

**JUIZADOS ESPECIAIS E ATIVISMO:  
O LUGAR DO CONCILIADOR NA DÍADE PROCEDIMENTALISMO-  
SUBSTANCIALISMO EM WARAT<sup>1</sup>**

**SPECIAL COURTS AND ACTIVISM: THE PLACE OF THE CONCILIATOR IN  
THE DYAD PROCEDURALISMS-SUBSTANCIALISM IN WARAT**

*Márcio Ricardo Staffen<sup>2</sup>  
Zenildo Bodnar<sup>3</sup>*

**RESUMO**

O presente artigo aborda de forma pontual algumas reflexões sobre o ativismo judicial na seara dos Juizados Especiais. Procura-se avaliar a existência de um lugar para o conciliador na celeuma que permeia os modelos procedimentalistas e substancialistas de processo jurisdicional. Para tanto, como referencial teórico utiliza-se os postulados de Luis Alberto Warat no intuito de superar a referida díade em favor de uma tutela judicial efetiva, sem que se siga os caminhos do Movimento do Direito Livre e da Instrumentalidade do Processo. Utilizou-se, para o desenvolvimento desta pesquisa, o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas de conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Juizados Especiais; ativismo judicial; conciliador.

**ABSTRACT**

This article focuses on an ad hoc reflections on the judicial activism in the camp of the Special Courts. It seeks to evaluate the existence of a place to stir the conciliator in that permeates the procedural model and substantial legal proceedings. For this, as it is used theoretical postulates of Luis Alberto Warat in order to overcome such dyad in favor of an

---

<sup>1</sup> Artigo desenvolvido no âmbito do Projeto de Pesquisa CNJ Acadêmico: “Juizados Especiais, Turmas Recursais e Turmas de Uniformização da Justiça Federal”. Com fomento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Vale ressaltar que é um complemento específico ao artigo “Reflexiones sobre el modelo participativo de proceso jurisdiccional brasileño”, publicado na Revista General de Derecho Procesal, Madrid, set. 2011, de autoria de Márcio Ricardo Staffen e Pedro Manoel Abreu.

<sup>2</sup> Doutorando e Mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, na linha de pesquisa Principiologia, Constitucionalismo e Produção do Direito. Pesquisador do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor em cursos de Especialização – UNIVALI – e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica - UNIDAVI. Advogado (OAB/SC). E-mail: staffen\_sc@yahoo.com.br

<sup>3</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, Mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Pós Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Pós Doutorado em Direito pela Universidad de Alicante - Espanha. Professor nos programas de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Coordenador do Projeto de Pesquisa CNJ Acadêmico sobre “Juizados Especiais, turmas recursais e turmas de uniformização da Justiça Federal”. Pesquisador CNPq. Juiz Federal. E-mail: zenildo@univali.br

effective judicial protection, without follow the ways of the Free Movement of law and Instrumentality Process. It was used for the development of this present study, the inductive method, operated by the operational concepts and techniques of literature.

**KEYWORDS:** Special Courts, judicial activism; conciliator.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a abordar de forma pontual algumas reflexões sobre o ativismo judicial na seara dos Juizados Especiais. Procura-se avaliar a existência de um lugar para o conciliador na celeuma que permeia os modelos procedimentalistas e substancialistas de processo jurisdicional. Para tanto, como referencial teórico utiliza-se os postulados de Luis Alberto Warat no intuito de superar a referida díade em favor de uma tutela judicial efetiva.

As reflexões que seguem, estão por aí, abertas ao diálogo daqueles que se encontram, de certa forma, incomodados pela maneira exclusivamente formal do processo. Apesar de o processo dialogar com outros elementos, o lugar democrático que ocupa é de fundamental relevância, juntamente com o critério ético, uma vez que são as duas importantes possibilidades democráticas de inclusão.

Com efeito, a concepção de processo trabalhada pelo senso comum teórico dos operadores do direito é a de compreender o processo como um conjunto de atos preordenados a um fim, ou seja, a atividade exercida pelo julgador no exercício da jurisdição, sendo o procedimento seu aspecto meramente formal, o rito a ser estampado. A preservação da divisa “lei é lei e ponto final” sobre vários aspectos sustenta o fenômeno da modernidade tardia, conforme Streck, que expõe o inadimplemento escancarado das promessas da modernidade e, onde vislumbra-se uma desfuncionalidade do Direito e das instituições encarregadas de aplicar a lei em face da constante preocupação pela manutenção do *establishment*.<sup>4</sup>

Ainda que com amplitude se defenda a existência de um sistema processual específico em torno dos Juizados Especiais, materializado inicialmente pela Lei n.

---

<sup>4</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. uma exploração hermenêutica da exploração do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 21-31. Merece referência, de igual sorte, a síntese produzida por Moraes *et. al.*: “Ora, o Estado, no contexto brasileiro, é um Estado que se diz ‘democrático de direito’, porém comporta-se como um ‘liberal de direito’ (assim é extraído do seu texto legal e das suas preocupações iminentemente individualistas ou refém da *lex mercatoria*). Porém, esse Estado ainda padece das crises de um Estado social, sem nunca ter alcançado o conteúdo deste.” MORAIS, José Luiz Bolzan de *et. al.* Jurisdição constitucional e participação cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais! MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni

9.099/1995, a partir de determinações constitucionais (art. 98, I, CRFB/1988), em termos práticos, há uma opção viciosa e irrefletida pelo Código de Processo Civil, sobre as bases comprometidas da Teoria Geral do Processo. Respostas jurisdicionais mais efetivas necessitam de uma nova construção processual, apta a solucionar os problemas da atualidade. Pois, como é sabido, as questões do século XXI são discutidas, ainda a partir da lógica jurídica do século XVIII, lecionada nos moldes elaborados pelos glosadores medievais.

Ciente do risco que se corre em antecipar algumas conclusões é justamente pela adoção dos preceitos da Teoria Geral do Processo que ganha espaço o presente artigo. A construção principiológica dos Juizados Especiais (oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade) autoriza e conduz ao desapego exacerbado pelas formas. Não nega a importância do procedimento. Todavia, não o coloca como *metavalor*. Entretanto, ao permanecer-se fiel aos princípios do dispositivo, da verdade real, da neutralidade do julgador e da oficialidade, por exemplo, da matriz da Teoria Geral do Processo, afasta-se a plena satisfação dos princípios específicos dos Juizados Especiais e se instaura a díade procedimentalista-substancialista.

A concretização de direitos reclama uma nova forma de atuar a jurisdição e, conseqüentemente, uma releitura das instituições processuais e do paradigma dominante, em favor de um modelo constitucional de processo a oxigenar o sistema dos Juizados Especiais. Com urgência, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, é preciso mirar como norte a inclusão e a participação substancial dos destinatários da decisão jurisdicional como um todo. Contudo, considerando as particularidades dos Juizados Especiais à luz da teoria waratiana, faz-se necessário incluir os conciliadores (aqui entendidos como os juízes, juízes leigos e os conciliadores *stricto sensu*) na questão sob apreciação, reconhecendo em certa medida a existência de um fosso abissal entre o julgador e as partes, conforme atesta Francesco Carnelutti<sup>5</sup>. Esse é o desafio.

## **2. JUIZADOS ESPECIAIS E A DUALIDADE PROCEDIMENTALISMO VERSUS SUBSTANCIALISMO**

Para uma explanação que trate das possibilidades de efetivação das disposições constitucionais, e que analise o papel do Judiciário, em especial, dos Juizados

---

de (Orgs.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: DelRey/IHJ, 2009, p. 127.

<sup>5</sup> CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 7. ed. tradução de: José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2006.

Especiais, quanto a uma possível postura pró-ativa (intervencionista) e no que tange à sua alegada falta de legitimidade e representatividade política, torna-se de fundamental relevância ter ciência, ainda que superficialmente, a partir da proposta de Vianna<sup>6</sup>, de duas correntes de análise: o procedimentalismo (Habermas-Garapon<sup>7</sup>) e o substancialismo (Cappelletti-Dworkin). Ressalte-se que o objetivo deste estudo é revisar a atuação do Poder Judiciário, notadamente os Juizados Especiais, em sociedades de forclusão<sup>8</sup>, como o Brasil, almejando a efetivação dos Direitos Fundamentais.

O procedimentalismo capitaneado por Jürgen Habermas<sup>9</sup> e Antoine Garapon, posiciona-se contrário à invasão da política e da sociedade civil pelo Direito. Em Habermas, o procedimentalismo almeja transcender a crise do Estado de Direito e o antagonismo entre o modelo liberal e o paradigma social, através do princípio democrático-deliberativo. Desta forma, a razão instrumental (cartesiana) é desfeita em favor de uma razão comunicativa-emancipatória.

Para tanto, Jürgen Habermas emprega sua *teoria do discurso*, decorrente de um agir comunicativo, legitimador da vontade coletiva, como marco referencial teórico para advogar um novo paradigma - procedimental-deliberativo -, que situa no Legislativo a função central do Estado Democrático de Direito. O Judiciário, por sua vez,

---

<sup>6</sup> VIANNA, Luiz Werneck, *et. al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999, p. 23-27.

<sup>7</sup> De forma subsidiária pode-se incluir a teoria procedimentalista de John Hart Ely, onde se defende a construção procedimental da Constituição segundo um regime político vinculado aos princípios da soberania popular e da isonômica distribuição dos poderes. ELY, John Hart. **Democracy and distrust**. A theory of judicial review. Massachusetts: Harvard University, 1980.

<sup>8</sup> “Sociedades modernas geram inclusão e exclusão como diferença funcional. Existem então diferenças de classe ou entre camadas sociais no âmbito de uma inclusão genérica, ainda que mais ou menos desigual (paradigma do Estado de Bem-Estar Social). Mas com a exclusão no sentido forte do termo, aqui analisada, a sociedade industrial se torna parcialmente disfuncional, entra em grave regressão, permite que a ordem social e jurídica se cinda em segmentos. Nesse caso, grandes parcelas da população por um lado dependem dos sistemas funcionais vitais, mas simultaneamente não têm *a priori* (no caso da exclusão primária) ou não tem mais (no caso da exclusão secundária, do empobrecimento, do descenso social maciço, tão nítido nos países do Grupo dos Sete) acesso às suas prestações materiais. O Brasil é estigmatizado amplamente pela exclusão primária. [...] A práxis estatal, paraestatal e econômica ab-roga aos excluídos a dignidade humana e mesmo, na atuação do aparelho repressivo, a qualidade de seres humanos [...]. As pessoas são obrigadas como titulares de deveres, de um caso a outro, mas não são admitidas como titulares de direito lá onde têm necessidade disso.” MÜLLER, Friedrich. *Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?* PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional**. Desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 573-574.

<sup>9</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II. Nesta obra o autor propõe a superação da racionalidade prático-moral para uma racionalidade comunicativa deontologicamente neutra que, pela linguagem visualiza a tensão existente entre factualidade e validade. É precisamente esse *feedback* que possibilita ao Direito uma vivência democrática de realimentação dialética.

estaria restrito às funções garantidoras do devido processo legislativo de formação de vontade, de acordo com os procedimentos previamente positivados.

Esse agir comunicativo, por seu turno, leva em conta o entendimento lingüístico com instrumento de coordenação da ação, propiciando que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade ganhem relevância imediata para a construção e a preservação de ordens sociais, pois estas se mantêm no modo de reconhecimento de pretensões de validade normativa. Assim, o conceito nuclear de “agir comunicativo explica como é possível surgir integração social através de energias aglutinantes de uma linguagem compartilhada intersubjetivamente.”<sup>10</sup>

Neste cenário, Habermas entende que na vigência do Estado Democrático de Direito, os Tribunais Constitucionais necessitam abarcar uma postura de compreensão procedimental da Constituição. Assim, o Judiciário num todo, dever-se-ia abolir da visão autoritária que entende a Constituição como ordem concreta de valores<sup>11</sup>, para concebê-la como mecanismo de condições processuais de matriz democrática das leis que garantem a legitimidade do Direito. Nesta percepção, o Poder Judiciário deveria apenas “zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução”<sup>12</sup>.

Garapon, por seu turno, teoriza o prejuízo que a ingerência interventiva do Poder Judiciário causa sobre a sociedade e a política, determinando que este processo causa inevitável erosão da democracia representativa. Aqui, duas observações necessitam emergir. Primeiro, Garapon, tem sua fala localizada na tradição estatal francesa, onde o Judiciário não é forte e o Legislativo ocupa posição privilegiada na cultura político-democrática daquele país. Segundo, em termos gerais a ideia de democracia representativa é

---

10 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. II, p. 35-46. Para tal propósito Habermas estabeleceu uma teoria da ação comunicativa que pressupõe, essencialmente, que: I- o que é dito é inteligível, por regras semânticas compartilhadas; II- o conteúdo do que é dito é verdadeiro; III- o emissor justifica-se por certos direitos sociais ou normas que são invocados no uso do vernáculo; IV- o emissor é sincero no que diz, não tentando enganador o receptor. Em suma, não pode ser uma comunicação distorcida. HABERMAS, Jürgen. **Acción comunicativa y razón sin transcendencia**. Trad. Pere Fabra Abat. Barcelona: Paidós, 2002.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 69.

<sup>12</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Heremênutica jurídica e(m) crise**. uma exploração hermenêutica da exploração do direito, p. 41.

um conceito débil e impotente no mundo ocidental que reclama uma nova construção.<sup>13</sup> Ainda assim, sustenta que:

O excesso de Direito pode desnaturalizar a democracia; o excesso de defesa, paralisar qualquer tomada de decisão; o excesso de garantia pode mergulhar a justiça numa espécie de adiamento ilimitado. De tanto ver tudo através do prisma deformador do Direito, corre-se o risco de criminalizar os laços sociais e de reativar o velho mecanismo sacrificial. A justiça não pode se colocar no lugar da política; do contrário, arrisca-se a abrir caminho para uma tirania das minorias, e até mesmo para uma espécie de crise de identidade. Em resumo, o mau uso do Direito é tão ameaçador para a democracia como seu pouco uso.<sup>14</sup>

A preocupação de Garapon reside justamente na transferência dos ideais de democracia do Legislativo para o Judiciário, com uma forte articulação entre justiça e democracia, sendo que a primeira categoria passa a ser o referencial de idoneidade da democracia. Assim, o território simbólico da democracia transfigura-se silenciosamente do Estado para a Justiça. Neste espaço provedor, o Estado é o todo-poderoso e pode tudo preencher e corrigir. Pela inadimplência das promessas, a esperança se volta à justiça. O sucesso da justiça é diametralmente oposto ao descrédito que toma de assalto as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público.<sup>15</sup>

Nesta óptica, o Poder Judiciário estaria adstrito ao mero papel de garantidor do circuito “sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária”<sup>16</sup>, onde a legitimação se dá pelo procedimento<sup>17</sup>. Pelo eixo procedimentalista a invasão da política pelo Direito, ainda que justificada por pretensões igualitárias ensejariam em produtos indesejados: a perda de liberdades; o gozo passivo de direito; a privatização da cidadania; e o paternalismo estatal, que descalcifica as bases cívicas da estrutura democrática.

O eixo substancialista posiciona-se de maneira a entender que o Poder Judiciário não deve assumir uma condição passiva diante da sociedade, constituindo-se em um verdadeiro e legítimo garantidor da efetividade constitucional. Em linhas gerais, os

---

<sup>13</sup> Recomenda-se: FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. Los nuevos escenarios transnacionales y las democracias asimétricas. **Revista Jurídicas – Universidad de Caldas**. Caldas (Colômbia), a. 7, n. 2, p. 23-52, jul-dez 2010.

<sup>14</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. 2. ed. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Renavan, 2001, p. 53.

<sup>15</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**, p. 45-48.

<sup>16</sup> VIANNA, Luiz Werneck, *et. al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, p. 24.

<sup>17</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UnB, 1980.

substantialistas defendem a concretização dos Direitos Fundamentais construídos e compartilhados pelo cidadão com a chancela do Poder Judiciário.

Esta expansão do Judiciário se comparado com o Legislativo, resultado direto do crescimento do Estado frente à sociedade, pode ser em grande parte também atribuída ao progresso da função interpretativa-criadora do magistrado. Este papel interpretativo do juiz é visto como produto de um ato complexo que requer a devida confluência entre direito, moral, política, equidade, aliada numa postura interdisciplinar, que autorize o direito a permutar informações com outras áreas do conhecimento. Assim, o juiz perde o modelo clássico-positivista de julgamento ao possuir uma presença ativa no que tange à produção do Direito, sem se equiparar, contudo, ao legislador.<sup>18</sup>

A proposta dworkiniana, em sua posição liberal-contratualista, no âmbito da *common law*, se aproxima do eixo substantialista por conceber a função judicial e a jurisprudência por ela produzida como importante mecanismo de efetivação da comunidade política. O Direito, segundo Dworkin, seria muito mais do que meras regras cuja validade dependeria da aceitação da comunidade como um todo<sup>19</sup>. Desta forma, pela Constituição impõe-se a necessita de uma leitura de certos valores morais consagrados que devem ser reconhecidos e respeitados pela legislação infraconstitucional e pelas decisões jurisdicionais. Neste cenário o intérprete e o aplicador do direito devem assumir uma postura ativa e construtiva.

Nos dizeres de Streck, o modelo substantialista, opera na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a materialização do contrato social. Por isso, o Poder Judiciário não pode ausentar-se diante da sociedade. No caso brasileiro de modernidade tardia, “*surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados.*”<sup>20</sup>

Sobre esta nova postura do Judiciário leciona Abreu:

O momento da consolidação da democracia política no Brasil é a hora da convocação do Poder Judiciário a um ativo protagonismo institucional, não apenas porque a ele cabe a preservação do cânon republicano do equilíbrio entre os poderes, mas também porque a própria sociedade, ao realizar um

---

<sup>18</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 31-33.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise.** uma exploração hermenêutica da exploração do direito, p. 42-53.

movimento afirmativo de explicitação de interesses e de demanda por cidadania, vem conhecendo o caminho dos tribunais.<sup>21</sup>

Com isso, a atividade judicial não se limita às funções meramente declarativas do direito, “impondo-se, entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo *checks and balances*”, passando assim, a assumir a missão de guarda das promessas constitucionais, em meio ao mundo laico de interesses e da legislação ordinária, os juízes “seriam os portadores das expectativas de justiça e dos ideias da filosofia”.<sup>22</sup>

Enfim, uma república como a brasileira que nasceu sem cidadãos, e “onde o Estado é tudo porque a sociedade é nada”, a iniciativa de restaurar e [re]valorizar a sociedade não pode ficar vinculada a métodos usuais de formação da opinião pública onde, com frequência impera a manipulação da informação, o coronelismo e o clientelismo. Deve sim, o Judiciário, sem se substituir à política, sanar o vácuo deixado pelos demais poderes<sup>23</sup>, concedendo consistência democrática a um excedente de soberania popular que transcende a simplória visão de sufrágio<sup>24</sup>.

Considerando a facticidade brasileira do último quarto do século XX e os albores do atual momento não se pode negar o viés predominantemente substancialista da arquitetura dos Juizados Especiais. A ideia fundante dos extintos Juizados das Pequenas Causas já se mostrava fiel ao acesso substancial à justiça, rompendo com a tradição liberal e formalista da processualidade nacional. A instalação de um paradigma judicial cidadão sobre as bases do formalismo jamais conseguiriam aliviar a pressão em torno da litigiosidade contida. Pelo contrário, faria nascer um novo órgão burocrático dentro de uma estrutura altamente burocratizada. Não por acaso se observe nas legislações acerca dos Juizados Especiais um amplo espectro de liberdade aos conciliadores/julgadores, a começar pela opção de estrutura física (neste caso, a criação dos juizados itinerantes, casas da cidadania, etc), passando pela jornada de funcionamento (possibilidade de funcionamento no período noturno) até cumular na instrução, quando infrutífera a conciliação (produção probatória até a satisfação do convencimento do julgador).

---

<sup>21</sup> ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**. O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 259-260.

<sup>22</sup> VIANNA, Luiz Werneck, *et. al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, p. 22-24.

<sup>23</sup> “O juiz moderno há de compreender que deve ter participação efetiva no processo. Deve suplantar o mito da neutralidade concebido pelo direito liberal e assumir um papel crítico e orgânico, que a sociedade está a lhe exigir, na perspectiva da democracia. Num compromisso realmente democrático, deve, enfim, ter uma postura ativa, fundada na isonomia substancial, incumbindo-lhe zelar por um processo justo.” ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**. O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 255.

Contudo, a frequente e equivocada vinculação dos Juizados Especiais com as bases da Teoria Geral do Processo, sem considerar a autonomia e a existência de um sistema particular, que tangencia os preceitos constitucionais e nega a Constituição Federal como base de vigência e validade substancial de todos os modelos processuais transporta à *práxis* dos Juizados Especiais às estruturas do procedimentalismo em Habermas-Garapon. A par disso, ainda que nas instâncias iniciais se assegure uma postura substancialista, a generalização das causas sujeitas aos Juizados Especiais, a inflação de Enunciados, Orientações e Súmulas, bem como a complexa estrutura recursal e de revisão dos julgados cria um *locus* ao procedimentalismo (formalista) nos domínios da justiça cidadã.

### **3. DIREITO LIVRE E INSTRUMENTALIDADE: PRATICAR O IMPRATICÁVEL**<sup>25</sup>

Ainda que se discuta o pioneirismo de Oskar von Bülow, poucas dúvidas pairam sobre sua essencial contribuição ao desenvolvimento da ciência do processo. Em 1868, Bülow publica “A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais”<sup>26</sup> de onde se lê que o processo ao possuir pressupostos específicos, não poderia continuar vinculado e disciplinado pelo direito processual. Os postulados teorizados por Bülow determinam essa relação de autonomia entre direito objetivo e direito subjetivo, situando o direito processual como instrumento técnico-operativo incumbido de satisfazer os ditames da ordem jurídica material.

Ao arquitetar este projeto, Bülow, operou a separação entre direito material e direito processual sem, todavia, afastar o clichê da relação jurídica, originária de uma matriz privatista de direito. Em face deste sincretismo entre direito privado (à época predominante) e direito público, a divisa de subordinação entre pessoas, oriunda do direito obrigacional, ficou mantida. Com isso, a ideia de ascendência de um dos integrantes da relação processual foi transferida ao juiz, sendo que a jurisdição é atividade inerente à sua pessoa<sup>27</sup>. Em paralelo, se Luis XIV era o Estado, o juiz, nessa visão, é a jurisdição.

---

<sup>24</sup> VIANNA, Luiz Werneck, *et. al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, p. 258.

<sup>25</sup> Utilizou-se com base para o presente item: STAFFEN, Márcio Ricardo. Por um modelo constitucional de processo [administrativo disciplinar] como procedimento em contraditório: aproximações entre Luigi Ferrajoli e Elio Fazzalari. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011.

<sup>26</sup> BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtstein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

<sup>27</sup> LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**. p. 28-29.

Ocorre que a malfadada concepção de relação processual revisitada pelo processualista prussiano, ressurgiu da *exceptio* dos romanos, ou seja, dos limites da argumentação de defesa do pólo passivo da demanda, no intuito de evitar a procedência do pedido do réu encaminhado ao magistrado. Nos dizeres de Giorgio Agamben, representou típica suspensão da lei civil ao alvitre do magistrado.<sup>28</sup>

Neste diapasão, segundo Bülow o processo enquanto relação jurídica aceita e propõe um vínculo de subordinação entre autor-juiz-réu. Assim, resta evidente a existência do direito de um dos sujeitos processuais, em especial, o juiz, sobre a conduta do outro<sup>29</sup>, tal como uma obrigação civil regida pelo binômio credor-devedor, caracterizado, destarte, uma condição de sujeição e subserviência. E, em complemento permite à atividade jurisdicional o exercício discricionário e solipsista do direito.

Tanto é verdade que, em 1885, Bülow torna público o texto *Gesetz und Richteramt* (Lei e magistratura) no qual defende uma saída para o formalismo processual através da magistratura como importante instrumento de criação do direito<sup>30</sup>. Desta forma, Bülow escapa da taxação do processo como um quase-contrato, uma vez que existe uma relação obrigacional, para, vincular as partes aos juízes.

Por esses motivos, entendemos possível afirmar que o processo, sob a taxionomia de relação jurídica, já surge, em Bülow, como instrumento da jurisdição, devendo essa ser entendida como atividade do juiz na criação do

---

<sup>28</sup> “A *exceptio* do direito processual romano mostra bem esta particular estruturação da exceção. Ela é um instrumento de defesa do réu em juízo, destinado a neutralizar a conclusividade das razões sustentadas pelo autor, no caso em que a aplicação do *jus civile* resultaria iníqua. Os romanos viam nela uma forma de exclusão voltada contra a aplicação do *jus civile*. (Dig. 44, I, 2, Ulp. *Exceptio dicta est quibus quaedam exclusio, quae opponi actioni solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est*). Nesse sentido, a *exceptio* não está absolutamente fora do direito, mas mostra, antes, um contraste entre duas exigências jurídicas, que no direito romano remete à contraposição entre *ius civile* e *ius honorarium*, ou seja, o direito introduzido pelo pretor para amenizar a excessiva generalidade das normas do direito civil. Na sua expressão técnica, a *exceptio* toma assim o aspecto de uma cláusula condicional negativa inserida, na fórmula processual, entre *intentio* e *condemnatio*, mediante a qual a condenação do réu é subordinada não à subsistência do fato defensivo excepcionado por este (por exemplo: *si in ea re nihil malo A. Agerii factum sit neque fiat*, isto é: se não houve dolo). O caso de exceção é assim excluído da aplicação do *ius civile*, sem que seja, porém, posto em questão o pertencimento do caso jurídico à previsão normativa. A exceção soberana representa um limiar ulterior: ela desloca o contraste entre duas exigências jurídicas numa relação-limite entre o que está dentro e o que está fora do direito.” AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer** – o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: UFMG, 2002, v. I, p. 30.

<sup>29</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. p. 97.

<sup>30</sup> “Ela é, como qualquer decisão judicial, uma determinação jurídica originária do Estado, validada pelo Estado e por ele provida por força de lei. Com isso, não se quer dizer outra coisa do que o juiz ser autorizado pelo Estado a realizar determinações jurídicas, as quais não estão contidas no direito legislado, mas sim encontradas pelos juízes, por eles criadas, escolhidas e desejadas.” BÜLOW, Oskar von. *Gesetz und richteramt*. In: **Juristische zeitgeschichte**. Kleine reihe – klassische texte. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003, v. 10, p. 37. Tradução inserida em: LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**. p. 61.

direito em nome do Estado com a contribuição do consentimento e da experiência do julgador.<sup>31</sup>

Desta assertiva, nasce um novo paradoxo, a saber: o controle da atividade jurisdicional. Ocorre, entretanto, que o modelo processual bülowniano não se apóia como meio de controle judicial, mas como técnica de atuação dos juízes<sup>32</sup>. Como consequência, sem que isto fosse constatado de pronto, a propositura de Bülow, salvo alguns ajustes, seguiu seu curso pela história, sempre a chocar o ovo da serpente. Que se apresenta na atualidade no dilema da legitimidade/validade das decisões e da concepção do processo como garantia. Ao seu modo e com variações teóricas pessoais Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Eduardo Couture e Enrico Liebman seguiram a concepção de decisão (*Urtheil*) nos moldes de revelação divina, tal como juízo de ordálias, para a solução de conflitos<sup>33</sup>. Têm-se neste sentido reiteradas manifestações doutrinárias apoiadas na teoria de Bülow a defender a jurisdição como atividade do juiz, “livre de vínculos no exercício da sua função”.<sup>34</sup>

Tal como uma árvore genealógica, a proposta de instrumentalidade formulada por Candido Rangel Dinamarco, tem suas origens nos postulados de Bülow, maturada por Chiovenda e, finalmente, difundida pelas lições de Liebman. Destarte, fundamenta-se na compreensão da jurisdição como “o poder de aplicar a lei aos casos

---

<sup>31</sup> LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**. p. 60.

<sup>32</sup> LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**. p. 29 e 62.

<sup>33</sup> LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**. p. 95. Em complemento: “Bülow analisa as origens do termo decisão (*Urtheil*) em alemão, remetendo-se às ordálias. Entretanto, o que se vê é que, embora Bülow tente esclarecer que não mais se utiliza o termo em seu significado original, a questão do poder subjacente àquela concepção continua intocada, irradiando-se para outras teorias, ainda que formuladas em línguas diversas e sob a égide de outros ordenamentos jurídicos, como a de Carnelutti. Com isso, encontra-se reforçada a hipótese de que o processo está irremediavelmente submetido, em suas origens (rito de obtenção de decisões-revelações) à atividade do juiz-mágico a que se atribuía poder de dizer o direito revelado (jurisdição). Nas palavras de Bülow, ‘Dessa forma, URTHEIL, ordâl, ordêl é um termo muito antigo, de raiz germânica, o qual inicialmente era usado exclusivamente para as decisões judiciais, como muitos dos meios daquele tempo e especialmente apreciado para se obter um decisão desse tipo (Eid – decisão de Deus). Ela demonstra suficientemente a inexistência de uma relação especial com operações lógicas. Porém, quanto mais foi exigido, no decorrer do tempos, que a decisão judicial fosse devidamente fundada em um exame de compreensão cuidadoso, tanto mais decisivo aparentava o ato do juiz, como um exemplo paradigmático de uma atividade conclusiva de total reflexão. Nos debates e nos aconselhamentos dos tribunais, deveria ser salientada, com grande ênfase e demonstrada dramaticamente, a dificuldade e o grande significado da correta dedução do reconhecimento de uma verdade através de outras verdades já existentes. Aqui se aprendia a se acostumar a um método determinado de busca da verdade e a reconhecer o valor de tal método: no processo civil, trata-se de uma lógica exigida e sancionada pela comunidade. Dessa forma, pode-se esclarecer que, posteriormente, a linguagem da ciência ao buscar um bom termo do idioma alemão para o processo de raciocínio se rendeu ao termo inicial e distante, *Urtheil*.” (p. 92-93).

<sup>34</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I. p. 05.

concretos de forma vinculante e cogente”<sup>35</sup>. Com efeito, vincula-se umbilicalmente ao poder e a subordinação de argumentos de ordem hierárquica, caracterizando, assim, típico caso de servidão voluntária.

Advirta-se que a atividade jurisdicional não se apruma, ou melhor, não deve se aprumar exclusivamente nos ditames da força e da coerção. Isto porque, em muito se deveria ter superado a ideia de decisão vinculada ao vocábulo *Urtheil* (decisão revelada pelo divino), a qual atribui ao julgador caracteres de profeta, místico, mágico. O que se quer é uma atividade jurisdicional construída sobre as bases da inclusão e da participação isonômica dos destinatários do ato final.

Por outra parte, não é possível, aqui, seguir incólume nos trilhos da instrumentalidade processual à Dinamarca. O entendimento da instrumentalidade como o núcleo e a síntese dos movimentos de aprimoramento dos sistemas processuais<sup>36</sup>, que se fundamenta na preocupação com a satisfação dos valores constitucionalmente consagrados<sup>37</sup> dá ao julgador amplo latifúndio de discricionariedade, o qual pode ser manipulado até mesmo de modo a subverter o ordenamento jurídico. Tanto é assim que:

Imbuído dos valores dominantes, o juiz é um intérprete qualificado e legitimado a buscar cada um deles, a descobrir-lhes o significado e a julgar os casos concretos na conformidade dos resultados dessa busca e interpretação.<sup>38</sup>

Some-se a este quadro que a natureza instrumental e instrumentalizadora do processo impõe que todo o ordenamento atue “como *instrumento do Estado* para a realização de certos objetivos por ele traçados”<sup>39</sup>. Vale ressaltar que a atribuição

---

<sup>35</sup> BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 73.

<sup>36</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 25.

<sup>37</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 26-27.

<sup>38</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 48.

<sup>39</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 64. Segundo Aroldo Plínio Gonçalves, “Em ‘A instrumentalidade do Processo’, o Professor CÂNDIDO R. DINAMARCO propõe que se desenvolva uma nova mentalidade entre os processualistas modernos em torno da ‘instrumentalidade do processo’, considerada segundo os fins da jurisdição e do processo. Os fins da jurisdição não seriam apenas jurídicos, mas também sociais, compreendendo a ‘pacificação com justiça e a educação’, e políticos, a participação, a ‘afirmação da autoridade do Estado e de seu ordenamento’. O conceito de jurisdição não seria jurídico mas político, já que ela é expressão do poder do Estado e, assim, ‘é canalizada à realização dos fins do próprio Estado (...)’. A relatividade social e política tornaria a jurisdição permeável às mutações dos conceitos de ‘bem comum, justiça e justiça social’, ou seja, os escopos da jurisdição não seriam os mesmos em momentos sociais distintos e em sistemas políticos diferentes. Entende que há uma tendência universal, ‘quanto aos escopos do processo e do exercício da jurisdição: o abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas.’” GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. p. 180.

de escopos sociais, políticos e jurídicos ao processo, a partir da filosofia da linguagem, fornecem ao julgador amplos poderes decisórios. A título de ilustração, jamais seria possível questionar-se a prática de tortura na Inquisição e nos Regimes Militares, haja vista sua permissividade em face dos objetivos dos Estados: a descoberta a qualquer preço de hereges e a segurança nacional.

Candido Rangel Dinamarco ao equalizar o processo e a jurisdição às finalidades e valores do Estado de Bem Estar Social cria no julgador a fantasia do justiceiro da sociedade. Essa convocação requer do julgador predicados de homem do seu tempo, responsável por reduzir as desigualdades sociais e realizar os valores constitucionais, criando, portanto, poderes sobre-humanos.<sup>40</sup>

Cumprido anotar, entretanto, que a atuação do juiz no processo não se presta a antecipação de opções ideológicas<sup>41</sup>, ainda se defenda uma postura substancialista. Compete ao julgador ater-se a imparcialidade, ao equilíbrio das manifestações via ampla defesa e contraditório, dando fluência ao devido processo legal, aos direitos e garantias fundamentais. Enfim, o processo não pode ser instrumento do poder e da jurisdição. Ao contrário, o processo, se compreendido como instrumento, deve ser instrumento dos direitos fundamentais<sup>42</sup> com o transparente objetivo de limitação dos poderes e não de obediência e subserviência.

#### **4. STATUS ACTIVUS PROCESSUALIS**

A análise histórica dos vários modelos de processo demonstra como o processo tem refletido os valores sociais oficialmente tolerados pelo Estado. Grosso modo, o paradigma inquisitorial tipifica a essência de um Estado autoritário, a matriz individualista repete a orientação liberal, e assim por diante... Por sua vez, um Estado verdadeiramente Democrático de Direito, como consagra a CRFB/1988, reclama um processo pautado pela inclusão e participação. Sem um modelo processual aberto à dialeticidade não há como se falar em Estado Democrático de Direito. Eis o calcanhar de Aquiles. A teoria geral de

---

<sup>40</sup> ROSA, Alexandre Morais da. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 11, n. 2, jul-dez. 2006, p. 223.

<sup>41</sup> ROSA, Alexandre Morais da. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. p. 223.

<sup>42</sup> Com isso, se faz uma aproximação aos postulados de Aroldo Plínio Gonçalves. Para o processualista mineiro os únicos escopos que interessam ao exercício da jurisdição e do processo são os escopos e ideologias inscritas no ordenamento jurídico, e, nesse caso, os escopos são todos jurídicos. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. p. 185.

processo dominante sustenta a prática de um sincretismo processual impraticável. A inafastabilidade da tutela judicial combinada com a variada gama de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, típicos do Estado Social e da Pós-Modernidade não pode ser acionada, exclusivamente, via institutos processuais individuais-formalistas. A continuidade deste mo[vi]mento importa no agravamento progressivo da modernidade tardia brasileira, no sentido de incluir os incluídos e excluir os excluídos.

Paralelo ao avanço deste modelo de exclusão surge o ideal de *status activus processualis* preocupado com a inclusão e participação dos indivíduos no processo jurisdicional. O advento desta noção de cidadania se atribui a Peter Häberle<sup>43</sup> que, nos idos de 1975, propôs a adoção da categoria *status activus processualis* para satisfazer a crise de efetividade dos Direitos Fundamentais haja vista a debilidade dos conceitos tradicionais da teoria geral do processo para dar conta desta espécie de direitos. É um claro contraponto ao *status negativus*, de origem liberal, ao almejar “uma jurisdição aberta institucional e operacionalmente aos argumentos e à participação democrática”, segundo o magistério de Abreu,<sup>44</sup> que vai além da mera legitimação para o *judicial review*.

Assim, pode-se atribuir a noção de *status activus processualis* a função de realização dos direitos, dotada de uma dimensão além da tradicional ideia de caráter negativo (de defesa), haja vista sua destinação promocional de inclusão e participação no processo. Destarte, desempenha um importante papel teórico-dogmático de realização e consolidação da democracia, numa perspectiva participativa e interessada na *res publica*<sup>45</sup>. A participação dos titulares dos Direitos Fundamentais nos procedimentos públicos de decisão que interferem no conteúdo destes direitos se convertem em instrumento de abertura da Constituição, promovendo, portanto, a integração da Sociedade Civil com a Constituição.

Nestes termos, não seria correto que a Constituição estabelecesse direitos/limites para ordenar a vida em sociedade e não estabelecesse condições hábeis de

---

<sup>43</sup> Neste sentido: HÄBERLE, Peter. **Teoria de la constitución como ciencia de la cultura**. Madrid: Tecnos, 2000; e, GUERRA FILHO, Willis Santiago. A jurisdição constitucional no Brasil: observações a partir do direito constitucional comparado. **Anuário Iberoamericano de Direito Constitucional** – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: v. 5, p. 151-168, 2001.

<sup>44</sup> ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**. O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011, p. 387.

<sup>45</sup> Neste sentido: LEAL, Mônica Clarissa Hennig. A noção de *status activus processualis* como fundamento para a operacionalização de uma jurisdição constitucional aberta. LEAL, Rogério Gesta. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 2102.

acesso à sua efetivação e satisfação<sup>46</sup>. Por isso, o processo deve se aprumar no paradigma de Estado Democrático de Direito, regido por um corpo construtivo e participativo na bricolage<sup>47</sup> das respostas jurisdicionais.

Pela lavra de Abreu<sup>48</sup>, a participação da sociedade civil é decisiva para a efetivação dos direitos constitucionais. Com ela, o conceito de cidadania é transmutado da recorrente e limitada visão minimalista de que democracia equivale a eleições, para uma dimensão ativa, promocional, de participação. O Estado não pode abrir mão desta participação. A participação dos indivíduos é fundamental para que tenham a plena convicção de que no processo tudo acontece pelo esforço sério, justo e intenso na investigação dos fatos e na busca da justiça para que tenham certeza que a ajuda das instituições em especial do Poder Judiciário repercutirá positivamente na proteção dos seus direitos. Contudo, esta almejada participação não pode ser a mera imposição de verdades, a síntese sem antítese.

Para que os cidadãos reconheçam a importância das normas e das decisões jurisdicionais é de fundamental importância que participem da sua construção, pois como principais destinatários delas precisam antes de tudo de informação e de tomada da consciência. Neste cenário, as figuras petrificadas ganham vida, de sorte que o direito e o ideal de justiça transcendem o caráter de ficção para invadir a realidade. Com efeito, quanto mais a jurisdição abre-se à sociedade e aos indivíduos, mais legitimidade tende a concentrar às suas decisões:

[...] e, com isso, maior grau de confiabilidade e respeito poderá obter no meio social, ao mesmo tempo em que se torna mais suscetível aos influxos e reflexos das dinâmicas e idiosincrasias sociais, sem que, com isso, se esteja supondo a possibilidade de ruptura do pacto político-constitucional em contradição com o projeto finalístico que nele se contém, bem como se perspetive qualquer possibilidade de promover-se uma releitura da ‘tradição’ do constitucionalismo e da cultura que lhe constitui.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de *et. al.* Jurisdição constitucional e participação cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais!, p. 124.

<sup>47</sup> “A palavra possui diversos significados no francês. O *bricoleur* pode significar a pessoa que realiza todo tipo de trabalho manual; *bricoler*, empregado como verbo, quer dar a entender uma forma provisória, de ziguezaguear, de jogar por tabela, utilizar meios indiretos, rodeios; já como substantivo pode ser entendido como ricochete, engano, astúcia, trabalho inesperado, pequeno acessório; bricolage como trabalho de armador, e, especialmente na antropologia, o trabalho onde a técnica é improvisada e adaptada ao material existente, às contingências.” ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 363.

<sup>48</sup> ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**. O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito, p. 398 e 509.

<sup>49</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de *et. al.* Jurisdição constitucional e participação cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais!, p. 124.

É por tais razões que: em se abraçar a ideia de *status activus processualis* dá-se voz à cidadania<sup>50</sup>. O indivíduo sai da letargia para o exercício efetivo de uma democracia humanista e inclusiva. Sem esta via de inclusão, participação e deliberação toda e qualquer decisão jurisdicional será mera ficção jurídica.

## 5. ENFIM, QUAL O LUGAR DO CONCILIADOR?

Postas todas as cartas sobre a mesa, após abordar teorias antagônicas e excludentes entre si, faz-se imperioso juntar as peças no intuito de situar o lugar do conciliador no sistema dos Juizados Especiais. Lugar esse que não se satisfaça pelo procedimento, que não seja instrumento à jurisdição e para o Estado e que não coloque sobre seus ombros todo o poder jurisdicional. Em suma, o desafio é mensurar os limites à participação do conciliador e, a partir dessa construção superar os desafios acima expostos.

Em linhas gerais, toda a engenhosidade de Warat no que se refere à mediação e à conciliação adota como pressuposto de validade o amor. Ao reconhecer o discurso manipulador da modernidade, procura desconstruir toda essa violência “socializadora” para reconstruí-la na vivência harmônica e sensível com a própria interioridade e com os outros. Todavia, a presente tarefa não pode ser levada adiante sem se comportar com autenticidade. A mediação/conciliação, embora categorias distintas, exige que os acordos sejam celebrados na subjetividade de cada litigante, sendo que todos os simulacros valem tão-só como bloqueio para a pacificação e resolução substancial dos conflitos.<sup>51</sup>

Ao reintroduzir no conflito o amor e a sensibilidade, Warat coloca em xeque o desprezo e a antipatia pelo conflito. Por conseguinte, repudia a cartilha das escolas de mediação e conciliação interessada em moldar um profissional dotado de técnicas periféricas e estereotipadas de comunicação, como se fosse um jogo ou truque de magia para acalmar as partes com seus truques.<sup>52</sup>

A compulsão pelas técnicas aprisiona o fluxo natural da vida e dos conflitos, que se pré-ocupam na dominação, na manipulação do outro, na domesticação dos conflitantes, para que, ao final, se ame o Grande Irmão<sup>53</sup>. Vislumbra-se, destarte, um repúdio

---

<sup>50</sup> WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 218.

<sup>51</sup> WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 24-30.

<sup>52</sup> WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. p. 33-34.

<sup>53</sup> ORWELL, George. **1984**. Trad. Wilson Velloso. 29. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

na proposta de Warat pela procedimentalização da mediação e da conciliação. A seu ver, os magistrados operam sobre o conflito interditando-o no tempo, excluindo e desprezando a variável temporal e a facticidade para poder demarcar as controvérsias em um plano de abstração jurídica que suportem dominar as variáveis com as quais organizam suas decisões, pautadas na presunção de que a lei fornece segurança jurídica<sup>54</sup>. Assim, quando se chega, ao final, na decisão, os fundamentos fáticos da demanda estão alterados. A solução já não soluciona mais. Ademais, abre sendas para novos litígios.

Contudo, além do desprezo natural pela procedimentalização técnica da mediação e da conciliação, aos moldes de uma linha de produção fordista ou de ilusionismo, Warat condena também a subtração do conflito das partes para a esfera individual do magistrado, ou seja, a adjudicação do conflito à magistratura. Não se admite a mediação e a conciliação como imposição.<sup>55</sup>

Ressalte-se que a tônica do sistema dos Juizados Especiais brasileiro favorece explicitamente a encampação do conflito, como processo, pelo juiz. Desde que motivado, vários atos podem ser praticados, a começar pela produção probatória. Vislumbra-se pela redação da Lei 9.099/1995 o *animus domini* do julgador sobre o conflito. Ele decide quais provas serão produzidas, sem considerar que a ampla defesa e o contraditório são Direitos Fundamentais das partes.

Logo, o ativismo judicial em sede de Juizados Especiais acaba por subverter o núcleo deste sistema recursal. Descalcifica a informalidade do procedimento em favor de um discurso de autoridade e uníssono, como se a mediação e a conciliação fosse obtida através de uma geometria racional. Reforçando aquilo que Warat leciona: “A cidadania de todos os tempos sempre foi uma classe VIP.”<sup>56</sup>. Neste diapasão, o discurso substancialista de construção de um direito justo, acaba no extremo, por excluir. Ao se resolver a exclusão entre as partes, cria-se a exclusão das partes pelo Judiciário.

Retoma-se, assim, nestes termos, a matriz da Escola de Direito Livre. Onde o processo cumpre sua função se atingiu os desígnios do Estado e da Jurisdição, sem mensurar a alteridade dos litigantes, seus sentimentos e anseios particulares. Com isso, as

---

<sup>54</sup> WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. p. 61.

<sup>55</sup> WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. p. 91.

<sup>56</sup> WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. p. 111.

normas jurídicas e a prática jurisdicional conservam os indivíduos na letargia da subserviência do Estado.<sup>57</sup>

Enfim, o lugar do conciliador no sistema dos Juizados Especiais deve ser marcado pela sensibilidade e pelo amor. Não pode passar incólume pelas vias do procedimentalismo tecnicista ou pela senda do substancialismo ativista. Ambos, em determinado momento acabarão por negar o exercício da cidadania (como se observa no sistema recursal dos Juizados Especiais), seja em nome do procedimento ou em nome dos objetivos da jurisdição. Importa advogar que o litígio pertence às partes, não podendo ser encampado pelo julgador. O lugar do conciliador é assegurar o exercício material dos Direitos e Garantias Fundamentais em um espaço de humanização, sensibilidade e amor<sup>58</sup>, não do poder, para ao final, resolver o litígio a partir da fusão de horizontes<sup>59</sup> de cada parte. A solução deve partir das partes, não do Estado.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O momento histórico-jurídico hodierno autoriza compreender que a efetivação do Estado Democrático de Direito é carente de bases de inclusão e participação dos indivíduos – num passo avante à típica ideia de participação cidadã de matriz liberal-burguesa. Por muito tempo pensou-se tão-somente na participação no processo, sem considerar o desafio da inclusão dos indivíduos que caracteriza nosso sistema de forclusão. Aqui, duas considerações merecem destaque, ainda que de forma sucinta. Um Estado Democrático de Direito não se resume em eleições regulares e no lema governo do povo, pelo povo, para o povo. A democracia e consequentemente o Estado Democrático de Direito implica, além da tradicional noção de procedimento, no reconhecimento da desconcentração e

---

<sup>57</sup> “A cabeça dos juízes não está feita para fazer do jurídico um processo de humanização (desvinculando o inumano do processo e das instituições que o comprometem). São juízes que decidem com uma cabeça cheia de normas e cada dia mais atrofiada em termos de criatividade e de articulação do complexo. São juízes cada dia mais dispersamente informados, sem capacidade para organizar sua informação e muito menos transformá-la em sabedoria.” WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. p. 153.

<sup>58</sup> “Estou admitindo aqui que o objetivo do Direito não é o de alcançar a paz social, nem de aplicar a lei, nem de distribuir justiça, senão a de lograr a humanização dos conflitos, entendendo por humanização a possibilidade de escapar das condições de alienação (em muitos casos, determinadas pelo próprio Direito) e fugir para as condições de produção e realização existencial da autonomia.” WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. p. 114.

<sup>59</sup> Neste sentido: GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und methode I**. Grundzüge einer philosophischen hermeneutik I. Tübingen: Mohr, 1990; \_\_\_\_\_. **Wahrheit und methode II**. Ergänzungen register. Tübingen: Mohr, 1990.

da difusão do poder<sup>60</sup>. Por tais razões, a atuação jurisdicional já não se sintetiza na figura do juiz boca da lei, alheio com as situações extra-processuais, pré-ocupado com a pacificação social mas castrado do contato com a sociedade.

Os novos conflitos impõem ao Poder Judiciário a necessidade de desneutralização. Ainda que sem entrar nas discussões procedimentalismo *versus* substancialismo é possível vislumbrar uma postura ativa da jurisdição para a efetividade plena do ordenamento jurídico. Não há espaço para o juiz Pilatos. Esses novos conflitos reclamam uma nova forma de tutela jurisdicional. A matriz liberal-individual-normativista precisa ceder lugar ante as exigências de solidariedade, inclusão e participação.

Para tanto, o processo jurisdicional deve ser compreendido como um espaço democrático de participação e inclusão dos indivíduos à luz do Estado Democrático de Direito. Assim, para a satisfação de tal desiderato, a noção do *status activus processualis* carece ser resgatada. É esta a condição para que os indivíduos tenham um lugar de fala no processo, onde possam deliberar e apresentar suas alegações via contraditório em simétrica paridade de oportunidades. Em grande parte, a crise de legitimidade que atinge as decisões jurisdicionais decorre da forma burocrática [kafkaniana] pela qual o processo é conduzido. No Estado Democrático de Direito o processo jurisdicional passa a ser um meio propício de operar a ação do Estado na realização dos objetivos traçados pela Constituição.

No Brasil, contudo, a ideia de *status activus processualis* suplica além de um amplo acesso à justiça de instrumentos positivos de equalização das posições culturais, sociais e econômicas dos envolvidos. A tutela jurisdicional não pode ser privilégio de uma minoria ou, condicionada por múltiplas situações de bloqueio. De igual sorte é cristalina a impotência da teoria de que a função do Poder Judiciário deve ser a de cuidar exclusivamente dos procedimentos democráticos.

Em uma sociedade nitidamente excludente defender piamente a onipotência dos procedimentos equivale, metaforicamente, a construção de uma residência que se principia pela colocação das telhas, ou ao bolo que se inicia pelo posicionamento da cereja. Em sede de processo jurisdicional certos valores e obrigações inscritos na Constituição precisam de satisfação. Aos procedimentos deve ser adicionada uma teoria de direitos e

---

<sup>60</sup> Ressalte-se que, como bem orienta Miglino “La democrazia non è solo procedura. La stessa dialettica procedimentale è già un valore che presuppone l’operatività di altri principi: libertà di opinione e di parola, libertà di ottenere una imparziale e coretta informazione, pubblicità dei fatti che attengono alla sfera pubblica.” MIGLINO, Arnaldo. La democrazia come diffusione del potere. **Archivio giuridico**. Roma, v. CCXXX, n. 1, p. 57, 2010.

valores substantivos para que se efetive uma participação democrática na tomada das decisões.

Cabe determinar que o eixo substancialista não ignora a importância do respeito aos procedimentos, muito ao contrário, questiona, isto sim, a ideia de que o procedimento se faz pelo procedimento. Além de valorizar os procedimentos, destaca a importância dos valores substantivos, por meio da interpretação que deve ser feita jurisdicionalmente, com o objetivo de garantir a manutenção da vontade dos indivíduos consagrada constitucionalmente.

Por tais razões, a ideia de *status activus processualis* tem uma afeição mais próxima com a teoria substancialista, uma vez que a defesa de valores morais presentes na Constituição possibilita a inclusão e a participação dos indivíduos nos procedimentos jurisdicionais, sem nenhum repúdio ao procedimentalismo. Considerando a satisfação plena das promessas da modernidade em alguns países, é possível concordar com a irrelevância da teoria substancialista e advogar a função procedimental ao Poder Judiciário, mas este não é o caso brasileiro.

Nessa exata senda, faz-se imperioso concordar com Streck<sup>61</sup>, para quem, no plano da ação cotidiana dos juristas, em solo brasileiro, nem o eixo procedimentalismo nem o substancialismo ocupam espaço de preponderância. A prática substancialista ainda está longe, em face da inefetividade de grande parcela dos direitos sociais constitucionalmente consagrados e da postura adotada pelo Judiciário na apreciação de mandados de injunção e ações de inconstitucionalidade por omissão, bem como, a baixa filtragem hermenêutico-constitucional das normas anteriores a Carta de 1988. Noutro vértice, a submissão do Legislativo à costumeira e reiterada utilização de Medidas Provisórias por parte do Executivo, somada a crescente governabilidade via “decretos”, demonstra as incongruências da criação democrática de direitos e a preservação dos procedimentos legislativos aptos a conferir autonomia aos cidadãos, como desejam os procedimentalistas, em especial, Habermas.

Enfim, a democracia envolve a garantia de cada indivíduo de participar e influenciar na sociedade e nas suas condições de vida, devendo o Estado incentivar e promover a inclusão e a participação nas ações sociais. Somente quem está efetivamente incluído na ordem constitucional possui interesse na defesa da Constituição.

---

<sup>61</sup> STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 205.

Desta forma, a proposta de *status activus processualis* transcende a análise de pertinência ao eixo procedimentalista ou ao eixo substancialista em favor de uma postura ativa de proteção do Estado Democrático de Direito.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**. O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

\_\_\_\_\_. **Processo e democracia**. O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer** – o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: UFMG, 2002, v. I.

BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtstein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und methode I**. Grundzüge einer philosophischen hermeneutik I. Tübingen: Mohr, 1990.

\_\_\_\_\_. **Wahrheit und methode II**. Ergänzungen register. Tübingen: Mohr, 1990.

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

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Teoría de la constitución como ciencia de la cultura**. Madrid: Tecnos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II.

\_\_\_\_\_. **Acción comunicativa y razón sin transcendencia**. Trad. Pere Fabra Abat. Barcelona: Paidós, 2002.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. A noção de *status activus processualis* como fundamento para a operacionalização de uma jurisdição constitucional aberta. LEAL, Rogério Gesta. **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

MIGLINO, Arnaldo. La democrazia come diffusione del potere. **Archivio giuridico**. Roma, v. CCXXX, n. 1, p. 55-73, 2010.

MORAIS, José Luiz Bolzan de *et. al.* Jurisdição constitucional e participação cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais!

MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Orgs.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: DelRey/IHJ, 2009.

MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional**. Desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. A função democrática do princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: aproximações entre Elio Fazzalari e Jürgen Habermas. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça** – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – PUC/RS. Porto Alegre, a. 4, n. 12, p. 229-245, jul. set. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. O papel da jurisdição constitucional da realização dos direitos sociais-fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck, *et. al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

\_\_\_\_\_. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.