir da crise do Estado, em todas as suas funções, observando-se a sua gradativa perda de soberania, sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais, de tomar as rédeas de seu destino, da



---

fragilidade nas esferas Legislativa, Executiva e Judiciária, ou seja, em quase total perda na exclusividade de dizer e aplicar o direito (MORAIS; SPENGLER, 2008, p.76-77).

Ora, diante da crise vivida pela jurisdição estatal, representada pelo inchaço das funções e atribuições do Estado-juiz, obstáculos de natureza estrutural, inadequação das normas procedimentais, entre outras, a arbitragem e as demais formas representam não só alternativas à pacificação dos conflitos, mas também mecanismos capazes de minorar os efeitos da anunciada crise institucional (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p.14-16).

A crise na prestação jurisdicional estatal surge como fator último, mas não determinante da adoção dos meios alternativos. A tutela estatal encontra-se em declínio, em face da descrença em virtude da demora e de custos elevados, dentre outros fatores. Somando-se o fato de que a sociedade atual complexa pautada na diferença desenvolveu o reconhecimento de novas categorias de direitos e de sujeitos jurídicos legitimados, como os direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos.

Motivos que findaram por ressaltar a incapacidade do Estado em gerir o monopólio da jurisdição e, conduzir a sociedade e os operadores do direito a buscarem os chamados “Meios Alternativos de Solução de Conflito”.

Pretende-se ressaltar a importância da afirmação desses em face da complexa sociedade, e do desenvolvimento de novos direitos que devem ser tutelados, para, após, expor as formas alternativas de solução de lides.

Como visto, a adoção de formas extrajudiciais de composição de conflitos fora justificada, em grande parte, pela dificuldade do Poder Judiciário de administrar o sistema de justiça.

A jurisdição apresentada como prestação de um serviço público, posto que é dever do Estado promover a paz social pela heterocomposição de conflitos, como monopólio, centrado unicamente na figura do Estado não condiz com a realidade presente.

Em outras palavras, a atuação dos órgãos alternativos de atividade jurídica no que tange a solução de lides, ganha ênfase perante a “crise na justiça”, que se traduz pela crescente ineficiência com que o Judiciário vem desempenhando suas

---

três funções básicas: a instrumental, pela qual resolve conflitos; a política, como mecanismo de controle social; e a simbólica, como órgão que dissemina um sentido de equidade e justiça (FARIA, 2003).

Em termos organizacionais, o Judiciário fora organizado para operar com um sistema de leis e códigos, não está preparado para julgar com base em princípios e valores.

No plano organizacional, o Judiciário não dispõe de meios técnicos para propiciar a seus integrantes a reciclagem de conhecimento e o treinamento necessário para tornar possível a compreensão e julgamento de litígios complexos.

No sentido funcional, vez em que o monopólio de aplicação do direito foi concebido ao Judiciário, o monopólio de jurisdição vem sendo desafiado pela expansão de ordens normativas e práticas jurídicas, que alteram o conceito de jurisdição (FARIA, 2003).

Para José Luiz Bolzan, deve-se entender a crise do Poder Judiciário por diversas perspectivas. A primeira é a crise estrutural que diz respeito ao funcionamento do Judiciário, infra-estrutura de instalações, pessoal, custos. A segunda é a crise objetiva ou pragmática, que diz respeito a aspectos pragmáticos da atividade jurídica, com questões relativas à linguagem formal, a burocratização e a lentidão dos procedimentos (MORAIS; SPENGLER, 2008, p.78).

A terceira crise é a subjetiva que 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 reformulação das mentalidades (MORAIS; SPENGLER, 2008, p.78-79).

Por fim, há a crise paradigmática, que se encontra nos métodos e conteúdos utilizados pelo direito para a busca de um tratamento pacífico para os conflitos a partir da atuação prática do direito aplicável ao caso em juízo. Ou seja, a adequação do modelo jurisdicional para atender às necessidades sociais do final do século, em razão do conteúdo das demandas, dos sujeitos, e do instrumental jurídico que se pretende utilizar (MORAIS; SPENGLER, 2008, p.78).

Não só a morosidade com que se conduz o processo no Poder Judiciário Brasileiro, bem como a ausência de mecanismos que sejam mais apropriados à

---

efetivação do próprio direito material contestado, requerem a necessidade de procedimentos que possam melhor garantir o bem da vida em litígio.

A preocupação gerada por um processo demorado e de alto custo é o descumprimento das razões de sua existência, pois deste modo, a maioria da população do Estado teria de sujeitar-se a soluções alheias ao processo, escusas e, por vezes, até ilícitas.

Além disso, o aparato judicial fora organizado para atuar dentro de limites territoriais precisos, em contexto de exclusividade de atuação estatal, assim, seu alcance tende a diminuir na mesma proporção em que a expansão da informática e das comunicações permite aos atores econômicos estabelecer múltiplas redes de interação.

Diante da crise do judiciário surgem os obstáculos a concretização do acesso à justiça, os quais devem ser interpretados de forma conjunta, e a separação fora feita com o cunho meramente didático. Entre esses se enumeram os óbices econômicos, culturais, sociais, funcionais, psicológicos e éticos (MORRALLES, 2006, p.65).

Os obstáculos econômicos são o alto custo do processo, o desaparecimento do Poder Judiciário, que não conta com material e qualificados servidores.

O alto custo atinge, sobretudo, as classes economicamente desfavorecidas financeiramente, que se colocam em situação de desvantagem. Tal aspecto fora percebido na primeira onda de acesso à justiça proposta por Mauro Cappelletti.

A ausência de aparelhamento do Judiciário, por sua vez, ocorre na medida em que os operadores de direito de cunho público sofrem com condições de trabalho precárias, como ausência de instalações e investimentos, de equipamento. E, o mais importante, com qualificados profissionais.

Os óbices culturais se resumem na descrença da população, desconhecimento dos direitos, formação liberal individualista dos operadores de direito, Conduta do Estado administrador (MORRALLES, 2006, p.72-75).

Os obstáculos sociais são percebidos nas camadas mais pobres da sociedade, em face do baixo grau de educação e informação dessas. Esses óbices geram dificuldades em reconhecer os direitos tradicionais e os novos, e na ausência

---

de informação dos instrumentos de reivindicação desses (MORRALLES, 2006, p.75).

Os óbices funcionais são a burocracia cartorária, que existe na organização dos trabalhos forenses, de forma organizacional; e a demora, posto que a tutela jurisdicional não consegue manter igual ritmo temporal, causando um choque entre as expectativas das partes (MORRALLES, 2006, p.76-77).

Os psicológicos podem ser percebidos no fato de que as pessoas deixam de reivindicar os seus direitos por temerem represálias e por desacreditarem na efetividade da atuação do Poder Judiciário. E, por fim, os éticos são em face do alto grau de corrupção existente em todas as esferas da sociedade, em especial nas funções públicas (MORRALLES, 2006, p.79-80).

Diante de todos os aspectos que diminuem a atividade jurisdicional, a legitimidade do Poder Judiciário está cada vez mais enfraquecida, diante do fato de que esta instituição controla o acesso a seus quadros, e em sua âmbito os valores da independência e da autonomia se sobrepõem a outros com os quais deveria compor, como os da eficiência, transparência e equilíbrio (FARIA, 2003).

Em outros dizeres, o sistema judicial clássico tem demonstrado a sua insuficiência para, isoladamente, propiciar aos cidadãos brasileiros o acesso à ordem jurídica justa e eficaz dentro do prazo razoável do processo, conforme preceitos constitucionais. Tornando necessária criação e formação de novos métodos de solução extrajudicial de conflitos.

Leonardo Greco (2010, p.12) alerta para o fato de que:

Muitos direitos se perdem porque seus titulares não estão dispostos a lutar por eles, conscientes de que nenhum proveito concreto lhes trará a proteção judiciária tardia, ou, até, de que os ônus e sofrimentos da perseguição do direito sobrepujarão o benefício de sua conquista.

Assim o Poder Judiciário precisa lidar com a necessidade de ampliar os limites de jurisdição. Há uma tendência universal de reestruturação do processo civil, que se prepara para atender às exigências do mundo contemporâneo, através de uma busca incessante de um processo de resultados, um processo que seja um instrumento político de pacificação social que seja hábil a prestar a efetiva tutela perseguida pelos jurisdicionados (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p.121).

---

O acesso à justiça, como exposto, não se limita a possibilitar que todos possam ir ao Judiciário, mas que a justiça possa ser realizada no contexto em que se inserem as partes, com a imparcialidade de decisão, em tempo hábil. A efetividade deste princípio está ligada a alterações processuais que atendam aos valores da efetividade e justiça social.

Nos dizeres de Cappelletti (1994, p.83): “O movimento de acesso à justiça trata então de analisar e procurar os caminhos para superar as dificuldades ou obstáculos que fazem inacessíveis para tanta gente as liberdades civis e políticas”.

Nesse ínterim, na busca de superação dos óbices de acesso à justiça e da crise da função jurisdicional clássica, foram desenvolvidas mecanismos processuais e extraprocessuais com o fito de minimizar esses obstáculos. Entre esses menciona-se a arbitragem, a conciliação, a tutela antecipada, a litigância de má-fé, juizados especiais, reformulação da legitimação das partes, de outros, como considerado nas ondas de acesso á justiça.

Destarte, não há que se prosperar qualquer pretensão de valoração negativa da privatização da solução dos conflitos sociais através dos meios alternativos, desde que essa nova tendência se desenvolva em conformidade com os valores e princípios Constitucionais.

Neste novo cenário mundial, as cortes estatais de justiça não são os únicos foros para a resolução dos conflitos e para a busca da satisfação de pretensões resistidas ou insatisfeitas, especialmente pela circunstância dos elevados custos e da demora da prestação da tutela jurisdicional oferecida pelo Estado-juiz, dentre outros entraves.

Mauro Cappelletti (1994, p.84) afirma que:

Devemos estar conscientes de nossa responsabilidade: é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil: entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo: daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente.

---

Constata-se que o processo pode se realizar à margem de qualquer atividade estatal, sendo assim, verifica-se que os métodos alternativos de solução dos conflitos surgem como novos caminhos a serem trilhados facultativamente pelos jurisdicionados que necessitam resolver seus litígios.

Para cada tipo de litígio deve ser adotada a via adequada de tratamento. Segundo Ada Pellegrini Grinover, são as pretensões de direito material que devem balizar a técnica processual na busca da solução adequada a cada uma delas (GRINOVER, 1987, p.71).

Partindo desse aspecto há nítida percepção de um novo paradigma jurisdicional, com a atuação de órgãos alternativos, com o reconhecimento de ordenamentos plurais, do surgimento de diversos instrumentos com atividade judicante autônoma e hierárquica. Entre esses órgãos, a atenção será concedida ao Tribunal Marítimo.

De acordo com Cândido Rangel Dinamarco as vantagens para as soluções alternativas de conflitos, consistem em evitar as dificuldades que dificultam a tutela jurisdicional: o custo financeiro do processo, a excessiva duração e o necessário cumprimento das formas processuais (DINAMARCO, 2002, p.124).

É necessária a consciência de que os meios alternativos são sustentados pela sua adequação a um sistema em crise. É uma solução não superior ao processo, mas necessária por causa da inacessibilidade da justiça estatal.

Neste sentido, é forçoso encarar os meios extrajudiciais de solução de conflitos como uma nova política essencial à administração da justiça, pois vislumbramos a incorporação desses mecanismos para resolver os conflitos sociais como uma das funções que o Estado moderno deve cumprir em nossos dias.

O acesso à justiça para a efetivação necessita da incorporação de fórmulas diversas que permitam não só a agilização dos procedimentos, mas, também de mecanismos aptos a dar resposta aos litígios.

Nesta acepção, há de se reconhecer o valor dos órgãos que atuam de forma paralela ao Estado, desempenhando função jurisdicional anômala. Isso, com substrato na terceira onda de acesso à justiça, a qual reconhece a complexidade jurídica fruto da sociedade atual, e permite uma abertura do direito de forma jurisdicional.

---

Não se intenta o desmerecimento da atuação jurisdicional clássica pelo exercício da atuação de qualquer outro órgão alternativo de solução de conflitos. D'outro vértice, pretende-se possibilitar o acesso à justiça por meio deste instrumento altamente especializado, como mais uma ferramenta de distribuição de justiça.

Isso, pois, a atuação de organismos estranhos ao Judiciário pode contribuir para a redução de demandas no Poder Judiciário, através de um maior reconhecimento deste, bem como de sua decisão.

Por conseguinte, as novas formas de jurisdição advindas da complexidade da sociedade mundial não podem ser despercebidas. É necessário haver o reconhecimento de novas redes heterárquicas da sociedade mundial, no plano do Estado Democrático de Direito, como forma de possibilitar a efetivação do acesso à justiça.

Assim, pode-se realizar a justiça pelas formas alternativas de autocomposição e heterocomposição, estatais e extraestatais, nacionais e internacionais.

## **CONCLUSÃO**

Pretendeu-se desenvolver um panorama acerca da crise da função jurisdicional, partindo-se do pressuposto de que o Poder Judiciário desenvolve papel marcante na busca da efetivação da Constituição Federal dirigente.

Dessa forma, defende-se a desconstrução da hierarquia jurisdicional, com o fito de ressaltar a importância da atuação de órgãos não estatais na solução de conflitos, como forma de efetivar o acesso à justiça.

Inicialmente, ressaltou-se a atividade jurisdicional, com suas características peculiares, vista como atividade exclusiva do Poder Judiciário. Da mesma forma, suscitou-se a importância do processo na efetivação do princípio constitucional de acesso à justiça, em face dos vários escopos (jurídico, social e político) do processo, e da Teoria instrumentalista do processo, que conferiu ao processo uma feição mais crítica e social.

---

Secundariamente, defendeu-se a desconstrução da hierarquia entre atividade jurisdicional desenvolvida pelos órgãos alternativos e a atividade jurisdicional clássica do Poder Judiciário. Isso, com base na teoria do doutrinador Gunther Teubner, que se assemelha a terceira onda de acesso à justiça proposta por Mauro Cappelletti.

O artigo em comento tem como desiderato esclarecer e defender que na atualidade, não existe espaço para a dicotomia entre justiça privada e estatal, deve haver um sentimento de complementação entre essas, com a coexistência de relação entre as ordens.

Em face disso, pugna-se pelo reconhecimento da mesma hierarquia entre os órgãos alternativos e estatais, com a relação de cooperação entre esses órgãos, e não mais de hierarquia e ou subordinação.

Como forma de embasar a desconstrução da hierarquia entre atividades jurisdicionais, foram elencadas as crises atuais do Poder Judiciário, que findam por asseverar a ausência de credibilidade social. Ainda, a amplitude de direitos específicos desenvolvidos pela hiper complexa sociedade que demandam de órgãos altamente especializados, tais como o Tribunal Marítimo.

Portanto, o trabalho em glosa, não intenta esgotar a matéria esmiuçada, apenas denotar a importância dos meios alternativos de solução de lides em face da sociedade complexa e da gama de direitos especializados que se desenvolvem como fruto da hiper complexidade.

## REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BENHABIB, Seyla. *The legitimacy of human rights*. 2008 **by the American Academy of Arts & Sciences**.

BOGDANDY, Armin von. **Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law**. Oxford University Press and New York University School of Law. *ICON*, Volume 6, Number 3 & 4, 2008, pp. 397–413 doi:10.1093/icon/mon015. Advance Access publication July 7, 2008.



---

BRAGA, Rodrigo Bernardes. **Teoria e prática da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Volume I. 16 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça**. Doutrina Internacional. Revista de Processo. São Paulo, n. 74, p. 82-97, abr./jun./ 1994.

\_\_\_\_\_; e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: comentários à Lei n. 9.307/96**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Institutos de processo civil**. Campinas: Servanda, 1999.

\_\_\_\_\_. **Sistema di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1936. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO. **Teoria geral do processo**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros. 1999.

CUNHA, Guilherme. **As dimensões política e humanitária da criação do Tribunal Penal Internacional**. Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/339/541>> Acesso em: 04 nov. 2008.

DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DANTAS, Ivo. **Novo direito constitucional comparado**. Curitiba: Juruá, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 1.

---

**Estatuto de Roma.** Disponível em: <[http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/TPI/Estatuto Tribunal Penal Internacional.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/TPI/Estatuto_Tribunal_Penal_Internacional.htm)> Acesso em: 10 set. 2008.

FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil.** Colóquio Internacional – Direito e Justiça no século XXI. Coimbra, 29 to 31 may, 2003.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: Jurisdição e execução:** análise crítica da lei 9.307 de 23.09.1996. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law.* **Michigan Journal of International Law.** Vol. 25:999. FISCHER-LESCANO & TEUBNER FTP. DOC. 12/2/2004 9:31 AM.

GRECO, Leonardo. **O acesso ao Direito e à Justiça.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 mar 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. **Revista de Processo.** São Paulo, n. 46, p. 60/83, abr.-jun.,1987.

GUNTHER, Teubner. **Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory.** Translated by Iain L. Fraser. Storrs Lectures 2003/04 Yale Law School.

LIMA, Martonio Mon't Alverne Barreto. Curso **Dirigismo Constitucional**, realizada na Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Pós-Graduação em Direito, em 22 de set. de 2009.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. In **Novo Código Civil Comentado**, coordenado por Ricardo Fiúza, com a participação do jurista Mário Luiz Delgado Regis, Saraiva, 1ª edição, 2002.

MANUS. Pedro Paulo Teixeira. **Negociação coletiva e contrato de trabalho.** São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de direito marítimo**, volume I. 3 ed. ver., ampl. e atual. Barueri, SP: MANOLE, 2008.

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à justiça:** um princípio em busca de efetivação. Curitiba: Juruá, 2009.

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

---

MORGADO, Isabele Jacob. **A arbitragem nos conflitos de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

MORRALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à justiça e princípio da igualdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Tese apresentada ao concurso para o provimento do cargo de professor titular na área de direito constitucional, junto ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

NUNES, Antonio José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

PICCIOTTO, Sol. *Constitutionalizing multilevel governance? Oxford University Press and New York University School of Law. I•CON*, Volume 6, Number 3 & 4, 2008, pp. 457–479 doi:10.1093/icon/mon017 Advance Access publication August 20, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e a Jurisdição Constitucional Internacional. In **O Direito Constitucional Internacional após a emenda 45/04 e os direitos fundamentais**. Coordenadores Eduardo Biacchi Gomes, Tarcisio Hardman Reis. São Paulo; Lex Editora, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada. In: **Sociologia e Direito**. São Paulo: Pioneira, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 6. ed. Porto: Afrontamento, 1997.

SCHWARTZ, Germano. **Constituições Civas e Regulação: Autopoiese e Teoria Constitucional**. 2012. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/germano\\_andre\\_schwartz.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/germano_andre_schwartz.pdf)> Acesso em 17 jul. 2009.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: MÉTODO, 2008.

TEUBNER Gunther. **Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory**. Translated by Iain L. Fraser. Storrs Lectures 2003/04 Yale Law School.

\_\_\_\_\_. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

\_\_\_\_\_. *The King's many bodies: the self-deconstruction of Law's Hierarchy*. **Law & Society Review**, Volume 31, Number 4 (1997). By the Law & Society Association.

WALKER, Neil. *Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders*. *Oxford University Press and New York University School of Law*. **I•CON**, Volume 6, Number 3 & 4, 2008, pp. 373–396  
doi:10.1093/icon/mon016. Advance Access publication July 18, 2008.