

DEMOCRACIA DELIBERATIVA E O ACESSO À JUSTIÇA: A VISÃO DELIBERATIVA NO PODER JUDICIÁRIO.

DELIBERATIVE DEMOCRACY AND ACCESS TO JUSTICE: THE DELIBERATIVE
VISION ON THE JUDICIARY.

Guilherme Costa Leroy¹

RESUMO

A evolução da sociedade implica no surgimento de novos anseios sociais e reestruturação dos institutos existentes. A valorização do acesso à justiça e o fortalecimento do Poder Judiciário, consequências da redemocratização proposta pela promulgação da Constituição da República de 1988, possibilitaram que uma infinidade de novas demandas requeiram uma resposta da Justiça. Além disso, o protagonismo assumido pelos tribunais tem impactado de forma direta nos demais poderes e na própria sociedade. Entretanto, o Poder Judiciário ainda não consegue responder de forma adequada a todos estes anseios. Da mesma forma, os poderes do Estado e a sociedade civil estão fora de sintonia e não conseguem harmonizar suas atuações para adequada organização da sociedade. A deliberação surge como uma alternativa para esta falta de vínculo, tentando aproximar os interessados em busca de uma solução para o bem comum. Para tanto, é preciso que exista uma mentalidade voltada para a emancipação dos sujeitos e a construção de soluções em conjuntos, que deveria ser priorizada em face das imposições de poder.

PALAVRAS-CHAVES: Acesso à Justiça; Democracia Deliberativa; Deliberação; Poder Judiciário.

¹ Advogado e Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, onde o presente estudo se insere na área de concentração Direito e Justiça; linha de pesquisa: Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e efetividade; Área de Estudo: Acesso à Justiça e Solução de Conflitos; sob a orientação do Prof. Dr. Fernando Gonzaga Jayme.

ABSTRACT

As the society evolves, it implies the surfacing of new social expectations and the restructuring of existing institutions. The enhancement of the access to justice and strengthening of the judiciary, consequences of the democracy proposed by the Constitution of 1988 promulgation, enabled that infinite new demands require answers from the Justice. Furthermore, the role assumed by the courts impacted directly on other constitutional powers and in society itself. However, the judiciary still fails to respond satisfactorily. Similarly, the powers of the state and civil society are not capable to harmonize their actions to the proper organization of society. Deliberation comes as an alternative to this lack of connection, trying to approximate those interested in finding a solution for the common good. To achieve that, the emancipation of individuals and the construction of collective solutions should be priority.

KEYWORDS: Access to Justice; Deliberative Democracy; Deliberation; Judiciary.

1. PANORAMA SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Partindo da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (doravante denominada de “CR”) como marco de reorganização da sociedade em busca da democracia plena após o fim do regime autoritário, é possível perceber a importância assumida pelo Poder Judiciário devido ao seu fortalecimento e crescente participação na construção do Estado Democrático de Direito planejado. Da mesma forma, o acesso à justiça é tema de relevância constitucional em razão da previsão do princípio da inafastabilidade de jurisdição (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) constante do inciso XXXV do artigo 5º da CR.

Por mais que esta valorização tenha fortes ligações com o texto constitucional do ano de 1988, leis infraconstitucionais brasileiras já tinham o intuito de melhorar o alcance e a qualidade da prestação jurisdicional muito antes. Se adotarmos a teoria de Cappelletti e Garth (1988) sobre as ondas de acesso à justiça, é possível identificar todas elas na evolução legislativa brasileira.

A primeira das ondas de acesso à justiça é a que procura efetivar a possibilidade de acesso de todos ao Poder Judiciário, garantindo alguma forma de assistência judiciária para os

necessitados. Nos EUA, por exemplo, adotou-se o sistema do *Judicare*, no qual o poder público arcava com o custos dos advogados designados para atuação. Já no Brasil, temos a Lei nº 1.060 de 1950 que isentou os necessitados dos pagamentos de custos e taxas quando usufruírem dos serviços da Justiça e, mais recentemente, a criação das Defensorias Públicas e seu constante fortalecimento.

O segundo movimento pelo acesso à justiça amplo e concreto envolve a proteção dos direitos coletivos *lato sensu*, cuja principal vertente seria o estabelecimento da forma adequada de representação de tais direitos frente ao ordenamento jurídico. No cenário nacional admite-se a existência do *microssistema de processo coletivo*, que é composto por diversas leis esparsas e prevê as peculiaridades que devem ser observadas para a tutela de direitos coletivos. Entretanto, destacam-se a Lei da Ação Popular (nº 4.717 de 1965), a Lei da Ação Civil Pública (nº 7.347 de 1985) e o Código de Defesa do Consumidor (nº 8.078 de 1990) como principais propulsores deste escopo.

Por mais que os pontos anteriores estejam sempre necessitando de revisitação para que sejam alcançados os melhores níveis de acesso à justiça, não apenas formal, mas também material, a terceira onda proposta, até por englobar as outras duas, deve receber especial atenção no cenário jurídico atual por tratar da necessidade de um novo enfoque do acesso à justiça. Tal enfoque deve abarcar os diversos valores e barreiras envolvidos, assim como a criação de institutos e instituições capazes de respeitá-los e enfrentá-los.

A primeira vista, tal conceito parece ser muito amplo e abstrato, tentando apenas trazer bom senso a toda e qualquer ação que envolve o Poder Judiciário. Entretanto, a percepção aqui deve ir profundamente em quais são os principais valores que a sociedade deve preservar e as maiores dificuldades existentes na resolução de um conflito. É uma releitura do sistema em busca de novas opções e abrangência transdisciplinar, uma vez que o paradigma clássico de Justiça não mais atende os anseios sociais.

Neste caminho de aproximação do direito com as demais searas de conhecimento – principalmente das ciências humanas – em busca das causas e consequências do conflito, assim como pela influência das decisões no próprio indivíduo e em suas relações, ficou evidente que muitas vezes é a própria organização do Poder Judiciário que impede o tratamento da relação jurídica com humanidade e não apenas como um objeto.

Surgiram nos últimos anos algumas medidas práticas que procuraram diminuir o distanciamento entre o julgador e os envolvidos no conflito, como reformas de procedimentos em geral, meios alternativos ou complementares de resolução de conflito, a especialização de

tribunais, entre outros. Mas estas precisam ser acompanhadas de adequado nível de preparação dos advogados e juízes.

Outro aspecto relevante é a percepção das discriminações que a própria justiça causa em reflexo ao sistema que está inserido, por mais que esta já tente reduzir os excessos mais fortes e visíveis (VIANA, 2000, pág. 271-274). A própria linguagem do direito, o local e o vestuário dos envolvidos favorecem mais aos detentores do poder. É verdade que as discriminações não acontecem em todos os momentos, nem com a mesma intensidade, mas estão presentes na rotina da Justiça devido à formalidades muitas vezes desnecessárias.

O tecnicismo afasta, por exemplo, a possibilidade de ações interdisciplinares, os meios alternativos de solução de conflitos e a própria participação da comunidade na administração da justiça. Apenas com profissionais inseridos na realidade social e que instrumentalizem o processo para promover a efetiva tutela de direitos é que serão retirados os obstáculos que se opõem ao acesso efetivo à Justiça. A partir deste entendimento é que surge o debate sobre o ativismo judicial.

Antes de levantar os aspectos relevantes do posicionamento ativo do Poder Judiciário frente à garantia dos direitos fundamentais, é preciso definir o que seria o ativismo judicial e os seus limites. O próprio surgimento da expressão “ativismo judicial” nos Estados Unidos já carrega um conteúdo dúplice. Lá o *judicial activism* é visto de forma negativa, mas, quando comparado com o “passivismo judicial”, passa a ter contornos positivos (OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 222).

O mesmo acontece no Brasil e a expressão acaba tendo duas interpretações diversas, uma baseada em comportamentos exagerados que ocorrem no Poder Judiciário, desrespeitando o próprio ordenamento jurídico, e outra condicionada a atuações mais conscientes. É importante apontar primeiramente que o *ativismo judicial* não se configura apenas nos casos em que comandos judiciais provém acerca de políticas públicas ou de atos e condutas emanados dos outros Poderes e suas instâncias (MANCUSO, 2011, p. 97).

Exemplo da primeira conceituação pode ser encontrado em posições que criticam a utilização *ampla* da iniciativa, criatividade e engajamento dos magistrados como suposta forma de exercício de cidadania das partes. Dierle Nunes e Ludmila Teixeira (2013, p. 82) demonstram essa preocupação com o que denominam de *ativismo judicial seletivo*, pois, ao analisarem a evolução histórica de direitos no Brasil, identificaram que, após o surgimento de diversas legislações sociais, os conflitos de interesses ficaram mais amplos e complexos e o Poder Judiciário mais exposto e vinculado à comunidade política. Dessa maneira, para os

autores, os magistrados são compelidos perigosamente a intervir para igualar, tutelar e corrigir.

Para esta corrente de pensamento, o ativismo nem sempre garantiria maior proteção e força aos direitos fundamentais e o seu uso indiscriminado desrespeitaria os princípios constitucionais e a separação de poderes, pois insere no debate justificativas de cunho político, ameaçando o tratamento ideal aos direitos fundamentais para configuração do acesso democrático (NUNES; TEIXEIRA; 2013, p. 86).

O outro ponto de vista, no entanto, aproxima o ativismo judicial de condutas que procurariam a resolução adequada da demanda e fortaleceriam as previsões constitucionais quando a lei gera entraves desnecessários. Segundo Luís Roberto Barros, o ativismo judicial abarcaria a aplicação direta da Constituição a situações expressamente contempladas apenas por normas infraconstitucionais e as determinações de atuação do Poder Público quando estiver ausente, seja na formulação de atos normativos em consonância com a Constituição ou notadamente em matéria de políticas públicas (*Apud* OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 225).

Para reduzir a diferença entre os posicionamentos apresentados, é importante deixar claro que o desrespeito aos princípios constitucionais descaracterizaria a adequada utilização do instituto. O ativismo não pode ser confundido com interpretação progressista ou vanguardista, nem ser oposto ao conservadorismo. Este constitui um exercício arrojado da jurisdição, fora da usual, em especial no que tange a questões morais e políticas (BRANCO *Apud* OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 221). Uma vez balizado o ativismo judicial pelas previsões e interpretações constitucionais talvez ambos posicionamentos consigam encontrar um ponto em comum.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou pela interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, notadamente no julgamento da ADPF 45-9, promovida contra veto emanado pelo Presidente da República sobre disposição da Lei de Diretrizes Orçamentárias para a elaboração da lei orçamentária de 2004 (convertida na Lei no 10.707/03) que concedia o caráter de ação e serviço público de saúde à totalidade das dotações do Ministério da Saúde, excluindo encargos previdenciários, serviços da dívida e despesas financiadas pelo Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza². Conforme decisão monocrática do Ministro Celso de Mello:

² O julgamento do mérito da ação ficou prejudicado pelo advento da Lei 10.777/03, proposta pelo próprio Presidente da República, que restaurou à LDO daquele ano a disposição originariamente vetada. Entretanto, a decisão monocrática proferida reconheceu a possibilidade da utilização da ADPF para garantir a concretização de políticas públicas previstas na Constituição da República, também assegurando, em consequência, a

Tal incumbência [de formular e implementar políticas públicas], no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

E continua, ao tratar especificamente dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), alvos constantes da política estatal:

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

O direito provém dos fatos e estes tem múltiplos aspectos que ultrapassam a seara jurídica e também podem ser judicializados. Assim, a concepção clássica de que o Poder Judiciário protegeria apenas as crises propriamente judiciárias está ultrapassada. Os tribunais atualmente assumem peso político e devem se pautar fundamentadamente por balizas constitucionais. Os diferentes grupos políticos identificam no Judiciário o responsável final pela resolução do problema, entretanto este ainda está desconfortável para sair da perspectiva clássica e individual do conflito por não saber o limite de suas interferências.

Por mais que existam os tribunais superiores para julgarem as demandas em âmbito mais amplo, na tentativa de uniformização, estes estão abarrotados e não conseguem responder de forma adequada e rápida às necessidades dos jurisdicionados. Enquanto um processo com repercussão geral aguarda julgamento no STF, diversas relações jurídicas afetadas continuam sem resolução final e geram consequências, muitas vezes multiplicando os problemas. Formando um ciclo vicioso, tais problemas acabam alcançando as instâncias inferiores e *rejudicializando* a relação jurídica.

Boaventura dos Santos afirma que o protagonismo dos tribunais gera transformação do estado quando *objetiva estabilidade dos negócios econômicos e o combate à precariedade*

possibilidade de intervenção do Poder Judiciário quando há descumprimento legal em matéria de políticas públicas.

dos direitos sociais. Para o autor, exemplo disso seriam os casos da Suécia e da Holanda, que possuem bom controle da economia, ótimos níveis de desenvolvimento humano e, conseqüentemente tem dos menores índices de judicialidade (informação verbal)³.

Ora, como poderiam os julgadores tratar de lides tão amplas como as que envolvem ciências políticas, sociologia, economia, administração pública, entre outras, utilizando os métodos convencionais de resolução de conflitos individuais? Caberia ao Poder Judiciário ficar silente, em sua inércia clássica, enquanto a sociedade, composta deste pluralismo jurídico, sofre reiterados desrespeitos aos direitos humanos? Boaventura dos Santos exemplifica a ineficiência do posicionamento tradicional apontando que no Brasil morreram mais indígenas depois da independência do que antes, mesmo com a presença da estrutura clássica de separação de poderes (informação verbal)⁴.

Entretanto, retomando o posicionamento dos críticos e buscando um equilíbrio na sua utilização, é necessário estar em alerta para que existam critérios norteadores do ativismo judicial. A disseminação desta atividade anômala, ao invés garantir a utilização de forma contramajoritária para preservar os marginalizados, pode apenas reforçar o poder dos grupos econômicos hegemônicos que já possuem acesso privilegiado às arenas políticas e vêm consolidando sua influência no campo judicial (NUNES; TEIXEIRA; 2013, p. 88)

O Superior Tribunal de Justiça, observando esta nova visão de atuação dos magistrados e a necessidade de estabelecer os seus limites para que não haja desrespeito às garantias processuais, pacificou quais são os parâmetros desta atuação em conflitos envolvendo políticas públicas. No REsp. 577.836-SC de relatoria do Ministro Luiz Fux⁵, atual ministro do STF, que partiu do entendimento majoritário que caracteriza as políticas públicas como promessas constitucionais, foi decidido que a determinação feita pelo Poder Judiciário de implementação daquelas não viola a separação de poderes e não está inserida no poder discricionário do administrador.

Estabelecer os parâmetros adequados de liberdade do julgador para agir de forma mais ativa, traz consolidação para o instituto, certa unicidade comportamental e mais segurança para as partes e para o próprio juiz. Mas não é o bastante. Avaliar a implementação de políticas públicas já pré-existentes é positivo, porém não abarca considerável parte das demandas em que o ativismo judicial é aplicado.

³ Exemplo fornecido em palestra constante no endereço eletrônico: <http://www.youtube.com/watch?v=ru3liW8CtxA>.

⁴ Idem.

⁵ REsp 577836/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2004, DJ 28/02/2005, p. 200.

Além disso, também é evidente que o Poder Judiciário não pode almejar resolver todos os problemas, sempre se justificando pela inafastabilidade de jurisdição e dando ao juiz liberdade para exercer a jurisdição de forma arrojada. Os demais poderes e a própria sociedade civil também devem ser emancipados para resolução de conflitos, cada qual de sua maneira até para prevenir eventuais abusos oriundos da própria Justiça, como já apontado. Então, como seria possível adequar estas atuações para o alcance do modelo constitucional proposto?

2. DEMOCRACIA DELIBERATIVA NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A visão deliberativa tem sido apontada como uma prática que pode responder a esses anseios de maior participação de todos os envolvidos para melhor visibilidade da demanda e alcance de possíveis conflitos periféricos (muitas vezes políticos) que influenciam e devem ser inseridos na resolução do problema.

A ideia de democracia deliberativa tem como principais pilares a cooriginariedade entre soberania popular e o estado de direito e o caráter deliberativo próprio das democracias. Conrado Hübner Mendes (2013, p. 14-19) conceitua a democracia deliberativa como prática inclusiva e coerente de discussão em conjunto e em busca de soluções para as demandas, mediante a formação de posicionamentos que levem em consideração a negociação em busca do consenso pelo bem comum. Neste sentido são estabelecidos argumentos que sejam bem articulados e persuasivos para angariar a concordância do maior número de pessoas, unindo portanto as pessoas em busca da construção do estado.

Entretanto os modelos de democracia deliberativa propostos variam entre os teóricos, dentre os quais se destacam: o modelo substantivo, estruturado a partir da justificação dos princípios de justiça defendido por John Rawls; e o modelo procedimental de Jürgen Habermas.

Rawls, ao elaborar a sua teoria da justiça, afirma que o indivíduo formula seus princípios de justiça e que estes passam pelo que denomina de equilíbrio reflexivo, exercido pelos observadores externos e consistente na submissão dos princípios selecionados às convicções mais firmes e ponderadas. A partir disso, o autor aponta quais seriam os passos para a justificação destes princípios que seriam os informadores da estrutura básica da sociedade (SOUZA NETO, 2006, p. 99-112).

No entanto, é para a aplicação destes princípios de justificação que Rawls aproxima a sua teoria da justiça da ideia de democracia deliberativa, mediante a formulação de um conceito de razão pública:

Para Rawls, a razão pública é aquela que caracteriza a argumentação política que tem lugar em uma democracia constitucional 'bem ordenada', e o seu objeto é o 'bem público' (ou bem comum), entendido como o que se pode legitimamente esperar da 'estrutura básica da sociedade'. (SOUZA NETO, 2006, p. 112)

Questões que envolvam argumentação política, elementos constitucionais essenciais e de justiça básica devem ser resolvidos pela razão pública para que haja justificação dos princípios utilizados perante a todos, sendo aplicados corretamente. Assim, a deliberação entra em cena quando a razão pública aplica os citados princípios justificados com razoabilidade e reciprocidade dentro do discurso, buscando o alcance do justo. Em apertada síntese, o papel da deliberação no modelo substantivo é resolver a melhor forma de aplicação dos princípios previamente justificados.

O modelo procedimental encabeçado por Habermas, por sua vez, enfatiza a importância da união entre a soberania popular e o estado de direito. É a garantia dos direitos fundamentais que permite a liberdade e igualdade argumentativa, enquanto esta favorece a racionalização do processo democrático mediante diálogo. Assim, partindo da formulação deste diálogo livre e igual (condições procedimentais), o autor utiliza o conceito de razão comunicativa para sustentar a importância da deliberação.

Nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto:

A razão comunicativa pressupõe 'a atitude realizativa de participantes na interação que coordenam seus planos de ação entendendo-se sobre algo no mundo. Para se entenderem, os sujeitos devem se reconhecer mutuamente como iguais e interagir suspendendo o 'ênfase objetivador' que norteia os agentes interessados 'imediatamente no próprio sucesso'. (SOUZA NETO, 2006, p. 138)

Diferentemente do modelo substantivo no qual os princípios já são estabelecidos anteriormente, aqui a deliberação é espaço para a construção do conteúdo que, ao respeitar as condições procedimentais, tenderá a ser racional. É o debate público que permite o encontro das boas razões e as únicas restrições ao resultado final da deliberação são os próprios direitos fundamentais que lhe garante legitimidade. Portanto, no modelo procedimental, a deliberação

envolve a criação ou estabelecimento dos fundamentos das decisões desde que respeitem as condições procedimentais determinadas pelos direitos fundamentais.

Já no cenário de autores brasileiros, Conrado Mendes afirma que a democracia deliberativa deve buscar uma decisão coletiva com sentidos práticos e sem a intenção de imutabilidade. A prática deve sempre envolver a ponderação conjunta e a justificação recíproca para que se alcance razões referentes ao bem comum, assim como o elemento ético de igual respeito deve ser estabelecido como compromisso político de inclusão de todos os pontos de vista (MENDES, 2013). Pressupõe-se que os participantes estão dispostos a acatar decisão diversa, não como barganha ou mediante votação, mas pela formação de uma decisão em conjunto.

Independente do modelo adotado, o diferencial da democracia deliberativa é a procura por decisões construídas conjuntamente e que observem as peculiaridades dos envolvidos, objetivando o bem comum. Busca-se um equilíbrio entre o indivíduo isolado e em sociedade para tentar alcançar o máximo possível de complexidade envolvida.

No discurso político a deliberação está sempre presente. As ideologias liberalistas, republicanas e comunistas, por exemplo, interagem entre si pela deliberação. É evidente que não se alcança um resultado satisfatório em todos os casos, mas é a tentativa de deliberação que legitima e, em certo sentido, deveria humanizar os embates. Ademais, o que encontramos no Poder Legislativo é uma fúria pela aprovação de leis e mais leis que, em grande parte, não trazem solução alguma para as causas dos conflitos ou desorganização da sociedade.

É interessante perceber a recente tentativa de reestruturação dos principais conjuntos de leis brasileiras: a aprovação do Código Civil em 2002, a aprovação do Código Florestal em 2012, os projetos em andamento de novos Códigos de Penal, Processo Penal, Processo Civil e do Consumidor e os projetos para instituir o Código de Processo Civil Coletivo. Somam-se a isso as diversas modificações das atuais codificações. Todas parecem trabalhar com o objetivo de resolver as consequências, ao invés de alterar as causas, e instituir formas de proteção ao direito ao invés de adequar os principais dilemas jurídicos atuais. Soma-se a isto ainda, a crise de representatividade na sociedade brasileira – não há sentimento de conexão entre os eleitos e os eleitores, muito menos parece haver diálogo efetivo.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça⁶, mais de 50% dos processos em curso tem como parte o poder público. Quais foram as tentativas legislativas de redução destas demandas? É certo que o tratamento de processos repetitivos, por exemplo, possa vir a

⁶ Conforme infográficos constantes no endereço eletrônico: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros> - acessado em 22 de maio de 2014.

agilizar o julgamento das causas, mas não parece intervir diretamente na fonte causadora do problema. A falta de comunicação e deliberação entre os poderes entope cada um deles com as mesmas questões. Enquanto o Poder Executivo tenta reduzir a burocracia e, ao mesmo tempo, impedir o desvio de verbas, o Poder Legislativo tende a criar novas barreiras com o intuito de alcançar a prestação adequada do serviço e novos institutos de defesa de direitos perante o Poder Judiciário, que, por sua vez, tenta se equilibrar em face da dificuldade de implementação de direitos, dos diversos posicionamentos e decisões – algumas vezes conflitantes – e da demora para alcançar a prestação jurisdicional adequada.

Outra participação importante na resolução dos problemas comunitários é da própria sociedade civil. As associações e os representantes populares e de classes são essenciais para estabelecimento de canais com os três poderes que compõem o Estado. Entretanto, nem mesmo internamente aos órgãos da sociedade civil há deliberação difundida e eficaz.

Aqui podemos identificar a presença dos possíveis riscos da democracia deliberativa apontados por Conrado Mendes, quais sejam, o risco quanto aos resultados epistêmicos, comunitários, psicológicos e educativos:

At the epistemic side, instead of clarifying things, it might be hostage of distorting rhetoric and posturing, end up being obscure, deceiving, and manipulative. At the communitarian, deliberation may deepen disagreement and confrontation. It might empower the rhetorician and the demagogue, while disempowering the already vulnerable. From the psychological prism, deliberators would feel anything but respected equals. Rather, it would serve to reinforce pre-existing hierarchies of status. Contrary to what one might hope, deliberation may educate strategic rather than public-spirited behavior. Finally, deliberation may simple be inefficient, a waste of time, money, and energy among scarce political resources (2013, p. 23).⁷

As atuais manifestações que eclodem nas grandes cidades brasileiras deixam evidente como, mesmo com espaço aberto para deliberação, algumas classes de trabalhadores exercem seu direito à greve de forma indiscriminada, seja por aumento de salários, melhor condição de trabalho ou mesmo brigas de poder. No mesmo sentido, as manifestações que não possuem luta sindical própria também não procuram deliberar, pois são coletividades

⁷ No âmbito epistemológico, ao invés de esclarecer as diferenças, [a deliberação] pode se tornar refém de distorções retóricas e de postura, acabando por ser obscura, enganadora e manipuladora. No âmbito comunitário, a deliberação pode aprofundar o desacordo e os confrontos. Pode também fortalecer o retórico e o demagogo, enquanto tira poder do já vulnerável. Do prisma psicológico, os deliberadores podem se sentir tudo, exceto iguais e respeitados. Pelo contrário, a deliberação serviria para reforçar hierarquias pré-existentes. Ao contrário do que se poderia esperar, a deliberação pode aprimorar as estratégias em vez de incentivar os comportamentos preocupados com o espírito público. Por fim, a deliberação pode ser simplesmente ineficiente, um desperdício de tempo, dinheiro e energia entre os escassos recursos políticos (tradução nossa).

indignadas (sem tirar-lhes razão) que, todavia, em sua maioria não procuram ser ou fazer parte da solução.

Não há uma procura por decisões coletivas, apenas a denúncia de situações que todos já conhecem. Obviamente, não cabe à sociedade civil ficar inerte a isto, mas também não basta trazer proposições rasas e demandas amplíssimas como pelo fim da corrupção, por melhor prestação de saúde, educação e segurança. Em último grau, todos somos indivíduos da mesma sociedade e, enquanto não aceitarmos que os problemas também são nossos e estivermos aptos a procurar soluções conjuntas, vivenciaremos apenas manipulações por discursos estratégicos e individualistas.

No Poder Judiciário, a deliberação parece ter sido deixada de lado pelos institutos que moldaram o que seria necessário para que um julgador pudesse dar uma resposta àquela pretensão resistida. Mais uma vez o ordenamento jurídico demonstra estar mais preocupado em resolver a lide pontualmente do que pacificar o conflito.

O primeiro fator que influencia diretamente na possibilidade ou não de alcançar o consenso é a substituição da vontade das partes pela vontade do juiz. Ao colocar nas mãos deste juiz (que nem sempre é estranho à relação jurídica) a responsabilidade de dizer qual das partes detém a razão, cultivando uma cultura demandista e que procura o posicionamento paternalista do Estado, os envolvidos abrem mão da própria liberdade. O Poder Judiciário acaba virando palco de todo e qualquer conflito, adquirindo a amplíssima responsabilidade de zelar pelas dificuldades encontradas por cada um.

Tal cultura demandista acaba massificando os sujeitos perante o Poder Judiciário, seja porque este não é capaz de lidar com tantas demandas ou porque aqueles se sujeitam à condição de objeto e apenas defendem o seu próprio interesse. Este fenômeno também é consequência do individualismo da sociedade atual, em que a confiança nas relações pessoais está muito baixa, pois, segundo a lógica capitalista posta apenas o trabalho e o dinheiro gerariam emancipação (BOLTANSKI; CHIAPELLO, 1999). Assim, cada indivíduo procura alcançar os seus próprios méritos dentro do que é estabelecido pela sociedade como vantajoso para alcançar o sucesso, sem querer lidar com os problemas dos demais. O ditado “*amigos, amigos, negócios a parte*” exemplifica bem esta questão.

É importante ressaltar que o Poder Judiciário deve ter o monopólio da resolução de alguns conflitos, principalmente os mais graves, para organizar e pacificar a comunidade, evitando consequências piores. Por outro lado, até mesmo nos conflitos penais já é possível encontrar experiências de deliberação, como a Justiça Restaurativa.

Outro fator que prejudica a efetiva deliberação das partes no Poder Judiciário é o próprio procedimento. Não há dúvidas de que determinadas formalidades se destinam a garantir a liberdade. As formalidades devem, sim, existir para legitimar e resguardar os princípios constitucionais, mas precisam estar em consonância com o direito material e as circunstâncias ali envolvidas ou podem contrariar seus próprios fins quando pecarem pelo exagero.

O apego excessivo ao formalismo transforma o processo em mecanismo burocrático e o juiz em mero avaliador de seus cumprimentos. Além de dificultar o prosseguimento do feito, retardar a tomada de decisões e tornar cada vez mais complexa a relação jurídica entre as partes, o tecnicismo desvinculado do objetivo de pacificação do conflito, muitas vezes, nem ao menos fornece resposta jurisdicional apropriada. Quando não resolvidos os problemas adequadamente, estes retornarão, cedo ou tarde, ao mesmo Poder Judiciário. É preciso reconhecer no julgador a capacidade para, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma (BEDAQUE, 2007, p. 43 e 45).

Já para Rodolfo de Camargo Mancuso, o procedimento seria um caminho que reduz a complexidade conforme supera cada etapa e tais reduções impediram a cognição exauriente e a efetiva prestação jurisdicional (2011, p. 47). Nesse sentido, o afinilamento técnico afasta o julgador das peculiaridades do caso e dos conflitos periféricos e as soluções apresentadas, ao invés de identificar a causa, procuram combater a consequência. Não se trata de um problema de qual técnica deve ser utilizada, mas, sim, de permitir que o procedimento seja maleável e aberto aos envolvidos, assim como é o direito material a que está atrelado.

A dificuldade está em alinhar o discurso frente a todos os envolvidos para garantir segurança jurídica e efetiva tutela jurisdicional. Adequar o procedimento às necessidades do caso concreto – que podem ser as mais amplas imagináveis – é também permitir que a participação dos envolvidos ocorra da forma mais apropriada e, para tanto, o julgador precisa estar bem atento aos fatos e aos conflitos periféricos, muitas vezes devendo abandonar o clássico posicionamento de inércia.

Também não basta que apenas os julgadores estejam atentos à diversidade da tutela jurisdicional e procurem adequar o procedimento a cada caso. É preciso que as partes e seus advogados e representantes entendam este caráter complexo de alguns tipos de conflitos e não procurem utilizar essa ampla oportunidade de ação para dificultar ou postergar o avanço do procedimento. As partes precisam se conscientizar de seu papel como cidadãos e serem sujeitos

da suas próprias decisões, assim como os profissionais do direito deveriam auxiliar nessa emancipação, ao invés de fomentar a judicialização de conflitos. A cidadania deve deixar de ser apenas um direito e também ser vista como um dever.

Em resposta aos riscos da democracia por ele mesmo apontado, Conrado Hubner Mendes ressalta que a deliberação ainda sim é vantajosa, pois traz à tona os pontos desconhecidos (o que já é melhor do que a acumulação de visões privadas), incentiva o exercício comunitário de busca pelo bem comum (não pela ideia de ganhar ou perder, mas de fazer parte daquela relação) e apura os conhecimentos e as habilidades dos presentes (2013, p. 24-33). São estes os efeitos da democracia deliberativa que podem contribuir para reduzir as dificuldades apontadas.

A deliberação surge como forma de melhoria do acesso à justiça, podendo ser incluída na terceira onda previamente citada. Justificar o exercício do poder político de caráter coletivo que nasce na discussão pública entre indivíduos livres e iguais é um ponto central dos que defendem a democracia deliberativa como forma de soberania dos cidadãos. Torna-se cada vez mais importante a institucionalização de espaços e mecanismos de discussão coletiva e pública que almejem decidir o interesse da coletividade e aos cidadãos, reunidos nestes locais, cabe a legitimidade para decidir as prioridades e as resoluções que serão realizadas pelo Estado, a partir de um processo cooperativo e dialógico. É um processo de co-gestão e/ou definição das políticas públicas pelos cidadãos (LUNCHMAN, 2002, p. 14).

Em diferente medida, deve também o Supremo Tribunal Federal procurar atuar de forma deliberativa. Os juízes constitucionais possuem uma tarefa assustadora se levarmos em consideração toda a complexidade aqui apontada para se alcançar a resolução dos conflitos, ainda mais quando somamos os inerentes aspectos políticos das decisões das cortes constitucionais. Ouvir as diversas partes e interessados e basear suas decisões com fundamentos públicos capazes de se legitimar perante a comunidade política já constitui grande desafio.

Além disso, Conrado Mendes ainda defende que a maneira como as decisões são tomadas também é importante (2013, p. 211-219). A deliberação é um modo pertinente de reconhecer e responder a altura às diversas disputas constitucionais e ao pesado fardo político que lhes é concedido. Fatos políticos não são normalmente incorporados como parte da explicação oferecida pelos aplicadores do direito. Entretanto, fundamentos jurídicos e fundamentos políticos estão interconectados e não podem ser isoladamente determinantes nas decisões.

Como bem coloca Nádia Bevilaqua (2006), justiça e direito são valores interdependentes e a resolução alternativa é um valor de aperfeiçoamento democrático por ser uma política pedagógica do direito que procura a reordenação dos valores (denominada pela autora de *ressignificação*). Para ela, o objetivo da Academia, do ponto de vista do ensino jurídico, consiste em contribuir para o desenvolvimento de uma nova realidade possível, reconstruindo e repensando, inclusive, a idéia de resolução de conflitos e de pacificação social presente na concepção clássica de escopos sociais da jurisdição. E no Poder Judiciário não pode ser diferente: este também é palco de imensa construção jurídica e deve se preocupar com a maneira que suas ações influenciam na estrutura jurídica de amanhã.

É esta integração de fatores que aponta para a necessidade de intercâmbio entre os poderes e a sociedade civil. Os poderes fazem parte do Estado, assim como este faz parte da sociedade em que está inserido. Todos estão envolvidos e possuem responsabilidades compartilhadas pela situação em que se encontram. Portanto, é preciso que exista um canal de comunicação, é preciso de diálogo e ação conjunta, algo difícil de se conceber dentro da estrutura jurídica atual, principalmente na processualística.

Pode até ser que os resultados alcançados pela deliberação, assim como ocorre no Poder Legislativo e na sociedade civil, não sejam os adequados, mas a simples existência de um espaço deliberativo no Poder Judiciário que possa contribuir se utilizado da forma correta já é um passo à frente. Incluir os envolvidos no debate e criar uma decisão conjunta é o que revive a responsabilidade de cada um e o comprometimento em seguir as premissas deliberativas sabendo de suas limitações. Normas, sejam de deliberação ou não, sempre podem ser usadas estrategicamente; é a vontade comunitária que pode fazer a diferença. Neste sentido, inserir os indivíduos no conflito, ao invés de massificá-los, traz emancipação, responsabilidade e extingue a ideia de que o coletivo não pertence a ninguém.

Seja na corte constitucional, quando está preocupada com a sua legitimação e com a busca pela decisão compartilhada e que integre os envolvidos, ou mesmo nas decisões dos juízes singulares, é preciso que todos ali abrangidos estejam conscientes de sua responsabilidade e seus deveres, algo que a deliberação ajuda a construir, quando somada ao novo enfoque do que é acesso à justiça e à postura adequada dos magistrados e das partes.

Não cabe aqui defender que a deliberação é a panaceia para todos os males do Estado brasileiro. Longe disso, buscar o diálogo é mais uma forma de reorganização das estruturas do que uma solução propriamente dita. Entretanto, caso possamos enriquecer a prática deliberativa, esta tem potencial catalisador para encontrar melhores maneiras de lidar com os

anseios da sociedade brasileira atual. Primeiro é preciso fertilizar o terreno para que as ideias e soluções adequadas possam surgir.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2. ed. Malheiros Editores, 2007.

BOLTANSKI, Luc e CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

LUCHMANN, Lígia Helena Hahn. A Democracia Deliberativa: Sociedade Civil, Esfera Pública e Institucionalidade. *Cadernos de Pesquisa PPGSP/UFSC*, Nº 33, Novembro 2002. Disponível na internet: <
<http://www.sociologia.ufsc.br/cadernos/Cadernos%20PPGSP%2033.pdf> >. Acesso em: 10/06/2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Nádía Beviláqua. *Resolução alternativa de conflito: complexidade, caos e pedagogia - o contemporâneo continuum do direito*. Curitiba: Juruá, 2006.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. v. 1. 272 p.

OLIVEIRA JÚNIOR, Jorge Ferraz de. Ativismo judicial ou ativismo jurídico? O ativismo do Poder Judiciário como resposta ao passivismo do Poder Legislativo no Brasil. *II Jornada de Direito Constitucional – Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Brasília: ESMAF, 2014, p 221-261.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VIANA, Márcio Túlio. O dia-a-dia do juiz e as discriminações que o acompanham. *Discriminação*. São Paulo: LTR, 2000, p. 271-274.

WERLE, D. L. (Org.); MELO, R. S. (Org.). *Democracia Deliberativa*. 1. ed. São Paulo: Esfera Pública, 2007.