

FERNANDO LUÍS COELHO ANTUNES

**O PLURALISMO JURÍDICO: MARCO TEÓRICO PARA A DISCUSSÃO DO ACESSO
À JUSTIÇA**

Florianópolis (SC), setembro de 2008.

FERNANDO LUÍS COELHO ANTUNES

Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer

Florianópolis (SC)

2008

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO**

**O PLURALISMO JURÍDICO: MARCO TEÓRICO PARA A DISCUSSÃO DO ACESSO
À JUSTIÇA**

Fernando Luís Coelho Antunes

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer
Professor Orientador
Coordenador do CPGD/UFSC

Florianópolis, setembro de 2008.

FERNANDO LUÍS COELHO ANTUNES

**O PLURALISMO JURÍDICO: MARCO TEÓRICO PARA A DISCUSSÃO
DO ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer – Presidente.
Coordenador do CPGD

Profa. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger - Membro

Prof. Dr. Sidney Francisco Reis dos Santos - Membro

Prof. Dr. Rogério Portanova – Suplente

Florianópolis, setembro de 2008.

Aos meus pais e familiares, cujo apoio incondicional possui um valor inestimável na incerteza e dificuldade dos caminhos.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Antonio Carlos Wolkmer, meu orientador, pela disponibilidade em discutir as dúvidas que surgiram ao longo da pesquisa.

Aos amigos que durante esse período tornaram a vida acadêmica uma ocasião especial de transformação e construção de vínculos sólidos. São tantos! Ciente de que cometerei omissões imperdoáveis e de que não conseguirei ilustrar o que cada um representa em sua singularidade, agradeço àqueles com quem tive a alegria de morar, Larissa Boratti, Rafael Schincariol, Ivan Baraldi e Fernando Perazzoli.

Aos amigos e amigas do NEPE (Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias) por reavivarem no mestrado o trabalho coletivo, voltado para além dos muros da universidade. Em especial ao Luiz Otávio, Vivian, Marcelo Cafrune, Eduardo Pazinato, Taty Calixto, Tácio Piacentinni, Anne, Selma, Jordana, Ricardo Pazello, Paulo Berni e Marina.

E aqueles e aquelas com os quais convivi nas aulas, seminários e espaços informais e conquistei a amizade: Rodrigo Mito, Marília Budó, Adriana Biller, Ligia, Nestor Castilho, Mauricio, Vinicius Teófilo, Isis, Julia, Jonathan Costa, Paulo César, enfim...

RESUMO

Trata-se de dissertação que investiga o pluralismo jurídico comunitário-participativo como fundamento teórico da discussão do acesso à justiça. No primeiro capítulo, examina-se o pluralismo jurídico. No segundo capítulo, investiga-se a gênese da discussão do acesso à justiça, bem como as limitações do conceito tradicional desse tema, associado ao processo civil. No terceiro capítulo, correlaciona-se o pluralismo jurídico com o acesso à justiça e, em seguida, são abordadas e confrontadas algumas experiências de justiça comunitária como modalidades plurais de acesso à justiça. A partir das pesquisas realizadas, defende-se a possibilidade do pluralismo jurídico constituir-se em um marco teórico para a reflexão do acesso à justiça, por favorecer a democratização da administração da justiça.

Palavras chaves: pluralismo jurídico; acesso à justiça; justiça comunitária;

ABSTRACT

Behaves of essay that investigates the legal pluralism community-based participatory theoretical discussion of the access to justice. In the first chapter examines the legal pluralism. In the second chapter, is investigating the genesis of the discussion of access to justice as well as the limitations of the traditional concept that theme, linked to the civil procedure. In the third chapter, correlates to the legal pluralism with access to justice, and then are addressed and confronted some experiments in community justice as plural terms of access to justice. From the searches performed, it is the possibility of legal pluralism form themselves into a theoretical framework for the discussion of access to justice, by promoting the democratization of the administration of justice.

Key words: legal pluralism, access to justice; justice community;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I	
UMA ANÁLISE DO PLURALISMO JURÍDICO	16
Introdução	16
1 A teoria crítica do direito como referencial teórico	17
1.1 O pluralismo na sociedade	19
1.2 O pluralismo jurídico e a sociologia jurídica	26
1.2.1 O pluralismo jurídico e o positivismo jurídico na disputa pelo conceito de ciência: as idéias de Eugen Ehrlich e Hans Kelsen	27
1.2.2 Análise das principais tendências do pluralismo jurídico na sociologia jurídica ...	51
1.3 O pluralismo jurídico na América Latina e no Brasil	56
CAPÍTULO II	
CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA	64
Introdução	64
2.1 A gênese da discussão do acesso à justiça	65
2.1.2 Síntese da abordagem processualista do acesso à justiça	71
2.1.3 Limitações da visão tradicional do acesso à justiça	78
2.2 A crise da justiça	83
2.2.1 As propostas de reforma da justiça	92
2.2.2 Os meios alternativos de pacificação social e resolução de litígios	99
2.3 Rumo à superação da abordagem processualista do acesso à justiça	106

CAPÍTULO III	
UMA APROXIMAÇÃO TEÓRICA ENTRE O PLURALISMO JURÍDICO	
E O ACESSO À JUSTIÇA	112
Introdução	112
3.1 As formas plurais de acesso à justiça	113
3.2 As experiências de justiça comunitária como formas plurais de acesso à justiça	123
3.2.1 A justiça comunitária estimulada pelo Estado e a experiência brasileira	124
3.2.2 As experiências colombianas de justiça comunitária	133
3.2.3 Apontamentos críticos sobre as experiências de justiça comunitária no Brasil e na Colômbia	141
3.3 Cenário prospectivo das formas plurais de acesso à justiça	148
CONSIDERAÇÕES FINAIS	159
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	162

INTRODUÇÃO

O questionamento sobre como os elementos do pluralismo jurídico poderiam ser articulados com a discussão do acesso à justiça foi o ponto inicial desta pesquisa.

A idéia de analisar os elementos do pluralismo jurídico como fundamento para uma reflexão sobre o acesso à justiça surgiu da convicção de que alguns elementos norteadores do pluralismo são salutares para a construção de um modelo de direito mais descentralizado e permeável à participação dos cidadãos. Tais fatores propiciariam uma democratização no direito, fato que se coaduna com a essência da discussão sobre o acesso à justiça, qual seja, a intenção de tornar a justiça, no sentido literal do termo 'acessível', "de acesso fácil, que se pode alcançar, obter ou possuir, inteligível, compreensível"¹.

Importante mencionar que o conceito de pluralismo jurídico não é unívoco, mas comporta uma diversidade de acepções, razão pela qual foi eleito o pluralismo jurídico comunitário-participativo como referencial teórico para a discussão².

A despeito da existência de diversas pesquisas sobre o acesso à justiça no direito brasileiro contemporâneo, é possível afirmar que a maioria dessas análises visa ao aprimoramento da justiça e dos procedimentos legais, baseadas em uma noção de acesso à justiça vinculada ao processo civil, em regra como mero sinônimo de ingresso a um tribunal do poder judiciário. Essa é a razão pela qual o tema foi discutido sob o prisma da sociologia jurídica, de acordo com as propostas do pluralismo jurídico comunitário-participativo, e com o intuito de efetuar uma problematização acerca da democratização da administração da justiça.

A hipótese elementar dessa pesquisa é que o pluralismo jurídico comunitário-participativo insere uma nova perspectiva na discussão do acesso à justiça, superando a visão reformista processual que permeia a questão.

Pesquisar os elementos teóricos e as propostas do pluralismo jurídico comunitário-participativo, a fim de reexaminar o acesso à justiça significa discutir algumas

¹ HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1986, pág.28.

² WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo, Editora Alfa-ômega, 2001.

questões clássicas dentro da sociologia do direito. Uma dessas questões reside na relação entre o direito e o Estado. Remonta à polêmica entre Kelsen e Ehrlich, acerca da essência de uma ciência do direito genuína, as linhas gerais desse debate. O teórico do positivismo jurídico sustentava uma identificação entre direito e Estado, a juridicidade como sinônimo de coercibilidade, e a norma jurídica como objeto científico por excelência. Ao passo que Ehrlich, protagonista da escola do direito livre e partidário de uma visão sociológica do direito, advogava a sociedade como objeto da ciência do direito, a coercibilidade estatal como desnecessária para a observação e cumprimento do direito, esse é o âmago da idéia de ‘direito vivo’, e finalmente o Estado concebido como uma das esferas da produção de juridicidade, não a única fonte. Por trás desse debate, temos, no direito contemporâneo, a contraposição entre o modelo positivista jurídico vigente, e o pluralismo jurídico, presente efetivamente na sociedade, de acordo com a premissa admitida por essa pesquisa. Desconsiderar qualquer uma dessas categorias teóricas de modo absoluto, e defender uma como excludente da outra seria uma saída fácil.

No entanto, a proposta de trabalhar uma concepção de acesso à justiça com fundamento no pluralismo jurídico retoma a polarização entre normativismo e sociologismo, e busca concretizar as propostas teóricas do pluralismo jurídico, de viés participativo e comunitário, de modo a considerar os eventuais benefícios advindos com a consolidação de um Estado democrático de direito, baseado no modelo positivista. Porém, dada a premissa de perscrutar outras fontes de juridicidade além do Estado, surge a necessidade de ampliação dos canais de participação popular como fundamento de uma concepção plural de acesso à justiça.

A constatação das deficiências de um sistema jurídico pautado pelo modelo liberal individualista, transplantado acriticamente para a realidade brasileira³, bem como as possibilidades de práticas jurídicas plurais, tanto no âmbito quanto à margem do direito oficial, conduzem à reflexão sobre novas experiências na sociedade civil que aproximam os conceitos de pluralismo jurídico comunitário-participativo e acesso á justiça. Reforça a necessidade dessa relação, a constatação de crise do modelo jurídico estatal,

³ Quanto às conseqüências desse fato para o Direito, temos a advertência de Hespanha: “E os peritos mais conscientes têm hoje a consciência de que a transferência das tecnologias jurídicas da área européia para áreas culturais diferentes levanta problemas sócio-culturais (e até técnicos jurídicos) muito complexos, devendo ser antecedida de cuidadoso levantamento das culturas jurídicas dos países destinatários e de estudos sobre os efeitos perversos (um dos quais pode ser pura e simplesmente, o “não-efeito”) da exportação dos modelos jurídicos ocidentais, quer no plano da normação (legalismo), quer no plano da resolução dos conflitos (justiça oficial).” HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Européia. Síntese de um milênio**. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2005, pág.503 à 504.

identificada com a incapacidade de absorção de determinadas demandas sociais. Desse modo, é salutar explorar outras esferas de juridicidade para além do Estado.

Essa situação evidencia a necessidade de se reformular os fundamentos da idéia de acesso à justiça, considerando as novas práticas sugeridas pelo pluralismo jurídico. À concepção tradicional da questão, consubstanciada na visão do cidadão como destinado a passivamente ingressar, se aproximar, ou alcançar a 'Justiça', como a algo elevado e longínquo, o pluralismo jurídico destaca a relevância da participação, a qual permite aos 'jurisdicionados' serem agentes na construção de um conceito de acesso à justiça. Tem-se, assim, a consolidação de um projeto que considera a emergência dos novos sujeitos coletivos, a concretização de um sistema de satisfação das necessidades, a democratização da administração da justiça e do espaço público, a ética da alteridade e a racionalidade emancipatória, como elementos de uma nova práxis jurídica⁴.

As pretensões de reflexão, reformas e rupturas no direito estimuladas pela idéia de acesso à justiça podem ser relacionadas de forma fecunda com as propostas do pluralismo jurídico. A busca de uma nova dimensão de acesso à justiça deve partir de algumas premissas dessa teoria, seja a defesa da ampliação da participação popular na construção da juridicidade, compreendida como fator salutar para o direito e o sistema jurídico nacional, seja a descentralização das esferas de poder, sobretudo pelo estímulo das experiências de justiça comunitária.

Portanto, este é o horizonte almejado pela presente pesquisa: contextualizar criticamente na sociologia jurídica uma rediscussão do tema do acesso à justiça, partindo das propostas e práticas jurídicas defendidas pelo pluralismo jurídico 'participativo-comunitário'.

As práticas jurídicas abrangem, em termos simples, o modo de se aplicar e compreender o direito na sociedade, bem como os objetivos dos atores envolvidos nessa aplicação. Nesta pesquisa serão exploradas duas modalidades de práticas jurídicas: as práticas alternativas e as populares, relacionadas às iniciativas comunitárias.

Práticas alternativas podem ser definidas como aquelas práticas nas quais são exploradas modalidades de ações nem sempre absorvidas pelo sistema jurídico vigente em determinado local, pois denota uma opção paralela ou diversa do modelo instituído de atuação. Há também nesse conceito a convicção de que existe uma dimensão

⁴ WOLKMER, Antonio Carlos, **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 2001. p. 234.

política no direito que não deve ser desconsiderada no trato dos conflitos e reivindicações⁵.

Subjacente à idéia de se valer das práticas populares no direito está a intenção de uma desmistificação do fenômeno jurídico e uma maior participação dos cidadãos na administração da justiça. Desse modo, as práticas populares inserem o cidadão no desenvolvimento, construção e aplicação do direito⁶.

O método de abordagem utilizado no trabalho será o indutivo. Em relação ao método de procedimento, valer-se-á do método analítico e do interpretativo. A técnica de pesquisa a ser utilizada será a de documentação indireta via pesquisa bibliográfica.

No primeiro capítulo, será realizada uma síntese do pluralismo na sociedade e na política, bem como a inserção do pluralismo jurídico de caráter sociológico. Após a exposição da discussão teórica entre Kelsen e Ehrlich acerca do genuíno conceito de ciência jurídica, serão trabalhadas algumas das tendências do pluralismo jurídico que surgem após essa discussão. O capítulo é finalizado com uma breve reflexão sobre o pluralismo jurídico na América Latina e no Brasil, para posteriormente se delimitar como marco teórico da presente pesquisa o pluralismo jurídico comunitário-participativo.

Prosseguindo a pesquisa, surge a pergunta: Quais seriam as características do acesso à justiça em um país como o Brasil, no qual a maioria da população, alijada do sistema institucional, necessita, prioritariamente, da concretização dos direitos e garantias fundamentais declaradas formalmente nos textos legais? Essa é a questão subjacente ao segundo capítulo, no qual são efetuadas considerações sobre o tema do acesso à justiça.

Assim, parte-se da gênese da discussão do acesso à justiça, passando pela abordagem processualista do tema, e as limitações inerentes a essa abordagem. Em seguida, serão analisadas a idéia de crise da justiça, bem como as propostas de reforma da justiça, notadamente os meios alternativos de pacificação social e resolução de litígios. Finalmente, no último tópico deste capítulo, discute-se a necessidade de superação do trato processualista do acesso à justiça.

⁵ Em síntese, o conceito de práticas jurídicas alternativas, designa: “o uso das regras de direito e de procedimento dentro da perspectiva de desenvolver estratégias de mudança social em benefício de pessoas e grupos sociais que se encontram em situações de “não-poder” em relação ao sistema jurídico e social.” ARNAUD, André-Jean. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 615.

⁶ Por práticas populares entenda-se: “o uso das regras de direito e de procedimento por pessoas e grupos sociais, sem a intermediação de um profissional do direito, dentro da perspectiva de promover eles próprios seus direitos, quer frente a instâncias judiciárias ou para-judiciárias, quer em suas relações jurídicas com outras pessoas, grupos ou organismos”. Sendo válido reiterar que práticas populares também podem ser desenvolvidas em sintonia com iniciativas estatais, e por intermédio de profissionais do direito, em oposição ao que sugere essa definição. ARNAUD, André-Jean. op. cit., p.616.

No terceiro e último capítulo, trabalhar-se-á as formas plurais de acesso à justiça, como conceito que aglutina o enfoque do acesso á justiça pautado pelo pluralismo jurídico comunitário-participativo. No momento subsequente, examinam-se as experiências de justiça comunitária como formas plurais de acesso à justiça, confrontando duas ações nesse sentido: a justiça comunitária estimulada pelo Estado, desenvolvida no Brasil, e as experiências colombianas de justiça comunitária. Posteriormente, são realizados apontamentos críticos sobre as experiências de justiça comunitária no Brasil e na Colômbia. Finalmente, será empreendida uma breve reflexão sobre o cenário prospectivo das formas plurais de acesso à justiça.

CAPÍTULO I

UMA ANÁLISE DO PLURALISMO JURÍDICO

Introdução

Inicialmente, será destacada a importância da teoria jurídica crítica para orientar teoricamente este trabalho de dissertação.

Em um primeiro momento, será realizada uma análise do pluralismo na sociedade, sobretudo uma reflexão sobre sua relação com a política.

Em seguida é efetuada uma abordagem do pluralismo jurídico e sua relação com a sociologia jurídica. Nesse sentido, possui relevância o debate entre Hans Kelsen e Eugen Ehrlich sobre a concepção de ciência jurídica e também sobre a gênese e aplicação do direito, uma vez que subjacente à discussão temos uma concepção positivista em oposição a uma visão pluralista do fenômeno jurídico.

Posteriormente é oferecido um panorama de alguns dos principais expoentes do pluralismo jurídico no âmbito da sociologia jurídica. Após esse momento, discute-se o pluralismo jurídico na América Latina e no Brasil.

Finalmente destaca-se o pluralismo jurídico comunitário-participativo como marco teórico para a reflexão que será empreendida sobre o acesso à justiça.

1 A TEORIA CRÍTICA COMO REFERENCIAL TEÓRICO

Criticar não é exercer um pensamento negativo, é pôr em crise um modo de entender o mundo (um paradigma) para tomar decisões que permitam uma mudança, abandonar-se; desprender-se do que já está morto em nós, na sociedade, ou em nossas relações com os outros. O pensamento crítico não é pura negatividade quando nos apercebemos de que mantemos nossos pontos de vista, em relacionamentos ou em situações, não por estarmos cômodos e sim porque estamos acomodados na insatisfação.

Luís Alberto Warat - **Surfando na pororoca: o ofício do mediador.**

A teoria crítica pode ser caracterizada como um referencial teórico pautado por uma reflexão permanente dirigida a análise e questionamento de modelos e paradigmas instituídos, a fim de constatar eventuais deficiências e limitações desses modelos. Uma teoria crítica deve ter também o compromisso com a autocrítica em relação aos seus próprios métodos e paradigmas. O objetivo da teoria crítica pode ser tanto a desconstrução de um discurso, quanto a elaboração de alternativas à situações, modelos e sistemas insatisfatórios, e até mesmo essas duas iniciativas em caráter concomitante⁷.

Como pressuposto teórico elementar, importa contextualizar a teoria crítica no âmbito jurídico, e se debruçar sobre o conceito dominante de direito, as instituições jurídicas e as ideologias subjacentes à determinados modelos, bem como perscrutar a negligência do modelo oficial em relação a sistemas jurídicos paralelos ou divergentes.

Dentro dos objetivos desse trabalho, a teoria crítica se justifica devido à pretensão de democratizar espaços de administração da justiça e ampliar os canais de acesso á

⁷ De modo sucinto, a teoria crítica designa: “instrumental pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora. Trata-se de uma proposta que não parte de abstrações, de um *a priori* dado, da elaboração mental pura e simples, mas da experiência histórico-concreta, da prática cotidiana insurgente, dos conflitos e das interações sociais e das necessidades humanas essenciais.” WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** São Paulo, Nova Acadêmica, 1995. p. 05.

justiça com base nas propostas de descentralização e participação do pluralismo jurídico⁸.

Nesse sentido, o pluralismo jurídico emerge como vertente teórica que avança nas constatações da teoria jurídica crítica, pois, além de evidenciar a necessidade de ruptura com o paradigma positivista do direito, a qual postula uma juridicidade emanada exclusivamente do Estado⁹, propõe novas práticas e princípios na compreensão e aplicação do direito.

Decorre daí, portanto, a pertinência da teoria jurídica crítica como referencial teórico para se pensar o direito e, sobretudo, a relação entre o pluralismo jurídico e o acesso à justiça em um trabalho que almeja problematizar e pensar alternativas e rupturas em relação aos modelos normativos oficiais aqui consolidados.

Apesar de se desdobrar em diversas correntes e tendências os pontos de convergência de uma teoria crítica do direito podem ser sintetizados nos seguintes pontos¹⁰:

- busca uma reflexão interdisciplinar na análise do direito;
- efetua uma relação entre o poder e o saber e visam desconstruir discursos que desconsiderem os conflitos sóciopolíticos subjacentes a suposta organização harmônica propiciada pelo direito;
- não prescinde da política como fenômeno relacionado à juridicidade e que condiciona sua manifestação e aplicação;

⁸ Tal intento se harmoniza com as principais reflexões que articulam a necessidade de transformação no direito e suas práticas, uma vez que de uma discussão sobre o direito, fundamentada na teoria crítica, tem relevância, pois: “vai ao encontro de todo um questionamento sobre a premência de se construir, no contexto da modernidade latino-americana, um projeto de superação das tradicionais relações étnico-jurídicas desiguais e injustas. Isso, por consequência, conduz à edificação popular de instituições político-jurídicas pluralistas, democráticas e participativas, bem como à materialização de práticas legais alternativas. Essas ponderações levam à imediata redefinição dos principais objetivos, tanto a nível teórico quanto à nível da práxis. No nível teórico, busca-se denunciar os mitos e as falácias que sustentam e reproduzem a ciência jurídica tradicional e a reordenação do Direito no conjunto das práticas sociais que o determinam. Já no nível da práxis, procura-se constituir o Direito como instrumento estratégico de efetiva alteração das práticas reais vigentes, capaz de impulsionar a construção de uma organização social mais justa e democrática”. WOLKMER, Antonio Carlos. op cit. p. 11.

⁹ Esse paradigma e a centralidade da norma no sistema positivista é perceptível em Kelsen: “Determinando o Direito como norma (ou mais exatamente, como um sistema de normas, como uma ordem normativa) e limitando a ciência jurídica ao conhecimento e descrição de normas jurídicas e às relações, por estas constituídas, entre fatos que as mesmas normas determinam, delimita-se o Direito em face da natureza e a ciência jurídica, como ciência normativa, em face de todas as outras ciências que visam o conhecimento, informado pela lei da causalidade, de processos reais. Somente por esta via se alcança um critério seguro que nos permitirá distinguir univocamente a sociedade da natureza e a ciência social da ciência natural”. KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2003, p.84. Paradigma aqui é compreendido como um conjunto de valores e princípios científicos compartilhados que termina por se impor como modelo de verdade predominante em um determinado contexto. KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1975.

¹⁰ BASTOS PÉPE, Albano marcos; WARAT, Luis Alberto. **Filosofia do direito: uma introdução crítica**. São Paulo: Editora Moderna, 2004. p.68.

- postula um caráter emancipatório para o direito, visando a concretização de uma sociedade autônoma; e

- dirige-se, também, contra a produção do saber jurídico, denunciando, sobretudo, a reprodução do dogmatismo no ensino jurídico, que se afasta da reflexão crítica acerca do direito.

Utilizar a teoria crítica para analisar o direito implica na constatação de que os modelos normativos sedimentados no Brasil e na América Latina possuem limitações evidentes, notadamente o fato de serem erigidos sob profunda influência liberal, cuja consequência é a ênfase nos direitos individuais, em detrimento de direitos coletivos, e também na igualdade jurídica formal como princípio elementar.

Ainda que eventuais limitações possam ser atribuídas às análises efetuadas pela teoria crítica, tal postura mantém a vitalidade em decorrência da reflexão e auto-reflexão que suscita no âmbito do direito, suas ideologias e instituições. Trata-se da insatisfação permanente mencionada por Warat, a qual evidencia essa postura de busca constante pela transformação no direito.

Feita a ressalva de que a perspectiva crítica perpassara as análises realizadas neste trabalho, importa discutir o pluralismo na sociedade.

1.1 O PLURALISMO NA SOCIEDADE

Seria quase desnecessária a advertência que o termo pluralismo possui uma multiplicidade de significados, do que decorre a quase pleonástica expressão que designa a existência de uma 'pluralidade de pluralismos', ou seja, uma 'pluralidade polifônica'.

A advertência acerca dessa diversidade de compreensões, no entanto, é relevante, haja vista os conteúdos por vezes irreconciliáveis presentes nas várias interpretações que o termo suscita.

Em primeira análise, seria quase consensual a aceitação das benesses de alguns princípios pluralistas como a contraposição de poder a fim da obtenção de equilíbrio, a participação democrática e a descentralização como fatores salutares para as relações

sociais. No entanto, dada a heterogeneidade inerente ao tema, é indispensável oferecer um panorama sobre as diversas denominações que o pluralismo suscita, a fim de delimitar posteriormente a utilizada neste trabalho.

O pluralismo traduz uma tentativa de conciliar as forças que, numa polarização extremada, representariam, num suposto conflito de interesses, de um lado o indivíduo, e de outro o Estado. No meio dessa tensão, estaria a diversidade de atores presentes na sociedade, organizados a fim de mediar essa relação. Para tanto, uma visão pluralista da política e da sociedade defende que o estímulo a iniciativas empreendidas por grupos sociais possui a virtude de redistribuir e equilibrar o poder¹¹.

Considerada um exemplo do pluralismo na ciência política, e dos fundamentos teóricos dessa mediação efetuada pelos grupos na sociedade, temos no pensamento de Montesquieu uma ardorosa defesa dessa influência benéfica que as formações sociais podem ter na política por representar uma forma de contraposição a um poder centralizado. Tal concepção é desenvolvida na teoria dos corpos intermediários, segundo a qual um poder secundário e paralelo que atua disperso na sociedade, tem o papel de redefinir a relação entre governantes e governados, de modo a evitar um poder despótico. Ainda que o mentor da engenharia da separação de poderes estivesse inclinado para um modelo de monarquia constitucional, nos moldes da Inglaterra, seu posicionamento é importante, por postular a existência de outras esferas de decisão política, paralelas à do príncipe. Para o pensador francês, o governo monárquico superaria o despótico por ter sob sua dependência várias ordens vinculadas à Constituição aptas a dotar de estabilidade o Estado, o que acarretaria uma maior segurança nas relações¹². Assim, a soberania deveria ser limitada como forma de garantir a liberdade dos cidadãos. Esse é o pano de fundo da idéia constitucional pluralista defendida por Montesquieu, cujo objetivo é o equilíbrio dos poderes e a ênfase na importância dos partidos.

Em oposição à compreensão absolutista do Estado como um sujeito de direito ou uma pessoa jurídica, o pluralismo político garante que as leis ordinárias observem os

¹¹Em outras palavras: “A luta que o pluralismo trava tem sempre duas frentes: uma contra a concentração de todo o poder no Estado, outra contra o atomismo. É uma luta travada em nome da concepção de uma sociedade articulada em grupos de poder que se situem, ao mesmo tempo, abaixo do Estado e acima dos indivíduos, e, como tais, constituam uma garantia do indivíduo contra o poder excessivo do Estado, por um lado, e, por outro, uma garantia do Estado contra a fragmentação individualista.” BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Volume 2, Brasília, Edunb, 1992. p.928.

¹²Essa é a razão pela qual afirma que: “O governo monárquico tem uma grande vantagem sobre o despótico. Como é próprio de sua natureza existirem, sob a dependência do príncipe, várias ordens que se relacionam com a constituição, o Estado é mais estável, a constituição mais sólida, a pessoa dos que governam mais garantida.” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brede et de . **Do Espírito das Leis**. São Paulo, 1985, Abril Cultural. Coleção Os Pensadores. p.70.

dispositivos constitucionais e também que o parlamento, imbuído da função legislativa, atente-se para as reivindicações democráticas das forças sociais, grupos econômicos, sindicais, dentre outras. Desse modo, a concepção pluralista na política rechaça o monismo político e o formalismo jurídico, baseados em uma filosofia dogmática abstrata e teórica¹³.

Desse modo, a existência do despotismo numa dada realidade política denota a ausência de corpos intermediários, fato que Montesquieu exemplifica com um monarca que tentasse suprimir as posições intermediárias na política, em sua teoria representadas pela aristocracia. Em síntese, a concentração de poder é maléfica, pois propicia o autoritarismo de um governo despótico.

Naturalmente, a idéia dos corpos intermediários é perfeitamente compatível com um sistema democrático, e extravasa a formulação inicial dada por Montesquieu. Essa é a linha seguida pela maioria dos pensadores ao abordarem o pluralismo político¹⁴.

Partindo de uma idéia elementar, o pluralismo na teoria política designa descentralização do poder. Temos, desse modo, uma opção por modelos que se opõem ao poder concentrado nas mãos de um, de poucos ou de um grupo, pela compreensão de que da concentração facilmente decorrem abusos e arbitrariedades, contrárias a postulados democráticos. A idéia de que a descentralização é benéfica para o governo e para a consolidação de um processo decisório mais democrático perpassa a história da teoria política, oscilando entre um pluralismo conservador, um liberal e um radical, segundo Robert Nisbet. A preocupação do pluralismo conservador seria a restaurar os valores e práticas de comunidades tradicionais, ao passo que o de caráter liberal objetivou redefinir a relação entre o Estado e as esferas de autoridade social, com vistas à ampliação da liberdade individual. Finalmente, a vertente radical que, baseada em princípios anarquistas ou socialistas, postulava a edificação de comunidades autônomas e em oposição ao capitalismo e ao nacionalismo¹⁵.

De acordo com Norberto Bobbio, uma compreensão do pluralismo ou de uma concepção pluralista de sociedade implica basicamente três fatores: inicialmente significa a aceitação de que as sociedades contemporâneas são complexas e

¹³ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo, Martins Fontes, 1999. p. 195 e 196.

¹⁴ Nesse sentido, Bobbio adverte que: "As doutrinas pluralistas nascem da descoberta da importância dos grupos sociais, outrora chamados "corpos intermediários", que se interpõem entre o indivíduo e o Estado e tendem a considerar bem-organizada a sociedade em que os grupos sociais gozam de uma certa autonomia no que diz respeito ao poder central e têm o direito de participar, mesmo concorrendo entre si, da formação das deliberações coletivas." BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Brasília:UnB; São Paulo, Polis, 1988. p.33.

¹⁵ NISBET, Robert. "A Comunidade Pluralista". *In: Os Filósofos Sociais*. Brasília: UnB, 1982. p. 395.

compostas por esferas particulares com certo grau de autonomia, com são exemplos os sindicatos, os partidos políticos, e inclusive os grupos não organizados. Num segundo momento esse pluralismo denota uma preferência por um sistema político que garanta a participação, seja direta ou indireta, dos vários grupos sociais na formação da vontade coletiva. E finalmente, o terceiro fator está na crença de que o pluralismo enquanto organização política é a negação do despotismo e do totalitarismo que a alta concentração de poder propicia.¹⁶

Uma leitura do pluralismo enquanto concepção ideológica revela a existência de três matrizes distintas no cenário europeu: o pluralismo liberal-democrático, o pluralismo social-cristão e o pluralismo socialista. Alguns autores como Tocqueville, por exemplo, denunciaram a tendência totalitária da democracia majoritária; o pluralismo social cristão, num viés conservador crítica os princípios individualistas do Estado liberal, cujas premissas contrariam algumas das instituições elementares que desde sempre haviam fundamentado a ordem social e pública, tais como a pequena comunidade, a família, a Igreja; e finalmente, os críticos de caráter socialista identificavam na concepção pluralista da sociedade uma contraposição ao sistema de desigualdades propiciado pela instituição da propriedade privada e pelo Estado¹⁷.

Pautado pelo pluralismo liberal-democrático, porém com uma visão positiva da competição entre as diversas oligarquias, Dahl parte da hipótese de que há uma estreita relação entre a democracia e a competição entre regimes hegemônicos e as oligarquias, pois isso conduziria a formação de uma poliarquia, fato que amplia a possibilidade de participação e contestação e, portanto, o número de indivíduos, grupos e interesses que influiriam nas decisões políticas. O conceito de poliarquia é proposto por Robert Dahl na obra homônima. Segundo o autor, as poliarquias podem ser pensadas então como “regimes relativamente (mas incompletamente) democratizados, ou, em outros termos, as poliarquias são regimes que foram substancialmente popularizados e liberalizados, isto é, fortemente inclusivos e amplamente abertos à contestação pública”.¹⁸

Dahl elabora uma estreita relação entre o grau de pluralismo de uma sociedade e a democracia, com base nos critérios de acesso e controle sobre os recursos de poder. Numa sociedade com alto índice de pluralismo nenhum grupo social monopolizaria os recursos do poder, sendo assim, não se imporá sobre os demais grupos sociais. Na linha definida por Montesquieu, a liberdade política para o autor está garantida se existir

¹⁶ BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 17.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 20.

¹⁸ DAHL, Robert A. **Poliarquia**. São Paulo, Edusp. 2005. p.37.

o conflito entre os grupos sociais independentes. A redução dos obstáculos à contestação pública e o aumento da parcela de população capacitada a participação traria conseqüências importantes para o êxito de um regime genuinamente liberal democrático.

Quanto ao pluralismo social cristão, prega uma concepção de sociedade que pode ser comparada a um organismo vivo, na qual as partes tem uma função harmônica e definida. O papel central aqui está na corporação de ofício, na família, na comunidade, na Igreja, esferas muito influentes no período medieval, pré Revolução francesa¹⁹.

No âmbito das teorias sociais pluralistas temos, conforme salienta Bobbio, um movimento de concentração de poder no período da idade média até a consolidação do Estado, representado pelo Leviatã, ao passo que na sociedade moderna e industrial o fluxo é inverso, pois haveria uma pulverização do poder centralizado, o fortalecimento da sociedade civil e dos grupos sociais. Assim, nessa relação entre o passado e o futuro e na análise dessas vertentes, no medievo temos as comunidades, as corporações de ofício e uma relativa descentralização do poder político. Ao passo que no futuro, numa sociedade pós-industrial há as novas forças sociais que compõem a sociedade civil e dinamizam a sociedade política.²⁰

Com a intenção de analisar uma visão de pluralismo político no âmbito institucional do Estado, sobretudo o aspecto da democracia eleitoral, Chatelet trabalha o poder como um espaço a ser ocupado. A legitimidade dessa ocupação depende da competição entre os diversos grupos presentes nessa pluralidade da sociedade, o que caracteriza um processo democrático. A inclusão do sistema de partidos simboliza a expressão do pluralismo na democracia liberal de caráter representativo. O autor adverte que tal modelo de partidos pode facilmente ser deformado e se tornar um governo oligárquico, uma vez que a organização desses grupos poderia favorecer a dominação de um sobre os demais. Segundo Chatelet, a representação possui um duplo papel: tanto um democrático, quanto um de dominação, pois o governo em última instância pertencerá a um grupo, o que pode configurar um governo oligárquico²¹. Desse modo, as diversas forças sociais de oposição tem tanta legitimidade de atuação quanto às forças detentoras do poder de governo.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. op. cit. P. 18.

²⁰ BOBBIO, Norberto. op. cit. p.20.

²¹ CHATELET, François; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **As concepções políticas do século XX**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981. p. 236.

Um exemplo tívio, mas atual, de descentralização é apontado por alguns autores com o alto grau de autonomia que a Constituição Federal brasileira de 1988 conferiu aos municípios²².

O objetivo aqui é por meio da disseminação de estruturas burocráticas divididas tecnicamente e por meio de uma especificação de competências supostamente efetuar uma redução da concentração de poder no Estado.

Uma compreensão decorrente da pluralidade de espaços decisórios, corporificada numa estrutura burocrático-administrativo é evidenciada tanto no tema eleitoral da campanha quanto na vitrine publicitária do atual governo de Santa Catarina, a denominada “deSCentralização”²³.

Toda essa menção à descentralização e ampliação de espaços nos mecanismos formais, não deve obscurecer o protagonismo que os diversos grupos sociais possuem num regime político que se pretende pluralista²⁴.

No momento em que o Estado adquire o status de comunidade política por excelência, ocorreria uma sobreposição em relação às comunidades primárias, as quais se tornariam destituídas de algumas de suas principais funções, fato agravado pela consolidação do individualismo moderno. Desse modo, a tensão entre os pólos extremos contra os quais o pluralismo se insurge, um modelo de sociedade atomizado versus um elevado poder estatal ressurgem no âmbito da política²⁵.

²² Partindo de uma visão de pluralismo no âmbito da administração pública, é interessante analisar o conceito de descentralização: “Na avaliação da essência do Estado moderno adquire, evidentemente, valor a necessidade de considerar, além do aspecto jurídico-formal, também o substancial ou sociológico da distribuição do poder no âmbito da comunidade, adotando uma concepção orgânica do Estado, que valorize as organizações comunitárias destinadas a ampliar os interesses individuais. Aos ordenamentos do passado, baseados na falsa certeza que o povo permanece unido em torno de interesses apenas gerais e indiferenciados e, por isso, centralizados e apoiados no aparelho do Estado, substituem-se ordenamentos nos quais, com os interesses nacionais, se alinha uma série de interesses próprios das comunidades menores, para cuja obtenção predisõem-se estruturas autônomas e descentralizadas. Assim sendo, a descentralização parece constituir o meio jurídico mais apropriado para a afirmação do pluralismo dos centros de poder.” BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Volume 1, Brasília, Edunb, 1992. p. 875.

²³ Disponível em: <http://www.sc.gov.br/sdr/blumenau/governodescentralizado.htm>, acesso em 14 de maio de 2007.

²⁴ Para uma análise mais aprofundada sobre a relação entre o pluralismo e a possibilidade de influencia dos grupos de pressão no Estado e suas políticas conferir: SMITH, Martin J. Pluralismo, pluralismo reformado y neopluralismo: el papel de los grupos de presión en la elaboración de políticas. In, **Revista Zona Abierta**, Madrid, n° 67/68, 1994.

²⁵ Ainda que vislumbrando a sociedade européia, as observações de Roulant são pertinentes para evidenciar a pluralidade social: “Todas as sociedades tradicionais ou modernas, em graus diversos, são sociologicamente plurais, no sentido de se comporem de grupos secundários, com maior ou menor grau de autonomia. Em ambos os casos, a proteção do indivíduo pode vir mais dessa estrutura plural do que de declarações de direitos ou de garantias fornecidas por uma autoridade central, pois esses diferentes grupos são interdependentes uns dos outros. [...] Quanto às nossas sociedades modernas, por certo são estatais, mas somente em parte estatizadas. Existem alguns grupos organizados, ao mesmo tempo aquém e além do Estado, e esses grupos produzem seu próprio direito, que confirma ou infirma o direito estatal ou se afasta dele. Possuem também seus próprios mecanismos de punição, seus “tribunais”, se

Efetuada essas constatações, resta indagar se a participação política é suficiente para garantir uma democracia sólida num modelo pluralista de caráter representativo.

No contexto de globalização, é preciso assumir com cautela a postura de descentralização, sobretudo em setores nos quais organizações privadas poderosas e com alto poder de influencia podem deturpar processos e espaços decisórios democráticos. Sendo assim, o maior risco que o pluralismo e a divisão dos poderes acarreta é a possibilidade do interesse público ser diluído em interesses particulares conflitantes e desiguais, tanto em conteúdo quanto no poder para concretizá-lo na sociedade, a qual se tornaria, numa acepção negativa, 'policrática', pelo fato dos grupos se sobreporem ao indivíduo²⁶. A tirania dos poderes particulares e a privatização dos poderes públicos é uma preocupação constante nas teorias pluralistas²⁷.

Destacadas essas questões acerca do pluralismo na sociedade política, passemos agora ao exame do pluralismo jurídico na sociologia jurídica.

1.2 O PLURALISMO JURÍDICO E A SOCIOLOGIA JURÍDICA

Considerando os elementos destacados no pluralismo da sociedade política, chega o momento de deslocar a discussão para o plano jurídico. Inicialmente, é

preferirem. A ordem jurídica estatal não é a única, como se crê e com muita frequência é ensinado: ela encima ordens jurídicas infra-estatais (as dos grupos secundários) ou se avizinha delas e se inclina diante das ordens jurídicas supra-estatais (por exemplo, as ordens jurídicas europeia ou internacional, ou ainda os "códigos de conduta" das multinacionais. Graças à transnacionalidade delas, estas usufruem uma soberania normativa que lhes permite negociar com os Estados de soberano com soberano, e não de súdito com soberano.)" ROULAND, Norbert. **Nos Confins do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.174.

²⁶ BOBBIO, Norberto. op. cit. p.33.

²⁷ Conforme pondera Wolkmer nesse particular: Temos assim, na política, uma preocupação com o exercício do poder e com a influência que a sociedade possui nesse processo: "Parece claro que o esforço do pluralismo está voltado para a edificação de um espaço social de mediação que se contraponha aos extremos da fragmentação atomista e da ingerência desmesurada do Estado. Desse modo, enquanto prevalência de corpos sociais intermediários, o pluralismo tem sempre sua luta articulada contra o "estatismo" e o "individualismo". WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. p.174.

importante sumarizar as origens do pluralismo jurídico, para posteriormente perscrutar seus desdobramentos e a influência que exerce nas reflexões sobre o direito.

Para não efetuar uma longa digressão histórica, é necessário concentrar-se, partindo de uma visão elementar, no pluralismo jurídico enquanto corrente que contesta, sobretudo, o monismo no Direito, ou seja, a idéia de que uma única ordem jurídica pode ser estabelecida para uma dada sociedade. Assim, consolida-se como vertente teórica que se insurge também contra a pretensão de monopólio de juridicidade e produção exclusiva do direito por parte do Estado. Esse é o elemento teórico essencial do pluralismo jurídico: a defesa da existência de ordens jurídicas paralelas, autônomas e/ou alternativas ao Estado, presentes na sociedade civil, e até mesmo na sociedade internacional. Não há um conceito homogêneo de pluralismo jurídico. É fundamental nesse contexto, a advertência de que o pluralismo jurídico, por sua diversidade interna e amplitude, possui objetivos, propostas e pressupostos por vezes até conflitantes. Desse modo, podemos detectar um pluralismo de conteúdo progressista e até mesmo conservador²⁸.

De acordo com a proposta do presente trabalho de efetuar uma discussão com base na sociologia jurídica, é extremamente importante abordar o momento em que, baseado nesse campo do conhecimento jurídico²⁹, é realizada uma discussão sobre a pertinência de um modelo fundamentado em uma concepção pluralista e sociológica do direito em oposição às propostas do positivismo jurídico. Trata-se da disputa teórica entre dois célebres juristas: Hans Kelsen e Eugen Ehrlich. Essa é a preocupação do tópico subsequente.

²⁸ Conforme salienta Wolkmer: “Por ser uma manifestação universal presente em épocas distintas, o pluralismo jurídico compreende muitas tendências com origens diferentes e caracterizações múltiplas. É assim deveras complexo assinalar uma certa uniformidade de princípios fundamentais em função da diversidade de modelos e de autores, abarcando em sua defesa desde matizes conservadores, liberais e radicais até corporativistas, institucionalistas, democratas, socialistas, etc. Esse cenário aberto, denso e dispar não nos impossibilita de admitir que o principal núcleo para o qual converge o pluralismo jurídico é a negação de que o Estado seja a fonte única e exclusiva de todo o Direito. Tal concepção minimiza, exclui ou nega o monopólio de criação das normas jurídicas por parte do Estado, priorizando a produção de outras formas de regulamentação, geradas por instâncias, corpos intermediários ou organizações sociais providas de certo grau de autonomia e identidade própria. WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. p. XX.

²⁹ A relação entre filosofia do direito e a sociologia do direito possui uma linha tênue de divisão. De acordo com Arnaud e Fariñas Dulce, a absorção por parte da sociologia jurídica de novos métodos de pesquisa, como a sociologia empírica, por exemplo, seria um elemento que favoreceu a ruptura entre ambas. ARNAUD, André-Jean ; & DULCE, María José Fariñas. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 15. Kauffmam descreve algumas análises que mencionam um suposto distanciamento da filosofia do direito devido ao seu caráter “não científico”. KAUFMANN, Arthur.; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 487. Sobre a relação entre a teoria do direito e a filosofia do direito conferir: DULCE, María José Fariñas. **Filosofía del derecho versus teoría del derecho**. Madrid : Ministerio de Justicia, 1992. p. 208 à 222.

1.2.1 O PLURALISMO JURÍDICO E O POSITIVISMO JURÍDICO NA DISPUTA PELO CONCEITO DE CIÊNCIA: AS IDÉIAS DE EUGEN EHRLICH E HANS KELSEN

O debate que Hans Kelsen inicia com seu professor na Universidade de Viena, Eugen Ehrlich, é relevante e marca um momento paradigmático no âmbito do direito, sobretudo pela intensa discussão acerca do que seria uma ciência do direito genuína, qual seria o seu método e objeto, e qual seria a função dos juristas. De um lado o normativismo, representado por Kelsen, de outro uma concepção sociológica do fenômeno jurídico, sustentada por Ehrlich.

O caráter monista do direito para Kelsen decorre da premissa que o direito somente existe na forma de um sistema único emanado do Estado. A consequência lógica desse raciocínio é que toda a norma produzida à margem do direito estatal não pode ser considerada como jurídica.

Ehrlich, por sua vez, argumenta pela existência de uma pluralidade de sistemas jurídicos ao atacar a ficção e o conteúdo autoritário da pretensa unidade do ordenamento jurídico.

Dada a pertinência desse embate para o conjunto deste trabalho, por representar a gênese da discussão da sociologia jurídica e uma importância referencial para o pluralismo jurídico, serão analisadas as principais questões acerca da disputa entre Hans Kelsen e Eugen Ehrlich sobre a genuína ciência do direito, e seus desdobramentos mais relevantes para o pensamento jurídico. Para tanto, indispensável se faz verificar as peculiaridades da compreensão do direito de cada um desses autores.

Pensador ativo no desenvolvimento do movimento do 'direito livre', Ehrlich publicou sua obra mais relevante, "Grundlegung der Soziologie des Rechts"³⁰ em 1913. Nesse material o autor lançaria seus principais conceitos e teorias acerca do

³⁰ EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do direito**. Brasília: UnB, 1996.

direito, desde a idéia de 'direito vivo' até sua defesa da relevância da sociologia do direito e sua relação com a ciência.

Como contraponto e crítica ao trabalho de Ehrlich, Kelsen elabora um material no qual tece críticas ao seu ex-professor na Universidade de Viena. Os autores persistem num debate acerca do direito que mantém sua atualidade por apresentar divergências ainda atuais, tais como a polarização entre uma concepção monista ou pluralista de direito, a relação entre direito e Estado, o papel da coercibilidade, dentre outras questões.

A tensão entre normativismo e sociologismo é central no direito pelas conseqüências que advém da aceitação das premissas teóricas de cada uma dessas matrizes teóricas. Ela denota duas maneiras de análise e compreensão do direito que mantém profunda influência na filosofia do direito contemporânea³¹.

Se partirmos de uma visão estritamente normativista do direito, podemos dizer que ele é algo criado pelos homens por meio de determinados procedimentos³². Teríamos assim uma realidade autoreferencial, válida em si mesma, a qual deve desconsiderar a influência de elementos externos, como a economia, a política, a sociologia, em sua elaboração e aplicação. O termo normativismo é utilizado também como sinônimo da teoria do direito de Hans Kelsen, e em sentido quase análogo, toda teoria que pertence ao gênero "positivismo" e que considera o direito como um sistema de normas³³. Nesse contexto, o normativismo está vinculado à dogmática jurídica, a qual serve como instrumento de sustentação teórica desse modelo.³⁴

³¹ ROBLES, Gregório. op. cit. p. 29.

³² TROPER, Michel, Verbete 'Normativismo', in, ARNAUD, André-Jean. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Rio de Janeiro, Renovar, 1999. p.540,

³³ De acordo com Lowy: "O positivismo – em sua figuração "ideal-típica"- está fundamentado num certo número de premissas que estruturam um "sistema" coerente e operacional:

1. A sociedade é regida por leis naturais, isto é, leis invariáveis, independentes da vontade e da ação humanas; na vida social, reina uma harmonia natural.
2. A sociedade pode, portanto, ser epistemologicamente assimilada pela natureza (o que classificaremos como "naturalismo positivista") e ser estudada pelos mesmos métodos e processos empregados pelas ciências da natureza.
3. As ciências da sociedade, assim como as da natureza, devem limitar-se à observação e à explicação causal dos fenômenos, de forma objetiva, neutra, livre de julgamentos de valor ou ideologias, descartando previamente todas as prenoções e preconceitos.

A influência destas idéias _ particularmente o postulado de uma ciência axiologicamente neutra_ ultrapassa o quadro do positivismo no sentido estrito e se manifesta, pelo menos em parte, em autores consideravelmente afastados do positivismo clássico (como Marx Weber) e até mesmo no seio do marxismo. Quando um ou outro destes três axiomas está integrado em uma investigação metodológica distinta do positivismo, pode-se falar de uma dimensão positivista." LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchhausen**. São Paulo: Editora Busca Vida. p.17.

³⁴ A dogmática pode ser compreendida como: "Ciência que trata da significação conceitual das normas que compõem determinado sistema jurídico. Seu papel é, portanto, o de interpretar o direito em vigor, a fim de permitir sua completa aplicação, ao mesmo tempo em que constrói um sistema conceitual o mais coerente e completo possível. Seu objeto de estudo é o conjunto das normas jurídicas formalmente válidas; sua meta é sistematizar e estruturar o conteúdo conceitual desse conjunto por meio de conceitos jurídicos." ARNAUD, André-Jean ; DULCE, María José Fariñas. op.cit. p. 15.

Por outro lado, numa acepção sociológica do direito o tomaríamos como uma manifestação da realidade social, produto de uma inter-relação com a sociedade, e, portanto em sua aplicação e estudo devem ser tomados como referência os elementos e valores sociais, uma vez que esse seria o local da autêntica fonte de juridicidade³⁵.

O formalismo jurídico é associado ao normativismo jurídico e pode ser compreendido como uma visão meramente formal da justiça, assim como uma identificação do direito como manifestação social passível de sanção coativa, e ainda concepção de jurisprudência como uma ciência formal, em sentido amplo. Esse modelo é caracterizado por uma extrema rigidez processual, e pela proximidade com a dogmática jurídica e a negligência dos fatores subjacentes à produção normativa. Assim, visa a compreensão da juridicidade e não da relação social qualquer que ela seja, mas sua forma corporificada como jurídica. A ênfase das análises são as normas jurídicas e os atos e fatos indispensáveis à essa análise³⁶. Desse modo, o normativismo se debruça sobre a análise das normas jurídicas e o aspecto de validade formal dessas normas, em seus requisitos e ritos procedimentais, ao passo que o sociologismo se concentra na sociedade, suas múltiplas relações, e desenvolve assim uma perspectiva empírica de juridicidade.

Naturalmente, há uma relação de dependência entre esses dois métodos de abordagem do direito, e efetuar uma dicotomia estanque seria uma saída fácil e limitada. Porém, a polarização se justifica como forma de analisar os aspectos fundamentais dessas duas modalidades de compreensão do direito que possuem divergências fundamentais.

No positivismo jurídico temos a norma alçada a categoria de objeto científico por excelência, e o contexto explorado é um sistema jurídico formal, autônomo e hermético, imune a influências externas, uma vez que o objeto central é a norma. A associação do positivismo com a teoria pura do direito de Hans Kelsen é quase automática, a despeito da ressalva de que o positivismo jurídico não constitui um

³⁵ A sociologia do direito, por esse prisma, auxiliaria essa vertente teórica na constatação dessa juridicidade dispersa na sociedade, uma vez que: “[...] examina a realidade social subjacente às normas jurídicas, isto é, a gênese destas, sua evolução e seus efeitos práticos. Ela questiona a correspondência entre o conjunto das normas formalmente válidas, que constituem cada sistema jurídico, e a realidade social, em cujo centro essas normas surgem e são desenvolvidas. A sociologia do direito interessa-se, portanto, pelo estudo dos comportamentos e dos fenômenos sociais, uma vez que eles podem ser elementos determinantes na elaboração de certas normas jurídicas. Ela interessa-se, também, pela análise dos comportamentos sociais condicionados ou mediatizados pela existência de um sistema jurídico formalmente válido que impõe, à força, comportamentos específicos.” ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. op. cit. p. 16.

³⁶ JORI, Mario. Verbete ‘formalismo jurídico’, in. ARNAUD, André-Jean. op.cit. p. 362.

bloco monolítico³⁷. Ao passo que no sociologismo, a preocupação reside nas relações sociais, uma vez que a fonte de juridicidade é a própria sociedade, não existindo uma distinção rigorosa entre ordem social e a ordem jurídica. Desse modo, ao considerar a sociedade como objeto por excelência da ciência do direito a postura dos juristas deve ser uma observação constante das práticas efetuadas pelo povo, numa pesquisa empírica que vai auxiliar a aplicação e criação do Direito.

Ehrlich, expoente do sociologismo, e um dos precursores do pluralismo jurídico, é um autor fundamental para o desenvolvimento da sociologia do direito por seu esforço em torná-la autônoma e dotá-la de cientificidade. Portanto, para discutir o pluralismo jurídico na atualidade, fundamental retomar as origens de algumas questões que persistem no direito, bem como analisar algumas das categorias formuladas pelo normativismo e pelo sociologismo.

Em que pese Ehrlich estar inserido na matriz teórica que compreende o direito como um fenômeno sociológico, é importante ressaltar que as escolas de orientação sociológica são diversas, tendo por denominador comum a convicção de que o direito é um dentre os vários fatos sociais³⁸. Entender o direito como uma manifestação da realidade social, produto de uma inter-relação com a sociedade é um ponto de partida que traz inúmeras conseqüências. A primeira delas é de que na aplicação e estudo do direito devem ser tomados como referencia os elementos e valores sociais, sobretudo os diversos grupos que compõem o tecido social, representado pela família, movimentos sociais, sindicatos, etc. A segunda é a idéia que a norma jurídica, compreendida como um fenômeno emanado do Estado, por meio de procedimentos formais previamente instituídos, não deve ser o elemento essencial de estudo do direito, uma vez que um modelo jurídico rigorosamente formalista tende, em algum momento de seu desenvolvimento, a caminhar em descompasso com as exigências e práticas sociais, dado seu caráter estanque e

³⁷ Ao examinar o positivismo jurídico, Norberto Bobbio destaca sete pontos fundamentais da doutrina juspositivista. Em primeiro lugar, o direito é considerado como um fato, e não como um valor. O segundo elemento diz respeito à estreita relação que o direito guarda com a coação. O terceiro aspecto evidencia a teoria da legislação como fonte por excelência do direito. Outro ponto é a compreensão da norma jurídica como um comando, do qual decorre o caráter imperativo do direito. Como quinta característica e relacionada à teoria do ordenamento jurídico, há a premissa de que existe uma coerência interna e uma completude nesse ordenamento. No que concerne ao método dessa ciência jurídica, e aí temos o sexto ponto, surge a noção de teoria da interpretação mecanicista, pela qual deve prevalecer na atividade do jurista a atitude declarativa em detrimento do papel criativo ou produtivo do direito. Por fim, a defesa da necessidade de obediência absoluta à lei. É válido ressaltar que esses sete pontos sintetizam uma teoria do direito, uma ideologia do direito e também uma modalidade de abordagem do direito. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 131 à 134.

³⁸ NORONHA, Fernando. **Direito e sistemas sociais. A jurisprudência e a criação de direito para além da lei**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1988, p. 14.

rígido. Por essa razão já é perceptível um ponto de intersecção com a essência do pluralismo jurídico, qual seja o questionamento do monopólio de juridicidade estatal.

A precursora das escolas sociológicas é a Escola Histórica do Direito³⁹, de Savigny, que sustentava o caráter histórico, contingente de cada Direito, o qual seria antes de tudo um produto de determinada sociedade, e não algo que deveria ser elaborado artificialmente para ser imposto de maneira vertical a um povo. O objetivo dessa escola era se opor às pretensões de universalização e racionalismo dos legisladores iluministas.

Outro elemento importante da escola histórica é que, por esse prisma, o direito não é uma manifestação articulada e sistematizada pela razão, mas algo dinâmico, um substrato da consciência política popular e do espírito do povo. Percebe-se assim, que nesse contexto, o direito é flexível, cambiante, ou seja, pode evoluir ou regredir de acordo com o progresso de um povo ou de uma nação. Sendo constatada essa vinculação do direito a um valor metafísico denominado de “espírito do povo” o elemento cultural adquire destaque.

Essas preocupações vão ganhar vigor e se desenvolver nas propostas teóricas da Escola do Direito Livre. Ehrlich foi, juntamente com o alemão Hermann Kantorowicz, um dos protagonistas mais significativos da Escola do direito livre, a qual surgiu na Alemanha, no início do século XX. Uma das idéias subjacentes à Escola do direito livre é a concepção do plano jurídico traduzir e tomar a realidade como fundamento para a construção cognoscitiva. Nesse contexto podem ser compreendidas as alusões de Ehrlich a vida, em oposição ao formalismo da jurisprudência de conceitos⁴⁰.

O ponto central das preocupações dos pensadores da Escola do direito livre era a defesa de que os juristas deveriam estudar a sociedade, pois esta seria um objeto mais autêntico e rico do que a norma, abstrata, e distante muitas vezes, da realidade

³⁹ Wolkmer assim descreve a Escola Histórica do Direito: “Tendo suas origens no romantismo do século XVIII e no próprio culturalismo da época, a Escola Histórica do Direito se constitui em uma vigorosa reação ao racionalismo metafísico e às concepções jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII. A idéia de um direito natural universalmente válido, fruto exclusivo da razão, sofre um golpe profundo, pois para a Escola Histórica, o direito assume um caráter nacional e espontâneo, não se atendo aos esquemismos racionais e aos axiomas normativistas.” WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e direito**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1989. p.22.

Em outra obra, Wolkmer complementa essa análise: “Sem dúvida muitos teóricos reconhecem um certo pioneirismo da *Escola Histórica Alemã* como baluarte de reação às teses do racionalismo iluminista, do idealismo e do subjetivismo jusnaturalista, pautado por um Direito assentado na historicidade orgânica das instituições e na espontaneidade nacional popular. [...] Isto justificava a posição extremada de Savigny a toda e qualquer espécie de codificação: o Direito tem sua fonte fundamental no costume, que por sua vez é o reflexo histórico do *Volksgeist*.” WOLKMER, Antônio Carlos. **Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade**. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2006. p.195.

⁴⁰ HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 55.

e da justiça. Tratou-se de uma escola ampla, com diversos colaboradores, os quais muitas vezes defendiam opiniões diversas, não constituindo assim uma corrente homogênea. É possível constatar como denominador comum entre a heterogeneidade de vertentes a convicção de que o direito é um dentre os vários fatos sociais. O nome 'direito livre' tem sua gênese atribuído à uma conferência ministrada por Ehrlich em Viena, em 1903, intitulada "Recherche libre sur le droit et Science du droit libre". Nessa apresentação surgiram preliminarmente alguns conceitos e posicionamentos que sustentariam mais tarde o pensamento do autor, a idéia da existência de um direito social⁴¹.

Esse movimento teórico contou com diversos juristas alemães, os quais visavam combater o conceitualismo jurídico ainda muito influente na Alemanha. Um outro elemento significativo dos componentes dessa escola era o antiformalismo e antilegalismo, pois acreditavam que o direito se manifesta genuinamente na sociedade e não nos códigos, numa postura que desvinculava o direito da lei⁴². Desse modo, para Ehrlich, a verdadeira ciência do direito é uma ciência teórica de realidades, com fins exclusivamente cognoscitivos e não práticos.

Apesar dos avanços da escola histórica numa reflexão crítica do direito, Ehrlich se insurge contra o apego à lei como categoria exclusiva de análise que ainda persistiria no âmbito da ciência jurídica. Essa postura acarretaria, na opinião do autor, uma debilidade na pretensão de cientificidade desse modelo de compreensão de juridicidade. A idéia de unidade e harmonia do sistema jurídico, da sua suposta ausência de lacunas, sustentadas pelo formalismo jurídico, também será combatida por Ehrlich⁴³.

⁴¹ ARNAUD, André-Jean ; DULCE, María José Fariñas. op. cit. p. 25.

⁴² Robles esclarece que, por esse prisma sociológico: "O direito está na vida social e a ela a que se remeter para o conhecer; contrariamente às posturas formalistas e legalistas, que consideram o direito como algo já dado, e cujo conhecimento supõe tão só um labor de exegese, desligado do acontecimento social, a livre investigação do direito, não é um conhecimento exegético, senão que sua missão consiste em investigar o que realmente o direito é, ao se manifestar na vida social dos homens." ROBLES, Gregório. **Epistemología y Derecho**. Madrid: Cionet Pirâmide, 1982. p. 32.

⁴³ Nesse sentido, Ehrlich expõe em sua obra: "Assim, apesar de Savigny e Putcha, a jurisprudência continuou sendo aquilo que é desde o surgimento do cargo de juiz estatal: uma doutrina da aplicação do direito estatal. Praticamente toda a bibliografia jurídica moderna e todo o ensino, ao menos na área do direito privado, não se preocupou com outra coisa a não ser a reprodução do conteúdo da lei e nisto se procura ser o mais claro, o mais fiel, o mais completo possível, analisando os menores detalhes, os casos de aplicação mais remotos. Tal bibliografia e tal ensino, no entanto, quase não podem mais ser considerados científicos, pois na verdade não são mais do que uma republicação de leis. A consequência mais importante desta orientação é a doutrina da unidade e da perfeição do sistema jurídico. Com isto à escola histórica sofre uma inversão em seus objetivos igual à doutrina do direito natural, quando clama por uma legislação estatal." EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do direito**. Brasília: UnB, 1996. p.21.

A despeito da Escola do direito livre dispensar uma forte crítica ao formalismo jurídico, não há consenso na literatura sobre a pretensão ou não dessa escola em abolir todo o elemento formal do direito. O postulado essencial consiste em não admitir a norma jurídica positivada como a única fonte de juridicidade, o Estado como detentor do monopólio de produção jurídica, e a proposição de uma compreensão do direito com base em fundamentos explicitamente sociológicos, razão pela qual são freqüentemente considerados como os precursores da sociologia do direito. A idéia de uma codificação uniformizadora provocou a reação dos pensadores desse movimento.

A relevância das questões suscitadas pela escola do direito livre para o pluralismo jurídico decorre da antecipação da crítica a pretensão estatal de deter a fonte exclusiva de juridicidade e produção normativa.

As principais propostas dessa escola foram, de maneira sintética, conforme assinala Arnaud e Fariñas Dulce⁴⁴:

a) estarem ancorados em uma matriz sociológica do Direito, razão pela qual a pretensão de elaborar um conceito geral do Direito que vá além da lei, e dessa maneira esboça um corpo teórico para o pluralismo jurídico ao defender que o direito não poderia se esgotar no direito estatal.

b) crítica e desvalorização científica da dogmática jurídica. Dogmática essa identificada com a análise limitada à lei, que deveria ser superada pela sociologia jurídica, a genuína ciência do direito para essa vertente; e, finalmente

c) a idéia de um caráter criador de direito por parte dos juízes, dada a inovação suscitada por cada decisão. Tal idéia fundamenta a crítica à suposta completude do ordenamento jurídico formal.

Naturalmente que tais posicionamentos não são isentos de reparos. Há, subjacente a essas propostas, um contexto repleto de significativas transformações, sobretudo na Alemanha. Nesse sentido, é importante chamar a atenção para essa sinceridade metodológica que os pensadores do movimento do direito livre detém, pois ao radicalizar na defesa da realidade social como fonte exclusiva de juridicidade minimizam a relevância de outras fontes significativas, como a própria norma jurídica⁴⁵.

Segundo Warat, a escola do direito livre representa uma insurgência diante do positivismo normativista e o formalismo jurídico ao realçar a existência de um direito espontâneo não ditado pelo Estado, e também a insuficiência do direito legislado em

⁴⁴ ARNAUD, André-Jean ; DULCE, María José Fariñas. op. cit. p. 26.

⁴⁵ ARNAUD, André-Jean ; DULCE, María José Fariñas. Op. cit. p. 27.

relação à dinamicidade da vida social. Há, desse modo, uma interação dos vários intérpretes dos fenômenos jurídicos com a práxis social, a fim de eliminar os conteúdos ultrapassados da lei, convicção que denota uma atividade criativa do intérprete⁴⁶.

Ehrlich apesar de sua estreita vinculação com os juristas da escola do direito livre desenvolve e aprofunda algumas das críticas formuladas pela escola. Desenvolveu seu trabalho utilizando pesquisas de campo, os “Seminários de Direito Vivo”, com camponeses e alguns grupos sociais, baseado em sua convicção de que a expressão do direito se dava em instituições básicas da sociedade, tais como o matrimônio, a família, a posse, o contrato, dentre outras que seriam as autênticas fontes do direito, e, inclusive, o referencial para o direito estatal⁴⁷.

Se como afirmou o escritor argentino Jorge Luis Borges⁴⁸, toda a literatura é necessariamente autobiográfica, devemos considerar que Ehrlich foi fortemente influenciado pela realidade da Bucovina no antigo Império Austro-húngaro, onde viveu. Tratava-se de uma região ainda fragmentada, composta de grupos com hábitos peculiares, e que o Código Civil alemão tentava uniformizar. Talvez decorra daí a insurgência do autor em relação à essa pretensão de padronização de um modelo codicista de juridicidade.

No início da obra do autor, é nítida a tentativa de elevar a sociologia jurídica ao status de disciplina genuinamente científica no direito. A argumentação de Ehrlich consiste em defender que toda a carência de cientificidade do direito é produto dessa indistinção entre um aspecto teórico e um prático de juridicidade, desse modo o objeto de análise persiste sendo a jurisprudência, e em última análise a lei estatal, o que seria extremamente limitado do ponto de vista científico⁴⁹.

⁴⁶ É significativo o fato de que: “Com a escola de direito livre começa a se notar uma interessante resignificação do mito da vontade da lei, agora já não colocada no legislador, mas fetichizada na figura do juiz, que passa a desempenhar a mesma função ideológica do legislador. Com este método, começa a se atribuir a atividade produtora da regulação jurídica à iniciativa, intuição e experiência do órgão judicial, aparecendo paralelamente como secundária a vontade legislativa, o sentido textual da lei e a atividade construtiva da ciência e doutrina jurídicas. [...] Por outro lado, a escola do direito livre admite implicitamente a relatividade da significação jurídica da lei. Está já não se cristaliza no texto legal, que pode permanecer inalterável no tempo. Sua significação referencial e valorativa já não é fixada pelo emissor do discurso jurídico, mas estabelecida por seu receptor e mais precisamente pelo órgão judicial no ato da interpretação da lei.” WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004. p. 409.

⁴⁷ ARNAUD, André-Jean. op. cit. p. 268.

⁴⁸ BORGES, Jorge Luis. **Um ensaio autobiográfico**. São Paulo. Editora Globo, 2000. p. 23.

⁴⁹ Assim: “Por jurisprudência entendeu-se até aqui tanto a doutrina teórica do direito quanto a prática e esta expressão consagrada certamente terá de permanecer, mas será necessário contrapor teoria do direito propriamente dito, isto é, ciência do direito, à jurisprudência prática ou, nos casos em que não há perigo de mal-entendidos, simplesmente à jurisprudência. Como o direito é um fenômeno social, qualquer tipo de jurisprudência pertence ao âmbito das ciências sociais, mas a ciência do direito propriamente dita é parte integrante da ciência social teórica, isto é, da sociologia. A sociologia do direito é a doutrina

Além da originalidade da idéia da sociologia do direito como o saber de autentica cientificidade, outro ponto pelo qual a originalidade do pensamento de Ehrlich é associada refere-se à introdução de métodos de pesquisa inovadores para a sociologia geral e jurídica, como a pesquisa de campo e a entrevista, o que trouxe elementos empíricos para a análise dos fenômenos jurídicos, além do conceito de “direito vivo”, o qual em termos objetivos, atentava a reflexão para a espontaneidade das relações jurídicas desenvolvidas à revelia dos códigos e das engrenagens estatais⁵⁰.

Fundamental na interpretação do pensamento do autor é a compreensão de sua idéia de sociedade. Para Ehrlich ela não é formada pela soma de indivíduos isolados, mas por agrupamento de associações. “É através da organização que o grupo humano se transforma em associação. A organização é a regra que indica a cada individuo sua posição e suas tarefas dentro da associação.”⁵¹

Nesse sentido, todo individuo pertence a uma associação, seja a comunidade, a família, o Estado, grupos religiosos, cooperativa, etc. Assim, a sociedade humana é um conglomerado de associações, as quais estabelecem de maneira autônoma suas respectivas ordenações jurídicas. A relevância dessas ordenações internas decorre do fato de serem nelas que se desenvolve um direito genuíno, ou seja, são esses direitos de grupos que com maior vigor influenciam as condutas dos indivíduos⁵².

Outro aspecto que merece destaque no pensamento do autor refere-se a essa interação que o direito legislado, estatal deve manter com o ‘direito vivo’, praticado pelos indivíduos. Cabe aos juristas observarem na sociedade a juridicidade espontânea manifesta nas relações entre os indivíduos e as associações.

Ao abordar a suposta ciência do direito verdadeira, ou seja, a sociologia do direito, Ehrlich elabora uma polarização entre as normas de decisão e o direito vivo. A idéia de ‘direito vivo’ é central na construção teórica ehrlichiana. Por ‘direito vivo’ entenda-se “aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida. As fontes para conhecê-lo são sobretudo os documentos modernos, mas também a observação direta do dia-a-dia do comércio, dos costumes e usos e também das associações, tanto as legalmente reconhecidas quanto as ignoradas e até ilegais”⁵³. É perceptível nesse conceito como essa compreensão do direito

científica do direito.” EHRLICH, Eugen. op. cit. p.26.

⁵⁰ ARNAUD, André-Jean. op. cit.p. 269.

⁵¹ EHRLICH, Eugen. op. cit. p.71.

⁵² COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 256.

⁵³ EHRLICH, Eugen. op. cit. 378.

guarda uma inter-relação com a dinâmica social, em detrimento de um sistema rigidamente formalista, no qual há um esforço para apreender a realidade social e encerrá-la nos códigos.

O jurista alemão está atento às transformações que estão ocorrendo em sua época, e acredita que um direito enrijecida, alheio à essas mudanças é artificial e limitado. Ele cita as produções de bens nos trustes e cartéis, as evoluções nos transportes, na tecnologia como novos elementos de sua época para os quais o direito deve voltar os olhos⁵⁴. Numa analogia com a contemporaneidade podemos mencionar as relações do direito com a informática, as operações financeiras, as discussões da bioética, enfim, questões que se impõem na vida social e efetuam desdobramentos na ciência jurídica.

De acordo com Cárcova, o objetivo de Ehrlich é estabelecer um vínculo entre a cultura e o direito. Em que pese o fato de ser um dos vocábulos mais complexos do plano filosófico⁵⁵, cultura aqui pode ser um conceito compreendido como um processo complexo e amalgamado de relações políticas e sociais, no qual há uma esfera de crenças e atitudes valores e saberes que são compartilhados por uma determinada sociedade⁵⁶.

O direito do cotidiano que surge da sociedade e não apenas dos documentos reconhecidos oficialmente em uma sociedade como jurídicos, mas ainda da observação direta da prática e até mesmo contra o direito institucionalizado. Pode ser constatado na observação direta da vida, dos costumes e do uso, e de todas as associações, não apenas aquelas que o Estado reconheceu ou desautorizou.

Um elemento desse conceito é sua característica de ser utilizado em oposição ao que Ehrlich denomina normas de decisão, e que em sua terminologia designa as regras encontradas nos códigos e leis utilizadas pelos juízes e demais aplicadores do direito e o direito produzido pelo Estado, ou seja, um conjunto de proposições segundo as quais as autoridades irão decidir os casos a elas submetidas⁵⁷.

O direito vivo está em oposição com o direito válido somente diante dos tribunais e das autoridades jurídicas, não é o direito expressado em proposições, mas o que rege a vida real dos homens em suas diversas relações. Para Ehrlich, o direito é antes de tudo organização, uma ordem formada por regras de agir, em

⁵⁴ EHRLICH, Eugen. op. cit. p. 19.

⁵⁵ EAGLETON, Terry. **A idéia de cultura**. São Paulo, Unesp, 2004. p.9.

⁵⁶ CARCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do direito**. São Paulo: LTr, 1998. p. 65.

⁵⁷ EHRLICH, Eugen. op. cit. p. 31.

virtude das quais os homens não só atuam, mas observam de modo espontâneo por força das relações sociais.

Importante salientar que a relação não é de exclusão, mas de complementaridade, pois o autor é claro ao sustentar a posição de que: “O método sociológico, portanto, exige que os resultados obtidos a partir das decisões dos órgãos estatais sejam complementados pelas decisões dos órgãos estatais.”⁵⁸

Haveria um descompasso entre o direito formal, positivado e estatal e a sociedade. É preciso analisar o ‘direito vivo’, pois ele é o direito vigente, de fato. Para tanto, deve-se buscá-lo na observação do dia-a-dia do comércio, dos usos e costumes, das associações, tanto as legais, quanto as ilegais. Uma análise do direito centrada somente na jurisprudência será parcial, pois não apreendera esse direito vivo. Ehrlich está concentrado no direito manifesto na sociedade e sustenta que os juristas devem se debruçar no direito espontâneo, que decorre desses grupos e associações⁵⁹. Haveria em sua opinião uma negligência em relação a uma eficácia natural do direito, que substancialmente surge da sociedade, e não necessita de coação estatal para seu desenvolvimento. O maior equívoco para o autor está na desconsideração pela jurisprudência prática da vida social dos homens, nas suas múltiplas relações, e a carga de juridicidade, relativa, e peculiar, a elas inerentes.

No capítulo em que contrapõe a coação social à coerção estatal, Ehrlich realça a espontaneidade da eficácia e observação do direito, em oposição à idéia de que as normas são seguidas simplesmente por temos à sanção estatal. Desse modo, a espontaneidade no cumprimento do direito se deve a fatores peculiares a cada associação, tais como o temor psicológico ou o religioso, por exemplo⁶⁰.

Portanto, decorre da noção de ‘direito vivo’ a ruptura da idéia de que o direito consiste em um fenômeno exclusivamente estatal, e a prevalência de uma concepção de juridicidade fundamentada em uma ordem de comportamentos habituais e espontâneos, não dependente da coercibilidade do Estado⁶¹.

⁵⁸ EHRLICH, Eugen. op. cit. p. 379.

⁵⁹ EHRLICH, Eugen. op. cit. p. 49.

⁶⁰ Sintetizando a idéia defendida aqui por Ehrlich: “Desta maneira, o homem age de acordo com o direito, acima de tudo, porque as relações sociais o obrigam a isto! Neste sentido a norma jurídica não se distingue de outras normas. O Estado não é a única associação coativa: há, na sociedade, inúmeras associações que são muito mais rígidas que ele”. EHRLICH, Eugen. op. cit. 55.

⁶¹ Ao abordar o pensamento do autor, Wolkmer crítica a negligência de Ehrlich para com o Estado: “Na verdade, Ehrlich minimiza consideravelmente a coerção estatal e enfatiza a importância dos diferentes tipos de sanções naturais que predominam nos grupos, tais como: a expulsão de qualquer tipo de associação como a família, a igreja, o sindicato e o partido político, bem como a perda de crédito e de clientela no comércio, medidas que acabam revestindo-se de maior eficácia do que as sanções convencionais do Estado.” WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit 193.

Convém observar a interpretação de que Ehrlich menosprezou o Estado, na elaboração de seu pensamento. A visão do Estado por parte de Ehrlich é negativa. Para o autor o Estado é um remanescente de um poder militar baseado na força e com o objetivo de monopolizar a administração da justiça. Essa é a razão pela qual afirma que “[...] quanto à sua origem, o Estado é uma associação militar que mantém uma relação muito pouco estreita com a vida jurídica; e o Estado em sua essência se manteve até a atualidade como uma associação predominantemente militar, com exceção de algumas formações estatais nas antigas colônias inglesas na América do Norte e outras partes do mundo”⁶².

Seguindo a análise dessa interação entre o direito oficial e o direito vivo, na obra de Ehrlich, os conceitos de norma jurídica e de preceito jurídico adquirem um sentido peculiar. Um preceito jurídico significa um mandamento emanado pelo Estado, ao passo que uma norma jurídica seria para um autor uma lei que é seguida no interior dos grupos e associações⁶³. A conseqüência dessa construção conceitual é que um preceito jurídico poderá ou não se tornar uma norma jurídica, sendo que esse fato estará condicionado à observância desse preceito pelos indivíduos nas associações, as quais possuem, na concepção de Ehrlich, fatores naturais que garantem um obediência interna à essas normas, não necessariamente vinculados a coercibilidade estatal. Um quadro pode ilustrar melhor essa distinção:

Normas Jurídicas.	Preceitos Jurídicos.
<ul style="list-style-type: none"> - determina a ordem interna das associações; - determinação jurídica transformada em ação, direito empírico, prático nas associações, que independem da determinação legal; - as prescrições jurídicas que se 	<ul style="list-style-type: none"> - redação de uma determinação jurídica, em uma lei ou código; - emana do Estado, por meio dos mecanismos formais de criação jurídica estatal; - pode se tornar ou não uma norma jurídica.

⁶² EHRLICH, Eugen. op. cit. 110.

⁶³ De acordo com essas categorias: “Normas jurídicas são as normas que emanam dos fatos do direito: dos hábitos que nas associações indicam a cada um dos membros sua posição e suas tarefas, da dominação, das relações de posse, dos estatutos, dos contratos, das declarações de última vontade e de outras determinações; além disso, são normas jurídicas as que derivam das prescrições jurídicas do direito estatal e do direito dos juristas. [...] As prescrições jurídicas contêm muita coisa que não é norma, mas “conteúdo de lei, sem compromisso”. Além disso há normas que emanam tanto de prescrições jurídicas quanto de fatos do direito e que não pertencem ao direito, mas à moralidade, ao costume (regulamentação do uso de uniformes!) e à honra (duelo intermediado entre oficiais).” EHRLICH, Eugen. op. cit. 132/133.

tornam efetivas transformam-se em normas jurídicas.	
---	--

Para Ehrlich, as proposições legais são feitas muitas vezes desvinculadas da realidade. Como as condicionantes do ‘direito vivo’ geralmente se sobrepõem às proposições legais, os preceitos jurídicos muitas vezes são reduzidos a nada. Nesse sentido, contextualizando a questão no Brasil é comum a alusão ao fato de uma lei ‘não pegar’, ou seja, não adquirir a menor relevância na vida social, a despeito de sua validade formal.

Num exemplo adaptado a essa realidade brasileira, e com a finalidade de melhor compreender as categorias teóricas de Ehrlich, poderíamos efetuar uma analogia que denota essa distinção, e para tanto, mencionar o uso um ‘preceito jurídico’ emanado pelo Estado há alguns anos que não se tornou uma ‘norma jurídica’, nas categorias criadas por Ehrlich.

Trata-se de um preceito jurídico, uma lei estatal dirigida aos motoristas brasileiros que instituía a obrigatoriedade de se portar um kit de primeiro socorros nos carros. Por diversos fatores que poderiam ser especulados nesse caso, esse ‘preceito jurídico’ instituído pelo Estado não se tornou uma ‘norma jurídica’ entre os indivíduos dessa associação que no caso em tela é a dos motoristas nacionais. Então, tal lei, ainda que formalmente válida, pois conforme a todos os processos de produção legislativo no Brasil não “pegou”, na expressão já consolidada na cultura jurídica brasileira, ou seja, não foi observada no interior da associação, a despeito da coercibilidade estatal representada por uma multa aplicada aos infratores dessa lei. Atentos à repercussão negativa da medida, tanto a Câmara dos Deputados como o Senado Federal, foram prestos em derrubar a lei.⁶⁴

⁶⁴ Duas notícias da época ilustram a rejeição à lei e também a rapidez com que o Congresso Nacional a revogou.

Nos casos em apreço, é interessante contrapor as duas leis elaboradas para o trânsito brasileiro, e avaliar os seus desdobramentos na sociedade. Se utilizarmos as categorias formuladas por Ehrlich, e seguirmos ainda suas orientações de um empirismo metodológico, veremos essa dicotomia entre os preceitos jurídicos estatais e as normas jurídicas e como se manifesta essa relação em nossa sociedade. Essa notícia crítica revela a posição da Câmara dos deputados:

“O kit descartável: Derrubada na Câmara, a obrigatoriedade do kit de primeiros-socorros nos veículos automotores, prevista no novo Código de Trânsito Brasileiro, deve merecer o mesmo destino em sua votação no Senado. Assim, ficará integralmente banida da legislação, e milhões de motoristas do País não serão mais obrigados a cumprir tão polêmica quanto inútil exigência. Recebida quase com hostilidade pela população, a obrigatoriedade do kit de primeiros-socorros nunca passou de mais uma das anacrônicas exigências impostas pelas leis nacionais. Mas vinha sendo obedecida, reconheça-se, na medida em que a multa prevista para os não-cumpridores da lei continua prevista em R\$ 115,00. Como o estojo podia ser adquirido por preços que oscilavam entre R\$ 5,00 e R\$ 10,00, a população resolveu

Em oposição à esse exemplo do kit de primeiros socorros para os motoristas, temos o exemplo da obrigatoriedade de se utilizar o cinto de segurança ao conduzir os veículos. Nesse caso, a mencionada associação dos motoristas observou esse 'preceito jurídico', o que o transformou, dentro dos conceitos de Ehrlich, em uma 'norma jurídica'. Poderíamos investigar com base na sociologia jurídica, os fatores que levaram essa associação a observar esse preceito jurídico. Seja, por exemplo, por influência de uma campanha de conscientização difundida nos meios de comunicação à época sobre os benefícios do uso do cinto de segurança e seu potencial na redução de danos em acidentes graves, o fato foi que a absorção do preceito como norma não se deveu somente ao temor da coerção estatal, mas sofreu interferências de elementos espontâneos, que extravasam o mero influxo da sanção. Esses exemplos colocam a sociedade no lócus privilegiado de produção de juridicidade, conforme advogava o autor, e suscita a reflexão sobre o direito vivo e os fatores que determinam essa coercibilidade espontânea, interna nas associações, e que moldaria a conduta dos indivíduos. Portanto, a sanção não é a única fonte de obediência dos indivíduos às normas, pois as normas da moral, dos costumes e da

aderir, chegando a produzir uma movimentação de R\$ 200 milhões para os diferentes fornecedores dos diversos produtos incluídos na lista dos itens obrigatórios. O kit de primeiros-socorros resulta de erro de avaliação dos legisladores brasileiros. Os mesmos que, em legislatura passada, decidiram instituir tão polêmica obrigatoriedade. Especialistas dizem que os produtos exigidos não permitem, de fato, prestar qualquer tipo de "primeiros-socorros" a vítimas de acidentes de trânsito. Pelo contrário, temiam que pessoas sem informação, face à existência de gaze e esparadrapo, pudessem agravar a situação de determinadas vítimas. O famigerado kit, contudo, serviu para garantir "receita extra" a milhares de agentes econômicos envolvidos na operação. Desde fornecedores de produtos até revendedores e, mais uma vez, punir o já tão massacrado contribuinte brasileiro. Um desperdício de toda a ordem, visto desde o primeiro momento e, mesmo assim, mantido até 60 dias após a vigência de sua obrigatoriedade. A população espera agora que o Senado trate da matéria com urgência, possibilitando os trâmites de revogação da medida e que haja entendimento dos agentes de fiscalização quanto à aplicação da respectiva multa no período em que a obrigatoriedade, para fins legais, continue em vigência. Jornal eletrônico A Notícia, 03 de março de 1999."

Disponível em: < <http://www1.an.com.br/1999/mar/02/0opi.htm> >, acesso em 19 de agosto de 2007.

E no Senado Federal:

“Obrigatoriedade do kit de primeiros socorros cai hoje

BRASÍLIA – 30/03/1999. Três meses após ter tornado obrigatório nos veículos de todo o País, o kit de primeiros socorros deve ser excluído hoje da relação de equipamentos exigidos dos motoristas. O fim da exigência está previsto no projeto de lei do deputado Padre Roque (PT-PR) que será votado hoje pelos senadores. "Vejo esse kit como uma bobagem sem igual", defendeu o senador Ramez Tebet (PMDB-MS). Incluído na lista de equipamentos obrigatórios nos veículos pelo Conselho Nacional de Trânsito (Contran), a partir do primeiro dia deste ano, o kit se tornou uma unanimidade nacional, ao ser criticado pelos mais variados setores. Para o Padre Roque, o kit foi criado apenas "para fomentar o lucro dos fabricantes dos materiais". A empresa Cremer, fabricante de produtos têxteis hospitalares, distribuiu a jornalistas um kit completo, com ressuscitadores cardiopulmonar, lanterna e outros itens que não constam na maioria dos estoques vendidos em farmácias. Anexo ao brinde há uma carta e um folheto com as instruções que devem ser adotados em casos de acidentes automobilísticos. Mas a empresa não conseguiu explicar em que situações o kit de primeiros socorros pode ser útil. O senador Jefferson Péres reclamou do fato de o kit ter se tornado obrigatório à revelia dos parlamentares que debatem e aprovaram o código. Segundo ele, "o kit é uma inutilidade que não pode continuar". Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/noticia/senamidia/historico/1999/3/zn033068.htm>, acesso em 19 de agosto de 2007.

religião influenciam as pessoas, por vezes mais fortemente do que os preceitos jurídicos estatais. Essa é a razão pela qual as relações sociais adquirem tanta relevância nessa espontaneidade associada à observância e eficácia do Direito.

A visão tradicional da coercibilidade está associada ao uso da força, Ehrlich inverte a preocupação desse conceito para averiguar as razões que conduzem os grupos a naturalmente respeitar as normas jurídicas. Portanto, no que concerne à observância de normas e condutas, a sociedade seria, segundo Ehrlich, composta por inúmeras associações muito mais relevantes que o Estado na construção e manifestação do direito.

Analizados os principais elementos teóricos de Ehrlich e sua contribuição para as propostas teóricas do pluralismo jurídico importante agora destacar como Kelsen reage à essas proposições.

Uma das questões essenciais na disputa teórica e conceitual entre os juristas europeus reside no fato de que, para Kelsen, Ehrlich utiliza um sincretismo metodológico nocivo à consolidação de uma ciência jurídica genuína⁶⁵.

Para a percepção da dimensão dessa crítica indispensável se faz uma retomada sintética das concepções kelsenianas sobre o Direito. No plano teórico do positivismo o fenômeno jurídico para Kelsen pode ser dividido em duas categorias distintas: o direito entendido como norma, uma regra específica de “dever ser”, ou como um fato ou fenômeno, sendo assim, uma regra do “ser”⁶⁶.

Compreendido como norma, a ciência do direito adquire um caráter normativo e dedutivo. Ao passo que numa acepção do direito como fato ou fenômeno, há uma busca a explicação do fenômeno por meio de procedimentos indutivos. As categorias “ser e dever-ser” são a dupla face de percepção do fenômeno jurídico. No cerne da noção de “dever-ser” há uma acepção formal⁶⁷. Tais categorias estão situadas em planos distintos, no entanto é possível coincidirem na realidade. Basta ocorrer uma situação na qual o prescrito pela norma corresponde ao configurado na realidade, ou os fatos se harmonizarem com a prescrição normativa. Baseado nessa construção de perspectivas e dessa divisão do objeto entre “ser-e dever-ser” Kelsen efetua uma

⁶⁵ Na análise da teoria pura do direito feita por Warat: “Temos, pois, na teoria kelseniana, um postulado de pureza metodológica, que constitui, por definição, o ponto de partida e o princípio metodológico vertebral da teoria. Para Kelsen, o postulado de pureza é o que fundamenta as condições de positividade de uma Ciência do Direito em sentido estrito. A Teoria Pura se nos apresenta, assim, como um programa para a elaboração de um saber jurídico autônomo e auto-suficiente, um conhecimento baseado em uma análise metodologicamente imanente, que exclui a referência de fatores e saberes extrajurídicos.” WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder: Uma análise crítica da teoria jurídica**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983. p.32.

⁶⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2003. p.101.

⁶⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo, Saraiva, 2000. p.463.

distinção entre Sociologia do Direito e Ciência Jurídica⁶⁸. Devido ao fato de as divergências de método condicionarem o caráter do objeto, o jurista entende ser necessário cindir a ciência que estuda o ser do direito e a que estuda seu dever ser. Esse é um ponto central para se compreender a divergência entre Kelsen e Ehrlich, pois para Kelsen, uma ciência sociológica do direito deve observar e explicar a realidade, ao passo que uma ciência do direito está focada no que deve ser conforme o direito, ou seja, no que a norma jurídica prescreve. Em síntese é a compreensão do direito enquanto uma ciência normativa, debruçada sobre os processos formais de produção de juridicidade, e restrita aos valores consolidados por uma determinada sociedade nas normas. Sendo assim, seria possível a elaboração de um modelo objetivo, científico, apto a ser utilizado em qualquer realidade⁶⁹. Portanto, no modelo teórico kelseniano o cerne de seu normativismo está nessa separação entre o mundo do ser e o do dever-ser.

Quanto às críticas as pretensões de Ehrlich, o que Kelsen aponta como inadmissível seria esse suposto sincretismo metodológico no qual teria incorrido Ehrlich, ao misturar os planos do ser e dever-ser, do valor e do fato, e conseqüentemente de uma ciência do direito normativa e uma sociologia do direito explicativa. Esse sincretismo metodológico é interpretado por Kelsen como uma espécie de defeito congênito que contamina todo o pensamento de Ehrlich, uma premissa errônea, que desqualificaria toda construção teórica posterior⁷⁰.

Em contrapartida, Ehrlich efetua, com veemência, a defesa de que a sociologia do direito constitui a única ciência do direito. Essa defesa está em harmonia com o pensamento jurídico da época, e o desejo de construção de uma ciência do direito genuína, essa é a essência da argumentação do autor em sua obra.

Para fundamentar suas concepções, Ehrlich por sua vez efetua uma diferenciação entre ciência do direito prática e a ciência do direito em sentido estrito, a qual seria uma parte da ciência teórica da sociedade, ou uma parte da sociologia e reafirma que a sociologia do direito é a verdadeira teoria científica do direito⁷¹.

⁶⁸ [...] ciência, para Kelsen, é conhecimento que explica, que apresenta algum controle e que torna possível a predição; portanto, um conhecimento conseqüente cujo mérito é o de possibilitar afirmações em certo sentido seguras com respeito às ocorrências futuras. [...] O modelo que Kelsen tem em mente, como referência, é o modelo da ciência da natureza. O cientista da natureza descreve os fatos naturais. Os fatos naturais são regidos pelo princípio da causalidade. Dessa forma, os cientistas da natureza, através de observação e testes, formulam leis gerais com o objetivo de transmitir o conhecimento aprendido. A utilização desse conhecimento fornece, por conseguinte, previsão acerca das possibilidades de certos eventos novamente ocorrerem." SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris. p.34.

⁶⁹ WARAT, Luis Alberto. op. cit. p.32.

⁷⁰ ROBLES, Gregório. op. cit. p. 34.

⁷¹ EHRLICH, Eugen. op. cit. p.57.

Já a jurisprudência prática, ou seja, a ciência jurídica tradicional, significa, no pensamento de Ehrlich, o “conjunto de regras práticas dadas ao juiz e demais autoridades para sua aplicação no desenvolvimento de seu ofício.”⁷² Tal ciência tem um caráter abstrato-dedutivo, situada totalmente fora do conhecimento da realidade, na verdade em descompasso com ela, e por essa razão não pode ser qualificada como uma ciência. Para Ehrlich, uma ciência autêntica deve basear-se no método indutivo, e realizar uma aproximação com a essência das coisas mediante a observação dos fatos e a recompilação da experiência.

Essa idéia do direito como um conjunto de normas de decisão, sedimenta à visão da jurisprudência prática e do direito como sinônimo da função dos juizes e demais autoridades do Estado, a qual associa o fenômeno jurídico como fenômeno exclusivamente estatal. Há nessa acepção, uma carga negativa de juridicidade, decorrente da redução do direito a um conjunto de normas coativas, o que provocaria uma negligência em relação ao aspecto espontâneo do direito, que substancialmente surge da sociedade, e não necessita de coação para seu desenvolvimento. O maior equívoco para o autor está na desconsideração pela jurisprudência prática da vida social dos homens, nas suas múltiplas relações, e a carga de juridicidade, relativa, e peculiar, a elas inerentes.

Apesar de opor-se a Kelsen, no que se refere ao conteúdo de uma ciência jurídica, Ehrlich é influenciado pelo positivismo filosófico que reconhece na sociologia o conhecimento mais apurado da realidade humana, uma vez que se caracterizaria por ser um campo de saber fundamentado na abordagem dos fatos sociais, em detrimento a posturas dogmáticas, tradicionais no campo jurídico⁷³.

Kelsen sustenta um posicionamento oposto ao de Ehrlich ao defender a jurisprudência normativa como a verdadeira ciência do direito. E para fundamentar essa afirmação reclama a necessidade de se partir de uma ciência normativa para ser estabelecida uma conceituação de direito. O equívoco de Ehrlich, segundo Kelsen, seria não haver estipulado em seu pensamento um critério para definir o que seria o elemento jurídico, em relação às demais normas ou regras que regem as relações humanas, para se construir uma sociologia do direito. Assim, um critério de juridicidade não poderia ser definido pela sociologia, uma ciência de fatos e fenômenos sociais⁷⁴.

⁷² EHRLICH, Eugen. op. cit. p. 36.

⁷³ EHRLICH, Eugen. op. cit. p. 26.

⁷⁴ Esse é o motivo que leva o teórico do positivismo a afirmar que: “Determinando o Direito como norma (ou mais exatamente, como um sistema de normas, como uma ordem normativa) e limitando a ciência jurídica ao conhecimento e descrição de normas jurídicas e às relações, por estas constituídas, entre

Portanto, para Kelsen uma ciência do direito deve ter um caráter normativo, uma vez que concebe o direito como sinônimo de um conjunto de normas ou de proposições jurídicas que denotam um dever-ser formal, e não algo construído sobre fatos. Em síntese, por esse prisma, a única ciência do direito válida é o dever ser formal das normas, ou seja, a que se alicerça sobre uma jurisprudência normativa. A vida social se manifesta juridicamente por meio da forma, e a forma deve ser o objeto de estudo da ciência do direito. Kelsen rechaça a idéia de Ehrlich de fazer da ciência jurídica uma ciência de fatos, sem a possibilidade de separar os planos do ser e dever ser, tal idéia assemelha demasiadamente o direito com a sociologia, e como consequência gera uma indistinção entre o direito e a sociedade.

Ehrlich, por sua vez, questiona a jurisprudência prática, por seu caráter abstrato e dedutivo, e seu distanciamento da realidade, razões pelas quais não se constitui como uma ciência válida. Kelsen contra-argumenta, e defende que, apesar da legitimidade do método indutivo, há a possibilidade de conhecimento científico baseado no método dedutivo. No que concerne ao descompasso com a realidade, o jurista de Viena afirma ser essa uma característica salutar, e natural, uma vez que não há qualquer pretensão do direito de ser uma ciência apta a explicar a realidade. Kelsen acredita que por não separar os planos do ser e do dever ser Ehrlich comete o erro de ver na sociologia e na jurisprudência científica as instâncias responsáveis pelo estudo das regras de dever ser, as quais condicionam o comportamento humano em geral. Kelsen advoga a idéia de que na epistemologia da ciência jurídica a afirmação dos fatos serem anteriores ao direito é um dado óbvio.

Por trás dessa preocupação kelseniana da separação do direito com outros campos de saber, está o receio de uma influência negativa da política no uso da força e na tomada de decisões. É válido salientar que Kelsen tem consciência de que o direito não pode ser separado da política, pois sua criação e aplicação são funções políticas. No entanto, seria possível desvincular a ciência do direito da política⁷⁵. Evidencia-se então, novamente o ponto de conflito entre os autores e a radical divergência do pressuposto metodológico, o positivismo jurídico que sustenta como benéfica o distanciamento com a sociedade na elaboração de normas e Ehrlich

fatos que as mesmas normas determinam, delimita-se o Direito em face da natureza e a ciência jurídica, como ciência normativa, em face de todas as outras ciências que visam o conhecimento, informado pela lei da causalidade, de processos reais. Somente por esta via se alcança um critério seguro que nos permitirá distinguir univocamente a sociedade da natureza e a ciência social da ciência natural". KELSEN, Hans. op. cit. p.84.

⁷⁵ Para Oscar Correias, Kelsen realizou uma filosofia política: "Teoria pura do direito é um livro de filosofia política, que por razões políticas funda uma ciência pura, ou seja, reduzida a descrever normas e não a opinar se são ou não justas." CORREIAS, Oscar (Org.). **El otro Kelsen**. Cidade do México. UNAM. 2001. p.49.

apontando para sociedade como referência para elaboração e validade dessas normas.

Fiel aos seus pressupostos teóricos, Kelsen não hesita em afirmar que a proposta de investigação do 'direito vivo' contem uma miscelânea de princípios metodológicos, uma vez que o 'direito vivo' não se concretiza enquanto uma categoria jurídica, mas como uma 'ciência explicativo-causal da sociedade'⁷⁶.

A essência da crítica de Kelsen à Ehrlich consiste na convicção do teórico do positivismo de que a simples realidade dos fatos não produz condutas exigíveis juridicamente. Kelsen afirma que segundo o raciocínio de Ehrlich os fatos que ocorrem com certa freqüência seriam decorrentes do direito, do que decorreria uma indistinção entre o direito vivo e o direito costumeiro. Ehrlich estaria confundindo, de acordo com as categorias teóricas kelsenianas, a regra do ser com a regra do dever ser, ou seja, nos termos de Kelsen teria misturado validade (qualidade da norma enquanto norma), com a eficácia (a qualidade dos comportamentos humanos em relação às normas). Assim, seria impossível no pensamento de Ehrlich ser efetuada uma distinção entre fatos do direito e os demais fatos sociais, enquanto não houver uma delimitação do conteúdo jurídico, sem a qual a análise e conceito de fenômeno do direito será dispersa e confusa.

Nesse ponto, é necessário inserir a questão do Estado, sendo desnecessário mencionar que Kelsen vincula indissociavelmente juridicidade a estatalidade. A estatalidade por sua vez está vinculada a coercibilidade⁷⁷, a qual, diferentemente do 'direito vivo', que regula as relações sociais espontaneamente, fundamenta o direito estatal e o respalda sempre pelo temor da força.

Esse seria um raciocínio errôneo para Ehrlich, pois sedimentaria a crença de que a coatividade é um elemento essencial do direito, o que distorce a atenção que os juristas devem manter em relação às razões que levam os homens a seguirem determinados comportamentos em harmonia com as regras jurídicas. Observância plural e conseqüência de fatores diversos do temor psicológico da coação, tais como índole social, religiosa, e que seriam os responsáveis pelos homens atuarem de acordo com o exigível, uma vez que o ordenamento de uma sociedade repousa

⁷⁶ ROBLES, Gregório. op. cit. p 29.

⁷⁷ Sobre a relevância da coercibilidade no modelo positivismo: "Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente indesejáveis, por serem socialmente perniciosas – particularmente contra condutas humanas indesejáveis – com um ato de coação, isto é, com um mal – como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros - , um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando mesmo até a força física – coativamente, portanto." KELSEN, Hans. op. cit. p. 35.

sobre as normas jurídicas das associações, baseadas em deveres jurídicos, e não sobre o receio de um cumprimento forçado desses deveres pelo Direito.

Direito estatal não é sinônimo de lei, pois o conteúdo do direito estatal deriva do Estado, enquanto que a lei pode recorrer ao direito vivo, ou seja, aquele direito decorrente dos fatos do direito, o qual segue sendo direito vivo, sem se transformar em direito estatal. Nesse contexto, a lei somente reconhece um conjunto de regras de agir que se manifestam normalmente na sociedade. O Estado somente presta seu apoio, constituindo um ordenamento subsidiário sobre outro, de caráter primário, já existente. “O direito ‘estatal’ se manifesta assim como uma imposição do Estado sobre a sociedade, da qual aquele constitui tão só um de seus órgãos.⁷⁸” O conteúdo do direito estatal, normas de decisão, dirigidas aos juizes e demais autoridades estatais, impõem, por meio da coação, a vontade do Estado, que termina por corromper a espontaneidade da sociedade, que no âmbito jurídico se manifesta somente pelo ‘direito vivo’.

Kelsen salienta com vigor sua discordância da idéia de ‘direito estatal’ que Ehrlich defende. E sugere uma imprecisão conceitual na abordagem dessa questão, pois afirma que por vezes o autor a expõe como ‘direito criado pelo Estado’, outras como “lei”, e por fim como sinônimo de ‘regras dirigidas ao comportamento dos juizes e outras autoridades estatais.’

Kelsen não compreende como a sociologia do direito pode pretender ser uma ciência autônoma sem efetuar a distinção entre ordem jurídica e a ordem social. De acordo com Robles, “A análise explicativo-causal do direito é o objeto da sociologia jurídica, mas tal análise pressupõe a delimitação do objeto do direito.”⁷⁹ Haveria, assim, uma lacuna e falta de objetividade na definição do direito enquanto objeto de análise no pensamento de erlichiniano.

Para Kelsen, o Estado garante e dá forma à unidade social, que representa a síntese da ordem jurídica da comunidade que, aglutinando os grupos intermediários em seu interior, os reveste de juridicidade e os insere dentro de corpo geral de regulação.

A idéia de Ehrlich sobre a coatividade denota para Kelsen uma visão equivocadamente sociológica do Direito, pois acredita que as razões que levam os homens a agirem ou não de acordo com as normas jurídicas é um problema externo, alheio ao direito, que deve ter como objeto as normas coativas do ordenamento⁸⁰.

⁷⁸ EHRLICH, Eugen. op. cit. p. 114.

⁷⁹ ROBLES, Gregório. op. cit. p 33.

A sociologia do direito pode investigar as razões que movem os homens a agirem de uma ou outra forma em relação às normas jurídicas, porém negar a coatividade das normas jurídicas seria desconhecer sua verdadeira essência e impossibilitar a distinção das demais normas sociais que regulam a convivência humana. Por essa razão Kelsen afirma que Ehrlich não consegue diferenciar as normas jurídicas das morais⁸¹.

Como sumariza Robles, a contenda teórica entre esses juristas geram inúmeras questões ainda por resolver, uma vez que [...] “normativismo e sociologismo são posturas das quais não cabe prescindir no âmbito da ciência do direito [...] Talvez sejam irreconciliáveis, mas possivelmente possam ser superadas em uma síntese fecunda, sem cair no ecletismo cômodo da teoria tridimensional.”⁸²

A questão da relação entre o saber jurídico e as ciências sociais, admitindo-se essa dicotomia, sempre foi objeto de reflexão na filosofia do direito e da sociologia jurídica. As normas jurídicas estariam vinculadas a uma ordem social vivida e seriam uma extensão dessa ordem, com a força de exercer um controle social decorrente de um poder de coação ou reprovação exterior. De acordo com Bullesbach, não importaria para o direito as convicções interiores, pertinentes ao campo da ética ou da religião, mas a existência de mecanismos de coercibilidade externa, pois, ainda que tais mecanismos não interfiram em convicções individuais, tem o condão de garantir a observância das normas⁸³.

⁸⁰ Conforme síntese de Sgarbi: “Kelsen, com o objetivo de formular uma ciência do direito, quer o mesmo para o conhecimento jurídico. Quer formulações que permitam trazer segurança ao que se diz sobre o Direito, isto é, sobre as normas jurídicas. Entretanto, Kelsen se depara com um problema: a norma jurídica é uma estrutura de dever; estrutura de dever que também está presente no campo moral e no campo religioso. Portanto, precisa circunscrever o dever jurídico. Evidentemente que isso não significa seja impossível haver um dever jurídico moral (ou consentâneo com a moral), ou com o dever religioso (ou consentâneo com o dever religioso). Apenas acentua a importância de se saber quando está em questão não um dever em geral, mas um dever jurídico em particular.” SGARBI, Adrian. op. cit. p.35.

⁸¹ ROBLES, Gregório. op. cit. p. 40.

⁸² ROBLES, Gregório. op. cit. p. 41.

⁸³ Bullesbach, conclui pela dificuldade de distinção entre as normas jurídicas e as definidas como sociais, em alguns casos, tendo grande destaque para tal diferenciação a existência de um aparelho coercitivo organizado para impor sanções aos refratários: “As diferenças especiais entre normas jurídicas e outras normas sociais residem no fato de as normas jurídicas exigirem uma validade geral dentro do domínio da ordem jurídica estatal, enquanto as demais normas têm validade segmentaria (dependendo por exemplo, da pertença a grupos determinados). As normas jurídicas são, além disso, bastante mais formalizadas. A diferença em relação à norma social não reside na ‘coação’, mas sim na sanção e controle social formalizados. Suporte importante da formalização de normas jurídicas é o conjunto de critérios dos profissionais do direito ao imporem essas normas, bem como a definição controlável, pública e expressa dos comportamentos normativamente relevantes para a aplicação de sanções em caso de divergência da norma, bem como o estabelecimento de um processo de controle da aplicação dessas sanções. No entanto, também há formações sociais (como, por exemplo, as convenções em casos de famílias numerosas) nas quais vigoram normas sociais expressas e previsíveis (portanto também controláveis), cuja validade está muito próxima da validade das normas jurídicas. Isto mostra que a transição das normas jurídicas para as não jurídicas, é nas zonas periféricas, muito fluida, estando sujeita, nas suas relações recíprocas, à evolução social; nessa medida, tal transição é historicamente determinada.”

Portanto, é perceptível a importância dessas questões para o direito. De um lado o positivismo jurídico, nos moldes propostos por Kelsen, cujos influxos teóricos dominam a parcela majoritária dos países que seguem um modelo constitucional, do outro as proposições de Ehrlich que caracterizaram os fundamentos do pluralismo jurídico e da afirmação da autonomia da sociologia jurídica perante outras áreas do Direito.

Igualmente relevante é a compreensão da genese e aplicação do direito como procedimentos sociais dinâmicos, marcados por uma interação dialética e incessante entre os mecanismos formais e informais, e também pelos diversos componentes associativos e de grupos na sociedade. A sociologia, deveria portanto, para apreender de fato a realidade social do direito, romper com a ideologia do direito positivo como algo artificialmente destacado do contexto social dinâmico, no qual ocorre sua aplicação a criação, no que fica evidenciado um deslocamento de objeto e de método⁸⁴.

As conseqüências mais importantes da identificação do direito com a idéia de 'direito vivo' e da análise dos fatos de direito como dados sócio-jurídicos nos quais o direito se encontra inserido, são a separação entre direito e estado, e a concepção de direito como uma ordem de comportamentos habituais e, portanto, uma ordem não coativa. Em muitas concepções tal compreensão do direito se harmoniza com as premissas do pluralismo jurídico, importa destacar essa ênfase nos atores sociais na

Bullesbach, Alfred. Saber jurídico e ciências sociais. In: **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneo**. KAUFMANN, Arthur.; HASSEMER, Winfried. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 487.

⁸⁴ Para Maliska, Ehrlich não pode ser definido como pertencente a corrente do pluralismo jurídico que admite a existência de ordens paralelas que se contrapõem ao Estado, pois o fato do autor mencionar que tais 'ordens paralelas' devam ser fontes de análise pelos juristas não significa uma defesa ou incentivo dessas ordens. Nas palavras de Maliska: "Ehrlich visualiza o Direito extra-estatal, dando a esse grande importância. Agora, essa compreensão, resultado de uma análise do direito, não implica a defesa desse pluralismo jurídico, mas a defesa do fato de os operadores do direito, ao aplicá-lo necessariamente devem levar em consideração a existência de ordens plurais." É questionável esse posicionamento de Maliska, uma vez que para Ehrlich e sua construção teórica o direito não é algo para ser meramente 'aplicado', mas algo que se desenvolve no interior das associações, de modo espontâneo. É válida uma reflexão sobre o fato de que admitir o direito como um elemento a ser manipulado pelos 'operadores do direito' incorre numa ruptura entre a concepção de direito vivo e jurisprudência prática, incompatível com o pensamento do autor. Essa leitura de Maliska pode ser apropriada para uma discussão acerca da aplicabilidade contemporânea das construções teóricas de Ehrlich. Ao que parece, Maliska se esforça por atualizar Ehrlich, e tornar a construção teórica do autor harmoniosa com um modelo de ordenamento nos moldes do constitucional moderno, dada sua afirmação de que "O direito do estado é o campo das relações políticas que buscam, conforme sua força de representação, positivizar direitos. [...] as associações sociais não representam núcleos autônomos perante a realidade estatal. Elas são compreendidas, dentro da realidade estatal, como expressão de um direito que está em harmonia com o Direito do Estado." As afirmações de Maliska sobre Ehrlich devem ser observadas com cautela, a polémica entre o pensador da Bucovina e Kelsen revela a incompatibilidade dessa suposta visão positiva do Estado em Ehrlich. MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich**. Curitiba, Editora Juruá, 2001. p. 59 e 74.

construção e aplicação do direito, além de uma descentralização do poder manifesta por essa não priorização do ente estatal como exclusivo produtor de juridicidade.

Ehrlich tinha a pretensão de, por meio da sociologia do direito, libertar o direito de um legalismo excessivo, sua relação com o pluralismo decorre desse interesse em pesquisar as práticas normativas informais e presentes nas diversas organizações e associações da sociedade, com o intuito de as documentar e registrar.

Há uma crítica a falta de rigor metodológico do conceito de direito vivo, o qual é atribuído a um conjunto de fenômenos diversos e não necessariamente coerentes. Ehrlich não teria conseguido elaborar um critério teórico para distinguir o jurídico das demais normas sociais, além de ter utilizado, segundo alguns autores conceitos ambíguos e assistemáticos, além disso, outro elemento que merece menção é a afirmação de que Ehrlich não se esforçou para efetuar uma ponte entre o Estado, a sociedade e a mudança social, pois centralizou sua construção teórica definindo a sociedade como “um amalgama de ordens semi autônomas”. Desse modo, ao definir e centrar a análise na idéia de direito vivo, Ehrlich negligencia a discussão do poder e da autoridade na sociedade, o que tem como consequência a não consideração da influência do Estado como fator para transformar ou influenciar o direito vivo⁸⁵.

De acordo com Cárcova, é corrente a afirmação de que as doutrinas de Eugen Ehrlich e a polêmica que manteve com o positivismo jurídico de sua época são o ponto de partida para a análise do pluralismo jurídico.⁸⁶ No entanto, o autor argentino dispensa crítica contundente ao pensamento de Ehrlich ao detectar uma ausência de conflitos e contradições presentes no âmbito interno dos grupos que compõem o tecido social e anseiam pela organização e exercício do poder, por esse prisma, Ehrlich teria superestimado os valores de solidariedade e cooperação nas associações e minimizado os conflitos inerentes à disputa pelo poder e pelo próprio conceito do direito. A despeito dessa suposta ingenuidade na análise da sociedade, a construção teórica do autor persiste como fundamental para o pluralismo em decorrência de advogar “[...] pela primeira vez, com plausível força argumentativa, a coexistência de ordenamentos plurais no interior de uma mesma estrutura social⁸⁷.”

A despeito dessas críticas, as idéias de Ehrlich são relevantes para reconhecer a importância do pluralismo jurídico e da sociedade como objeto de uma ciência jurídica, em oposição a um centralismo jurídico, pautado unicamente pelo direito

⁸⁵ ARNAUD, André-Jean. op. cit. p. 270.

⁸⁶ CARCOVA, Carlos Maria. op. cit. p.65.

⁸⁷ CARCOVA, Carlos Maria. op. cit. p.66.

estatal, e os procedimentos formais de criação do direito. Assim, Ehrlich desloca o debate da produção de juridicidade, redefine a importância da coercibilidade no direito, e impõe a discussão do pluralismo jurídico.

Constatadas as potencialidades e limitações do pensamento de Ehrlich e a relevância de sua divergência com Hans Kelsen para o direito é necessário avançar na análise das principais reflexões efetuadas acerca do pluralismo jurídico em suas diversas configurações.

1.2.2 Análise das principais tendências do pluralismo jurídico na sociologia jurídica

Avançando nas reflexões sobre o pluralismo jurídico empreendidas por Ehrlich, Gurvitch associa o monismo com a solidificação dos Estados modernos e se opõe a pretensão da lei como única fonte de juridicidade. De acordo com Gurvitch, há na sociedade diversas esferas jurídicas autônomas que concorrem com o Estado na produção normativa. Por essa razão, o monismo no direito seria consequência da concentração e racionalização da organização e aplicação do poder na modernidade⁸⁸.

Em sua teoria, Gurvitch enfatiza a importância da legitimidade para o direito, em sua inserção e absorção social, em prejuízo da noção de coercibilidade, a qual

⁸⁸ GURVITCH, Georges. **Sociologia del derecho**. Rosário: Ed. Rosário, 1945.p. 229-263.

deveria ocupar um espaço menor na reflexão dos juristas. Temos aqui, assim como em Ehrlich, uma oposição às propostas do positivismo jurídico⁸⁹.

É sabido que as idéias de Gurvitch são tributárias da construção teórica de Ehrlich, no entanto, para Gurvitch, Ehrlich teria feito uma confusão entre o direito extra-estatal da sociedade como um todo e o direito autônomo dos grupos sociais e a indistinção do que compõe o direito da sociedade. Outro erro do teórico do direito vivo seria ter utilizado como sinônimos conceitos como *gêneros de direitos, ordens jurídicas e sistemas de direitos*. Gurvitch concorda com a crítica tradicionalmente apontada ao pensamento de Ehrlich, de que o autor não teria empreendido uma distinção rigorosa entre o direito e outras modalidades de regulação social, como a moral e o costume⁹⁰.

Gurvitch defende a existência de uma gradação no âmbito da eficácia do direito, o qual deve ser examinado nas diversas relações sociais, nos grupos e classes. Admitindo essa premissa, tem-se que uma análise centrada unicamente no Estado é limitada por desconsiderar esse direito anterior, disperso na sociedade. Tampouco é válida a idéia de que as normas são observadas pelos indivíduos e grupos pelo temor de uma sanção pré-estabelecida, uma vez que é a legitimidade e o poder de influência dessa norma na comunidade que determinará sua eficácia⁹¹.

As formas de sociabilidade que realizem um valor positivo e a organização dos grupos são importantes no processo de transformação de valores em fatos normativos, pois condicionarão a criação de direito. Os valores morais, culturais e

⁸⁹ Wolkmer afirma que Gurvitch corporificou uma construção teórica mais elaborada, dotada de maior rigor conceitual e sistemática em relação a Ehrlich. E analisa o pensamento do autor da seguinte maneira: “Particularmente, o pluralismo jurídico é a consequência metodológica de um “empirismo radical”, produzido pelos dados imediatos e pela mobilidade intensa da “experiência jurídica”. Desse modo, a captação da “experiência jurídica” permite comprovar as diversas maneiras e critérios de revelação do pluralismo. Na constatação dos “fatos normativos”, escalas ou graus de manifestações diferenciadas se interpõe um quadro constituído por “direitos organizados” ou “direitos espontâneos”, “direitos institutivos” ou “direitos formais” etc. Nessa conformidade, o pluralismo jurídico confirma não apenas a “pluralidade de direitos”, porém ainda sua própria equivalência.” WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. p.195.

⁹⁰ GURVITCH, Georges, Problèmes de Sociologie du Droit”, in Gerges Gurvitch (Org.), Traité de Sociologie, vol. II, Paris, Presses Universitaires de France, 1960, pp.177-188. In, SOUTO, Cláudio ; FALCÃO, Joaquim. (Orgs.) **Sociologia e Direito: Leituras básicas de sociologia jurídica**. São Paulo, Livraria Pioneira editora, 1980. p. 32.

⁹¹ “Assim, no interior de sindicatos, associações, sociedades anônimas, se cria direito. É um direito especial de grupos particulares, mas é direito. De um modo parecido, as igrejas, os serviços públicos e os estabelecimentos descentralizados podem ter seus direitos particulares, que são direitos infra-estatais. E acima do Estado, algumas organizações internacionais (hoje a ONU, as comunidades européias) emitem também regras de direito, com vocação a se aplicar nos diferentes territórios nacionais em concorrência com os direitos estatais. Em resumo, é preciso admitir, como hipótese fundamental, a idéia de que não temos só, em um território dado, um único direito, que seria o estatal, mas sim uma pluralidade de direitos concorrentes, estatais, infra-estatais e supra-estatais”. CARBONNIER, Jean. **Derecho flexible: para uma sociologia no rigurosa del derecho**. Madrid: Tecnos, 1974. p. 25.

políticos estão em conflito, nos diversos grupos, de modo que a organização desses grupos favorecerá a efetivação de seus valores nesse confronto, como direito⁹².

Dentro da tradição pluralista a construção teórica do italiano Santi Romano tem enorme relevância. Em sua obra, o autor aponta uma crise da hegemonia do Estado moderno, o qual se constituiu pela incorporação e eliminação de ordens jurídicas superiores e inferiores, e também pela monopolização da administração da justiça. No entanto, persistiriam na sociedade ordens paralelas a esse poder estatal. A ineficácia do Estado e sua correspondente crise de legitimidade decorrem da ignorância e distanciamento desses sistemas paralelos. Desse modo, o autor também questiona o monopólio estatal da produção de juridicidade e o sistema monista⁹³.

Em síntese, Santi Romano critica as categorias utilizadas como referenciais para analisar os sistemas não estatais, sobretudo a idéia de norma jurídica, de licitude, juridicidade e também de sanção. O ponto central da argumentação do autor é que tais conceitos podem não ter aplicabilidade ou relevância em outros sistemas jurídicos. De modo que esses sistemas não estatais podem inclusive trabalhar com categorias diferentes do modelo estatal, sem prejuízo do caráter jurídico, pois cada sistema opera com lógica própria. A crise do Estado decorre do fato de cada vez mais várias esferas sociais adquirirem uma produção jurídica independente. Dentro dessa teoria institucional a organização possui uma importância fundamental como elemento diferenciador entre o que significa uma sociedade jurídica e uma não jurídica⁹⁴.

Outro teórico que empreendeu reflexões acerca do pluralismo foi Jean Carbonnier. De acordo com esse expoente da sociologia jurídica, não existiria um pluralismo jurídico, e sim fenômenos de pluralismo jurídico, os quais seriam manifestações de grupos, caracterizados por serem múltiplos e diversificados em suas condicionantes. Apesar dessa diversidade, geram uma consequência

⁹² GURVITCH, Georges. op.cit. p. 267.

⁹³ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Florianópolis: Boiteux, 2007.

⁹⁴ Como observa Wolkmer, Santi Romano desenvolve “uma visão do direito, que, mesmo sendo apresentado como um todo unitário, desdobra-se numa teoria do direito como instituição, que se contrapõe ao normativismo positivista (1º parte) e numa teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos, que se opõe ao monismo estatal (2º parte). O que se percebe, inicialmente, é que nesse pluralismo de tipo moderado fica comprovada a interdependência histórica da formulação pluralista à teoria institucional. Para o mestre italiano, toda instituição que surge como um “ente” ou “corpo social” bem estruturado e firmado em relações estáveis e permanentes transforma-se em ordenamento jurídico.” A crítica ao pensamento de Santi Romano, de acordo com Wolkmer, se deve ao fato de ter o italiano supervalorizado a ordem jurídica internacional e o Estado na formulação de sua teoria, razão pela qual ainda estaria vinculado ao monismo jurídico, e indiretamente ao direito formal positivo. WOLKMER, Antônio Carlos. op. cit. 189.

comum, qual seja, o fato do ordenamento jurídico estatal dever sofrer a concorrência de outros ordenamentos jurídicos autônomos entre si⁹⁵. Nesse quadro, os fenômenos de pluralismo jurídico podem ser coletivos ou individuais, de concorrência ou de recorrência, categóricos ou difusos. A própria maneira de se aplicar as regras e inclusive a existência de diferentes juizes dentro de um sistema jurídico pode ensejar fenômenos de pluralismo jurídico⁹⁶.

Carbonnier parte de uma análise fundamentada em uma “hipótese de estrutura”⁹⁷, tal hipótese designa uma abordagem dos sistemas jurídicos enquanto abstração e num suposto momento estático no qual seria possível apreender suas características e princípios essenciais, a fim de uma compreensão dos fenômenos jurídicos. Para o autor, o pensamento dogmático sustenta uma concepção monista do direito, pela qual o direito seria homogêneo, uma espécie de bloco monolítico. Tal concepção decorre da identificação do Estado como detentor do monopólio da produção de juridicidade e da administração da justiça. Nesse contexto, o direito internacional privado tradicionalmente contradiz a rigidez do monismo, uma vez que admite que determinadas leis estrangeiras podem ser aplicadas concomitantemente às leis nacionais. Carbonnier analisou a escola italiana de direito internacional privado, uma corrente que defendeu um monismo extremo e condicionava a aplicação de leis estrangeiras a um processo de aceitação no país nacional. Essa intolerância para com a diversidade por parte desse monismo vinculado à dogmática faz Carbonnier afirmar que “O direito não pode fazer outra coisa que negar a qualquer outro sistema de regras o título de direito”⁹⁸. Até mesmo entre dogmáticos essa tese da escola italiana pareceu excessiva, desse modo, se leis estrangeiras podem ser aplicadas em ordenamentos nacionais sem perder seu caráter de lei estrangeiras, essa seria uma possibilidade tangível de pluralismo jurídico no sei do direito positivo.

Assim, a sociologia jurídica oferece um suporte para análise do pluralismo jurídico na sociedade contemporânea. O legado dos juristas que abordaram a questão é considerável. É possível também o pluralismo se manifestar no plano individual, Carbonnier o define como aquele que atinge a consciência ou inconsciência do indivíduo, dividindo-a, como, por exemplo, no caso de um conflito subjetivo entre um mandamento laico e um religioso. De acordo com essa avaliação,

⁹⁵CARBONNIER, Jean. op. cit. p. 26.

⁹⁶CARBONNIER, Jean. **Sociologia jurídica**. Coimbra: Almedina, 1979. p. 216.

⁹⁷CARBONNIER, Jean. op. cit. p. 24.

⁹⁸CARBONNIER, Jean. op. cit. p. 25.

o direito não pode ter a pretensão de ser absoluto. Há vácuos de direito na sociedade, existindo um 'não-direito', caracterizado por uma baixa considerável de pressão de juridicidade. Haveria um 'não-direito' por autolimitação do direito, um 'não-direito' por autoneutralização do direito e um 'não-direito' por resistência do fato ao direito⁹⁹.

Na perspectiva de Wolkmer a contribuição de Carbonnier reside no alerta que o pensador francês efetua sobre a autenticidade do pluralismo jurídico decorrer, não de uma situação de oposição ou concorrência de normas entre si, mas sim nas diferentes modalidades de se aplicar uma mesma regra¹⁰⁰.

Segundo Cárcova,¹⁰¹ seria significativo também, no corpo teórico do autor francês, as considerações sobre fenômenos de aculturação, ocasião em que uma cultura externa se impõe em relação a originalmente situada em determinado contexto. Exemplos desse processo de aculturação seriam os sofridos por regiões colonizadas, como a Ásia, África e na América Latina. Em suma, Cárcova observa que dois "axiomas" fecham a análise de Carbonnier: a) o direito é maior que a norma de direito, com o que volta à idéia do direito vivo de Ehrlich, e b) o direito é menor que o conjunto de relações entre os homens, com o que suscita uma justificada prevenção a respeito de toda e qualquer tentação panjuridicista."

Para os fins da argumentação da presente pesquisa, é especialmente interessante a posição de Boaventura de Souza Santos. O sociólogo do direito sustenta existir diversas modalidades de produção jurídica na sociedade capitalista, relacionadas entre si, mas com estrutura de funcionamento, racionalidade e espaço de atuação diferenciados. Essa produção ocorreria no espaço doméstico, na empresa, no território nacional, como sinônimo do direito do Estado, e no espaço mundial. Apesar do papel relevante do Estado e sua estrutura, voltada para a criação e aplicação do direito nesse complexo de espaços, o pluralismo jurídico se imporia¹⁰².

⁹⁹ CARBONNIER, Jean. op. cit. p. 39.

¹⁰⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. p.228.

¹⁰¹ CARCOVA, Carlos Maria. op. cit. 70.

¹⁰² "Na realidade, o Estado nunca deteve o monopólio do direito. Por um lado, os mecanismos do sistema mundial, atuando num plano supra-estatal, desenvolveram as suas próprias leis sistêmicas, que se sobrepuseram às leis nacionais dos Estados particulares do sistema mundial. Por outro lado, paralelamente a este direito supra-estatal subsistiram ou surgiram diferentes formas de direito infra-estatal: ordens jurídicas locais, com ou sem base territorial, regendo determinadas categorias de relações sociais e interagindo, de múltiplas formas com o direito estatal. A existência destas ordens jurídicas infra-estatais e a sua articulação com o direito estatal foram quase sempre recusadas por este último, apesar de vigentes no plano sociológico. A constelação jurídica das sociedades modernas foi, assim, desde o início constituída por dois elementos. O primeiro elemento é a coexistência de várias ordens jurídicas (estatal, supra-estatal, infra-estatal) em circulação na sociedade; o direito estatal, por muito importante e central, foi sempre apenas uma entre as várias ordens jurídicas integrantes da constelação jurídica da

Igualmente relevante na produção teórica do português é o trabalho clássico sobre o pluralismo jurídico realizado na favela da Rocinha no Rio de Janeiro. Na ocasião o autor, com base em uma pesquisa empírica, buscou evidenciar uma situação concreta de pluralismo jurídico, com o intuito de elaborar uma teoria que abrangesse as relações entre o direito e o Estado nas sociedades capitalistas. Boaventura se concentrou na análise de uma ordem jurídica interna em Pasárgada, paralela ao direito vigente no Brasil, que garantia a resolução e prevenção de conflitos na comunidade em questão, principalmente em questões envolvendo a posse e a propriedade¹⁰³. Esse estudo se configura em um referencial significativo na discussão do pluralismo jurídico.

Para não se deter longamente neste ponto é necessário, destacadas as principais influências de alguns dos autores mais representativos que abordaram e abordam o pluralismo jurídico, deslocar a reflexão para a América Latina e o Brasil.

1.3 O PLURALISMO JURÍDICO NA AMÉRICA LATINA E NO BRASIL

Na América Latina e no Brasil, diversos autores e até mesmo alguns órgãos estão envolvidos tanto com questões teóricas quanto com medidas práticas voltadas para experiências de juridicidade alternativa com referência no pluralismo jurídico¹⁰⁴.

sociedade; embora as diferentes constelações do sistema mundial variassem muito do centro para a periferia, combinaram sempre as ordens jurídicas estatal, supra-estatal e infra-estatal. Por outro lado _ e este é o segundo elemento, igualmente importante, da constelação jurídica moderna _, o Estado nacional, ao conceder a qualidade de direito ao direito estatal, negou-a às demais ordens jurídicas vigentes sociologicamente na sociedade.” SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo, Cortez editora. 2003. p.171.

¹⁰³ “Existe uma situação de pluralismo jurídico sempre que no mesmo espaço geopolítico vigora (oficialmente ou não) mais de um ordem jurídica. Esta pluralidade normativa pode ter uma fundamentação econômica, rática, profissional ou outra; pode corresponder a um período de ruptura social como, por exemplo, um período de transformação revolucionária; ou pode ainda resultar, como no caso de Pasárgada, da conformação específica do conflito de classes numa área determinada da reprodução social, neste caso a habitação.” SANTOS, Boaventura de Souza. “Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada”. In, SOUTO, Cláudio ; FALCÃO, Joaquim. (Orgs.). op. cit. p. 109-120.

¹⁰⁴ Um contraponto às propostas do pluralismo jurídico no âmbito da América latina é efetuado por Marcelo Neves, para quem o pluralismo jurídico representaria um fator de desagregação do sistema jurídico: “Partimos da seguinte hipótese: na realidade dos países ocidentais afluentes, o pluralismo pressupõe a auto-reprodução operacionalmente consistente no Direito positivo estatal. Este construiria sua própria identidade como campo de juridicidade autônomo. Em contraposição a ele, surgiriam

Dada a dificuldade de abarcar esse cenário complexo e múltiplo, esse tópico se concentrará em expor brevemente algumas reflexões e ações nesse sentido.

Jesus Antônio de la Torre Rangel possui um trabalho significativo que articula o pluralismo jurídico, o direito alternativo e a filosofia da libertação¹⁰⁵. Atentando-nos para uma normatividade que se constrói alternativamente pelos pobres e comunidades indígenas, representantes dos novos sujeitos históricos, o autor mexicano evidencia a necessidade desses grupos se organizarem em torno de suas reivindicações legítimas, para que façam prevalecer seus direitos no quadro da pluralidade jurídica¹⁰⁶.

Analisando a crise do Direito estatal no fim do século XX, e sua relação com o processo de neoliberalismo e descentralização administrativa, Germán Palácio advoga que o pluralismo jurídico é o “direito próprio do período de capitalismo de acumulação flexível.”¹⁰⁷ Nesse cenário, haveria duas tendências que não seriam contraditórias: de um lado o fenômeno da globalização, e de outro a descentralização e rearticulação do espaço local¹⁰⁸. Igualmente relevante seria o fato de que, paralelo à essas tendências, os Estados nacionais latino-americanos se debilitariam ou se fragmentariam.

Em síntese, o autor defende que o pluralismo jurídico surge da relação entre o global e o local, à margem do Estado nacional, e que o propulsor dessas transformações no direito seriam consequência de interesses transnacionais, vinculados ao neoliberalismo, de modo que o Estado nacional é obrigado a se descentralizar. Haveria ainda, uma proliferação de micro-direitos por força dessa desregulação intimamente associada à fragmentação social, e o Estado seria

estruturas sociais difusas de congruência tópica de expectativas normativas. Essas ordens plurais construiriam uma identidade própria, que as diferenciaria claramente do “direito oficial”. Embora não sejam negadas interpenetrações e interferências entre a ordem positiva estatal e os direitos construídos difusamente, não se concebe o intrincamento bloqueante e destrutivo entre tais campos de juridicidade. É exatamente esse problema do intrincamento bloqueante e destrutivo entre a juridicidade estatal e os “direitos socialmente difusos” que impede a recepção do modelo pluralista euro-norte-americano à situação jurídica da América Latina. A nível de concreção jurídica, não se delineiam, em nossa realidade de países tipicamente “periféricos”, as fronteiras operacionais do campo do Direito positivo estatal em face de pretensas áreas de juridicidade extra-estatal. As relações reciprocamente destrutivas significam indistinção operacional das diversas esferas de juridicidade. Surge, assim, uma miscelânea de códigos e critérios jurídicos.” NEVES, Marcelo. “Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina.” **Direito em debate**, n. 5, jan/jun. 1995. p.12.

¹⁰⁵ TORRE RANGEL, Jesus A. de la. **Sociologia y uso alternativo del derecho**. Aguascalientes: Instituto Cultural de Aguascalientes, 1997. p. 83.

¹⁰⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. p. 203.

¹⁰⁷ PALACIO, Germán. **Pluralismo jurídico**. Bogotá: Universidade Nacional de Colômbia, 1993. p. 18.

¹⁰⁸ Interessante mencionar que o geógrafo brasileiro Milton Santos também explora esse potencial de reconfiguração do espaço local e fortalecimento das identidades que deve ser empreendido face ao fenômeno da globalização. SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro, Record, 2003.

substituído ou complementado, de acordo com a argumentação do autor, por outras instituições, com maior ou menor grau de formalidade, tais como corporações transnacionais, o mercado internacional, a comunidade ou a família, por exemplo. Dessa maneira, a fragmentação expressaria não uma separação atomizada entre essas esferas, mas um 'porosidade' e inter-relação, o que denotaria como regra de ordenação o princípio de acumulação capitalista, e colocaria o pluralismo jurídico como um direito característico da contemporaneidade por sua flexibilidade¹⁰⁹.

É importante ressaltar que, de acordo com as colocações do autor, o pluralismo jurídico na América Latina assumiria essa ambigüidade, possuindo elementos emancipatórios e de resistência, assim como um terreno para a sobreposição de interesses transnacionais e voltados para o neoliberalismo.

De acordo com Carlos Cárcova, os sistemas sociais da modernidade seriam altamente complexos, fato que teria reflexos no direito, tornado descontínuo e fragmentado. Seria possível, de acordo com o pensador argentino, reconduzir algumas situações definidas como de pluralismo jurídico à uma visão unitária, favorecendo uma evolução democrática do direito, que seria assim mais plural e tolerante. Essa afirmação está consubstanciada em uma visão das manifestações de alternatividade como possibilidade de concretizar os "valores emancipatórios contidos nas promessas não cumpridas da modernidade", razão pela qual o direito teria o signo dúbio de simultaneamente se constituir como opressão e emancipação¹¹⁰.

Na Colômbia, a manifestação do pluralismo jurídico é acentuada nas diversas experiências de justiça comunitária exploradas por alguns pesquisadores. No terceiro capítulo deste trabalho será efetuado um exame mais detalhado de algumas destas experiências. Nesse país, no plano das instituições, é válido mencionar o trabalho do Instituto Latino- Americano de Serviços legais Alternativos (ILSA), como um centro de articulação teórica e prática com referencia no pluralismo jurídico a fim de garantir e reivindicar direitos dos setores socialmente excluídos nos países da América Latina e no Caribe. Atento aos setores populares e suas privações, o ILSA postula a necessidade de um 'outro direito', voltado para grupos indígenas, camponeses, trabalhadores, e demais minorias vítimas de opressão¹¹¹.

¹⁰⁹ PALACIO, Germán. op. cit. p. 56.

¹¹⁰ CÁRCOVA, Carlos. op. cit. 120.

¹¹¹ WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. p. 208.

Feita essa breve exposição de algumas das manifestações do pluralismo jurídico na América Latina, é o momento de analisar as peculiaridades do cenário brasileiro nesse contexto.

Em que pese não ser o propósito desse trabalho analisar a formação da cultura brasileira e sua relação com a lei, é importante a advertência de Sérgio Buarque de Holanda, acerca dessa tendência nacional à produção excessiva de leis, e à minimização do papel da sociedade nesse processo, fato que evidencia, em certa medida a influência do monismo positivista: “Escapa-nos esta verdade de que não são as leis escritas, fabricadas pelos jurisconsultos, as mais legítimas garantias de felicidade para os povos e de estabilidade para as nações¹¹².” Nesse contexto, a lei se consolida como uma manifestação vertical, sempre imposta pelo poder atrelado ao Estado.

Wolkmer aponta a existência de uma tradição comunitária significativa na formação da sociedade brasileira, representada por quilombos de escravos e comunidades missionárias, a título de exemplo¹¹³. Manifestações que teriam sido coibidas ou minimizadas com o advento da centralização estatal de influência republicana e positivista.

Dando seqüência à esse raciocínio, é especialmente interessante a análise de Lilia Moritz Schwarcz sobre a pluralidade de reis e lideranças africanas que coexistiam no Brasil monárquico com a autoridade de Dom Pedro II¹¹⁴. Essas realezas, que caracterizam uma espécie de microcosmos de poder, não tem o poder simbólico de resistência dos quilombos, e inclusive são citados como manifestações que favoreceram a sedimentação de uma mentalidade monárquica no Brasil, no entanto são significativas do ponto de vista histórico e cultural para ilustrar como, subjacente à um poder aparentemente centralizado do imperador, existiria uma pluralidade de estruturas de poder com valores próprios. Uma vez que o reconhecimento da figura real implica uma ampla extensão de poder, cabe a pergunta: teria existido uma manifestação de pluralismo jurídico nesse cenário de supostas estruturas de realeza das elites africanas durante a monarquia brasileira?

¹¹² HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das letras. 2003. p.178.

¹¹³ WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. p. 209.

¹¹⁴ [...] em pleno território brasileiro, reis e nobres africanos, vendidos como escravos por motivos de guerra ou por simples desafetos, desterrados em função do “infame tráfico”, buscaram reconstruir estruturas políticas e religiosas de suas terras distantes. Caso famoso é o de Nan Agotiné, a mãe do rei Guezô, do Danxomé, Dangomé, Daomei ou Daomé, que, vendida por traficantes, teria refeito seus altares e sua corte na Casa das Minas, em São Luiz do Maranhão.” Na síntese da historiadora sobre esse cenário de diversidade: “Imperadores tropicais em palácios, quase europeus, ao lado de reis africanos escravizados mas que reinavam entre os cativos.” SCHWARCZ, Lilia Moritz. **As barbas do imperador**: D. Pedro II, um monarca nos trópicos. São Paulo: Companhia das letras. 2002. p.14.

Concentrando-se nas expressões próximas da contemporaneidade e situando a discussão do pluralismo jurídico na década de 70, importa mencionar o trabalho de Joaquim Falcão, o qual, partindo da sociologia empírica, analisa ocupações urbanas e conflitos envolvendo a propriedade em Recife. Segundo o autor, o pluralismo jurídico foi atestado, nesses casos, em razão da constatação da coexistência, em um mesmo território, de um direito social, desenvolvido paralelamente ao direito estatal estabelecido. Desse modo, se desmistificaria a pretensão de monopólio de juridicidade do direito oficial e permaneceria a questão da natureza e grau de relação entre o direito legal e as ordens sociais com normatividade¹¹⁵.

Nos anos 80, a concepção dialética do direito sustentada por Lira Filho e manifesta nas proposições teóricas da Nova Escola Jurídica Brasileira, parte da premissa de que seria necessário superar as concepções juspositivistas e jusnaturalistas do direito e reconfigurar a relação entre a sociologia do direito e a filosofia do direito. Para tanto, fundamentados teoria jurídica crítica, os autores dessa escola defenderão que o direito existe enquanto produto dos processos históricos e conflituosos no plano social. O ponto de intersecção entre essa concepção dialética e o pluralismo é o fato de que há uma compreensão do Estado como um instrumento das classes dominantes, do que decorre o imperativo de se atentar para a juridicidade oriunda dos movimentos sociais e demais atores plurais que atuam na sociedade¹¹⁶.

Expoente da teoria crítica do direito, Luiz Fernando Coelho também articula os conceitos de pluralismo jurídico e transformação social com os espaços de produção normativa paralela ao direito positivo estatal. Assim, destacará a importância dos movimentos sociais nesse processo¹¹⁷. É perceptível nesse ponto, uma similaridade

¹¹⁵ Conforme destaca Falcão: “A existência destas normas e valores “outros” que tanto podem ser contrários, paralelos ou complementares ao direito estatal, não é explicada pelas hipóteses tradicionais. Não é disfunção ou ineficiência do direito estatal. Não é problema operacional. Se fosse, não explicaria o fato de que muitas vezes a própria prática social do direito estatal, através de seus agentes e instituições, se vale destas manifestações normativas não-estatais para manter sua hegemonia. Nem é pretensão de um grupo ou classe social informalizar o direito. [...] O principal desafio é explicar a natureza das relações entre o direito estatal e as manifestações normativas não-estatais. A explicação tem que ser abrangente. O pluralismo jurídico não se confunde pois com a defesa do direito não-estatal. Seu principal esforço teórico é explicar a convivência contraditória, por vezes consensual e por vezes conflitante, entre os vários direitos observáveis numa mesma sociedade”. FALCÃO, Joaquim Arruda (Org.). **Conflito de Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 79-101.p. 84.

¹¹⁶ Sustentando uma concepção dialética do Direito, Lira Filho, ao se aproximar do pluralismo jurídico indaga: “Afinal de contas, por que se atribui ao Estado o monopólio de produzir Direito, com a legislação? Que razão jurídica legitimaria este privilégio? Nenhum positivista escapa a essa questão: no máximo, ele transfere para outra sede, isto é, procura oferecer à sua ideologia jurídica o aval de sua ideologia política _ o que não deixa de ser em quem se afirma “objetivo”, isento, até “neutro” politicamente.” LYRA FILHO, R. **O que é direito?** São Paulo, Brasiliense, 2002. p.37

¹¹⁷ De acordo com o autor: “[...] não se trata da procura de novos critérios de positividade para estabelecer limites ao direito positivo, e nem da substituição dos fundamentos metafísicos do direito por

com as teses de Lira Filho, dada a defesa da relevância da dialética na construção do direito e a necessidade de superação da dicotomia entre positivismo e jusnaturalismo¹¹⁸.

Outro jurista, atualmente vinculado a Universidade de Brasília e que segue a linha desenvolvida por Roberto Lira Filho é José Geraldo de Souza Junior¹¹⁹. O autor é conhecido pela organização do projeto “O direito achado na rua”. Lançado como um curso a distancia em 1987, o projeto “O direito achado na rua”, foi produzido pelo Núcleo de Estudos para a Paz e Direitos Humanos, vinculado a Universidade de Brasília . Trata-se de uma ação de extensão por parte da universidade dirigida a advogados e advogadas de assessorias jurídicas populares, que defendem os direitos humanos e os movimentos sociais urbanos e rurais. Assim, privilegia os novos sujeitos sociais, tendo as experiências populares como referência¹²⁰. De acordo com Wolkmer a relevância de Souza Junior no cenário jurídico nacional decorre de seu engajamento na implementação de um “projeto empírico de pluralismo jurídico popular”¹²¹.

Pesquisador que possui afinidades teóricas com as proposições de Lira Filho e José Geraldo de Souza Junior e merece destaque é Roberto Aguiar. Prosseguindo na concepção dialética do direito e sua relação com o pluralismo jurídico, o autor salienta a importância dos conflitos sociais e da atuação dos grupos na construção de um poder genuinamente popular. Tal poder seria indissociável da participação democrática e deveria se atentar para as desigualdades econômicas e patrimoniais

fundamentos éticos ou sociológicos. O projeto político de legitimar a produção normativa engendrada a partir dos movimentos sociais é bem mais significativo, pois se trata da conquista dos espaços normativos pela organização dos oprimidos, passo inicial no sentido da libertação”. COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. Curitiba: HDV, 1986.p.289.

¹¹⁸ “Desta maneira, a articulação do pluralismo jurídico com os movimentos de libertação exige a contínua reflexão dos cientistas sociais, levando o jurista que se sente integrado nessa dialética a superar os idealismos teóricos revelados pelos jusnaturalismos e positivismos, por sentirem-se interpelados pelas novas problematizações interdisciplinares”. COELHO, Luiz Fernando. O Estado singular e o direito plural. **Revista da Faculdade de Direito**. Curitiba: UFPR, n° 25, p.139 – 164, 1989. p.160.

¹¹⁹ Fiel ao pressuposto de uma abordagem dialética do direito e com uma idéia de juridicidade comprometida com a transformação social, o autor sustenta que: “Trata-se, assim, de participar do projeto de organização e de expressão das classes populares para a reivindicação e defesa de seus interesses gerais e específicos, os quais, encontram em situações conjunturais objetivas, as vias próprias de manifestação.[...] Há, em última análise, a necessidade, também, de acatar as indicações propostas como tarefas envolvidas na especificação da “teoria dialética do direito”, no sentido de incorporá-las num projeto de poder popular, a nível de duas sugestões de curso imediato: a) o aproveitamento das contradições dos sistemas normativos estabelecidos, para obrigar o reconhecimento, através da sua própria legalidade, de alguns interesses das classes populares; e b) a criação de novos instrumentos jurídicos de intervenção, dentro da pluralidade de ordenamentos.” SOUZA SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Para uma crítica da eficácia do Direito: anomia e outros aspectos fundamentais**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984. p.138.

¹²⁰ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org). **Introdução Crítica ao Direito**. v. I. Brasília, UNB, 1993.

¹²¹ WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. p. 214

no Brasil, bem como não negligenciar a questão da libertação, compreendida como à “superação da exploração de um ser humano por outro”¹²².

Merece destaque também, por esse prisma, a atuação dos profissionais que lidam com o direito, assim, vale destacar a proposta de Campilongo, que postula a edificação de uma assessoria jurídica diferenciada, orientada para a mobilização popular em torno de demandas específicas, e com papel político definido, não se restringindo, portanto a mera assistência jurídica¹²³.

Edmundo Lima Arruda Junior defende a racionalidade do direito moderno como uma racionalidade jurídica processual, com base em Gramsci, limitando-se à filosofia da práxis, no campo da sociologia do conhecimento. Desse modo, postula uma concepção que define como ‘realista e dinâmica’ do direito, que não o identifique como uma racionalidade técnica para a opressão, a fim de intervir em problemas reais imediatos. Nesse contexto, a técnica teria uma dupla face, a possibilidade de alienação e de transformação¹²⁴.

Delimitando a reflexão para o tema que se pretende aqui problematizar, cabe reafirmar a ênfase na normatividade dos grupos sociais, ponto que permeia várias das proposições do pluralismo jurídico que analisamos, e seguindo a polarização já destacada da inter-relação entre uma espécie de direito social e o direito oficial, surge a necessidade de esboçar o potencial que o pluralismo jurídico comunitário-participativo detém como proposta prático-teórica apta a contribuir de maneira

¹²² O autor sintetiza sua concepção de justiça nesse ponto: “A idéia de justiça transformadora só poderá ser fruto de um saber crítico, de um saber que se opõe ao conhecimento instituído, de um saber histórico que expresse as contradições, que é precário e provisório pois fruto da reflexão sobre a experiência obscura vivida, que se torna o alvo de um processo de desvelamento e clarificação. [...] A justiça assim entendida é o saber instituinte de uma nova ordem, é o dever-ser da concretude e, por isso mesmo, profundamente ameaçadora a tudo o que é instalado, para tudo que se pretenda perene, para tudo que seja “neutro e imparcial”. A equidistância das concepções clássicas de justiça é substituída pelo compromisso com o lado oprimido da contradição. Justo será o ato que se comprometa a implantar ou preservar os direitos dos oprimidos, Injusto, aquele ato que favoreça os dominadores em seu processo de dominação. AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é justiça: uma abordagem dialética**. São Paulo, Editora Alfa-Omega, 1999. p 65.

¹²³ Conforme sumariza Campilongo: “Os servidores inovadores substituem a postura paternalista pelo trabalho de conscientização e organização comunitária. A premissa fundamental, nessa linha, é a de que a população pobre e desorganizada não tem condições de competir eficientemente na disputa por direitos, serviços e benefícios públicos, quer no jogo das relações de mercado quer na arena institucional. Dito de outro modo, a falta de consciência a respeito dos próprios direitos e a incapacidade de transformar suas demandas em políticas públicas é combatida com o trabalho de esclarecimento e organização popular para a defesa de seus interesses.” CAMPILONGO, Celso Fernandes, “Acesso à justiça e formas alternativas de resolução de conflitos: serviços legais em São Bernardo do Campo”.In: **Revista Forense**, n.º 315, Ano 87, jul-set,1991. p.5.

¹²⁴ “O emergente é portador de uma racionalidade normativa herdada da modernidade, e com os princípios dela legados, já reconhecidos na racionalidade jurídica positivada em dada formação histórica. Assim podemos afirmar que não há uma racionalidade técnica em termos puros(tipo-ideal). A técnica também pode guardar identidade com a luta por liberdade, situação por nós conceituada como racionalidade técnica para a emancipação.” ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. **Direito moderno e mudança social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p.110.

significativa para a discussão do acesso à justiça. Antes do aprofundamento nessa questão, é preciso expor o marco teórico do qual parte essas reflexões. Trata-se do pluralismo comunitário-participativo, pelo qual temos um conceito¹²⁵:

[...] destinado a se contrapor e a responder às insuficiências do projeto monista legal-individualista, produzido e sustentado pelos órgãos do Estado moderno. Este pluralismo [...] encontra a força de sua legitimidade nas práticas sociais de cidadanias insurgentes e participativas. Tais cidadanias são, por sua vez, fontes autênticas de nova forma da produção dos direitos, direitos relacionados à justa satisfação das necessidades desejadas.

O objetivo é garantir um espaço público descentralizado, permeado por uma pluralidade de interesses e pela efetivação real das necessidades humanas, no qual o direito se identifica com as formas de agir comunitário, por meio de processos sociais de grupos, comunidades locais, e associações profissionais. Assoma-se a isso, o papel especial os movimentos sociais, na composição desses corpos intermediários orientados para consolidar novos direitos¹²⁶.

Ao considerar outras realidades e práticas jurídicas, o pluralismo jurídico descortina novas formas de se relacionar com a justiça, e abre canais para uma maior participação dos cidadãos tanto no direito estatal, quanto fora dele.

Nesse modelo de pluralismo jurídico formulado por Wolkmer, é perceptível a ênfase na dinâmica e nos atores da sociedade como fonte da gênese do direito. Desse modo, o pluralismo de caráter comunitário-participativo é erigido sobre dois alicerces: os "fundamentos de efetividade material" (emergência de novos sujeitos coletivos, satisfação das necessidades humanas fundamentais) e os "fundamentos de efetividade formal" (reordenação do espaço público mediante uma política democrático-comunitária descentralizadora e participativa, desenvolvimento da ética concreta da alteridade, construção de processos para uma racionalidade emancipatória). Assim, há uma preocupação tanto em relação à substância, e aos atores presentes nessa nova modalidade de conceber o direito, quanto no que concerne aos mecanismos para implementá-lo¹²⁷.

¹²⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. op.cit. p. 347.

¹²⁶ "Tais movimentos sociais passam por um processo preliminar de vivência objetiva da negação das necessidades e da insatisfação de carências, acabando, tanto por adquirir consciência de seu estado de marginalidade concreta, quanto por constituir uma identidade autônoma capaz de se autodirigir por uma escolha emancipada que seja efetiva a nível de mobilização, organização e socialização." WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. p.146. Conferir também a obra: SCHERER-WARREN, Ilse. **Redes de movimentos sociais**. São Paulo: Edições Loyla, 2001.

¹²⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. op.cit. p. 231.

Desse modo, o pluralismo jurídico comunitário-participativo preocupa-se não somente com o direito informal, mas também com a interação entre o direito oficial, positivado, e o direito não oficial, ainda disperso na sociedade. Por essa razão uma reflexão sobre o acesso à justiça partindo desse pluralismo jurídico como marco teórico é interessante, haja vista a exploração e estímulo de práticas jurídicas alternativas e populares, protagonizadas pelos movimentos sociais.

A ênfase na participação de novos atores na administração da justiça e o destaque para o papel que a comunidade detém nesse processo garante que mecanismos de democracia participativa sejam utilizados na criação e aplicação do direito, de modo a consolidar um direito mais legítimo e baseado mais no consenso do que na coercibilidade.

Os pressupostos do pluralismo jurídico comunitário-participativo serão retomados no terceiro capítulo desta pesquisa.

Analisadas as principais tendências do pluralismo jurídico e eleita a concepção de pluralismo jurídico comunitário-participativo como marco de reflexão para se repensar o acesso à justiça, importa agora analisar as teorias e iniciativas subjacentes ao conceito de acesso à justiça. Por essa razão, será realizado um exame crítico do acesso à justiça no capítulo subsequente.

CAPÍTULO II

CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA

INTRODUÇÃO

Analizadas as questões mais relevantes do pluralismo jurídico, como sua gênese, suas correntes principais e o conceito operacional eleito, importa, para as finalidades da presente pesquisa, efetuarmos uma abordagem do acesso à justiça, a fim de averiguar as possibilidades de interação teórica entre esse movimento e o pluralismo.

Inicialmente, indispensável examinar as raízes da questão, sobretudo a literatura tradicional pautada pelos trabalhos paradigmáticos efetuados por Cappelletti e Garth. No momento posterior, a questão do acesso à justiça é deslocada para o cenário presente no direito brasileiro, com avaliação das abordagens centradas, mormente, no âmbito das teorias processualistas conexas ao processo civil. Subseqüentemente, o objetivo é realizar uma análise crítica do tema, com alicerce na sociologia jurídica, e referência nas pesquisas empíricas, obras e dissertações de mestrado, desenvolvidas

por pesquisadores nacionais e internacionais que contribuíram para o aprimoramento do conteúdo do debate. Finalmente, o capítulo apresenta experiências que acenam para as propostas do pluralismo participativo comunitário, e constituem iniciativas e atuações plurais na construção do acesso à justiça, oferecendo elementos para uma reflexão pormenorizada da contribuição do pluralismo jurídico na reflexão sobre o acesso à justiça que será realizado no próximo capítulo.

Sendo assim, o capítulo parte da abordagem tradicional do acesso à justiça, e sua apropriação por parte das teorias processualistas. Essa abordagem tradicional contém limitações e está centralizada nos aspectos da estrutura burocrática formal do aparelho judicial instituído. Surge o tema da crise da justiça, e a discussão é feita com base na sociologia jurídica. Parte-se para uma análise das principais propostas de reforma a fim de concretizar o acesso à justiça, e, finalmente, serão consideradas os aspectos de modalidades de acesso pautadas por experiências plurais e descentralizadas, que visam superar as categorias da abordagem processualista.

2.1 A GÊNESE DA DISCUSSÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.

O acesso à justiça se tornou um dos mais importantes temas discutidos no direito nos últimos anos.

A referência elementar que subsidia teoricamente esse tema é a pesquisa empreendida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, denominada *The Florence Access to Justice Project*, na qual contribuíram inúmeros juristas, sociólogos, economistas, antropólogos e psicólogos de aproximadamente trinta países dos cinco continentes. Na ocasião, os pesquisadores buscaram avaliar a aplicação do direito em seus respectivos países, a distância desses sistemas para com a população, e sua efetividade diante da concretização dos direitos. Desse modo, os autores se restringiram a avaliar o grau de facilidade com que as pessoas tinham seus conflitos submetidos e solucionados pelo Poder Judiciário. Portanto, em primeira análise, acesso à justiça significou tornar efetivamente acessível a todos o Poder Judiciário estatal, garantindo direitos dos cidadãos ou resolvendo seus litígios.

Segundo Éric Balate, da Univeridade de Louvain,¹²⁸ existiriam três acepções em torno do conceito de acesso à justiça. A primeira perquire as condições necessárias para a transição do direito no plano positivado, ou seja, formal, para um estado concreto de materialização desse direito. Essa é, em síntese, a acepção majoritária dentro da discussão, a qual sustenta ser a questão do acesso a justiça sanada pela possibilidade de apreciação das causas pelo tribunal.

Já a segunda concepção, tem como referência a teoria crítica, e busca ampliar a primeira acepção. A ênfase reside nas formas alternativas de solução de litígios, não necessariamente vinculadas as cortes e tribunais. Dentro desse contexto, pouco explorado no âmbito da discussão, é que efetuaremos a abordagem relacionada ao pluralismo e aos novos atores e práticas jurídicas.

Finalmente, uma corrente denominada de 'sintética', de natureza jurídica e formal, segundo a qual basta a observância de garantias processuais para que ocorra um efetivo acesso à justiça.

Numa primeira avaliação, não haveria uma acentuada distinção entre a primeira e a terceira acepção. No entanto, é importante salientar que tanto a primeira quanto a segunda corrente admite a existência de uma espécie de deficiência na administração da justiça estatal. Diferem entre si quanto a solução e o objeto de análise, uma vez que a primeira identifica uma abertura maior do poder judiciário como fator apto a garantir o acesso á justiça, ao passo que aquela com fundamento na teoria crítica se debruça sobre realidades e elementos externos aos tribunais.

Sendo assim, podemos afirmar que a primeira compreensão do acesso à justiça está identificada com as pesquisas de Cappelletti e Garth, e analisam os três obstáculos encontrados para o ingresso no judiciário, qual sejam o economico, o cultural e o social, e as três 'ondas' que representam as atitudes tomadas quando da constatação desses obstáculos.

Na segunda visão do acesso à justiça, os fundamentos estão mais próximas e em sintonia com a sociologia jurídica, pois centra análise em outras associações que detem poder para resolver conflitos, como a escola, a igreja, a associações profissionais, enfim, algo muito próximo das premissas metodológicas propostas por Ehrlich e a modalidade de pluralismo jurídico participativo comunitário vislumbrado por Wolkmer. O mais relevante aqui é o fato de que esse interesse pelo outro hemisfério do direito se debruça principalmente nas forças centrífugas que afastam os interessados dos tribunais. Essa perspectiva analisa a organização de instituições que venham a

¹²⁸BALATE, Éric. "acesso à justiça". In, ARNAUD, André-Jean. op. cit. p. 443.

canalizar essas forças e tendam a regulamentar os conflitos sem que disponham da coerção estatal.¹²⁹

Poderíamos sugerir dentro dessa acepção o conceito de ‘coercibilidade positiva’, que seria essa fluidez espontânea de determinados comportamentos jurídicos verificados na sociedade, em oposição ao conceito de coercibilidade ‘negativo’, sustentado por Kelsen, segundo o qual a essência do cumprimento das condutas e obrigações seria o temor da sanção estatal. Ainda que a construção teórica kelseniana seja sólida do ponto de vista formal, uma análise pautada pela sociologia jurídica é justificada principalmente nesse deslocamento de objeto que direciona o foco para o que é observado espontaneamente, e não condicionado ao receio de se sofrer o uso da força por parte do Estado. A crítica dispensada a essa visão é a pretensão estatal de monopolizar a administração da justiça, assim como acreditar que a força é o elemento essencial condicionador das relações sociais que ele define formalmente como jurídico.

A terceira interpretação mencionada pelo autor parte de um viés técnico, derivada de uma acepção estrita da primeira compreensão, portanto, a mera disponibilidade e o estrito respeito das garantias processuais dos jurisdicionados é suficiente para caracterizar o acesso à justiça. Em outras palavras, princípios como o do juiz natural membro de um tribunal independente, aliado ao do contraditório, a possibilidade de interpor recursos às decisões, seriam fundamentos que, uma vez observados, concretizariam o acesso à justiça.

Podemos definir essa interpretação como fortemente ultrapassada, até mesmo por processualistas formais, pois trata-se de uma visão anterior às pesquisas realizadas pelo projeto Florença.

Examinadas essas vertentes, é importante nos debruçarmos sobre o trabalho paradigmático de Cappelletti e Garth.

O esforço teórico inicial dos autores foi a organização e realização do Projeto Florença. Tal projeto consistiu em um estudo interdisciplinar¹³⁰ de vários sistemas

¹²⁹ BALATE, Eric, In ARNAUD, André Jean, op. cit. p. 449.

¹³⁰ A interdisciplinaridade é um dos temas mais discutidos atualmente no âmbito do conhecimento. Trata-se de uma prática em curso, e que não possui um conceito homogêneo. Em suma, a interdisciplinaridade almeja romper com o caráter estanque e autoreferencial que os diversos campos do saber adquiriram. Numa aproximação inicial esse conceito pode ser definido como o ponto de cruzamentos entre atividades (disciplinares e interdisciplinares) com lógicas diferentes. Ela tem a ver com a procura de um equilíbrio entre a análise fragmentada e a síntese simplificadora. Desse modo, tal ação consiste numa reação à “departamentalização” nas universidades, a qual sedimenta verdadeiros feudos incommunicáveis, cuja consequência prática essencial é o abandono da vocação da universidade “para os novos desafios no campo do ensino e da pesquisa, conduzindo-a, sobretudo, para a reprodução do conhecimento voltado para o mercado de trabalho (ou mercado das profissões).” LEIS, Héctor Ricardo. Sobre o conceito de interdisciplinaridade. In, **Cadernos de pesquisa interdisciplinar em ciências sociais**. Florianópolis, N° 73, Agosto, 2005. As ações interdisciplinares possuem majoritariamente um caráter experimental, não preexistindo um corpo teórico determinante. Uma coisa é certa, a interdisciplinaridade traz inúmeras

judiciais do mundo, e teve o intuito de constatar alguns obstáculos ao acesso das pessoas ao poder judiciário e também propor algumas soluções práticas para a superação desses óbices.

Em termos objetivos, o Projeto detectou como obstáculos: as custas judiciais, a questão das “possibilidades das partes”, que significa averiguar em que medida há de fato a igualdade entre os litigantes para sustentar um processo, os problemas especiais dos interesses difusos e direitos tidos como novos, ainda não incorporados pelo direito positivo de então e, finalmente, uma conclusão preliminar e um fator complicador em relação às barreiras ao acesso à justiça.

No que se refere às custas judiciais, a conclusão foi de que os gastos para se litigar, na maioria das sociedades modernas, são exorbitantes. As despesas mais significativas são os honorários advocatícios e algumas custas judiciais, as quais constituem uma barreira e adquirem um caráter extremamente oneroso, sobretudo, nos países que impõem ao vencido o ônus da sucumbência, uma vez que nesse caso os custos da demanda praticamente dobram¹³¹.

Nesse sentido, o Projeto de Florença averiguou que as pequenas causas eram as mais prejudicadas pelos altos custos do litígio, sendo que os custos judiciais aumentam na medida em que se diminui o valor da causa. E, por último, buscou-se também avaliar de que maneira o tempo das demandas influencia no problema das custas. Trabalhando com uma média de três anos, como tempo de duração de um processo dentre os países avaliados, ou mais, os autores realçam os malefícios causados pelo tempo de litígio nos países que sofrem com altas taxas de inflação¹³². Nesses casos a demora processual “aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito”¹³³.

contribuições para a pesquisa acadêmica atual, por seu caráter de ruptura com uma visão aut centrada que as diversas disciplinas conservam hodiernamente. Para um debate mais aprofundado acerca da interdisciplinaridade consultar a obra: JANTSCH, Ari Paulo. e BIANCHETTI, Lucidio. (Orgs.). **Interdisciplinaridade: para além da filosofia do sujeito**. Petrópolis: Vozes, 1995.

¹³¹ Esse é um dos motivos que levou Ada Grinover a afirmar que: “Ao lado da duração do processo (que compromete tanto o penal como o civil ou trabalhista), o seu custo constitui outro óbice à plenitude do cumprimento da função pacificadora através dele. O processo civil tem-se mostrado um instrumento caro, seja pela necessidade de antecipar custas ao Estado (os preparos), seja pelos honorários advocatícios, seja pelo custo às vezes bastante elevado das perícias. Tudo isso, como é perceptível à primeira vista, concorre para estreitar o canal de acesso à justiça através do processo”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo ; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.18.

¹³² Sobre a questão do tempo das demandas como obstáculo ao acesso à justiça conferir: ANNONI, Danielle. **O Direito Humano de Acesso à Justiça em um Prazo Razoável**. Florianópolis: UFSC, Dissertação de mestrado, CPGD-UFSC, 2006.

¹³³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. Cit. p. 8.

Em relação às possibilidades das partes é feita uma desmistificação do modelo teórico do sistema, no qual as partes litigam em igualdade de condições perante a corte. Aqui temos, em essência, a mesma diferenciação estabelecida entre o princípio da igualdade formal e o da igualdade material, pois não é a mera “igualdade de armas”, estabelecida pelo sistema, a garantia de que as partes litigarão em “condições idênticas”. Por intermédio das pesquisas, averiguou-se que as pessoas ou as organizações com maiores poderes econômicos, além de poderem pagar para litigar, podem suportar mais comodamente o prolongamento do litígio.

Ainda no tópico da possibilidade das partes, é abordada a aptidão para reconhecer um Direito e propor uma ação ou sua defesa. Constatou-se que poder econômico, educação, meio e *status* social têm uma estreita relação com o acesso à justiça. As pessoas em geral, e principalmente as mais pobres, enfrentam algumas barreiras difíceis de transpor no âmbito do acesso à justiça. Primeiramente, não reconhecem facilmente a existência de um direito lesado. Acresce a isso os limitados conhecimentos a respeito da maneira de se ajuizar uma demanda e uma espécie de indisposição psicológica das pessoas para recorrer os processos judiciais.

Muitas pessoas apresentam resistência em relação a advogados, as formalidades, os tribunais, enfim, ao ambiente jurídico, que se distancia do cidadão comum.

O estudo ainda avalia como algumas pessoas, empresas e organizações, denominadas litigantes habituais, pela natureza de sua atitude, por seu reiterado ingresso em juízo, dispõe de uma capacidade estratégica maior ao enfrentar um processo.

No exame dos interesses difusos, trabalhando aqui com idéias de interesses fragmentados ou coletivos, como é exemplo o meio ambiente, o maior óbice estava na delimitação dos legitimados ativos para litigarem.

O Projeto Florença, abordando naquela ocasião os obstáculos ao acesso à justiça, finalmente concluiu que as barreiras atingem com maior intensidade os pequenos casos e os autores individuais, sobretudo os pobres. E aqueles que despenderem esforços para combater esses obstáculos devem considerar que eles se inter-relacionam, sendo estéreis as tentativas de eliminá-los individualmente.

Evidenciados os problemas, o Projeto Florença analisou algumas iniciativas voltadas para a concretização do acesso à justiça, as quais foram divididas em três fases surgidas em 1965.

A ‘primeira onda’ centralizou suas ações na assistência judiciária, tentando auxiliar a população economicamente carente e ingressar em juízo; na ‘segunda onda’, tem-se as reformas almejando a consolidação de tutela dos interesses difusos, notadamente os relativos aos consumidores e ao meio ambiente; e a ‘terceira onda’ consistiu em diversas ações articuladas, tendentes a simplificar e baratear os procedimentos, explorar formas alternativas de jurisdição e combater a burocracia no processo.

O grande mérito do Projeto Florença foi atentar diversos países para a problemática do ingresso ao juízo, demonstrando a ineficiência do sistema jurídico em atender os anseios da população por não concretizar sua finalidade declarada e que a legítima de ser responsável pela entrega da tutela jurisdicional e da pacificação social por seu intermédio.

Cientes da dificuldade de se conceituar o termo, os autores partiram de uma idéia essencial do que significaria o acesso à justiça, o qual serviria “para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”¹³⁴.

Partindo dessa preocupação, e tendo essa definição por premissa, a questão do acesso à justiça vem estimulando reflexões sobre mecanismos e alternativas pelos quais se concretizaria a universalização da tutela jurisdicional, além das reformas, iniciativas e rupturas por meio das quais se reduziria a distância que o direito e suas instituições guardam da maioria da população. Caberia ainda o questionamento sobre em que medida haveria a necessidade dessa intermediação do Estado na aplicação e desenvolvimento do direito.

O sociólogo português Boaventura de Sousa Santos afirma que o “tema do acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-econômica”¹³⁵.

¹³⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 20.

¹³⁵ O autor enumera três qualidades de fatores como obstáculos ao acesso à justiça, os de ordem econômica, os de ordem social, e os culturais: “Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estado social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas. Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo problema jurídico. Podem ignorar os direitos em jogo ou ignorar as possibilidades de reparação jurídica. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à Sociologia da Administração da Justiça*. In FÁRIA, José Eduardo. Direito e justiça. **A função social do judiciário**. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 74. O autor desenvolve essa idéia também na obra: SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1999, p. 167.

Desse modo, a possibilidade de ingressar em juízo atinge tão somente os obstáculos de ordem econômica, como o alto custo da litigação, por exemplo, não atingindo os de ordem social e cultural, que envolve tanto a capacidade de reconhecer uma lesão a um direito, como a de admitir a legitimidade do sistema jurídico para garantir seus interesses.

De acordo com Botelho Junqueira, o tema do acesso à justiça surge no Brasil na década de 80, e possui um enfoque de justiça como sinônimo das instancias formais e alternativas de resolução de conflitos, e não à justiça como um valor. É importante mencionar que o Brasil não participou do Projeto Florença. Países como Chile, Colômbia, México e Uruguai, a título de exemplo, participaram. A discussão somente é introduzida no cenário acadêmico nacional após a publicação da edição resumida do texto de Cappelletti e Garth, em 1988, a despeito de existirem várias discussões similares¹³⁶.

Apesar dessas constatações, a discussão do acesso à justiça está, principalmente no Brasil, muito mais situada no âmbito do processo civil do que no da sociologia jurídica. Por esse motivo, merece atenção, para os objetivos dessa pesquisa, as reflexões tradicionalmente efetuadas sobre a questão do acesso à justiça dentro das categorias processualistas.

2.1.2 SÍNTESE DA ABORDAGEM PROCESSUALISTA DO ACESSO À JUSTIÇA.

É interessante examinarmos os fundamentos dessa visão processualista no trato do acesso à justiça.

A teoria tradicional do processo parte da premissa que o ordenamento jurídico tem a finalidade de pacificação social com base na justiça e na equidade, constituindo-se assim, de acordo com um dos manuais de teoria geral do processo mais influentes nos cursos de graduação em direito no Brasil, num instrumento de controle social para efetuar “à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que

¹³⁶ JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Acesso à justiça: um olhar retrospectivo**. Estudos Históricos, Rio de Janeiro, 1997. p. 2.

persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios.”¹³⁷

Inicialmente, é preciso questionar se a afirmação do direito com instrumento de controle social com a função de unificar e impor modelos culturais é compreendido como algo positivo ou negativo pela autora. A inclinação é acreditar que tal imposição é vista como salutar para os que sustentam o monismo estatal de produção de juridicidade. Fariñas Dulce, em contraponto substancial a essa visão, já alertava para as conseqüências dessa interpretação do direito atrelada a um liberalismo homogeneizante, por meio da qual as diferenças são vistas como algo negativo¹³⁸.

Assim, o universalismo jurídico e sua pretensão de se sobrepor à toda diversidade é o alicerce sobre o qual está erigido a compreensão do direito utilizado pelas vertentes processualistas que trabalham o acesso à justiça. A juridicidade sustentada nesse contexto tem um caráter regulador, pois apta a intervir em conflitos, seja de interesses, de bens, ou de valores culturais, para dirimi-los e os homogeneizar.

Decorre desse raciocínio que o conflito é visto como uma insatisfação de pessoas ou grupos e algo natural na vida social. Sendo assim a sociedade deve criar meios para solucionar essas divergências entre as pessoas.

A análise dos manuais processuais inicia explorando a idéia de autotutela, como sinônimo de vingança privada e uso irracional da força. Por uma espécie de evolução, o conflito deixa de ser sanado por meio dessa modalidade brutal, e o Estado assume essa função, seja para exercer a punição a condutas criminosas, seja para acabar com choque de interesses. Assim, evoluímos da autotutela, um regime respaldado pela força e pelo poder incontido dos particulares, para um modelo jurisdicional, no qual o Estado, também fundamentado na força, no entanto, em caráter público e racional.

É perceptível na análise das teorias processualista essa construção linear pela qual haveria ocorrido uma percepção dos aspectos negativos desses modelos

¹³⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini ; DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p.26.

¹³⁸Na perspicaz análise da pensadora espanhola: “O ideal ilustrado de uma igualação formal de todos os indivíduos ante a lei cumpriu, sem sombra de dúvidas - e segue cumprindo -, uma função muito importante no trânsito à modernidade, assim como na construção dos sistemas jurídicos e políticos modernos. Porém, o universalismo jurídico da igualdade formal teve também seus custos, a saber: construiu uma lógica cada vez mais neutralizadora e mutiladora da pluralidade e da diferença, a qual, valendo-se do pressuposto epistemológico da redução ao uno tem “hipersimplificado” a diversidade, a diferença e a complexidade ontológicas das sociedades e de seus indivíduos; em suma, construiu uma ficção jurídica universal, a qual na prática gerava também exclusão. No entanto, tudo o que foi ficando à margem dessa lógica abstrata e neutralizadora do ideal ilustrado da modernidade, cedo ou tarde tem ressurgido, e o tem feito, precisamente, em forma de problema ou de conflito social, o qual, finalmente, acaba sendo também um conflito normativo e/ou jurídico.” FARIÑAS DULCE, María José. Ciudadania "Universal" Versus Ciudadania "Fragmentada". In, **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**. n.2, 1999. p. 12. Madrid. Disponível em: <<http://www.uv.es/CEFD/2/Farinas.html>>. Acesso em: 14.set. 2006.

rudimentares, sobretudo por serem parciais e imprevisíveis, de modo que os cidadãos começam por reivindicar um terceiro, neutro e imparcial para decidir os eventuais conflitos na sociedade¹³⁹.

Essa é, em síntese, a linha de raciocínio de boa parte dos manuais de teoria geral do processo. É importante refletirmos sobre em que medida essa exposição evolutiva da solução de conflitos não sedimenta a idéia de que o modelo jurisdicional seria o ápice da história constituindo o meio mais elaborado, diante dos demais.

Seguindo essa idéia de evolução linear, com o fortalecimento do Estado, suas decisões se tornam obrigatórias e a autotutela é coibida. Essa é a descrição do processo por meio do qual o Estado adquire o monopólio da administração da justiça, tanto no âmbito da produção normativa, quanto no que se refere à resolução das demandas pelo modelo jurisdicional. Conforme analisado no primeiro capítulo, essa titularidade exclusiva de criação e aplicação do direito tem seu aporte teórico em Kelsen e a teoria pura do direito.

Subjacente a essa iniciativa estatal está, além do paradigma kelseniano, o modelo burocrático idealizado por Weber, no qual o objetivo é a impessoalidade e a edificação de um modelo abstrato em que se tentaria afastar discricionariedades autoritárias e subjetivas.¹⁴⁰

¹³⁹ Essa visão supostamente evolutiva é exposta da seguinte maneira: “Quando, pouco a pouco, os indivíduos foram-se apercebendo dos males desse sistema, eles começaram a preferir, ao invés da solução parcial dos seus conflitos (parcial = por ato das próprias partes), uma solução amigável e imparcial através de árbitros, pessoas de sua confiança mútua em quem as partes se louvam para que resolvam os conflitos. Na autotutela, aquele que impõe ao adversário uma solução não cogita de apresentar ou pedir a declaração de existência ou inexistência do direito; satisfaz-se simplesmente pela força (ou seja, realiza a sua pretensão). A autocomposição e a arbitragem, ao contrário, limitam-se a fixar a existência ou inexistência do direito: o cumprimento da decisão, naqueles tempos iniciais, continuava dependendo da imposição de solução violenta e parcial (autotutela)”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo & GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 34. Interessante contraponto à esse modo de se abordar a historiografia jurídica, e sobretudo a denuncia da função de legitimação de institutos que essa abordagem acarreta é oferecida por Hespanha. Conferir a obra: HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Européia. Síntese de um milênio**. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2005. p. 50.

¹⁴⁰ De acordo com Weber o tipo mais elaborado de dominação legal é aquele que se exerce por meio de um quadro administrativo burocrático, mediante competências previamente definidas. Essas competências são executadas por funcionários individuais, os quais possuem deveres objetivos relativos a seus cargos, estão inseridos em uma hierarquia administrativa rigorosa, possuem uma contratação que privilegie aqueles com melhor qualificação profissional para o cargo, além de um salário fixo, e ter o cargo como única ou principal função. Deve haver também nesse modelo a possibilidade de ascensão na carreira profissional e um controle disciplinar e vigilância administrativa. E sintetiza Weber: “A administração burocrática pura, ou seja, a administração burocrático-monocrática, vinculada ao expediente, é no interior de toda a experiência a forma mais racional de se exercer uma dominação; e o é nos seguintes sentidos: em precisão, continuidade, disciplina, rigor, confiança; calculabilidade, portanto, para o soberano e os interessados; intensidade e extensão no serviço; aplicação formalmente universal a toda sorte de tarefas; e suscetibilidade técnica de perfeição para alcançar a otimização de seus resultados.”(Tradução livre). WEBER, Max. **Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva**. México: Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 78.

Assim, a jurisdição simbolizaria para os processualistas a transição da justiça privada, e os abusos a ela inerentes, para a pública, cuja vantagem imediata seria a razoável previsibilidade das decisões, bem como um modelo objetivo e técnico de solução de litígios.

No mesmo sentido, e vinculado à idéia de jurisdição, o conceito de jurisdicização, o qual denota uma aproximação com a constitucionalização e a burocracia, pela adoção do tribunal como meio prioritário na solução de conflitos e um modelo mais complexo e minucioso de divisão do trabalho racionalizado¹⁴¹.

Essa necessidade de previsibilidade das decisões é um dos elementos essenciais do direito moderno sob a égide do modelo positivista da juridicidade produzida pelo Estado. Desse modo, o direito estaria associado a uma atividade técnica decorrente da produção legislativa. Igualmente relevante nesse modelo é a idéia de universalidade abstrata da qual decorrem as categorias uniformes criadas, cujo maior exemplo é a noção de igualdade perante a lei, de legalidade e o conceito de Estado de Direito. De acordo com Eros Grau, outra característica essencial do direito moderno é o fato de expressar uma modalidade de regulação racional que corresponderia à racionalidade do mercado, dado o dever de dotar o sistema jurídico de previsão e calculabilidade, elementos indispensáveis ao desenvolvimento capitalista. Outro elemento digno de menção, segundo o autor, é a publicidade que o direito deve observar, a fim de garantir a segurança nas transações mercantis e relações jurídicas, a qual tem por conseqüência a ficção que estabelece a impossibilidade de se alegar desconhecimento de lei, lei essa que se consolida como fundamento objetivo do direito moderno.¹⁴²

Institui-se, desse modo, um mecanismo que delega a um terceiro não interessado o poder de mediante provocação de uma das partes, impor uma decisão à determinada controvérsia. Esse poder tem em regra a característica de ser imperativo, de se basear na legislação vigente no Estado, e de significar uma arbitragem obrigatória, aplicada verticalmente às partes submetidas à tutela jurisdicional.

É interessante analisarmos o discurso que relaciona o acesso à justiça as categorias, pautadas pela universalidade abstrata, da dogmática processual¹⁴³.

¹⁴¹ FRIEDMAN, Lawrence M., "Juridicização", In, ARNAUD, André-Jean. op. cit., p. 438.

¹⁴² GRAU, Eros Roberto. Verbete "*Direito*", in: BARRETTO, Vicente de Paulo. Coord. **Dicionário de Filosofia**. Porto Alegre: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 256.

¹⁴³ Rui Portanova, ao analisar e alçar o acesso à justiça como elemento principiológico no sistema jurídico, defende que: [...] "o acesso à justiça é um princípio bem geral, pré-processual e até supraconstitucional que, em última análise, informa todos os outros princípios ligados à ação e defesa. Trata-se de um poder quase absoluto no processo civil, mercê da natureza do direito material a que se visa atuar [...] Trata-se de filosofia libertária, aberta socialmente e realista, que busca, imperativa e ingentemente, métodos idôneos de fazer atuar os direitos sociais e uma justiça mais humana, simples e acessível. Enfim, é um movimento para a efetividade da igualdade material almejada por todos e

Nesses conceitos processualistas, a essência do discurso é a idéia de que o processo civil é o instrumento apto para assegurar os direitos fundamentais do ser humano, os quais devem extravasar a mera dimensão positivada e declaratória e atingir sua efetividade para desembocar na justiça social.

Entusiasmado com o potencial do acesso à justiça para aprimorar o sistema jurídico processual, Paulo de Tarso Ramos Ribeiro, relata que Cappelletti chegou a defender que esse movimento “constitui uma profunda alteração paradigmática na abordagem metodológica do processo, assim encarado não mais como apêndice procedimental do direito substantivo, mas como um instrumento de exercício direto da jurisdição pelo Estado”¹⁴⁴.

Um dos processualistas mais influentes no Brasil, Dinamarco, incorpora a idéia de acesso à justiça como meio para a ampliação da busca pelos canais processuais de solução de litígios, e aposta na estrutura existente como apta a realizar as transformações necessárias ao aprimoramento do sistema¹⁴⁵. A ênfase reside nas reformas que devem ser realizadas para aprimorar o aparelho burocrático oficial.

O autor ainda efetua uma classificação em que compreende o acesso á justiça como sinônimo de uma ‘garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional’. Desse modo vincula a submissão dos conflitos à apreciação judicial a uma espécie de “promessa síntese”. Seguindo esse raciocínio, a efetividade dessa “promessa síntese” depende do auxílio das “promessas complementares”, que nada mais são do que alguns instrumentos disponibilizados pelo Estado para o controle jurisdicional de seus próprios atos, como por exemplo, o mandado de segurança e a ação popular, assim como algumas modalidades de tutela recentemente admitidas pelo sistema, como a ação civil pública e os juizados especiais. As “promessas instrumentais”, compostas pelas garantias do contraditório, da ampla defesa, dentre outros, teriam por sua vez a função de efetivar o cumprimento das “promessas complementares”. Em síntese, o autor acredita que “toda a tutela constitucional do processo converge ao aprimoramento do sistema processual como meio capaz de oferecer decisões justas e efetivas a quem

consagrada pelo Estado Social”. PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 109.

¹⁴⁴ CAPPELLETTI, 1984 *apud* RIBEIRO, Paulo de Tarso. **Direito e Processo: razão burocrática e acesso à justiça**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 99.

¹⁴⁵Esse é o motivo que o leva a defender a idéia de que: “Universalizar a jurisdição é endereçá-la à maior abrangência factível, reduzindo racionalmente os resíduos não-jurisdionalizáveis. Que o universo das situações litigiosas aflitivas dos membros da população possa, na maior medida aconselhada pela visão realista e racional do contexto, ser canalizado ao processo para a efetividade das promessas de tutela jurisdicional solenemente celebradas na Constituição.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v.I. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 113. Conferir também nesse sentido a obra: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

tenha necessidade delas”¹⁴⁶. Temos aqui, um modelo no qual o ideal de jurisdicionado é passivo, e deve esperar por reformas no sistema para que tenha seus direitos concretizados.

Nessa linha de raciocínio, e no âmbito do direito positivo, alguns processualistas brasileiros relacionam o acesso à justiça ao inciso XXXV do art. 5º da CF, denominado “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”, ou simplesmente, “princípio do direito de ação”, no qual lê-se que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça o direito”.

Essa é a visão, por exemplo, de Nery Junior, para quem: “isto quer dizer que todos têm acesso à Justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos”¹⁴⁷. A opinião desse autor deve-se dizer, é limitada e reproduz a compreensão do acesso à justiça como mera possibilidade de ingresso em juízo. Se considerarmos outros fatores, como o custo da litigação, o desconhecimento dos direitos por boa parte da população e algumas reivindicações sociais conflitivas que sequer foram absorvidas pelo direito brasileiro, veremos como a concepção de acesso à justiça é mais ampla que a idéia de acesso ao judiciário, que corresponde a uma idéia formal da questão.

Marinoni, também analisa a proximidade entre o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e o acesso à justiça. O processualista paranaense pensa o acesso à justiça como veículo para a consolidação dos demais direitos, sendo necessário existirem procedimentos pré-ordenados para prestar ao jurisdicionado o direito à tutela adequada, “tempestiva e efetiva”¹⁴⁸.

Quanto aos órgãos judiciais responsáveis pela defesa do acesso à justiça muito destaque é reservado à necessidade de implantação das Defensorias Públicas nos estados brasileiros. Lucca Caovilla, efetua uma distinção entre assistência judiciária e assistência jurídica. A primeira significaria o dever do Estado em garantir o auxílio de

¹⁴⁶ DINAMARCO, Candido Rangel. op. cit., p.109.

¹⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Ed. RT, 1992, p. 86.

¹⁴⁸ Estabelece esse autor uma relação entre efetividade, acesso à justiça e tutela inibitória, a qual seria uma espécie de procedimento preventivo. Assim: “A necessidade de uma adequada tutela preventiva, que é, sem dúvida, a mais importante de todas as tutelas, exige a estruturação de um procedimento de conhecimento autônomo, dotado de tutela antecipatória, e que desemboca em sentença que possa impor um não fazer ou um fazer sob pena de multa. Um procedimento desse tipo, que permite a concessão de tutela inibitória, é absolutamente fundamental em um ordenamento jurídico que se empenha em dar efetividade aos direitos que consagra, especialmente aos direitos não patrimoniais, os quais não podem ser efetivamente tutelados através das sentenças declaratórias, constitutiva e condenatória, ou seja, através das sentenças da classificação trinitária.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. São Paulo: RT, 2004, p. 75.

um advogado à título gratuito para o cidadão que comprovar ser tributário dessa necessidade, ao passo que a assistência jurídica seria mais completa, uma vez que além de gratuita e de acompanhamento processual, asseguraria uma orientação preventiva voltada para a educação e conscientização das pessoas a respeito de seus direitos¹⁴⁹. De acordo com esse raciocínio, o órgão responsável por efetuar essa assistência jurídica gratuita é a Defensoria pública.

Quando ocorreu a promulgação da Constituição Federal de 1988, a figura da Defensoria gerou muito entusiasmo¹⁵⁰. Ocorre que, a despeito da expressa previsão legal para a instituição das Defensorias, alguns estados da federação ainda não a implementaram. É o caso de Santa Catarina. Segundo aponta Lucca Caovilla, pelo fato da Defensoria Pública, considerada pela Constituição Federal como essencial à função jurisdicional do Estado, não existir em Santa Catarina, a população socialmente excluída é atendida por defensores nomeados, através da Ordem dos Advogados do Brasil, que mantém convenio com o Tesouro do Estado para o pagamento das URH's (Unidade Referencial de Honorários) a que tem direito o profissional que se habilitou para atuar em defesa do necessitado¹⁵¹.

Assim, após análise desses autores, é visível o caráter processualista que permeia a questão. Por esse prisma, há uma ênfase nos procedimentos e órgãos do judiciário com responsáveis pelas transformações que garantiriam aos cidadãos uma real aproximação com o direito, em termos de conhecimento e exercício.

Essas são as visões preponderantes nos manuais processualistas no Brasil. Apesar da visão centrada nos procedimentos prevalecer parece claro que até mesmo entre os que sustentam uma postura mais dogmática em relação ao processo não há dúvidas de que o simples ingresso ao poder judiciário seja condição suficiente para o

¹⁴⁹ LUCCA CAOVIALLA, Maria Aparecida. **Acesso à justiça e cidadania**. Chapecó, Argos Editora universitária. Unochapecó. 2003 p. 135.

¹⁵⁰ É o que denota a manifestação de Saule Junior em um evento da época: "A defensoria pública deve prestar serviços de assistência jurídica com o objetivo de conscientizar a população de quais são seus direitos e qual o melhor caminho para conseguir obtê-los. Na defesa dos direitos individuais cumpre esclarecer e orientar qual a melhor forma para desenvolver suas relações jurídicas com outros indivíduos ou pessoas jurídicas de direito privado ou público. Como, por exemplo, a orientação na realização de contratos de trabalho, de prestação de serviços, de locação, compra e venda de imóvel, nas relações jurídicas com órgãos do Estado como contribuintes ou usuários, previdência social, setor fiscal, obras e serviços públicos. A Defensoria Pública terá um papel essencial na defesa dos interesses coletivos e difusos, prestando assessoria à comunidade e suas organizações e entidades." SAULE JUNIOR Nelson. Democracia e poder judiciário. In: XII Conferência Nacional da OAB, 02 a 06/10/88. Painel n. 2 – Tese avulsa – Justiça Urgente. 1988, Porto Alegre. **Anais da Conferência**. Porto Alegre: OAB, 1988, p. 742.

¹⁵¹ LUCCA CAOVIALLA, Maria Aparecida. op.cit. p. 136.

acesso à justiça¹⁵². No entanto é possível afirmar que a limitação às instancias formais ainda persiste.

Feita essa breve revisão do enfoque processualista do acesso à justiça indispensável se faz realizarmos um exame das limitações contidas nessa modalidade de construção teórica formalista, bem como situarmos a discussão dentro das categorias teóricas da sociologia jurídica.

2.1.3 LIMITAÇÕES DA VISÃO TRADICIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

Analisada a questão do acesso á justiça sob o prisma processual, surge a indagação: Poderíamos deslocar essa temática para a sociologia jurídica, e a abordar com base em outros paradigmas? Quais as limitações presentes nesse enfoque processualista dispensado ao acesso à justiça?

Para realizar essa mudança de referencial teórico em relação às análises tradicionais da temática surge a necessidade de superar a visão meramente reformista que a permeia, e analisar os diversos fatores que influenciam nos obstáculos ao acesso. Além disso, o Estado perde o papel de protagonista nesse processo, tendo espaço os atores sociais que atuam em um espaço descentralizado.

As limitações do enfoque processualista residem precisamente na crença de que a simples implementação de mecanismos legais e procedimentais vinculados à justiça estatal pode alterar o quadro de exclusão presente na administração e fruição do direito. De modo geral, constata-se que o paradigma liberal ainda é muito influente, e o acesso á justiça seria compreendido como um apêndice do direito, ou algo relativo à ampliação ou maior eficiência de seu aparato institucional.

¹⁵²Nesse sentido a manifestação de Rodrigues, para quem [...] “o termo acesso á justiça deve ser interpretado em dois sentidos, o primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. Esse último, por ser mais amplo, engloba no seu significado o primeiro. Ambos os conceitos são válidos. [...] No segundo sentido, anteriormente expresso, o acesso á justiça não se esgota no acesso ao Judiciário e nem no próprio universo do direito estatal. É necessário, portanto, ter o cuidado de não reduzi-lo à criação de mecanismos processuais efetivos e seus problemas à solução desses”. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 38.

Interessante, nesse particular, confrontar a questão do acesso à justiça com a teoria de Bobbio a respeito da evolução dos direitos do homem, distribuindo-os em gerações. O pressuposto teórico do filósofo italiano consiste na defesa de que os direitos fundamentais são produtos históricos, ou seja, “nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todas de uma vez e nem de uma vez por todas”¹⁵³.

Nesse sentido, o autor elabora uma classificação na qual os direitos individuais de “primeira geração”_ frutos de um momento histórico em que o indivíduo buscou assegurar limitações frente ao poder do soberano_ correspondem aos direitos de liberdade, o que implica em uma conduta negativa, um não agir do Estado. Os direitos sociais ou de “segunda geração”, visando obter benefícios dos poderes constituídos, exigiram uma atuação positiva do Estado. E, finalmente, de modo sucinto, os direitos de “terceira e quarta gerações”, relacionados, respectivamente, ao direito de viver num ambiente saudável e não poluído e os do campo da bioética, e os demais direitos decorrentes de novas relações, novas tecnologias e demandas sociais¹⁵⁴. Qual seria o contexto ou geração do ‘acesso à justiça’ nesse modelo abstrato criado por Bobbio?

José Murilo de Carvalho associa o conceito de acesso à justiça ao de cidadania. O historiador mineiro entende que a contribuição das pesquisas de Cappelletti e os demais colaboradores do projeto Florença reside no fato de que por esse prisma a garantia dos direitos civis passa a ser obrigação do Estado, pela qual adquire status de um direito social. “O Estado passa a ser responsável pela democratização do acesso à justiça, pela redução da desigualdade real (em oposição à igualdade formal) perante a lei. Com essa inversão abriu-se à expansão da democracia imenso campo até há pouco tempo desprezado. Ao mercado de massa, à participação política da massa, ao estado de bem-estar de massa, acrescenta-se o ideal de uma justiça de massa como coroamento da construção do cidadão moderno”.¹⁵⁵

O fato mais significativo aproveitando os termos dessa classificação é verificarmos como a idéia de acesso à justiça ainda está muito atrelada ao modelo individualista liberal, centrada na figura do Estado. Se retomarmos as proposições processualistas do acesso à justiça, é possível constatar como o paradigma liberal ainda é influente no

¹⁵³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992, p. 5.

¹⁵⁴ BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 6.

¹⁵⁵ CARVALHO, José Murilo. O acesso 'a justiça e a cultura cívica brasileira. In: Associação dos Magistrados Brasileiros. (Org.). **Justiça: promessa e realidade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, p. 289.

trato da questão, notadamente a defesa da idéia de que as reformas formais ou legislativas devem ser o cerne da reflexão.

Inserir a discussão no Brasil e a relacionar ao paradigma liberal dominante implica em admitir a peculiaridade de nosso cenário em virtude das graves distorções estruturais existentes na formação de nossa sociedade¹⁵⁶.

Dentro da perspectiva teórica adotada pela presente pesquisa a idéia de acesso à justiça extravasa a iniciativa estatal. Desse modo, cumpre observar que essa atuação por parte do Estado na construção do acesso à justiça, considerando essas distorções, pode não ser suficiente. Esse é o motivo pelo qual o Estado deve se articular com outras iniciativas e atores, fato que evidencia uma aproximação com algumas propostas do pluralismo jurídico, sobretudo por essa ênfase em ações oriundas da sociedade.

Nos Estados liberais burgueses do séc. XVIII e XIX admitia-se que um indivíduo lesado buscasse proteção judicial, sendo esse um direito formal e facultativo. O Estado tinha somente a função de assegurar que os direitos dos cidadãos não fossem violados, ao passo que era inerte em relação às maneiras pelas quais o litigante garantiria a proteção judicial de seu direito¹⁵⁷.

Indiscutivelmente esse modelo liberal foi responsável pela construção de boa parte dos sistemas processuais contemporâneos, os quais, voltados para conflitos atomizados e individuais, tentam hoje absorver as novas demandas sociais, orientadas por uma lógica diversa, de viés coletivo, por vezes de titularidade difusa, mas que em determinados casos necessita dessa interação com o poder judiciário, ainda que com a finalidade de explicitar as fissuras desse modelo vigente¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Como aponta Paulo de Tarso Ramos Ribeiro: “No caso brasileiro, a experiência histórica e social da administração da justiça dá-se no contexto de uma profunda estratificação social, sedimentado por séculos de escravidão e exclusão de imensos contingentes sociais da participação no uso do gozo dos bens socialmente produzidos. A noção de justiça que assim se consolida, no plano das instituições, vem conspurcada pela tolerância opressiva do sistema social para com a exploração e a injustiça. Nos dias atuais, soma-se ao legado tradicional da injustiça e da impermeabilidade institucional à sua cognição, a hipercomplexidade social contemporânea”. RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. op. cit., p. 19.

¹⁵⁷ “A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit., p. 9.

¹⁵⁸ Essa é a razão pela qual Ribeiro afirma que: “A alteração do perfil dos conflitos no Estado – providência, de um viés individual para um acente coletivo de massificação das demandas sociais, traz para o Judiciário uma situação inusitada e paradoxal: na medida em que a compreensão dos conflitos, sob a égide do direito liberal individualista, conduz a uma reiterada produção de decisões em descompasso com as expectativas sociais coletivas que se formam no processo de aplicação das leis pelo Judiciário – acentuando, gradativamente, a esclerose funcional de suas atividades – a necessidade de legalização dos novos conflitos pelos movimentos sociais, os leva a fazer da instância judicial o interlocutor privilegiado de suas estratégias políticas de reconhecimento institucional de direitos. Fazem do Judiciário, nessa medida, o canal de acesso do sistema jurídico à captação e cognição desses novos conflitos, os quais, a não ser assim, permaneceriam à margem do sistema político-decisório.” RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. op. cit., p. 25.

A visão individualista ainda persiste, assim como a tendência a judicialização e ao modelo beligerante no trato do conflito. Em alguns casos, mesmo a atuação de movimentos sociais não pode prescindir desse referencial, dada a tensão existente entre suas pretensões e o *status quo*. Os exemplos mais evidentes são os movimentos de reivindicação de propriedades urbanas, corporificado pela defesa do direito à moradia, assim como os grupos que atuam na luta por propriedade rural.

No âmbito da América latina, material relevante na discussão do acesso à justiça consiste na obra “Justiça, Promessa e Realidade: o acesso à justiça em países ibero-americanos”, a qual é a síntese do seminário Ibero-americano realizado no Rio de Janeiro em 1995, cuja temática foi “O Magistrado, o Poder judiciário e o Acesso à justiça.”¹⁵⁹

Trabalho plural, com diversos autores, analisa vários sistemas jurídicos da América latina, como o chileno, o mexicano, o argentino, o venezuelano, dentre outros, dando privilégio à posição dos magistrados como agentes das transformações relacionadas ao acesso à justiça.

Nesse contexto, em painel apresentado por Joaquim Falcão, intitulado “Acesso à justiça: Diagnóstico e tratamento”, o autor enumera cinco sintomas principais que representam obstáculos ao acesso, os quais seriam, em termos objetivos¹⁶⁰:

- a) baixa produtividade do poder judiciário na oferta de sentenças;
- b) ineficiência operacional da estrutura judicial;
- c) a deficiência do acesso à justiça atinge as minorias, que paradoxalmente são a maioria da população brasileira;
- d) farto catálogo de soluções técnicas, administrativas e jurídicas disponíveis, os quais não são implementados;
- e) e finalmente, a constatação dessa paralisia diante da necessidade de reformas, por parte de políticos e profissionais, que impede uma concreta democratização do acesso à justiça.

Na abordagem da causa desses sintomas, o autor afirma existir no Brasil um monopólio na prestação jurisdicional, consolidado sobre o poder do juiz de decidir os conflitos, o do advogado de representar os interesses em juízo, e o do Ministério público em atuar na defesa de direitos sociais individuais indisponíveis.

¹⁵⁹ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (Org.). **Justiça: Promessa e Realidade**. O acesso à justiça em países Ibero-americanos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

¹⁶⁰ FALCÃO, Joaquim. In: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (Org.), op. cit. p. 275-276.

A análise de Falcão é de que esse monopólio no interior da justiça é algo nocivo, pois impede avanços e iniciativas criativas. Ele oferece várias evidências do retrocesso representado por esses monopólios, como os juízes que eram refratários à elaboração da lei da arbitragem, ou o estatuto da OAB que pretendia obrigar a presença de advogados nos juizados especiais, fato que contrariava a idéia de justiça informal, barata e próxima do cidadão comum, assim como manobras do Ministério Público que pretendiam também figurar como indispensáveis nos juizados de pequenas causas e deter o monopólio da titularidade para interpor ação civil pública.

São exemplos de lobbys que demonstram a resistência que o poder judiciário tem a mudanças, e a luta corporativa por espaço e poder no âmbito institucional. Nesse cenário surgem medidas que reforçam esses monopólios, inclusive no âmbito do ensino, como é o caso da criação das escolas da magistratura, das escolas do ministério público, e as escolas superiores da advocacia. Sendo assim, ao que parece, as iniciativas visando fortalecer os monopólios são mais utilizadas do que as que contrariem esses poderosos interesses. A consequência prática desse corporativismo dentro do poder judiciário são ações voltadas para interesses de classes burocráticas ou profissionais em detrimento de alterações realmente orientadas para a transposição dos obstáculos definidos como econômicos, culturais e sociais do acesso à justiça. Tal constatação evidencia também a limitação das reformas legislativas, procedimentais e institucionais no âmbito do aparelho burocrático da justiça oficial e nos coloca a necessidade de rupturas, sobretudo com interesses sectaristas dos profissionais do direito.

No que concerne às soluções para esses problemas, Falcão aponta duas iniciativas, que deveriam ser implementadas paralelamente e de modo convergente. A primeira seria uma pressão externa sobre o poder judiciário, e a segunda uma liderança interna. A noção de pressão externa significa a instituição de um órgão de controle do judiciário, o qual já foi implementado, e não excluiria pressões emanadas difusamente, da sociedade, da academia, e da imprensa. Por outro lado, a idéia de liderança interna denota uma postura mais ativa dos membros do judiciário para empreender as reformas e iniciativas indispensáveis a transformação da instituição¹⁶¹.

¹⁶¹ De acordo com Falcão: “Quem não tem acesso à justiça hoje no Brasil não são apenas minorias étnicas, religiosas, ou sexuais, entre outras. Quem não tem acesso é a maioria do povo brasileiro. O Judiciário, por seus custos financeiros, processos jurídico-formais e conformação cultural é privilégio das elites, concedido, comedido, a alguns setores das classes médias urbanas. A maioria da nossa população, as classes populares, quando tem acesso, o tem como vítima ou réu. Não é deles, um ativo. É um passivo. Não é deles um direito, mas um dever”. FALCÃO, Joaquim. In: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (Org.), op. cit. p. 278.

Nesse cenário, devem ser rechaçados os interesses corporativos do próprio poder judiciário quando prejudicarem uma administração democrática da justiça, fato que dificulta sobremaneira as propostas inovadoras com base na promoção do acesso à justiça.

Posteriormente, neste trabalho, ao analisarmos as relações do pluralismo jurídico com o acesso à justiça veremos como é possível avançarmos nessa reflexão e deslocarmos esse papel central do Estado na questão do acesso, para a importância dos corpos intermediários nesse processo.

Admitindo essa transição substancial na forma de compreensão acerca do acesso à justiça, e considerando a limitação do conceito tradicional associado ao tema, surge uma falta de sintonia entre esse dever do Estado em oferecer justiça, com base em seu pretensão monopólio de administração e produção da juridicidade, e a concretização fática desse dever.

2.2 A CRISE DA JUSTIÇA

Primeiramente importa mencionar que a crise da justiça abrange compreensões várias, e pode ser associada a uma idéia de crise da legalidade ou crise do poder judiciário. O fato é que do descompasso existente entre as expectativas sociais em torno do direito e as limitações de sua estrutura burocrática atender essas demandas, assim como as insuficiências do paradigma liberal e legalista absorver a dinamicidade dos novos direitos surge a noção de crise da justiça. Desse modo, em que pese a pretensão estatal de monopólio de produção, aplicação e administração da justiça, temos evidências que denotam a crise desse modelo, cuja premissa fundamental é a constatação da incapacidade dos órgãos jurídicos estatais cumprirem suas promessas de pacificação social¹⁶².

Digno de menção, conforme analisado no primeiro capítulo, a advertência dos pensadores da escola do direito livre, como Ehrlich, por exemplo, do risco desse modelo jurídico artificial e autoreferencial não corresponder às expectativas sociais relativas ao direito.

¹⁶² Wolkmer menciona a noção de crise de legalidade ao afirmar que: “[...] a instância jurisdicional entra em crise quando fica presa às suas antigas e limitadas funções dogmáticas de resolução dos conflitos individuais e patrimoniais.” WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. p. 98.

De acordo com Hespanha, a existência de crise da lei, ou crise da justiça é amplamente difundida e alguns de seus pontos praticamente irrefutáveis. Ainda que alguns de seus partidários busquem um projeto de reforço da ordem e da legalização é importante atentar para as causas dessa crise, as quais segundo o jurista português consistem em três elementos essenciais. Primeiramente a generalizada desobediência da lei por parte dos cidadãos. Em segundo lugar a não aplicação ou aplicação seletiva da lei por parte do Poder Judiciário. E finalmente a ineficiência dos mecanismos de aplicação coercitiva da lei.¹⁶³ Para o autor, esses seriam os sintomas basilares, que poderiam ser relacionados a diversos outros fenômenos tais como a crise de legitimidade do Estado, o caráter hermético do direito, a instrumentalização política do direito, assim como fatores outros como a morosidade e ineficácia da máquina burocrática instituída.

Boaventura de Souza Santos sustenta que a crise da Justiça decorre da incapacidade por parte do Judiciário em cumprir três funções essenciais: a instrumental, a política e a simbólica. A instrumental consiste em ser o Judiciário a principal esfera de resolução dos conflitos. Pela segunda, ele exerce um papel decisivo como mecanismo de controle social, na determinação de direitos e obrigações, e na consolidação de estruturas de poder. Finalmente, a função simbólica traduz o sentido de equidade e justiça na vida social, interpretação a ordem jurídica e reforça padrões de legitimidade na política¹⁶⁴.

Centralizando a análise na crise presente na estrutura do poder judiciário brasileiro e nas limitações do conceito processual de acesso à justiça, é importante a crítica que pode ser realizada com base nas pesquisas efetuadas pelo Instituto de Estudos Econômicos Sociais e Políticos de São Paulo (IDESP).

Atualmente, o debate sobre a administração da justiça no Brasil, se enriquece com as pesquisas efetuadas por esse instituto. Um dos trabalhos demonstra o equívoco de se ater unicamente ao aumento do número de litígios no sistema jurídico e identificá-lo como sinônimo de ampliação do acesso à justiça.

Dentre as várias colaborações do IDESP, destaca-se o trabalho de Maria Tereza Sadek, Fernão Dias de Lima e José Renato de Campos Araújo. Em artigo intitulado o “Judiciário e a prestação de Justiça”¹⁶⁵, os autores avaliaram o Judiciário utilizando

¹⁶³ HESPANHA, Antônio Manuel. **Justiça e litigiosidade: história e perspectiva**. Lisboa, Fundação Calouste Grulbe, 1993. p. 36.

¹⁶⁴ SANTOS, Boaventura et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Porto, Afrontamento, 1996. p.28.

¹⁶⁵ SADEK, Maria Tereza (org.). **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adeneuer, 2001. (Série Pesquisas, 23), p. 13.

dados quantitativos e levantando o número de processos julgados em primeira e segunda instância, nas regiões e estados brasileiros, em relação ao número de habitantes. Utilizaram ainda o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), a fim de averiguar o paralelo entre a qualidade de vida de uma região e o seu grau de litígios, de procura da prestação jurisdicional.

A primeira constatação dos autores foi de que o número de processos entrados e julgados, no período de 1990 a 1998, aumentou extraordinariamente. No entanto, os resultados da pesquisa sugerem que os altos índices de procura do Judiciário estão restritos a uma pequena parcela da população, a que possui maiores condições sócio-econômicas de manipular o sistema jurídico. Tanto que se confirmou a correlação existente entre o grau de IDH e a quantidade de demandas de um Estado ou região. No Sul, Sudeste e Centro Oeste, que apresentam as melhores condições de IDH, a relação entre processos entrados e população é maior. Ao passo que Norte e Nordeste, com indicadores sócio-econômicos mais baixos, possuem relação entre demandas e população inferior.

Observar a ampliação do número de processos e de provocação do judiciário sugere um modelo de justiça democrático, no qual as pessoas realmente se reconhecem e confiam para a solução de seus problemas. No entanto os números sugerem que os autores dessas ações estão concentrados nas classes mais poderosas economicamente em nosso país¹⁶⁶.

Portanto, a pesquisa revela quem se vale do poder judiciário instituído no Brasil contemporâneo. Considerando que esse aparelho estatal está edificado sob um constitucionalismo democrático, percebe-se essa espécie de fissura modelo, pois é importante efetuarmos a ressalva de que, a despeito dos aspectos positivos oferecidos pelo constitucionalismo, sobretudo o caráter declaratório e garantista de direitos, boa parte dos direitos expressos no texto constitucional não superam a dimensão formal.

A questão, inserida na perspectiva do poder judiciário, denota a ausência de setores da população na justiça ordinária, Nalini alerta para o fato de que “vastas

¹⁶⁶ “Assim, o extraordinário aumento do número de processos nas instâncias oficiais pode ser de autoria de uma porção específica da população, a de maior poder econômico que litiga muito, ao passo que a maior parte dos cidadãos desconhece por completo a existência do Judiciário, a não ser quando é compelida a usá-lo, como acontece em questões criminais. Desta forma, a instituição seria muito procurada exatamente por aqueles que sabem tirar vantagem de sua utilização. De acordo com os dados, uma elite minoritária tem se valido do Judiciário em uma quantidade expressiva, propiciando um crescimento significativo no número de processos entrados. Esse número é tão alto que a proporção de processo por habitante chega a ser bastante baixa – uma das menores médias do mundo democrático. Caso ela não resultasse de um viés, estaríamos diante de uma sociedade marcada por uma cidadania ativa e de um Judiciário alçado a um serviço público de primeira necessidade, uma instituição realmente presente no cotidiano de todos os cidadãos.” SADEK, Maria Tereza. op. cit., p. 40.

camadas populacionais vêm sendo singelamente excluídas da justiça convencional. É raro o comparecimento do favelado para pleitos típicos de uma cada vez mais reduzida classe média: são as ações edilícias, as concernentes às relações de família, de responsabilidade civil, dos vínculos de consumo.”¹⁶⁷

Depreende-se dessa manipulação privilegiada do sistema jurídico, um descrédito nas instituições judiciais e um distanciamento das demandas populares. No que concerne à credibilidade diante da opinião pública a crise do poder judiciário brasileiro tem peculiaridades e atinge índices expressivos, seja pela inoperância em relação a situações fáticas da sociedade, seja pelas críticas e rejeição de boa parte da população.¹⁶⁸

No que concerne à discussão do acesso à justiça e também a temática da crise da justiça, explorando a relação entre a democracia, a independência dos juízes e a defesa dos direitos humanos, é interessante como material de análise o documento “Independência dos Juízes no Brasil: aspectos relevantes, casos e recomendações.” Trata-se de um perfil do poder judiciário brasileiro baseado na avaliação, realizada em dezembro de 2003, de um relator especial da ONU. Em outubro de 2004, foram realizadas reuniões com autoridades, organizações e outros setores representativos do sistema judiciário, como: juízes e associações de magistrados, membros do Ministério Público, OAB, Defensoria Pública, autoridades governamentais de nível federal, estadual e municipal, e um grande número de representantes da sociedade civil.

A visita do relator parte da iniciativa do Movimento Nacional de Direitos Humanos e do Gabinete de Assessoria jurídica às Organizações Populares (GAJOP). Essas organizações partem do pressuposto de que a atuação da ONU tem uma dimensão política importante de monitoramento internacional dos direitos humanos no Brasil. As recomendações do relator foram encaminhadas ao governo brasileiro com o intuito de solucionar os problemas encontrados.

¹⁶⁷ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 20.

¹⁶⁸ A peculiaridade dessa relação com a opinião pública decorreria dos seguintes fatos: “A situação brasileira recente difere de todo o período anterior em pelo menos dois aspectos: 1) a justiça transformou-se em questão percebida como problemática por amplos setores da população, da classe política e dos operadores do direito, passando a constar da agenda de reformas; 2) tem diminuído consideravelmente o grau de tolerância com a baixa eficiência do sistema judicial e, simultaneamente, aumentado a corrosão no prestígio do Judiciário. [...] Mesmo os operadores do sistema de justiça, tradicionalmente mais reservados em suas apreciações e vistos como portadores de forte espírito corporativo, tem reconhecido que as condições presentes são desfavoráveis. Magistrados, Promotores e Procuradores da República tem se mostrado sensíveis a existência de uma crise na justiça. Sublinhe-se, inclusive, que os operadores do direito tem se chamados a interferir no debate e suas associações representativas tem tido participação ativa quer propondo mudanças, quer impedindo que certas alterações sejam aprovadas. SADEK, Maria Tereza; Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados USP**, volume 18, número 51, p. 79-102, maio/agosto de 2004. p. 84.

Desse modo, as recomendações possuiriam uma dupla face, por um lado seriam referência para o aprimoramento do judiciário nacional, por outro orientariam as ações da sociedade civil e grupos sociais em torno de problemas específicos e respaldariam a ação de monitoramento e acompanhamento da implementação das soluções para as fragilidades do sistema.

A conclusão do relator especial da Comissão de Direitos Humanos sobre a Independência dos Juízes e Advogados das Nações Unidas, Leandro Despouy foi que no Brasil, com a ressalva das especificidades regionais, grande parte da população brasileira, por razões de ordem econômica e social não tem acesso à justiça. Essa situação é ainda mais grave entre grupos particularmente vulneráveis, como crianças, adolescentes, mulheres, indígenas, homossexuais, transexuais, quilombolas, negros, idosos e membros de movimentos sociais, como os trabalhadores sem terra e os ambientalistas, entre outros. Despouy constatou, além da morosidade do aparato burocrático oficial, a violência que coíbe o trabalho de alguns magistrados, advogados e promotores, relacionados à ameaças, sobretudo para os que atuam em questões agrárias, ambientais e que envolvem o crime organizado.

Há o destaque também para o fato de que, no contexto jurídico brasileiro, o poder público é, por um lado, o maior litigante e o que mais faz uso das possibilidades recursais, e, por outro, o devedor que muitas vezes posterga o cumprimento das decisões judiciais. Outro ponto que deve ser ressaltado é o fato de que em muitas cidades do interior dos Estados, a ligação dos juizes com os setores que detêm o poder político e econômico acaba por afetar a independência do poder judiciário e explica o alto nível de impunidade verificado nessas cidades.

De acordo com a análise, há diversos casos de ameaças e abusos, tais como assassinatos de juízes, assim como situações em que os responsáveis por violações de direitos humanos são os próprios membros do poder judiciário. A título de exemplo, segundo o relatório, 12% dos 430 juízes que atuavam em Pernambuco no ano de 2004 estavam sob investigação criminal.

Dentre as consequências práticas do relatório, há, no campo definido como “Recomendações da sociedade civil organizada para a construção de um Judiciário independente no Brasil¹⁶⁹” sugestões salutares como a extinção da Justiça Militar do Estado brasileiro em todas as suas instâncias e também o amplo combate ao nepotismo.

¹⁶⁹ LIMA JR, Benvenuto Jayme (Org.).Op. cit. p.211.

Naturalmente, as constatações desse relatório provocaram o protesto dos membros do Poder Judiciário, mormente comprometido com a manutenção do status quo e refratário á críticas.

Há a consciência por parte dos atores dessa iniciativa de que não é suficiente pretender “maximizar o papel que o Judiciário tem na resolução de conflitos sociais, mas verifica-se essencial afirmar que ele tem um papel importante a desempenhar”¹⁷⁰.

A estrutura burocrática judicial pode ser concebida como detentora de duas funções essenciais, de um lado na qualidade de poder do Estado ao lado do executivo e do legislativo, por outro enquanto uma instituição prestadora de um serviço público, com a finalidade de arbitrar conflitos mediante a prestação jurisdicional.

Quanto ao poder judiciário instituído, os elementos mais citados como aptos a evidenciar a crise são:

- a existência de uma estrutura formal burocrática morosa e complexa;
- baixo índice de magistrados em relação ao número populacional;
- o modo como se efetua a admissão dos juízes, o qual é realizado pela própria instituição;
- resquício de uma mentalidade elitista, fechada e aristocrática no âmbito do poder judiciário;
- escassez de recursos materiais e/ou deficiências de infra-estrutura, e o
- excesso de ritos procedimentais¹⁷¹.

Pode-se efetuar uma leitura dessa crise por meio de uma divisão entre uma dimensão política na crise do judiciário e uma dimensão não política.

O fator político se manifestaria na possibilidade de uma decisão desse poder ser capaz de obstar iniciativas propostas pelo executivo e pelo legislativo, o que caracterizaria uma situação denominada de ‘judicialização da política’, sobretudo pelo aumento das ações de inconstitucionalidade submetidas à apreciação judicial.¹⁷² Em

¹⁷⁰ LIMA JR, Benvenuto Jayme (Org.).Op. cit. p.16.

¹⁷¹ SADEK, Maria Tereza. Op. cit., p. 88-90.

¹⁷² A discussão em torno do que se convencionou chamar “judicialização da política” requer uma abordagem da acepção clássica da proposta de divisão dos poderes, formulada inicialmente por Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu. Preliminarmente, é importante salientar que Montesquieu ao formular suas idéias políticas tinha por referência a Inglaterra, mais precisamente a Monarquia constitucional desse país. Observa o autor que o poder executivo, então nas mãos do monarca, precisa de rapidez de execução e decisão, sendo, portanto, pertinente que somente uma pessoa o detenha. Em relação ao poder legislativo, o que o pensador francês têm em mente ao formular sua teoria são duas assembléias, a Câmara dos Lordes, representante da nobreza, e a Câmara dos Comuns, representante do povo. O Poder Judiciário por sua vez, não ocupa uma posição de destaque na teoria de Montesquieu, seguramente não possui o papel de protagonista na idéia de divisão de poderes. O poder de julgar deve ficar adstrito à interpretação das leis, trata-se de uma função quase mecânica, na qual podemos vislumbrar a idéia de neutralidade, tão cara ao positivismo. Decorre dessa afirmação, assim, que o mais importante para Montesquieu não é tanto a separação dos poderes no sentido jurídico, mas uma idéia de equilíbrio dos poderes sociais e políticos como condição de liberdade política. Esse equilíbrio de poderes

relação à dimensão não-política da crise do judiciário o fato é decorrente da ineficiência como prestador de serviço público.

No que concerne à dimensão política, o trabalho citado como referência na discussão acerca da idéia de judicialização da política é a obra “The global expansion of judicial power”, elaborada por Tate e Vallinder ¹⁷³. Composta por uma série de estudos de caso, o livro trata da expansão do poder judicial como um fato, associado, sobretudo, à derrocada do comunismo e a prevalência do capitalismo como modelo econômico e suas instituições, baseado principalmente no modelo democrático dos EUA. Teríamos também como consequência desse fato o fortalecimento da revisão judicial e dos mecanismos de controle jurisdicional erigidos sob um forte constitucionalismo.

Nos Estudos empreendidos por Tate e Vallinder, haveria algumas condições, não necessariamente isoladas, e umas com maior poder de influência do que outras, que analisadas poderiam de certa forma auferir, segundo os autores, o grau de judicialização da política em um país. Tais condições seriam, basicamente, a existência da democracia, a presença no sistema jurídico político em questão da separação dos

remete ao “check and balances”, cujo aspecto central, de modo objetivo, é o fato de um poder contrapor outro poder como forma de garantir o consenso social e o equilíbrio necessário nas relações políticas. Relevante mencionar que para o pensador francês a Constituição que detém o modelo de liberdade é a aristocrática. Uma separação dos poderes nos termos jurídicos implica numa detalhada divisão de competências das instituições estatais dentro do regime republicano. É preciso cuidado ao examinarmos a separação de poderes com uma visão estritamente formal e jurídica, no cenário contemporâneo. De acordo com Nicolla Matteucci, “[...] o princípio da separação dos poderes, tão freqüentemente proclamado e exaltado pela ciência jurídica, se não for aprofundado, corre o risco de se tornar um dogma ambíguo e misterioso por duas razões: de um lado, pela diversidade de maneiras como juridicamente se concretizou até hoje a exigência de divisão de poder, e de outro, pela impossibilidade de explicar, de modo suficientemente realista, a dinâmica do poder nos nossos sistemas democráticos-parlamentares, partindo deste dogma, formulado no século XVIII com vistas a regimes monárquicos, quando a aristocracia ainda constituía poder político”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília, Editora da UnB, 1992, p. 1183. Em síntese, o juiz segundo Montesquieu deve ser um rigoroso aplicador das leis, fiel à objetividade, num papel quase mecânico e de coadjuvante na teoria desse pensador. O autor deixa claro no capítulo III do Livro Sexto que em uma república os juizes devem observar literalmente a lei. E é com base nessa idéia que no capítulo VI, Da Constituição da Inglaterra, do Livro Décimo Primeiro, “Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a Constituição”, afirma: “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juizes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. op. cit. p. 784. Essa concepção defendida pelo autor é ilustrativa, pois revela uma noção formal e objetiva de atuação dos operadores jurídicos, sobretudo dos juizes, a qual podemos relacionar ao positivismo concebido por Hans Kelsen.

¹⁷³VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. 1995. **The Global Expansion of Judicial Power**. The Judicialization of Politics: New York: New York University. Para Eduardo Faria: “A “judicialização” da política é um fenômeno complexo e envolve diferentes fatores. Um dos mais conhecidos é a incapacidade do Estado de controlar, disciplinar e regular uma economia complexa e globalizada - com os instrumentos normativos de um ordenamento jurídico resultante de um sistema romano sem maiores vínculos com a realidade contemporânea.” FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999. p.168.

poderes, a garantia de direitos políticos, e a possibilidade de se utilizar os tribunais por parte dos diversos grupos sociais e pela oposição.

É nesse cenário e em meio a essas condições que a judicialização da política se expressaria de dois modos: tanto pela existência do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, quanto pela incorporação gradativa de procedimentos tipicamente judiciais nos demais poderes, como são exemplos as CPI's e procedimentos administrativos.

Um elemento que reforçaria essa relação entre a política e a justiça seria o alto poder de decisão atribuído as instancias superiores do judiciário no modelo instituído, como o caso do Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo, que é responsável pelo controle de constitucionalidade das leis¹⁷⁴.

Assim, os desdobramentos e as modalidades de controle de constitucionalidade seriam os mais relevantes para mesurar a existência da judicialização da política em um sistema jurídico, acima de tudo, se consideramos o modelo brasileiro, o poder conferido às Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade, por sua capacidade de tornar o Tribunal Constitucional apto a anular decisões emanadas de outros poderes representativos.

Dessa forma, nos deparamos com dois modelos de análise da idéia de judicialização da política. O primeiro seria uma modalidade que enfatiza o caráter procedimental da atuação judicial, e o segundo seria uma abordagem que privilegia o conteúdo substancial, o qual implica averiguar em que medida o Poder Judiciário influencia ou altera, de fato, os atos dos demais poderes.

Persistindo nessa idéia de judicialização, alguns autores sustentam que, não só as relações políticas, mas também outras relações sociais estariam submetidas a um excesso de litigiosidade, pelo fato de poderem ser submetidas a juízo. Há uma idéia muito difundida de que estaria ocorrendo um fenômeno de expansão dos mecanismos e procedimentos jurídicos nas diversas relações sociais contemporâneas. Essa inflação legislativa acarreta um aumento da judicialização das relações que, paradoxalmente, é acompanhada pela ineficiência da intervenção do judiciário nesses casos. Desse modo, em que pese a expansão do direito regulando as relações, a crise é traduzida pela paradoxal incapacidade do sistema judicial em dar uma resposta concreta a essas

¹⁷⁴ De acordo com esse enfoque: "Em síntese, o modelo institucional conferiu ao Judiciário um papel político relevante, legitimando a atuação pública da magistratura e transformando a arena judicial em um espaço que abriga e arbitra o confronto entre as forças políticas. A disputa política, em consequência, tem como palco, não apenas o Parlamento ou as relações entre o Congresso e o Executivo, mas também varas e tribunais de justiça". WERNECK VIANNA, Luís. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro, Revan, 1999, p. 82.

demandas. Fato que estaria relacionado a dimensão não-política da crise e caracteriza sua ineficiência como prestador de um serviço público.

Com análise da questão centrada na estrutura burocrática do judiciário, decorre desse excesso de litigiosidade e de ineficiência uma série de conseqüências. Uma delas é o aumento dos gastos com a estrutura burocrática estatal, seja na ampliação dos investimentos financeiros, seja no aumento do número de contratação de profissionais. Esse dispêndio de recursos gera uma demanda pelo aumento da produção dessas instituições. Ou seja, uma pressão por mais eficiência na administração da justiça, a qual por vezes é permeada por aspectos gerenciais e administrativos. Segundo Boaventura de Souza Santos, os tribunais na Europa têm sido qualificados de ineficientes, inacessíveis, morosos, com custo elevado, deficiência de responsabilidade e de transparência, valores corporativistas, com elevado números de presos preventivos, na esfera penal, dentre outras razões¹⁷⁵.

De acordo com Wolkmer, essa ineficiência geraria uma importante conseqüência para a justiça estatal, qual seja o esgotamento de seu modelo¹⁷⁶.

Seguindo a senda de Cappelletti e Garth, e ainda a já mencionada discussão sobre os obstáculos econômicos, sociais e culturais de acesso á justiça, em que medida foram superados esses óbices a uma aproximação dos cidadãos com a justiça, em suas mais variadas facetas?

No que toca a relação entre a cidadania e o conhecimento da sociedade acerca dos mecanismos de exercício de direitos por meio do poder judiciário, estamos inseridos em um modelo altamente excludente, uma vez que, segundo Carvalho, a face do judiciário conhecida por largos extratos de jurisdicionados não é a civil, mas principalmente a criminal¹⁷⁷.

Em relação à demora de julgamento dos processos, vale a menção da advertência de Boaventura de Sousa Santos: “[...] é importante investigar em que medida largos estratos da advocacia organizam e rentabilizam a sua atividade com base na (e não apesar de) demora dos processos”¹⁷⁸. Portanto, é importante questionar quais interesses seriam contrariados em eventuais reformas nesse sentido.

¹⁷⁵ PEDROSO, João. **Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça – uma nova relação entre o judicial e o não judicial**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais. Oficina do CES, n° 171, 2002, p. 12.

¹⁷⁶ Nas palavras do autor: “A crise vivenciada pela Justiça oficial, refletida em sua inoperacionalidade, lentidão, ritualização burocrática, comprometimento com os ‘donos do poder’ e falta de meios materiais e humanos, não deixa de ser sintonia indiscutível de um fenômeno mais abrangente que é a própria falência da ordem jurídica estatal.” WOLKMER, Antonio Carlos. op.cit. p. 89.

¹⁷⁷ CARVALHO, José Murilo. “Cidadania: tipos e percursos”, em **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 18, 1996. p. 84.

¹⁷⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. op. cit., p. 169.

Em suma, a crise do modelo jurídico estatal vigente está consubstanciada tanto no pensamento jurídico crítico e na constatação da crise na legalidade, quanto nas recentes pesquisas sobre o Poder judiciário nacional, as quais evidenciam algumas deficiências e limitações desse modelo, sobretudo a manipulação desse sistema pela parcela minoritária e de maior poder econômico da população brasileira.

Relacionada à problemática do acesso à justiça, a noção generalizada de crise conduz a busca de soluções e reformas destinadas a resolver os problemas constatados. Diversas são as iniciativas sugeridas, sendo certo que há uma diversidade de matizes nessas propostas, uma vez que algumas acenam com reformas tímidas, outras reformas estruturais mais complexas, e outras ainda sustentam rupturas radicais com o modelo instituído.

Essas são as razões pelas quais é preciso analisar com mais vagar as propostas de reforma da justiça.

2.2.1 AS PROPOSTAS DE REFORMA DA JUSTIÇA

Como uma reação a essa referida crise da justiça, tanto os governos têm empreendido diversas reformas com o intuito de aprimorar o judiciário e suas instituições, como também podem ser constatadas inúmeras ações nesse sentido oriundas da sociedade civil. Sendo assim, necessário se faz abordar as principais iniciativas de reformas presentes nesse debate teórico contemporaneamente.

Ao descrever a ‘terceira onda’ de acesso à justiça, Capelletti e Garth sugeriram uma diversidade de meios capazes de contribuir para a concretização do acesso à justiça. Tais meios abrangeriam medidas alternativas, extraprocessuais, que teriam em comum a necessidade de permanente reflexão acerca da questão¹⁷⁹.

Portanto, de acordo com essa abertura e diversidade de possibilidades contidas nessas alternativas é possível auferir que a idéia de acesso à justiça adquire uma

¹⁷⁹Assim, poderiam ser incluídas nessas medidas “alterações nas formas de procedimento, mudanças nas estruturas dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto juízes como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit, p. 71.

dinamicidade ampla, atestada pela multiplicidade de reformas identificadas com esse conceito.

No plano estatal, cientes de que apenas reformas legislativas e institucionais não serão capazes de solucionar os problemas, o Ministério da Justiça nacional resolveu efetuar um mapeamento dos programas públicos e não governamentais sem fins lucrativos que buscam o acesso à justiça por meio dos métodos alternativos de resolução de conflitos.

A justificativa do programa é se adequar à denominada terceira onda do acesso à justiça, pela qual a ênfase nas ações de reforma e ruptura se concentra não somente no poder judiciário, mas também nos diversos atores sociais bem como alternativas aos procedimentos tradicionais, voltados tanto para a resolução quanto a prevenção de conflitos. Para tanto, o atual governo criou uma secretaria responsável pela reforma do judiciário.

O ponto de partida para esse mapeamento de ações alternativas em andamento no Brasil efetuado por esse órgão governamental pode ser verificado nas palavras do à época Secretário de Reforma do Judiciário:

O recente debate sobre a Reforma do Judiciário reforçou a necessidade de reflexão sobre o acesso à justiça no Brasil. O elevado índice de litigância verificado em nosso sistema não traduz, necessariamente, a democratização dos meios e instrumentos de acesso. Ao contrário, os dados disponíveis indicam uso excessivo da máquina judiciária por parte das grandes corporações e pela Administração Pública em todos os seus níveis, ao passo que as demandas da população economicamente necessitada não chegam, por muitas vezes, às instâncias formais da Justiça.¹⁸⁰

Esse diagnóstico expresso pelo secretário fortalece as críticas dispensadas ao sistema de justiça instituído, tanto as constatações que apontam para uma crise na justiça, quanto às pesquisas efetuadas pelo IDESP que apontam uma maior manipulação do poder judiciário por parte das classes de maior poder econômico.

De acordo com esse material, o objetivo do trabalho de mapeamento é detectar as iniciativas a fim de as encaminhar a um grupo técnico para elaboração de políticas públicas nessa área. Realizando a formação de parcerias e oferecendo incentivos à métodos que aprimorem os mecanismos alternativos de resolução e prevenção de controvérsias.

¹⁸⁰SINHORETTO, Jacqueline (Coord.). **Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos**. Brasília: Ministério da Justiça, 2005 (Relatório de Pesquisa). p. IV.

Tem-se uma modalidade de suporte externo corporificado pelas Nações Unidas¹⁸¹. Ainda que essa iniciativa possa conter elementos positivos, é importante inserir o questionamento sobre a pertinência desses programas no contexto latino americano, no sentido de considerar as peculiaridades sócio-culturais dessa região.

Nesse quadro, numa análise das práticas jurídicas alternativas na América Latina, Eliane Botelho Junqueira observa que nos países europeus e nos EUA essas práticas designam uma delegação de responsabilidade cada vez maior para a sociedade civil gerir conflitos, num incentivo à descentralização e à informalidade como forma de reduzir a ação do Estado. Nesses países, a sociedade civil possui maiores condições de assumir essa responsabilidade. Ao passo que nos países da América Latina, em regra, as formas de solução alternativa de conflitos decorrem da exclusão da porção majoritária da população do sistema jurídico institucional estabelecido pelo Estado¹⁸².

Na ação em questão do Ministério da Justiça, há um levantamento dos programas alternativos de administração de conflitos, tanto das organizações sociais quanto dos órgãos públicos, partindo da idéia desses mecanismos como complementares à ação estatal¹⁸³.

¹⁸¹ O projeto contou com apoio das Nações Unidas. O representante do órgão no Brasil, Carlos Lopes, afirmou que: “O desenvolvimento de sistemas alternativos de resolução de conflitos é uma recomendação das Nações Unidas. O Conselho Econômico Social das Nações Unidas (ECOSOC), em sua resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999, recomendou que os Estados considerem, no contexto de seus sistemas de Justiça, o desenvolvimento de procedimentos alternativos ao processo judicial tradicional e a formulação de políticas de mediação e de justiça restaurativa. Essas medidas visam o desenvolvimento de uma cultura favorável a sistemas alternativos de resolução de conflitos nas autoridades judiciais, sociais e outras responsáveis pelo cumprimento da lei e pelo atendimento e promoção dos direitos do cidadão.” SINHORETTO, Jacqueline (Coord.). Op. Cit. p. 6.

¹⁸² Advoga a autora que: “Na América Latina, pelo contrário, as formas alternativas de solução de conflitos aparecem como uma consequência da ausência do Estado ou de sua incapacidade de incorporar as camadas desfavorecidas naquilo que é chamado, ali, de “espaço público”, isto é, o espaço onde são repartidos os bens políticos e sociais. Em consequência, o que chamamos de “alternativo” no continente latino-americano diz respeito, prioritariamente, à valorização da própria sociedade civil em si mesmo e à implantação de um “outro direito” ou de uma “outra justiça” que permitiria entrever um “outro Estado”, mais democrático. Assim, nos países centrais, o “alternativo” é um movimento de caráter “centrífugo” _ ele parte do Estado em direção à sociedade civil _, enquanto na América Latina trata-se de um movimento de caráter “centrípeto” _ da sociedade civil em direção ao Estado_ com o objetivo de propor uma nova ordem jurídica.” JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Verbete “Alternativo”. In, ARNAUD, André-Jean. op. cit. p.21.

¹⁸³ Por administração alternativa de conflitos entendem-se as iniciativas pautadas por um modelo de mediação de conflitos por via negociada, ou restaurativa, ou de compensação; em contraposição aos modelos adjudicatório e retributivo da justiça comum. [...] “O investimento social em sistemas alternativos de gestão de conflito é interessante, não como substituto do direito fundamental de acesso à Justiça pública, mas como mecanismo complementar que pode ajudar a, cada vez mais, produzir espaços em que a gestão social de interesses antagonicos se faça com base no direito, no respeito aos direitos fundamentais, desvalorizando assim as formas violentas e opressivas de resolução de disputas, sempre tão presentes na sociedade brasileira.” SINHORETTO, Jacqueline (Coord.). op. cit. p. 13.

A experiência portuguesa também é muito relevante na discussão sobre a reforma da administração da justiça, dada a existência de uma contribuição muito fecunda do Observatório da Justiça desse país nessa temática.

Em relatório apresentado sobre o acesso à justiça, o Observatório da Justiça portuguesa elabora uma análise das principais tendências da reforma da administração da justiça e da relação entre o judicial e o não judicial, bem como os fenômenos de desjuridificação e de desjudicialização. A finalidade da pesquisa é, ao analisar a crise e as conseqüentes propostas de reforma, estabelecer uma relação entre a justiça oficial e a não oficial, dito em outras palavras, entre a juridicidade formal e a informal.

Na pesquisa sobre as propostas de reforma da administração da justiça, há, de acordo com Pedroso e Dias, investigadores no Centro de Estudos Sociais e Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, quatro tipos de iniciativas mais influentes: inicialmente, uma voltada para a questão orçamentária referente ao aparato judiciário, a segunda com viés mais administrativo e que sustenta uma melhor gestão desses recursos, as que incentivam meios alternativos de resolução de litígios e finalmente uma que advoga a necessidade de investimentos em inovações tecnológicas.

De acordo com esse relatório e a sociologia da administração da justiça, tais propostas representam quatro grandes eixos: o primeiro é defendido, em regra, pelos profissionais e a solução reside no aumento quantitativo dos recursos (“mais tribunais”, “mais juízes”, “mais funcionários”) e tem como obstáculo a incapacidade financeira do Estado para alargar indefinidamente o orçamento da justiça. O segundo é essencialmente defendido pelos cientistas sociais, administradores e políticos, para os quais a solução é uma reforma “tecnocrática e de gestão”, que consiste numa melhor gestão dos recursos, o que envolverá alterações na divisão do trabalho judicial, a delegação do trabalho de rotina e um processo judicial mais expedito. Tais soluções tendem a ser inviabilizadas por magistrados e advogados, mais preocupados com a eventual perda de controle da atividade judicial, e que resistem de forma passiva através das rotinas estabelecidas e dos interesses que elas acabam por criar e reproduzir. O terceiro aposta na reforma da “inovação e tecnologia”, na concepção e gestão do sistema judicial, apetrechando-o com sofisticadas inovações técnicas, que vão do processamento automático dos dados ao uso generalizado da tecnologia do vídeo, das técnicas de planejamento de longo prazo à elaboração de módulos de cadeias de decisão. Estas reformas envolvem a criação de novos perfis profissionais e novas formas processuais pelo que, se aplicadas, produzirão alterações profundas na

organização do trabalho e no atual sistema de autoridade e hierarquia. O quarto tipo de reformas caracteriza-se pela elaboração de “alternativas” ao modelo formal e profissionalizado que tem dominado a administração da justiça. Os novos modelos emergentes tem constituído o movimento ADR (*Alternative Dispute Resolution*, ou mais recentemente, *Amicable Dispute Resolution*), consistindo na criação de processos, instâncias e instituições descentralizadas, informais e desprofissionalizadas, que permitem desviar a procura dos tribunais para outras instâncias públicas ou privadas.¹⁸⁴

A proposta de reforma que requer mais recursos materiais e orçamentários para o judiciário é defendida, majoritariamente, pelos profissionais que compõem o aparelho burocrático estatal. Para eles o aumento quantitativo de verbas, a construção de mais tribunais, a investidura de mais juizes e mais funcionários nos tribunais seria a solução para a ampliação do acesso à justiça e para uma maior eficiência do poder judiciário. O obstáculo aqui é a incapacidade financeira do Estado, sobretudo para aumentar o orçamento de uma justiça já onerosa. No enfrentamento da denominada ‘crise da justiça’ existiriam três variáveis com as quais a administração da justiça deveria trabalhar, as quais seriam: a busca de uma decisão justa, o custo do litígio, e o tempo para sua definição, pois por esse prisma, a qualidade da prestação jurisdicional está condicionada ao recebimento de recursos estatais, dado seu caráter de serviço público.

A segunda proposta, que centraliza sua abordagem no problema da gestão da máquina judiciária é composta fundamentalmente por administradores e políticos, os quais acreditam que um aprimoramento tecnocrático, baseado numa gestão mais rigorosa do orçamento público para este setor, deve ser o foco das ações que visam a reforma da administração da justiça. Naturalmente que setores do poder judiciário são refratários a essas iniciativas, uma vez que impõem uma lógica empresarial ao trabalho do setor público.

Em relação aos partidários de investimentos em inovação e tecnologia é possível constar algumas iniciativas empreendidas já no Brasil, sendo certo que essa vertente no âmbito das reformas possui uma influencia considerável. Suas propostas são várias e abrange desde a criação e difusão do processo eletrônico, a utilização de tecnologias de vídeo, como o depoimento filmado, dentre outras iniciativas. Tais sugestões significam uma alteração visceral na administração da justiça, porém, com uma ampliação do acesso á justiça questionável, dada a distância da parcela majoritária da população dessas tecnologias.¹⁸⁵ Nesse particular, no Brasil é importante mencionar a

¹⁸⁴ PEDROSO, João. op. cit., p.13-14.

¹⁸⁵ Uma notícia sobre Santa Catarina ilustra essa vertente::
“Contagem regressiva

lei 11.419/06 que dispõe sobre o Processo Judicial Eletrônico, o qual é visto por alguns como a solução para diversos problemas do poder judiciário.

E finalmente, temos as soluções que evitam o ingresso nos tribunais, como são exemplos a informalização e a desjudicialização, cujo objetivo é incentivar desde a utilização dos meios alternativos de resolução de litígios até a criação de procedimentos mais simples e a exclusão de determinadas situações da necessidade de apreciação judicial.

A informalização e desjudicialização seriam necessárias e decorrentes do cenário contemporâneo no qual o direito está inserido, de complexidade e transformações.¹⁸⁶

Nesse contexto de expansão de judicialização, a informalização e desjudicialização adquirem um papel significativo. De acordo com as constatações trazidas por Galanter, tem-se a percepção de que as transformações sofridas pelo sistema jurídico não possuem um caráter homogêneo, mas, ao contrário, alterna elementos de expansão da juridicidade, e de judicialização das relações sociais, assim como possui elementos que conduzem a desjuridificação.

JEFs em SC não receberão mais ações em papel

A partir de 31 de março deste ano, os juizados especiais federais em Santa Catarina não receberão mais processos em papel. Já começou a última fase de instalação nas subseções da Justiça Federal no interior catarinense. [...] O processo eletrônico é usado, principalmente, em ações contra o Instituto Nacional do Seguro Social, para discussão de benefícios como aposentadorias e pensões. Com a ferramenta, os processos tornam-se mais rápidos. Outro benefício é a possibilidade de os advogados e partes acompanharem a ação sem necessidade de comparecer à Justiça Federal. O sistema começou a ser usado em Santa Catarina em 2003.”

Revista **Consultor Jurídico**, Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/>. Acesso em 12. fev. 2007.

¹⁸⁶ De acordo com Galanter, em análise que, a despeito de ter sido efetuada com referencia na realidade de países desenvolvidos como EUA, Canadá e Reino Unido, dada a relevância, pode ser apropriada na abordagem do acesso à justiça nos países periféricos como os da América latina:

- “ - há mais leis, mais advogados, mais processos, mais intervenientes estratégicos no jogo do direito; as sociedades gastam mais com o direito, tanto em termos absolutos como em termos relativos;
- as instituições jurídicas (incluindo os tribunais e as sociedades de advogados) funcionam cada vez mais de uma forma racionalizada, à maneira do mundo dos negócios, e com atenção à relação custo-eficácia;
- os advogados, administradores e juízes revelam mais iniciativa e sentido de inovação no modo como concebem e reformulam as instituições e os procedimentos;
- o direito é plural e descentralizado, emanado de uma multiplicidade de fontes;
- o fato de haver mais atores a aplicar mais normas e mais padrões a um conjunto mais variado de situações significa que do ponto de vista jurídico os resultados são contingentes e variáveis: é cada vez mais freqüente ver normas fixas serem acompanhadas por padrões dialógicos igualmente variáveis;
- é cada vez mais freqüente os resultados serem decididos pela via da negociação e não através de sentença;
- o direito é menos autônomo, menos estanque, mais absorvente, e mais aberto a métodos e a dados provenientes de outras disciplinas;
- uma vez que o direito é contingente, flexível e tecnicamente sofisticado, o trabalho jurídico tende a ficar cada vez mais caro. Por falta de posses, a maioria das pessoas acaba por ser empurrada para fora do mercado, deixando, na maior parte dos casos, de ter acesso direto ao direito;
- o direito funciona, cada vez mais, através de controles simbólicos indiretos – quer dizer pela irradiação de mensagens e não tanto através da coação física. A participação indireta, feita através de grupos e meios de comunicação, aumenta a um ritmo mais rápido do que a participação direta.” Galanter, Marc. Apud. PEDROSO, João. op. cit., p.3-4.

Dois pontos merecem destaque nesse quadro, a exclusão de boa parte das pessoas do sistema instituído de justiça, e o enunciado da pluralidade de fontes da qual emana o direito. Como reação a essa exclusão, a informalização teria o benefício de aproximar o direito dessas pessoas, por propiciar um papel mais ativo ao cidadão na administração da justiça. E a pluralidade de fontes igualmente amplia os canais de juridicidade e de participação no processo decisório.

No âmbito da discussão e propostas de reformas temos de questionar, superando uma visão ingênua, qual seriam os interesses que movem e propugnam as alterações? Obedecem a que finalidades os projetos de leis, de reformas administrativas, de criação de juizados mais simples ou novos mecanismos de resolução de conflitos? Essas reflexões críticas devem ser permanentes. Se o modelo capitalista nos impõe uma lógica elementar, a da relação entre o custo e o benefício de criação ou manutenção de determinada operação, cabe a nós, aproveitando os termos, aplicar essa lógica ao sistema de justiça, o qual evidencia um alto custo financeiro em sua manutenção, porém, ao que tudo indica, com benefícios reduzidos, e dirigidos à determinadas classes.

Analisando as reformas instituídas no âmbito do judiciário nacional, uma chamou a atenção, pela rapidez com que foi efetuada e a discrepância com as expectativas sociais populares. Trata-se da criação dos juizados especiais nos aeroportos.¹⁸⁷

¹⁸⁷ **Justiça aérea**

Aeroportos do Rio de Janeiro ganham Juizados Especiais

Os aeroportos Tom Jobim e Santos Dumont, no Rio de Janeiro, ganharão dois Juizados Especiais Cíveis. Os novos postos de atendimento, um em cada aeroporto, serão inaugurados no próximo dia 8 de outubro e atenderão as causas de: overbooking, atrasos e cancelamentos de vôos; extravio, violação e furto de bagagens; dever de informação; alimentação; hospedagem e defeito do serviço, entre outras. O atendimento será gratuito e o passageiro não precisará ter um advogado.

“Os Juizados representam uma nova Justiça, que vem a tempo, na hora. Isto vai permitir que os passageiros tenham onde se queixar. Eles não podem ficar sem informações”, afirmou o presidente do Tribunal de Justiça do Rio, desembargador José Carlos Schmidt Murta Ribeiro. A iniciativa atende a determinação do Conselho Nacional de Justiça.

Os Juizados, que funcionarão de segunda a sexta-feira, das 9h às 21h, e aos sábados, domingos e feriados, das 14h às 20h, terão competência exclusiva para conciliação e transação entre passageiros e companhias aéreas visando a solução de conflitos de interesse em casos de pequena complexidade. Os postos implantados nos aeroportos permitirão a conciliação entre consumidores e as empresas de aviação com o objetivo de fazer acordos com a força e a eficácia de uma sentença judicial. Em caso de descumprimento, a empresa terá que pagar multa diária.

Caso não haja acordo, o consumidor poderá ajuizar ação contra a empresa nos próprios aeroportos, por meio do preenchimento de um formulário. Caso o passageiro não seja do estado do Rio, o formulário poderá ser enviado diretamente pelo Tribunal de Justiça por meio de malote.

De acordo com o artigo 2º da Lei 9.099/95, os postos dos Juizados Especiais Cíveis, mesmo que provisórios, devem estar de acordo com os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual. Os Postos dos Juizados Especiais Cíveis Provisórios dos Aeroportos Tom Jobim e Santos Dumont estarão subordinados, respectivamente, ao 20º Juizado Especial Cível (Ilha do Governador) e ao 2º Juizado Especial Cível da Capital (Centro).

O Tribunal de Justiça do Rio atuará nos aeroportos em parceria com a Justiça Federal, a Polícia Federal, o Procon, a Infraero, a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), a Assembléia Legislativa do Rio (Alerj), a Guarda Municipal, a Secretaria de Turismo e a Defensoria Pública, entre outras entidades. Além dos juízes e serventários, atuarão também nos novos juizados estagiários e conciliadores.

O título da notícia, “Justiça aérea”, sugere um trocadilho irônico, uma vez que a característica marcante do judiciário nacional é o fato dele poder ser qualificado de aéreo e vagar nos ares, acima e distante da porção majoritária da sociedade. A despeito da relevância da pontualidade e bom funcionamento dos aeroportos, o fato é que sob o pretexto de uma ‘crise área’, ostensivamente veiculada na mídia, o poder judiciário resolveu instituir tais juizados. Duas perguntas surgem do exame dessa iniciativa: Em que medida o poder judiciário instituído tem autonomia de fato em suas decisões ou é imune à influência e pressões da mídia? E também qual a legitimidade e critério na escolha desses juizados serem alocados nos aeroportos, e não em outras áreas, ou casos, como poderiam ser citados demandas mais populares, como questões relativas à moradia, a reforma agrária, ou as assaz citadas saúde e educação? Da forma apressada como foi realizada, essa ação de criar varas especializadas nos aeroportos denota uma posição irrefletida, feita para preservar a imagem do judiciário e agradar setores da mídia e os da sociedade que utilizam com frequência os aeroportos, porcentagem muito pequena da população. Seria interessante vermos no Brasil, essa presteza para solucionar demandas envolvendo conflitos de terras, violação aos direitos humanos, a título de exemplo. Medidas como essa reforçam a identificação da cidadania como categoria de direito limitada aos direitos do consumidor e sedimentam a noção de que determinadas classes detém privilégios diante das outras.

Ainda se está aquém de reestruturações complexas no sistema jurídico brasileiro, de reformulações profundas capazes de facilitar em maior escala o ingresso da população no Judiciário, e, acima de tudo, sedimentar na nação a idéia das instituições jurídicas, não somente a via formal ordinária que é o poder judiciário, mas também os canais alternativos elaborados pelo sistema, como espaços privilegiados na resolução de conflitos e pacificação social.

Dentro desse quadro de reformas, as ações mais disseminadas nesse sentido são as relativas aos meios alternativos de resolução de litígios, as quais serão examinadas no próximo tópico.

Segundo recente pesquisa feita pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), 71% dos jurisdicionados que procuram os Juizados acreditam no seu funcionamento e aprovam o serviço.

Revista Consultor Jurídico, Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/>. Acesso em 03. out. 2007.

2.2.2. OS MEIOS ALTERNATIVOS DE PACIFICAÇÃO SOCIAL E RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS.

Os meios alternativos de resolução de litígios são muito influentes no plano das reformas no sistema de justiça e dentro da questão do acesso à justiça.

É importante salientar que essa matéria da resolução alternativa de conflitos também é muito influenciada pelos posicionamentos das vertentes processualistas, razão pela qual é válido afirmar que o tema ainda está atrelado ao formalismo kelseniano com limitações e pouca interação com a realidade em alguns casos, razão pela qual deve ser abordado com base em outros parâmetros e áreas do conhecimento.

De acordo com as categorias processualistas, das formalidades presentes no processo decorre uma série de benefícios e garantias aos cidadãos, notadamente a imparcialidade e a igualdade perante as instituições jurídicas. Essa seria a razão pela qual há o incentivo a novas modalidades de se administrar os conflitos.

A constatação da crise estatal em absorver demandas e solucionar conflitos conduz ao questionamento sobre as benesses do monopólio estatal na administração da justiça com base no modelo jurisdicional e introduz a reflexão sobre as formas alternativas de solução de conflito.

Em primeira análise, tais mecanismos alternativos representariam uma reação ao excesso de ritos presentes no processo jurisdicional submetido ao Estado. As ações integradas sob a denominação de mecanismos alternativos de resolução de litígios buscariam concretizar procedimentos mais simples, em diversos graus, os quais poderiam oscilar desde a redução de atos, ao estímulo da oralidade, da isenção de custas, ou mesmo a informalidade.

Descartada a autotutela, tida como exemplo de uma opção unilateral, imperativa e baseada na força, as formas mais influentes de mecanismos alternativos são: a arbitragem, a conciliação, e a mediação.¹⁸⁸

A arbitragem, tradicionalmente utilizada nas relações de comércio exterior, está se difundindo no âmbito nacional. Tendo como iniciativas pioneiras nesse sentido a instituição da Comissão de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio do Brasil, em Belo Horizonte, Minas Gerais, a Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio

¹⁸⁸ É importante salientar que o direito civil brasileiro admite o uso da autotutela _modalidade de resolução de conflito associada à imposição da vontade da parte mais forte_ no caso de agressão à preservação da posse, como, por exemplo, quando a mesma for esbulhada ou turbada. O art. 1210 do novo código civil dá o direito ao possuidor de restituir ou manter a posse por meio da própria força.

entre Brasil e Canadá, o Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem, ambos com sede em São Paulo capital. Isso denota como grandes empresas, com o intuito de fugir da justiça estatal instituída se valem de mecanismos paralelos e alternativos para resolver seus conflitos.

A referencia legislativa no Brasil são as disposições contidas na lei 9.307/96, a qual não efetua uma distinção entre a arbitragem nacional e a internacional. Até mesmo a administração pública tem utilizado a arbitragem na solução de algumas de suas demandas.

A definição que pode ser oferecida da arbitragem é a de constituir uma modalidade específica de resolução de conflitos, por possuir princípios, técnicas e procedimentos próprios, e poder ser exigida perante o poder judiciário. Tendo a prévia necessidade das partes celebrarem acordo, mediante documento formal, submeter o caso a um árbitro por elas designado, cuja decisão acatarão.

Em relação a sua utilização por parte das empresas, elas se valem da arbitragem como meio não adversarial de gestão de conflito. Essa opção é combinada com elementos de mediação, discussão e análise técnica das situações em questão, tendo por parâmetro a negociação¹⁸⁹.

A justificativa para essa alternativa é além de economia de recursos o fato de existir uma pluralidade normativa envolvendo determinados casos. Ehrlich já atentava em sua obra para esse descompasso entre a produção estatal de juridicidade e as questões advindas de novas tecnologias e relações, ao afirmar que “As mais importantes questões jurídicas de nosso tempo, como as referentes aos sindicatos, aos trustes, aos cartéis praticamente estão ausentes no ensino do direito; isto se explica pelo fato de ocuparem espaço na vida jurídica, mas não na justiça”.¹⁹⁰

Importante salientar que de acordo com Ehrlich não há uma distinção entre a vida social e a vida jurídica. Nesse exemplo, o autor critica a incapacidade estatal em absorver novas juridicidades e demandas confrontadas com a sua pretensão em monopolizar a administração da justiça. Poderia ser questionado o que se compreende nesse caso por juridicidade. E um exemplo válido para responder a questão seria as

¹⁸⁹ Stersi sintetiza os aspectos mais relevantes dessa modalidade de resolução de litígios: [...]

1. a resolução do conflito é efetuada por um terceiro, designado como árbitro ou por um órgão colegiado de julgadores, designado Tribunal Arbitral;
2. o árbitro é escolhido pelas partes;
3. a sentença arbitral vincula as partes e é passível de execução junto ao Poder Judiciário;
4. a escolha válida da arbitragem implica a exclusão do Poder Judiciário na apreciação do mérito do conflito. STERSI DOS SANTOS, Ricardo Soares. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2004. p. 23.

¹⁹⁰ EHRLICH, Eugen. op. cit. p. 13.

relações comerciais internacionais que se reportam à arbitragem. Nesses casos temos situações que causam conflitos de interesses e que edificam por vezes novas orientações normativas entre as partes. Não é o enfoque privilegiado neste trabalho o das relações negociais privadas, no entanto a situação ilustra uma lacuna na proposta de aglutinação e unificação normativa por parte do Estado.

Segundo Warat a arbitragem possui limitações pois:

[...] é o mesmo procedimento judicial, sendo que só muda quem decide o conflito, ao invés de ser decidido pelo juiz togado, o conflito é decidido pelo árbitro que pode ser previamente escolhido pelas partes. Tanto o árbitro quanto o juiz julgam baseados na verdade formal (seguindo o princípio de que o que não está nos autos não pertence ao mundo jurídico). Decidem os litígios baseados nas versões apresentadas pelos postulantes das partes, que nem sempre expressam a verdadeira vontade dos postulados, ou por não a conhecerem ou por não lhes convir dizê-la. A sentença e o laudo arbitral não resolvem a relação afetivo-conflituosa das pessoas, apenas determinam como encerrar o litígio.¹⁹¹

Um exemplo prático de arbitragem bem sucedida é oferecido por Gandhi. Bem sucedida no sentido de superar as limitações de reconstrução de laços sociais conforme o apontamento efetuado por Warat.

O líder indiano que mobilizou segmentos de seu país na luta contra o imperialismo britânico relata em sua obra de memórias as primeiras experiências que teve no exercício da advocacia. No caso narrado, o autor conta como após muita dificuldade conseguiu que as partes, as quais eram parentes e se confrontavam em um processo que se arrastava durante anos submetesse a questão à arbitragem. Gandhi percebeu que a questão não teria um fim em curto prazo e que as partes estavam despendendo grandes somas de recursos na condução do caso, não obtendo assim nenhum benefício da situação e mal conseguindo continuar suas atividades profissionais ansiosas por um desfecho da questão. Ao término da arbitragem, Gandhi obteve uma decisão que agradou mutuamente as partes e encerrou a questão se estendera por anos¹⁹².

¹⁹¹ WARAT, Luis Alberto. op. cit. p. 60.

¹⁹² Gandhi oferece um belo relato de sua percepção pessoal do desfecho da questão e de sua experiência com a arbitragem: “Minha felicidade era ilimitada: eu havia aprendido a trabalhar com a lei. Aprendera a encontrar o melhor lado da natureza humana e a entrar no coração dos homens. Compreendi que a verdadeira função de um advogado era unir partes que se haviam separado. Essa lição ficou gravada em mim de um modo tão indelével que, durante os vinte anos em que pratiquei a advocacia, grande parte do meu tempo foi dedicada a promover acordos amigáveis em centenas de casos. Não perdi nada com isso, nem mesmo dinheiro, e certamente não a minha alma”. GANDHI, Mohandas K. **Autobiografia. Minha vida e minhas experiências com a verdade**. São Paulo: Editora Palas Athena, 1999. p.126-128.

No Brasil, a Constituição Federal autoriza, em seu art.114, a faculdade de se utilizar a arbitragem nos conflitos coletivos de trabalho, além de nosso país ser signatário de diversos tratados internacionais acerca de arbitragem privada. A despeito desses documentos legais, a avaliação atual da arbitragem no Brasil é que ela possui maior poder de inserção nas classes empresariais, voltadas para relações de comércio internacional, as quais possuem, em regra, conflitos com empresas estrangeiras e multinacionais. Quanto à parcela majoritária da população, há resistência na aceitação desse mecanismo de resolução de controvérsia, não só pela sociedade, mas pelos próprios juristas e membros do poder judiciário. Não se trata, nos moldes como vem sendo discutido e implementado, de uma medida acessível, passível de ser utilizada por parcela significativa da população¹⁹³.

Numa análise das modalidades de resolução alternativa de conflitos aplicada às relações de consumo Jorge Pegado Liz sustenta que as benesses dessa opção é além da rapidez o menor custo na gestão do conflito. Segundo dados que ele fornece, na europa apenas 3% dos conflitos envolvendo relações consumeristas chegam aos tribunais formais, ao passo que 97% dos casos permanecem à margem do poder judiciário. Para o autor, não temos na justiça alternativa uma “justiça de segunda classe” para cidadãos que possuem causas de menor complexidade. Ainda que seja relevante o trabalho do autor, sua concepção de justiça alternativa difere da desenvolvida neste trabalho, por três motivos elementares: Inicialmente ele sustenta uma visão passiva do ‘jurisdicionado’, a qual procuramos superar. Outro fator a se mencionar é a ênfase nas relações de consumo, tendo como parâmetro a realidade européia. A despeito da importância que essas relações possuem, temos no cenário nacional e no da América Latina ampla parcela da população a margem das relações de consumo, razão pela qual a preocupação deve se concentrar em setores como moradia, alimentação, trabalho, etc. E finalmente, por entender o autor a justiça alternativa como uma opção para facilitar a disseminação do ‘mercado único’ e assegurar as transações comerciais¹⁹⁴.

No que concerne à conciliação, a administração do conflito é conduzida por um terceiro, cuja função é sugerir caminhos para a resolução da situação em questão,

¹⁹³ De acordo com Stersi, [...] “também a arbitragem pode gerar uma variedade própria de problemas. A arbitragem pode vir a ser economicamente inviável para pequenos conflitos, ou para questões que não apresentem grandes complexidades quanto ao mérito. O procedimento arbitral pode ser formal, lento, custoso, com demora na prestação jurisdicional e passível de expedientes protelatórios adotados pelas partes, conforme as regras de procedimentos adotados.” STERSI DOS SANTOS, Ricardo Soares. op. cit. p. 27-28.

¹⁹⁴ LIZ, Jorge Pegado. **Justiças alternativas**. Lisboa, 2003. p. 217. Disponível em: <<http://www.janusonline.pt/2004/2004.html>>. Acesso em 15 de junho de 2007.

visando obter ou construir a anuência e decisão das partes. Nesse modelo, a idéia é abrir um canal de diálogo entre as partes em dissenso para evitar, muitas vezes, que se recorra ao Poder judiciário, constituindo assim um caráter preventivo. A participação de um terceiro imparcial apto a auxiliar na busca de soluções para o conflito em questão, não o habilita a ter o poder de impor uma decisão para as partes.

As vantagens apontadas nessa opção dizem respeito ao poder conferido aos atores envolvidos na disputa para celebrar um acordo, além da possibilidade de recomposição de relações rompidas. Muitas vezes a conciliação é utilizada como medida pré-processual. Quanto ao papel da conciliação no direito positivo nacional temos uma inserção relevante.¹⁹⁵

A conciliação tem por princípio a oralidade, a informalidade e a relativa rapidez de efetuação. A oralidade facilita a comunicação entre as partes e se opõe a burocracia e aos ritos formais presentes nos procedimentos tradicionais da justiça estatal.

Correlata ao princípio anterior, a informalidade propicia aos envolvidos maior desenvoltura para expor suas pretensões. Isso não significa uma ausência completa de procedimentos que coordenam o desenvolvimento da atividade, somente a ênfase é centrada na construção do consenso e sua viabilidade, em detrimento dos ritos formais.

Decorre dos dois princípios abordados a relativa rapidez de realização da conciliação. Relativa, pois condicionada a condução da negociação e se comparada ao tempo de desfecho das demandas submetidas à apreciação judicial.

Diante da análise dos mecanismos alternativos de resolução de litígios percebe-se, naturalmente, que há inúmeras semelhanças entre a conciliação e a mediação¹⁹⁶.

¹⁹⁵ De acordo com a dogmática processual: "A conciliação extraprocessual, tradicional no Brasil mediante a atuação dos antigos juizes de paz e pela obra dos promotores de justiça em comarcas do interior, ganhou especial alento com a "onda renovatória" voltada à solução das pequenas causas. Foram inicialmente os Conselhos de Conciliação e Arbitramento, instituídos pelos juizes gaúchos; depois, os Juizados Informais de Conciliação, criados em São Paulo para tentar somente a conciliação de pessoas em conflito sem nada julgar em caso de não conseguir conciliá-las. A Lei dos Juizados Especiais recebeu em seu sistema a atuação desses e de outros órgãos conciliadores extrajudiciais (Ministério Público inclusive), ao considerar como título hábil à execução forçada os acordos celebrados perante eles (art. 57, caput e par. ún.). Na Constituição de 1988 é prevista a restauração da antiga Justiça de Paz, com "atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional" (art. 98, inc. II). No processo penal, não há possibilidade de conciliação fora do processo. Mesmo para a transação anterior ao oferecimento da denúncia, facultada pelo art. 72 e ss. da lei n. 9.099/95, haverá sempre necessidade de controle jurisdicional: trata-se de conciliação extraprocessual por natureza, mas endoprocessual pelo momento em que pode ser efetivada (audiência preliminar). A arbitragem, conquanto prevista na lei material e tradicionalmente disciplinada na processual (v. CC, arts.1.037, 1.048; CPC, arts. 1.072, 1.102), só mais recentemente, a partir da Lei dos Juizados Especiais, (e, agora, com a Lei da Arbitragem, lei n. 9.307/96) oferece a esperança de vir a ser utilizada efetivamente, como meio alternativo para a pacificação de pessoas em conflito. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo & GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 43.

¹⁹⁶ Para Warat a conciliação teria desvantagens se confrontada com a mediação, pois: "A conciliação e a transação podem, em um primeiro momento, parecer com a mediação, mas as diferenças são gritantes. A conciliação e a transação não trabalham o conflito, ignoram-no, e, portanto, não o transformam, como faz a mediação. O conciliador exerce a função de "negociador do litígio", reduzindo a relação conflituosa

A mediação consiste em uma proposta que propicia às partes o diálogo por meio de um intermediário responsável por facilitar o diálogo entre as partes. De acordo com Moore, a mediação designa a [...] “interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não-autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável, com relação às questões em disputa”.¹⁹⁷

O mediador possui um papel acessório na resolução do litígio, sua função é a de um facilitador. Assim como o juiz na condução de um processo formal, o mediador deve ser imparcial para propiciar o diálogo entre as partes. Importa ressaltar que a aceitação da participação desse terceiro é algo voluntário para as partes. Deve haver o consentimento para a construção de uma decisão conjunta¹⁹⁸.

O objetivo é fugir da lógica tradicional que impera no processo de matriz liberal pela qual há um ganhador e um vencedor. Sendo assim, na mediação, o terceiro tem a função de propiciar às partes uma compreensão das causas externas, além do conflito propriamente dito, visando a construção de um acordo colegiado. A conciliação por sua vez, tem objetivos mais modestos, está centrada no objeto do litígio, a fim de dirimir a divergência em questão, independentemente de uma recomposição dos laços sociais rompidos.

Outro elemento que deve ser mencionado na mediação é o fato do mediador não ter poder para impor uma decisão às partes, uma vez que as decisões devem ser acordadas¹⁹⁹.

Segundo Warat, a mediação possui um potencial de transformação na forma como os juristas administram e intervêm no conflito. No entanto, tal intervenção deve ser

a uma mercadoria. O termo de conciliação é um termo de cedência de um litigante a outro, encerrando-o. Mas, o conflito no relacionamento, na melhor das hipóteses, permanece inalterado, já que a tendência é a de se agravar devido a uma conciliação que não expressa o encontro das partes com elas mesmas.” WARAT, Luis Alberto. Op. cit., p. 60.

¹⁹⁷ MOORE, Christopher W. **O Processo de Mediação, estratégias práticas para a resolução de conflito**. Porto Alegre: Artmed, 1998. p.28.

¹⁹⁸ Conforme análise efetuada pelo professor gaúcho Ovídio Baptista: “A mediação tem vantagens, porque ela faculta lidar com tudo aquilo que está subjacente à disputa. Permite que as pessoas criem um sentido de aceitação, sentindo que a decisão a que chegaram foi própria, e não imposta de fora para dentro. Tem, portanto, uma tendência de mitigar e eliminar as tensões, criando compreensão e confiança entre os litigantes, evitando a amargura que se segue a uma decisão judicial, para o vencido e, muitas vezes, também para o vencedor.” SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: RT, 2000, p. 142.

¹⁹⁹ Reforçando o lado humano da mediação Warat: “A mediação seria uma proposta transformadora do conflito porque não busca sua decisão por um terceiro, mas, sim a sua resolução pelas próprias partes que recebem auxílio do mediador para administrá-lo. A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinam um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa”. WARAT, Luis Alberto. op. cit., p. 62.

precedida de uma redefinição acerca do conflito. O autor argentino sustenta que é preciso ser elaborada uma teoria do conflito com fundamentos mais psicológicos que jurídicos, uma vez que os juristas tendem a se valer do “senso comum teórico dos juristas” ao analisar o conflito, algo nocivo, cuja consequência essencial é uma sobrevalorização dos aspectos legais normativos da questão, em detrimento da composição de fato da divergência em questão, em termos afetivos e restaurativos.

Decorre também dessa visão formalista do conflito por parte dos juristas uma visão negativa do mesmo, identificando-o com o litígio, pelo qual temos a lógica do ‘tudo ou nada’, ou do ‘perdedor-ganhador’. Desse modo, para Warat, há uma inversão de valores no fato de se atentar para aspectos patrimoniais ou de direito, e não para a necessidade de satisfação e de harmonização de diferenças, faltaria no âmbito jurídico “uma teoria do conflito que nos mostre como o conflito pode ser entendido como uma forma de produzir, com o outro, a diferença, ou seja, inscrever a diferença no tempo como produção do novo. O conflito como uma forma de inclusão do outro na produção do novo. O conflito como uma forma de inclusão do outro na produção do novo: o conflito como alteridade que permita administrar, com o outro, o diferente para produzir a diferença.”²⁰⁰

2.3. RUMO À SUPERAÇÃO DA ABORDAGEM PROCESSUALISTA DO ACESSO À JUSTIÇA

Feita uma relação das principais propostas e reformas relacionadas à discussão do acesso à justiça, notadamente na perspectiva processual, é preciso avançar na reflexão.

Com fundamento no pluralismo jurídico é possível não somente questionar a exclusividade do Estado como responsável para efetuar a pacificação social e

²⁰⁰ WARAT, Luis Alberto. Op. cit., p. 63.

administrar a justiça, mas também agregar novos elementos, princípios e valores aptos a orientar a administração da justiça e, conseqüentemente, a reflexão do acesso à justiça.

Constatadas as deficiências e limitações de um modelo exclusivamente jurisdicional, e inclusive o estímulo à democratização e utilização de mecanismos alternativos por parte do próprio Estado, surge a reflexão da importância do papel dos corpos intermediários dispersos na sociedade para uma modalidade descentralizada e participativa de acesso à justiça²⁰¹.

Assim, surgem novos espaços e atores aptos a participar da administração da justiça, paralelamente ou em substituição aos órgãos estatais, além de novas práticas dotadas de juridicidade. O denominador comum dessas propostas ancoradas na descentralização e participação é o propósito de democratizar a administração da justiça, em uma perspectiva que supera o trato do acesso à justiça dentro das categorias centradas nos procedimentos, vinculadas ao processo civil, e pretendem consolidar uma nova relação com o direito por meio de novas práticas jurídicas.

Práticas jurídicas significam, sucintamente, o modo de se aplicar o direito na sociedade, bem como os objetivos e a participação dos atores envolvidos nessa aplicação. Nesse contexto, duas modalidades de práticas jurídicas merecem atenção: as práticas alternativas e as práticas populares.

Práticas alternativas podem ser definidas como aquelas práticas nas quais são exploradas modalidades de ações nem sempre absorvidas pelo sistema jurídico vigente em determinado local, pois denota uma opção paralela ou diversa do modelo instituído de atuação. Há também nesse conceito, a convicção de que existe uma dimensão política e social no direito que não deve ser desconsiderada no trato dos conflitos e reivindicações.

Uma definição muito difundida do termo o descreve como o “uso das regras de direito e de procedimento dentro da perspectiva de desenvolver estratégias de mudança social em benefício de pessoas e grupos sociais que se encontram em situações de “não-poder” em relação ao sistema jurídico e social.”²⁰²

²⁰¹ Uma reflexão nessa linha teórica é oferecida por Wolkmer, para quem: [...] “ainda que seja um lócus tradicional de controle e resolução de conflitos, na verdade, por ser de difícil acesso, moroso e extremamente caro, torna-se cada vez mais inviável para controlar e reprimir conflitos, favorecendo, paradoxalmente, a emergência de outras agências alternativas ‘não-institucionalizadas’ ou instâncias judiciais ‘informais’ (juizados ou tribunais de conciliação ou arbitragem ‘extrajudiciais’) que conseguem com maior eficiência e rapidez, substituir com vantagens o Poder Judiciário.” WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. p. 90.

²⁰² ARNAUD, André-Jean. op. cit. p. 615.

Subjacente à idéia de se valer das práticas populares no direito está a intenção de uma desmistificação do fenômeno jurídico e uma maior participação dos cidadãos na administração da justiça. Desse modo, práticas populares inserem o cidadão no desenvolvimento, construção e aplicação do direito. A título de síntese, temos a definição dessas práticas como: “uso das regras de direito e de procedimento por pessoas e grupos sociais, sem a intermediação de um profissional do direito, dentro da perspectiva de promover eles próprios seus direitos, quer frente a instâncias judiciais ou para-judiciais, quer em suas relações jurídicas com outras pessoas, grupos ou organismos”²⁰³. Sendo válido reiterar que práticas populares também podem ser desenvolvidas em sintonia com iniciativas estatais, e por intermédio de profissionais do direito, em oposição ao que sugere essa definição.

Deslocando a questão para a sociologia jurídica e retomando as propostas de mudanças analisadas na administração da justiça, em relação a informalização e a desjudicialização, temos nessa modalidade de reforma uma opção diversa do modelo formal instituído pelo poder judiciário²⁰⁴. Surge assim, uma nova compreensão dos métodos alternativos de resolução de litígios, que compreendem exemplos emergentes de surgimento de espaços, com grau de formalidade, profissionalismo e instituição heterogêneo. Trata-se de movimento plural, com aspectos positivos e negativos, mas que possui como ponto de convergência evitar a judicialização do conflito por meio do processo tradicional. Wolkmer ressalta os três eixos que devem orientar procedimentos diferenciados não-institucionalizados: a informalização, descentralização e democratização, além da conscientização, participação e criatividade dos sujeitos coletivos no processo de auto-regulação social e na administração da justiça²⁰⁵.

A proposta de justiça informal ou alternativa de resolução de litígios revela o fato de ocorrerem e se desenvolverem à margem do direito estatal, e implicarem procedimentos mais simples de resolução de conflitos²⁰⁶.

²⁰³ ARNAUD, André-Jean. op. cit., p. 616.

²⁰⁴ Conforme sumariza Pedroso: “Este movimento de informalização e desjudicialização ensaia a construção de uma nova relação entre o judicial e o não judicial na administração da Justiça, dando conta, por um lado, da emergência de uma justiça informal ou comunitária e, por outro lado, das tendências do legislador em transferir competências do judiciário para entidades administrativas, privadas ou mistas, ao mesmo tempo que, em função da evolução da sociedade e do mercado e das reformas judiciais em curso, se vive um período de transformação acelerada das profissões jurídicas, reconfigurando-se as suas competências.” PEDROSO, João. op. cit., p. 20.

²⁰⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. 308.

²⁰⁶ Este tipo de justiça privilegia formas de justiça mais ou menos espontâneas geradas no seio das comunidades, privilegiando os meios de negociação e consenso. O desenvolvimento destes processos alternativos ou informais de resolução de litígios constitui um movimento de pensamento aparecido nos anos 60/70, que questionava a centralidade dos modos jurisdicionais em matéria de regulação social, preferindo os modos informais, descentralizados, fazendo apelo à participação ativa das partes e dos cidadãos na resolução dos seus conflitos. Bonafé-Scmitt, Jean-Pierre. « Justiça alternativa », In ARNAUD, André-Jean. op. cit., p. 12-13.

Por esse prisma, a justiça alternativa, seja em caráter complementar seja em substituição aos tribunais judiciais, requer a discussão dos conceitos de informalização e da desjudicialização. Igualmente relevante nesse contexto, e vinculada à idéia de estímulo e reconhecimento dos meios não judiciais de resolução de litígios está a idéia de ‘desregulação social’.

Apesar do fenômeno de expansão de juridicidade, é possível afirmar que em alguns setores haveria um movimento de desjuridificação, identificado com uma suposta redução na pressão jurídica sobre determinados comportamentos ou fatos. Nesse sentido, os processos de desjuridificação são classificados por Pedroso como pertencentes a três conceitos gerais: deslegalização, informalização da justiça e desjudicialização²⁰⁷.

Segundo o autor, a deslegalização pode ser entendida num sentido qualitativo, que significa a lei perder suas qualidades específicas como a generalidade, a abstração e a durabilidade, devido à inflação legislativa, e num sentido quantitativo a deslegalização denota a diminuição da influência da lei na regulação de comportamentos, como são exemplos a despenalização ou a desregulamentação administrativa. Essa tendência se aproxima da idéia de ‘não-direito’. O “não-direito” é um conceito de Carbonnier pertinente nas situações nas quais as relações sociais não são ou deixaram de ser reguladas pelo direito estatal.

A despenalização vai além da substituição de uma sanção penal por outra. Essa sanção poderá ser abolida ou substituída por outra sanção penal menos grave, ou por sanções não-penais como são exemplos as civis, as medidas fiscais, disciplinares, educativas. No que concerne a desregulamentação em sentido próprio prevê o desaparecimento de normas com essa natureza regulatória, geralmente oriundas do governo e da administração pública. As situações de deslegalização estão relacionadas com situações de desjudicialização, uma vez que a lei deixa de regulamentar tais relações, de modo que inicialmente não poderão ser submetidas aos tribunais estaduais.

Já a ‘informalização da justiça’ e a ‘desjudicialização’ referem-se a criação de “processos, instâncias e instituições descentralizadas, informais e desprofissionalizadas que assumem a resolução de litígios outrora privativa dos tribunais judiciais”²⁰⁸.

²⁰⁷ PEDROSO, João. op. cit., p. 16.

²⁰⁸ “Os conceitos de informalização e desjudicialização, em sentido amplo, manifestam-se através de diferentes realidades que permitem prevenir ou resolver um litígio, ou seja, um conflito social que dois ou mais interessados pretendam que seja dirimido sem recurso ao tribunal judicial”. PEDROSO, João. op. cit., p. 18.

Por fim, a desjudicialização está circunscrita ao direito estatal e sua incapacidade de oferecer uma resposta ao aumento do número de litígios, aos custos elevados, e à duração dos processos, fatores que prejudicam o ingresso nos tribunais. Sendo assim, os processos de desjudicialização visam reduzir a complexidade de alguns procedimentos, utilizar meio informais de resolução de conflitos e a redução de competência e sua delegação em alguns casos para instancias não judiciais.

Assim, é importante verificar se tais medidas não reproduzem uma assimetria da dominação jurídico-política que pode se refletir em uma assimetria no sistema judicial. Também é relevante avaliar se os mecanismos de resolução alternativa de litígios como a mediação, a arbitragem e a conciliação não careceriam de instrumentos para reduzir as diferenças de poder entre as partes e se constituiriam em um caminho para ampliar o acesso à justiça.

Na análise de Wolkmer dentre alguns procedimentos alternativos institucionalizados que podem ser utilizados pelos novos sujeitos coletivos de juridicidade, estão por um lado iniciativas definidas como decorrentes de uma 'produção normativa institucionalizada', representada pelas convenções coletivas do trabalho e pelas ações propostas por sujeitos coletivos, e por outro lado as medidas em sintonia com a resolução dos conflitos institucionalizada, que abrangem a conciliação, a mediação, a arbitragem e os juizados especiais. Ao propor 'processos estratégicos pluralistas de médio e longo prazo', os quais constituem medidas de superação ao paradigma de crise da justiça decorrente do modelo de pretensão de exclusividade na produção e aplicação do direito por parte do Estado, Wolkmer efetua uma diferenciação entre essas medidas, sendo que as de médio prazo expressam um 'reformismo compartilhado', e as de longo prazo denotam 'rupturas compartilhadas'²⁰⁹.

Por reformismo compartilhado compreendem-se as reproduções e reformas legais tendentes a remodelar e ampliar procedimentos dentro do sistema jurídico oficial.

²⁰⁹ Em síntese, de acordo com o autor: "Importa destacar, como fatores de produção paralela, os seguintes procedimentos auto-reguláveis que podem emergir e ser aplicados por uma pluralidade de atores sociais, associações comunitárias e demais corpos intermediários, subsistindo espontaneamente com relativa autonomia frente à vontade estatal e independente do Direito Positivo oficial:

- a) No nível da resolução dos conflitos: novas modalidades não institucionais de negociação, mediação, conciliação, juízos arbitrais e júri popular: formas não-convencionais, ampliadas e socializadas de juizados especiais de pequenas causas (justiça de mínima quantia); extensão e fragmentação de comitês ou conselhos populares de justiça; criação de tribunais de bairros e de vizinhança; justiça distrital, juizados e juntas itinerantes.
- b) No nível das fontes de produção legislativa: reapropriação e alargamento de novas formas de "convenção coletiva" do trabalho, do consumo e do uso social; formação de "acordos coletivos", "negociações consensuais" e de "arranjos" político-jurídicos de agregação de interesses; imposição de "acertos comunitários" mediante mobilização e pressão advindas das carências e necessidades dos novos sujeitos individuais e coletivos." WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. p. 307 e 308.

Percebe-se que tal proposta não prescinde do Estado, e abrange para seu êxito a legalidade positivada e também a hermenêutica aplicada pelas instâncias jurisdicionais. Por esse prisma, o estímulo a práticas e juridicidades comunitárias responsáveis por novos canais e modos de se encarar o conflito não exclui o direito positivado, ou seja, os direitos instituídos, tampouco as vias informais oferecidas pelo próprio Estado. Refuta-se assim, a argumentação de que o pluralismo jurídico desconsideraria em suas propostas o direito estatal e suas eventuais benesses²¹⁰.

No entanto, em que pese não prescindir da esfera estatal, explora uma juridicidade que almeja a justa satisfação das necessidades cotidianas e a legitimidade de novos sujeitos coletivos, afastando-se, assim, da lógica tecno-formal e dos controles disciplinares. Desse modo, é possível visualizar novas modalidades de produção jurídica, que, articuladas com as rupturas compartilhadas, congregariam as ações para consolidar um pluralismo jurídico em longo prazo, baseado em práticas paralelas e concorrentes²¹¹.

Em que medida os pressupostos teóricos do pluralismo jurídico podem contribuir para uma administração da justiça genuinamente democrática e para um enfoque do acesso a justiça com base em outros elementos?

Essa questão parece remeter ao pluralismo comunitário-participativo e também as práticas jurídicas populares e insurgentes.²¹² Portanto, a construção de um sistema jurídico mais acessível, no qual haja o estímulo à utilização e o reconhecimento dos novos mecanismos de solução de litígios, de modo a incluir os diversos grupos que

²¹⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. op.cit. p. 307.

²¹¹ WOLKMER, Antonio Carlos. op.cit. p. 308.

²¹² Reconhecendo o potencial do pluralismo jurídico para subsidiar teoricamente as reflexões acerca do acesso à justiça, Pedroso sustenta que: “O novo sistema integrado de resolução de litígios que defendo tem como consequência a assunção e reconhecimento pelo Estado de uma política pública de justiça, que inclui os tribunais judiciais e o denominado “pluralismo jurídico e judicial”, ou seja, reconhece-se também aos meios não judiciais que o Estado e a sociedade geram, informalmente ou formalmente, legitimidade para dirimir litígios.[...] O movimento de reformas da administração da justiça de natureza informal e desjudicializadora inclui-se em um processo complexo de juridificação e desjuridificação das sociedades modernas e revela uma permanente ambivalência. Uma vez é de iniciativa do Estado, outras em origem na comunidade. Ora é uma justiça de “segunda classe”, ora é uma justiça mais próxima dos cidadãos. Ou ainda, tanto tem como função “descarregar” os tribunais da litigação de massa e melhorar o seu desempenho (cobrança não judicial de dívidas) como desenvolve uma perspectiva de integração social, reduzindo tensões sociais, criando solidariedade através da participação dos cidadãos e promovendo o acesso dos cidadãos ao direito e à justiça. A informalização da justiça assenta, por um lado, na criação de uma “justiça alternativa ou informal” decorrente do movimento de resolução alternativo de litígios em regra, oriundo das organizações sociais e econômicas – de natureza plural quanto aos meios, processos, e litígios que resolve – e no desenvolvimento do paradigma do consenso, reparação e negociação e da “justiça em comunidade”. Por seu lado, a desjudicialização consiste na simplificação processual e no recurso a meios informais para acelerar ou melhorar o desempenho dos processos judiciais; na transferência de competências de resolução de litígios para instâncias não judiciais e na transferência de competências de resolução de litígios para “velhas” ou “novas” profissões jurídicas ou de gestão/resolução de conflitos.” PEDROSO, João. Op. Cit. p. 38.

compõem a complexa sociedade contemporânea requer a participação ativa por partes dos corpos intermediários na administração da justiça.

Assim, pensar a relação entre o pluralismo jurídico e o acesso à justiça significa repensar a relação entre juridicidade e Estado, inclusive o conceito tradicional de jurisdição, e o papel passivo que o cidadão detém nesse modelo. Considerado o conceito de pluralismo jurídico comunitário-participativo, e as principais questões relativas ao acesso à justiça, necessário se faz abordar os pontos de intersecção teórica entre esses vetores, bem como as experiências dessa natureza em curso no cenário jurídico contemporâneo. É o que será feito no capítulo subsequente.

CAPÍTULO III

UMA APROXIMAÇÃO TEÓRICA ENTRE O PLURALISMO JURÍDICO E O ACESSO À JUSTIÇA

INTRODUÇÃO

No primeiro capítulo deste trabalho foi delimitado o pluralismo jurídico comunitário-participativo como o referencial teórico para subsidiar a presente pesquisa. Subseqüentemente, no segundo capítulo, foi feita uma análise da idéia de acesso à justiça, seus elementos, sua articulação com a noção de crise da justiça e algumas sugestões de reformas e iniciativas tendentes a concretizar o acesso. Considerando as reflexões efetuadas nos capítulos precedentes, chega o momento de averiguar as contribuições do pluralismo jurídico para a discussão do acesso à justiça.

O objetivo deste capítulo é demonstrar como o pluralismo jurídico comunitário-participativo insere a discussão do acesso à justiça no plano da sociologia jurídica, garantindo que ocorra a superação do discurso processualista no trato do tema. Decorre dessa nova relação com o conceito de acesso à justiça propiciada pelo pluralismo jurídico a gênese das formas plurais de acesso à justiça. Trata-se de uma proposta teórica que postula a descentralização e a participação dentro do direito, de modo a estimular práticas mais democráticas de relação com a justiça.

Como exemplo de formas plurais de acesso à justiça serão analisadas as experiências de justiça comunitária, tanto no Brasil quanto na Colômbia. Posteriormente será feita uma análise crítica de ambas as experiências de modo a constatar suas possibilidades e limitações.

Finalmente, é feita uma breve avaliação do cenário prospectivo das formas plurais de acesso à justiça baseadas no pluralismo jurídico comunitário-participativo com o intuito de explorar suas potencialidades enquanto proposta de democratização da administração da justiça.

3 AS FORMAS PLURAIS DE ACESSO À JUSTIÇA

Ao articular a relação entre a sociedade, o Estado e a justiça é necessário reafirmar uma concepção sociológica do direito, baseada, sobretudo, na ênfase da juridicidade decorrente das relações sociais. Nessa linha de raciocínio a sociedade civil²¹³ seria o palco de um novo espaço público no qual a democracia se expressaria

²¹³ Na política contemporânea há uma influência marxista na compreensão da acepção 'sociedade civil', representada pela contraposição entre esse termo e o Estado. Essa é a razão pela qual Bobbio afirma que: "Na contraposição Sociedade Civil –Estado, entende-se por Sociedade Civil a esfera das relações entre indivíduos, entre grupos, entre classes sociais, que se desenvolvem à margem das relações de poder que caracterizam as instituições estatais. Em outras palavras, Sociedade Civil é representada como o terreno dos conflitos econômicos, ideológicos, sociais e religiosos que o Estado tem a seu cargo

mediante o desenvolvimento de práticas legais populares. Para tanto é imperativo segundo Wolkmer “redefinir a sociedade civil como espaço público pulverizado pela legitimação de novos sujeitos sociais que, em permanente exercício alternativo, implementam suas necessidades fundamentais e se habilitam como instâncias produtoras de um direito comunitário”²¹⁴. Cumpre ressaltar que optar pelo pluralismo jurídico de caráter comunitário-participativo significa assumir como referência um fenômeno-prático teórico que fundamenta uma nova cultura no direito, uma manifestação subjacente ao sistema de justiça oficial, e que por vezes é até mesmo ignorado por esse sistema, de modo que constitui, assim, uma espécie de resposta às fissuras do modelo jurisdicional formal, fortalecido pela atuação de sujeitos sociais em espaços públicos não-estatais²¹⁵.

No bojo dessa matriz teórica existem alguns princípios norteadores dos agentes sociais no processo de construção dessa nova relação com o significado da idéia de lei, direito e justiça, oposta a aspectos negativos da cultura jurídica oficial, a qual reproduz um caráter centralizador, individualista e que atribui demasiada importância a procedimentos técnico-formais, os quais figuram como obstáculos ao acesso à justiça. Os valores essenciais dessa nova cultura jurídica representada pelos movimentos sociais seriam: identidade, autonomia, satisfação das necessidades fundamentais, participação democrática de base, e a expressão cultural do novo²¹⁶.

Se partirmos rigorosamente dos pressupostos e categorias da dogmática positivista, utilizar a palavra ‘justiça’ para discutir o direito seria inapropriado. Para um modelo que se pretende objetivo, neutro e racional, e cuja estruturação se dá sobre procedimentos formais, a discussão sobre justiça envolveria um conteúdo extremamente subjetivo que somente poderia ser abordado se revestido de conteúdo normativo, ou seja, adstrito a um texto legal e vinculado aos procedimentos formais de

resolver, intervindo como mediador ou suprimindo-os; como a base da qual partem as solicitações às quais o sistema político está chamado a responder; como o campo das várias formas de mobilização, de associação e de organização das forças sociais que impelem à conquista do poder político.” BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. op.cit. p. 1210. É justamente essa visão do Estado como última instância decisória e como responsável pela eliminação dos conflitos e reivindicações dos atores sociais que o pluralismo jurídico critica. Deslocando a questão para o plano do direito e a relacionando com o acesso à justiça surge a necessidade de explorar novas esferas de juridicidade e decisão, novos espaços aptos a construir consensos e que, paradoxalmente, podem significar maior fonte de legitimidade para o próprio Estado.

²¹⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. **Sociedad Civil, Poder Comunitario y Acceso Democrático a la Justicia**. El Otro Derecho, Bogotá, v. 26-27, p. 135-147, 2002. p. 136.

²¹⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit., p. 335.

²¹⁶ Wolkmer desenvolve minuciosamente cada um desses valores na obra em que sustenta o pluralismo jurídico participativo-comunitário como fundamento de uma nova cultura no direito. Cf. WOLKMER, Antonio Carlos, op. cit. p. 336.

produção dessa norma. Ao passo que no pluralismo jurídico a discussão sobre um conceito de 'justiça' está associada à questão das necessidades fundamentais²¹⁷.

Nessa proposta, torna-se evidente que os movimentos sociais têm um papel preponderante, sobretudo pela postura reivindicatória fundamental no processo de materialização de direitos e também pela propagação de princípios que conduzem ou estimulam a convivência da divergência, uma vez que a alteridade se consolida como valor elementar nesse modelo pluralista, e o próprio conflito perde o sentido totalmente negativo a ele associado.

Como visto nos capítulos anteriores, o liberalismo político e jurídico apesar de se constituir como uma teoria influente possui como limitações o apego excessivo a igualdade formal e uma ênfase no indivíduo e suas liberdades, com vistas a homogeneizar as relações sociais e o direito. Em contraposição à essas limitações o pluralismo jurídico, ao eleger a diversidade como um elemento fundamental, e considerar essa multiplicidade manifesta em diversas situações, tais como a cultura, as práticas jurídicas, os valores e inclusive as opressões, propõe um modelo de relação com a justiça na qual a descentralização do poder e a participação dos corpos intermediários nas instâncias de decisão e construção de juridicidade possuem enorme relevância.

Adorno sustenta que no Brasil a cultura jurídica monista se consolidou como um arremedo de legislações estrangeiras, pautada pelo positivismo, e para servir interesses oligárquicos.²¹⁸ No entanto, sempre existiu um direito ou ausência de direito manifesto nas práticas reais da população excluída do direito estatal, como são exemplos, os indígenas e os trabalhadores rurais, sempre desassistidos ou eventualmente até criminalizados pelos tribunais oficiais²¹⁹. Essa é a razão pela qual a discussão sobre o acesso à justiça deve considerar essa exclusão e pluralidade em sua construção, bem como a ruptura com os paradigmas liberais ainda influentes.

²¹⁷ Em suma, [...] “o conceito de Justiça presente nos movimentos sociais não se reduz a uma proclamação estática, subjetiva e abstrata, mas se faz através de lutas reais por oportunidades iguais no processo de produção e distribuição de bens. A Justiça, em sua dimensão social e política, define-se como virtude ordenada para a satisfação das necessidades mínimas e equilibradas que garantam as condições (materiais e culturais) de uma vida boa e digna. Assim, o critério básico para a fixação de uma Justiça de cunho social não são os padrões normativos a priori, mas a historicidade concreta que parte de situações cotidianas, assegurando condições justas e iguais de existência.” WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit, p. 340. Para um aprofundamento na discussão sobre as necessidades e a justiça consultar: HELLER, Agnes. **Teoría de las necesidades en Marx**. Barcelona: Península, 1985, e também HELLER, Agnes. **Una revisión de la teoría de las necesidades**. Barcelona: Paidós, 1996.

²¹⁸ ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p.93.

²¹⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. p.289.

Delineados os elementos do pluralismo jurídico comunitário-participativo, e admitida essa nova cultura no direito, é importante direcionar a discussão para o acesso à justiça. Assim, é preciso destacar, inicialmente, que não há propriamente uma teoria homogênea e sistematizada em relação ao acesso à justiça, mas sim várias iniciativas nesse sentido, a maioria das ações voltadas para reformas dentro do modelo jurídico instituído, permeadas pelo discurso e categorias do processo civil. Desse modo, o enfoque principal debatido no acesso à justiça é circunscrito, em regra, na análise de iniciativas tendentes a aprimorar a jurisdição, compreendida como o único, ou por vezes o mais 'evoluído' modelo de administração da justiça e de gestão de conflitos²²⁰. Disseminada na literatura jurídica, tal enfoque pode ocasionar uma associação automática do tema ao processo civil, o que contribui para a estagnação da discussão sob o ponto de vista da sociologia jurídica ou mesmo de uma intervenção mais crítica por parte dos próprios processualistas.

Como a discussão do acesso à justiça foi apropriada pelos processualistas, merece destaque analisar as promessas e conseqüências do modelo jurisdicional, para posteriormente inserir o tema dentro de outras premissas e objetivos.

Considerando as modalidades não-estatais de administração da justiça, o que se busca é alterar a forma de relação destas modalidades de gestão de conflitos e administração da justiça 'alternativas' com o Estado. Refletir sobre as possíveis inter-relações entre ambos os modelos, os eventuais intercâmbios e aprimoramentos decorrentes dessa mútua influência.

Há várias promessas subjacentes ao modelo jurisdicional. No âmbito principiológico é possível citar a idéia de igualdade entre as partes, cujo desdobramento no plano processual garante a igualdade de armas, pela qual a cada ato processual de uma parte, há a previsão de um ato correspondente para a parte contrária, compreendida também como o princípio do contraditório²²¹.

Além disso, fundamenta esse sistema a noção de publicidade do processo e seus atos, a idéia de juiz natural, alicerçada sobre a suposta imparcialidade e neutralidade do juiz. Igualmente relevante na lógica processual é a garantia do duplo grau de jurisdição, pelo qual as decisões podem ser reexaminadas por um tribunal de segunda instância.

²²⁰ Hespanha chama a atenção para o fato de que determinados conceitos no plano do direito são abordados pela história jurídica como forma de provar a linearidade do progresso jurídico. De acordo com esse modelo evolucionista a história seria um acúmulo progressivo de conhecimento e o direito conseqüentemente sairia de um estado primitivo rumo a um estado de apogeu. Decorre desse equívoco uma sacralização do 'presente', tido como único horizonte possível do desenvolvimento humano. Assim, por esse prisma, o Estado liberal representativo e o direito codificado seriam o fim da história, o último estágio de todos os processos de 'modernização'. HESPANHA, Antônio Manuel. op. cit. p. 55.

²²¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo ; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. op.cit. p.37.

Enfim, consubstancia a estrutura burocratizada da justiça vários princípios que têm como objetivo a tentativa de igualar formalmente partes desiguais, o anseio de racionalizar o sistema, dotar as decisões de previsibilidade e a sociedade de uma suposta segurança jurídica.

Porém, a contraposição das promessas desse modelo com suas conseqüências concretas nos convida a repensar os elementos que compõem as ditas garantias da jurisdição. Acresce às críticas já efetuadas, a morosidade das decisões, o modelo extremamente burocratizado, os ritos formais dos quais decorre a incompreensão do direito por parte dos cidadãos jurisdicionados, a intermediação obrigatória de profissionais como o advogado na porção majoritária dos procedimentos e ações, o alto custo de manutenção desse modelo, a linguagem artificial e hermética, a sobrecarga dos tribunais, a sedimentação de uma justiça excessivamente patrimonialista, e, principalmente, a consolidação de um sistema altamente impermeável à participação popular.

Outra crítica que pode ser dispensada ao modelo jurisdicional refere-se à passividade com que trata os sujeitos, ou em outros termos, os 'jurisdicionados', e a distância que essa justiça institucionalizada mantém dos casos e situações que julga. Evidentemente, tal postura é erigida sobre ideais de imparcialidade e objetividade, no entanto as distorções desse modelo são explícitas em uma sociedade como a brasileira. Essa distancia que é descrita como salutar e com o intuito de assegurar a imunidade da decisão de uma eventual influência nociva por iniciativa das partes extravasa essa situação para constituir uma situação de distância como sinônimo de algo longínquo e inalcançável. Houve, por conseguinte, a sedimentação de uma estrutura burocrática kafkaniana, excludente, e uma justiça para qual a maioria da população nacional olha com desconfiança, desdém ou medo.

Nesse contexto adverso, é imperativo confrontar o modelo instituído com modalidades de administração da justiça pautadas pela equidade, por novos conceitos de coercibilidade, no qual os sujeitos sociais detenham maior autonomia e possibilidade de participação no processo decisório.

O objetivo do pluralismo jurídico de caráter participativo-comunitário é a superação do paradigma jurisdicional obsoleto, indissociável do Estado, e a elaboração de um modelo de administração e acesso à justiça fundamentado na participação e descentralização, surgidas por iniciativa dos grupos sociais²²². Desse modo, com a ressalva da multiplicidade de conceitos que envolvem essas variáveis, tanto o

²²² WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit., p. 289.

pluralismo jurídico quanto o acesso à justiça objetivam, em última análise, uma democratização do sistema de justiça.

Em que pese a intervenção estatal em uma regulamentação jurídica formal e institucionalizada, persistem as manifestações de juridicidade informal oriundas dos grupos sociais diversos do Estado. Em maior ou menor grau de autonomia esses grupos instituem modalidades de resolução de conflitos pautadas por outras condições de legitimidade, por vezes mais autênticas e justas do que os procedimentos oficiais. Assim, nesse quadro, o que caracteriza o 'alternativo' seriam essas "práticas descentralizadas e mecanismos de auto-regulamentação espontâneas provenientes fundamentalmente dos setores majoritários, marginalizados, reprimidos e injustiçados."²²³

Portanto, a esfera alternativa adquire uma importante dimensão nessa inter-relação entre o pluralismo jurídico e o acesso à justiça, uma vez que abrange canais tradicionalmente desconsiderados pela abordagem tradicional do tema, o que traz desdobramentos significativos para a discussão.

Essa é a razão pela qual é válida a síntese dos conceitos de pluralismo jurídico comunitário-participativo e de acesso à justiça no termo 'formas plurais de acesso à justiça'. Por formas plurais de acesso à justiça compreendem-se as ações que visam compatibilizar os pressupostos do pluralismo jurídico na modalidade comunitária e participativa com a reflexão acerca do acesso à justiça. Nesse sentido, o objetivo é analisar modalidades descentralizadas de administração da justiça nas quais há um amplo protagonismo por parte dos atores sociais no processo de construção e aplicação da justiça, fato que supera a limitação da abordagem reformista atrelada às correntes processuais. Em suma, o conceito pretende abranger as contribuições do pluralismo jurídico comunitário-participativo e seus elementos que fundamentem um enfoque do acesso à justiça pautado pela sociologia jurídica.

Constatadas as noções de crise da justiça e admitida a compreensão do acesso à justiça como um movimento amplo, dotado de uma dinamicidade própria, e não adstrito às categorias processualistas é imperativo averiguar as modalidades de práticas e manifestações de juridicidade que se aproximam e se relacionam com as proposições desse trabalho, sobretudo as que podem ser caracterizadas como 'formas plurais de acesso à justiça'.

²²³ WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit., p.287.

A importância do pluralismo jurídico participativo-comunitário enquanto teoria elementar para se pensar o acesso à justiça é a inserção dos elementos de participação e descentralização no plano da administração da justiça. Tais elementos podem ser instituídos tanto no interior quanto à margem da legalidade oficial estatal. O importante é a percepção de que há na discussão tradicional do acesso à justiça uma superação na visão passiva, individualista, pautada pela democracia representativa que o sistema jurisdicional sedimenta no conceito de jurisdicionado.

Nesse sentido, é importante mencionar que a idéia tradicional de acesso à justiça ainda denota a noção de ascender à justiça como a uma coisa superior, distante. Capelletti²²⁴ deixa claro no início de sua obra que a justiça a que se está referindo é a estatal, a jurisdicional. É preciso reformular o conceito de acesso, compreendê-lo não apenas no sentido de ingressar, de se ter à disposição, enquanto qualidade de acessível, mas avançar e inserir o elemento da participação em maior ou menor grau. Essa reformulação contém uma postura mais ativa por parte dos atores sociais no plano da administração da justiça, desse modo o acesso à justiça se aproxima de modelos construtivos, democráticos e de equidade, nos quais o direito é compreendido não somente como um modelo formal e oficializado e hierarquizado.

O modelo que propõe novas manifestações e formas de juridicidades traduz uma modalidade de administração da justiça em que os atores, como os movimentos sociais, e os próprios componentes oficiais do sistema jurídico adquirem uma nova dimensão no processo de reivindicação e aplicação de direitos, na qual os sujeitos participam do processo decisório e da gestão da administração da justiça.

Relevante para a compreensão das formas plurais de acesso à justiça é analisar os vários possíveis modelos de administração da justiça.

Preliminarmente, segundo Ardila, a reflexão sobre a administração da justiça nos coloca diante de duas questões fundamentais: em um momento inicial analisar dentro de um sistema jurídico quem decide o conflito, e em segundo lugar, averiguar qual o objetivo dessa decisão, qual o resultado e o que se busca com o manejo de um conflito²²⁵. Em relação à primeira pergunta surge a figura de um terceiro, singular ou plural, responsável pela resolução do conflito. Dada a responsabilidade na tomada dessa decisão, seria responsável também por definir o procedimento por meio do qual se chegaria à solução.

²²⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit., p. 11.

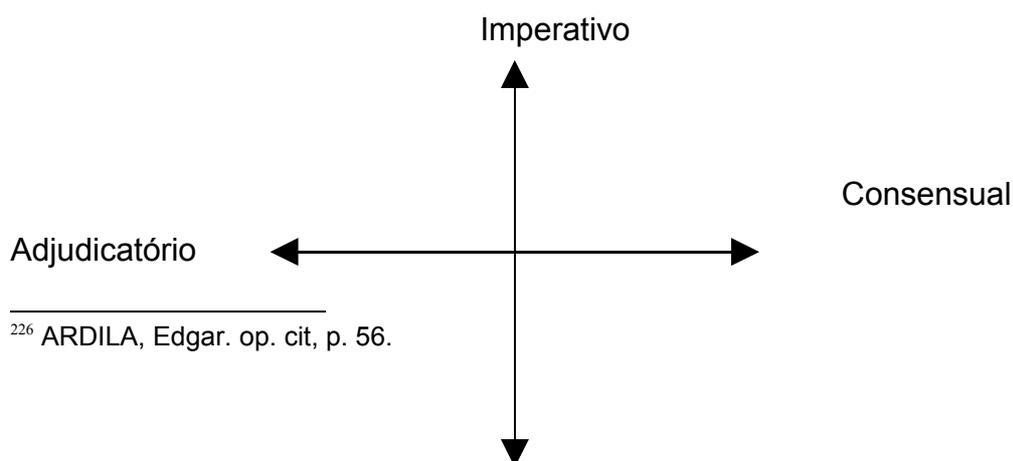
²²⁵ ARDILA, Edgar. Hacia um modelo de justicia desde la comunidad. In: **Justicia y Desarrollo: Debates. Paz y Democracia: el aporte de la Justicia Comunitaria y de Paz.** Corporación Excelencia en la Justicia, Año II, N. 10, Bogotá, Dic. 1999. p. 55, (Tradução livre).

Quando o modelo tem o juiz por artífice do processo decisório, a administração da justiça é conceituada de adjudicatória. Aqui, o terceiro estuda a fundo o caso, e após análise imparcial dos argumentos e das provas levantadas durante o litígio manifesta sua decisão. Em suma, o juiz é o interventor que decide e controla o respeito ao procedimento definido.

Em oposição a esse modelo há o tipo de administração da justiça tido como consensual, pois as partes são responsáveis pela tomada de decisão. Dentro dessa modalidade de gestão de conflitos, o terceiro tem a função de mero facilitador que auxilia na comunicação entre as partes, a fim de garantir que a decisão seja tomada.

No que tange á segunda questão, ou seja, qual o objetivo de se instituir determinado modelo de gestão de conflitos, e partindo do princípio de que a administração da justiça visa garantir a convivência, haveria dois métodos que concretizaria esse intento. No primeiro, um modelo imperativo de administração da justiça, pelo qual o objetivo é aplicar a regra definida, e garantir a igual aplicação para todos. Nesse sentido, os interesses das partes envolvidas não devem ser considerados, e a segurança se relaciona principalmente com a garantia de uma aplicação isonômica da regra a todos. Ao passo que no segundo, há um modelo de administração construtiva da justiça, por meio do qual o que se busca em cada caso é ampliar e recompor os vínculos sociais afetados pelo conflito, garantindo a convivência. O objetivo é que a comunidade em seu conjunto receba o máximo de benefício com a decisão, ou o mínimo de prejuízo, inclusive no caso de uma sanção. Desse modo, muitas variáveis e os valores das comunidades são considerados para a produção de uma decisão²²⁶.

Um gráfico pode auxiliar na compreensão desses modelos.



²²⁶ ARDILA, Edgar. op. cit, p. 56.

Construtivo

Horizontal: Quem toma a decisão? Papel do terceiro, singular ou plural que intervém no conflito.

Vertical: Qual a finalidade almejada com o modelo de administração de justiça instituído? Qual a característica da intervenção no conflito?

Partindo desse gráfico, podemos imaginar a existência de quatro combinações possíveis de modelos de administração de justiça: um sistema Imperativo-adjudicatório, um Imperativo-consensual, um Construtivo-adjudicatório e por fim um Construtivo-consensual. Passemos ao exame de cada modalidade específica²²⁷.

- a) Imperativo-adjudicatório: Nessa forma de resolução de conflitos, o terceiro representado pelo juiz toma a decisão baseado em um referencial externo ao conflito, definido em lei. Um exemplo desse modelo é a justiça estatal, sobretudo a esfera da justiça penal;
- b) Na forma Imperativo-consensual, o que temos é uma esfera de atuação das partes na tomada de decisões diante do conflito, no entanto tal autonomia deve estar adstrita as limitações definidas pela lei. Essa é a lógica subjacente a maioria dos mecanismos alternativos de administração da justiça, aceitos e/ou estimulados pelo Estado, segundo Ardila;
- c) A menção a um modelo Construtivo-adjudicatório implica em uma maneira de administração da justiça em que a decisão geralmente é tomada por um agente coletivo com a finalidade de recompor as relações abaladas pelo conflito, de modo que há como consequência um benefício indireto para a própria pessoa sancionada. Tal modelo é muito utilizado por comunidades indígenas.

²²⁷Toda essa sistematização dos modelos de administração da justiça exposta nesse momento da pesquisa segue a elaboração de Ardila, a qual, por seu caráter didático e objetividade, merece registro pormenorizado. Cf. ARDILA, Edgar. op. cit. p. 57.

d) Finalmente, subsidia teoricamente a parcela majoritária das formas de justiça comunitária um sistema Construtivo-consensual, como as conciliações em equidade formuladas na sociedade colombiana, pela qual há uma busca pelo 'justo local', ou 'justo comunitário', como decisão construída e vinculada ao contexto social em questão.

Ainda que possa destoar eventualmente das leis instituídas, essa juridicidade aparentemente subjetiva e aberta é balizada pelas necessidades humanas fundamentais, os valores da igualdade e liberdade, o respeito á alteridade e a tolerância subjacentes ao pluralismo jurídico comunitário-participativo. Assim, o modelo construtivo consensual, em seu plano ideal, é o que fundamenta as experiências de justiça comunitária colombianas, e se aproxima das formas plurais de acesso á justiça.

Decorre daí novas práticas e valores, e até mesmo uma nova relação com a coercibilidade, diversa da lógica jurisdicional, pois em que pese o intuito do positivismo de fundar um modelo jurídico dotado de segurança jurídica, previsibilidade e racionalidade os limites dessa pretensão estatal concretizado na idéia de monopólio da administração da justiça se manifestaria em três eixos: em um primeiro momento na incapacidade de resolver judicialmente a maior parte dos conflitos, assoma-se à isso a baixa qualidade das decisões, e finalmente a própria ineficácia das decisões jurisdicionais²²⁸. Desse modo, as possibilidades de intersecção teórica e as reflexões que essa modalidade de pluralismo jurídico suscita ao se pensar o acesso á justiça, reside em novas perspectivas de análise, diante da abordagem tradicional dos modelos de administração da justiça, sobretudo pelas limitações do sistema oficial jurisdicional, baseado no paradigma imperativo-adjudicatório.

Diante das limitações do paradigma oficial, é cada vez mais presente a reflexão em torno de práticas mais democráticas, nas quais há em maior ou menor grau a participação popular, razão pela qual podem ser denominadas de formas plurais de acesso à justiça, dentro das propostas desse trabalho de efetuar um novo enfoque do acesso à justiça com fundamento no pluralismo jurídico comunitário-participativo.

Wolkmer efetua uma importante distinção ao tratar das práticas de justiça participativa, por um lado realça as práticas alternativas, no nível da legislação e da jurisdição, surgidas no interior da própria ordem jurídico-estatal oficial, e por outro explora as práticas pluralistas alternativas, no nível da legislação e jurisdição, instituídas à margem da juridicidade estatal.²²⁹

²²⁸ ARDILA, Edgar. op. cit. p. 60.

²²⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. p. 285.

De acordo com o autor, os procedimentos infra-institucionais são interessantes para auxiliar um processo de desregulamentação estatal e ampliar o espaço da autonomia e do consenso com vistas a uma política de administração da justiça inovadora. Haveria uma percepção do próprio Estado acerca da existência de uma crise no paradigma jurídico dogmático, e da sua perda no monopólio de produção e aplicação do direito, fato que o obrigaria a reconhecer as demais formas de juridicidade informais dispersas na sociedade²³⁰.

É nessa busca por uma nova política de administração da justiça que reside o vigor do pluralismo jurídico enquanto teoria capaz de oferecer elementos para a discussão do acesso à justiça. Sua vitalidade teórica se encontra no estímulo à participação e a descentralização do poder como fatores indispensáveis para oxigenar um sistema de justiça hermético e formal, estímulo esse que se harmoniza com os objetivos de democratização e ampliação dos canais de juridicidade sustentado por uma visão crítica do acesso à justiça.

Manifestação expressiva no âmbito de uma forma plural de acesso à justiça são as experiências de justiça comunitária em alguns países da América latina, no Brasil, inclusive, e, principalmente na Colômbia. A análise dos elementos mais relevantes dessas experiências é o propósito do tópico subsequente.

3.2 AS EXPERIÊNCIAS DE JUSTIÇA COMUNITÁRIA COMO FORMAS PLURAIS DE ACESSO À JUSTIÇA.

Posto de gasolina

A construção da vida, no momento, está muito mais no poder de fatos do que de convicções. E, aliás, de fatos tais, como quase nunca e em parte nenhuma se tornaram fundamento de convicções. Nessas circunstâncias, a verdadeira atividade literária não pode ter a pretensão de desenrolar-se dentro de molduras literárias _ isso, pelo contrário, é a expressão usual de sua infertilidade. A atuação literária significativa só pode instituir-se em

²³⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. p.289.

rigorosa alternância de agir e escrever; tem de cultivar as formas modestas, que correspondem melhor a sua influência em comunidades ativas do que o pretensioso gesto universal do livro, em folhas volantes, brochuras, artigos de jornal e cartazes. Só essa linguagem de prontidão mostra-se atuante à altura do momento. As opiniões, para o aparelho gigante da vida social, são o que é o óleo para as máquinas; ninguém se posta diante de uma turbina e a irriga com óleo de máquina. Borrifa-se um pouco em rebites e juntas ocultos, que é preciso conhecer²³¹.

A provocação de Benjamin em epígrafe nos oferece várias questões para reflexão. Primeiramente, e a título de autocrítica, suscita o questionamento sobre a função da própria produção acadêmica nacional _ cujo molde, paradoxalmente, delineia este trabalho _ a qual, por vezes pautada por um cientificismo hermético e impulsionada por critérios cegos de produtividade talvez não tenha influência nem nas instituições judiciais formais que critica, tampouco nas comunidades que almeja transformar. Impõe ainda a reflexão sobre a maneira pela qual deve se desenvolver essa atuação literária, aqui representada pela produção científica, e também a questão da relação entre teoria e prática, as quais, em última análise, não podem ser desvinculadas.

Desse modo, a pergunta que surge é como a produção científica acadêmica poderá influenciar a realidade social das comunidades ativas tomadas como seu objeto nesse momento? Em outras palavras, como atingir os 'rebites e juntas ocultos' que na metáfora forjada por Benjamin podem ser associados ao espaço comunitário, capazes de ser o lócus de mudanças e práticas jurídicas que poderão influenciar o direito como um todo?

Em um esforço para responder essas perguntas esse tópico analisará duas experiências de justiça comunitária, compreendida aqui como importante modalidade plural de acesso á justiça por romper paradigmas de resolução de litígios influentes no direito e na concepção tradicional de acesso á justiça. A primeira empreendida pelo Ministério da Justiça do Brasil, em parceria com diversas instituições, e a segunda a desenvolvida em comunidades colombianas e que têm estimulado importantes debates teóricos sobre novas modalidades de administração da justiça, o acesso à justiça e o pluralismo jurídico.

²³¹ BENJAMIN, Walter. **Obras Escolhidas II. Rua de Mão Única**. São Paulo, Editora Brasiliense. 1995. p. 11.

3.2.1 A JUSTIÇA COMUNITÁRIA ESTIMULADA PELO ESTADO E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.

No ano de 2000, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, juntamente com o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal, além da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), a Comissão de Direitos Humanos da OAB do Distrito Federal, em convênio celebrado com a Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República criam o Projeto de Justiça Comunitária, com o intuito de “democratizar a realização da justiça, restituindo ao cidadão e à comunidade a capacidade de gerir seus próprios conflitos com autonomia.”²³² Em 2006 o projeto sofreu uma reformulação coordenada por consultores do “Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento” (PNUD).

Na apresentação do material que relata a experiência de justiça comunitária, o então ministro da justiça, Márcio Thomaz Bastos, afirma, em síntese, que o objetivo da iniciativa é garantir a efetivação de direitos meramente formalizados, e reduzir as matérias submetidas ao poder judiciário, o qual devido a uma hiper-absorção de demandas teve sua capacidade de prestação jurisdicional reduzida, tanto em termos de tempo, quanto em termos de qualidade nas decisões, fato que comprometeria o acesso à justiça. Ainda na apresentação, o ministro deixa claro que os métodos tradicionais de resolução judicial de conflitos e a idéia de acesso à justiça como sinônimo de acesso ao judiciário seriam paradigmas superados, e salienta que soluções satisfatórias dos conflitos podem ser encontradas até mesmo fora do sistema formal de justiça, uma vez que seria salutar “fugir da centralização burocrática quando possível, em prol da autonomia da sociedade em torno de suas responsabilidades”²³³.

Considerando que o programa em questão abrangeu amplo esforço e diversos atores, tanto institucionais, como o judiciário, o executivo e o legislativo, quanto da esfera comunitária, representadas por suas lideranças, de acordo com Bastos o sucesso da iniciativa decorreu da crença desses atores “na capacidade da comunidade de resolver seus próprios conflitos com autonomia, emancipação e solidariedade,

²³² MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Justiça Comunitária: uma experiência**. Ministério da Justiça, Brasil, 2006. p. 24.

²³³ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. op. cit. p. 7.

oferecendo as condições necessárias para tanto²³⁴.” Finalmente, o ministro exalta a participação como essência do processo democrático e propulsor da cidadania e do combate à exclusão social, por essa razão as práticas baseadas nos valores comunitários deveriam ser estimuladas.

A despeito de se tratar do espaço para apresentação do material em questão, momento que representa um terreno fértil para a retórica oca e demagógica, o discurso do ministro da Justiça é interessante como material de análise. Primeiramente pelo caráter autocrítico no qual há, por parte da mais alta autoridade estatal no âmbito da justiça, a consciência das limitações do poder judiciário e da pretensão estatal de monopólio de juridicidade, em consonância com a exposição deste trabalho. Além disso, revela-se elucidativo a ênfase nas práticas informais, e o estímulo à autonomia e aos ‘valores comunitários’, pois denota novas relações entre o Estado, a comunidade e as modalidades de administração da justiça.

O material serve para analisar uma ação que envolve a inter-relação entre o Estado e seus órgãos, a comunidade e um organismo internacional, com vistas a intervenções democráticas no plano de materialização da justiça. É significativa desse modo uma ação subsidiada pelo Estado, na qual o eixo de atuação resida nos mecanismos alternativos de litígio e o objeto é a comunidade.

De acordo com o material, os opositores dos mecanismos que relativizam o monopólio estatal da distribuição da justiça, acusam tais mecanismos de consistirem em uma espécie de privatização das funções essenciais do Estado, que deveria dirimir os conflitos e corrigir eventuais desigualdades para garantir a paz na sociedade. Ao passo que os partidários desses modelos alternativos os associam a uma possibilidade de emancipação e autonomia em relação ao enfrentamento dos seus conflitos internos. Nesse sentido a mediação teria um importante papel, pois a figura do mediador facilita a negociação, e, em oposição à rigidez da jurisdição, há a sedimentação de um modelo propenso ao diálogo, a autodeterminação, a horizontalidade e a participação²³⁵.

Há também a preocupação dos responsáveis pelo projeto comunitário de que o mesmo não seja imposto à comunidade, sem um intercâmbio com os grupos, devido à iniciativa estatal, essa é a razão pela qual a ação foi desenvolvida com a participação de membros da própria comunidade²³⁶.

²³⁴ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. op. cit. p. 19.

²³⁵ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. op. cit. p. 20.

²³⁶ Essa preocupação é expressa pela maneira como justificam a intervenção do Estado na consecução do projeto: O caráter emancipatório de um projeto não se define pela natureza da entidade que o implementou, mas pelos princípios com os quais opera. Portanto, não há qualquer razão na assertiva que confere legitimidade exclusivamente aos programas de justiça comunitária levados a efeito por entes não-estatais. Se há prevalência da dialógica em detrimento da retórica persuasiva, da coerção e da

É claro no início do material que apesar do estímulo ao modelo comunitário de justiça não há a pretensão por parte de seus propositores de substituir o modelo de justiça oficial pelo comunitário, mas sim, de o desenvolver em complementaridade ao sistema oficial²³⁷.

O Projeto de Justiça Comunitária tem como objeto a comunidade, a qual se configura como local eleito para a implementação de projetos de transformação social segundo o programa, e primária também pela valorização dos agentes e do saber local, como forma de garantir uma cidadania ativa e uma democracia participativa. A comunidade teria o potencial de influir nas decisões políticas e redefinir a capacidade de autodeterminação dos indivíduos.

O conceito elementar de comunidade utilizado por essa iniciativa seria o de “grupo de pessoas que compartilham de uma característica comum, uma ‘comum unidade’, que as aproxima e pela qual são identificadas.”²³⁸ Há nesse conceito uma ênfase à questão da identidade mas a idéia de comunidade possui elementos geográficos, e também o fato de comunhão de interesses ou objetivos, e até mesmo problemas ou carências.

Em síntese, importância decisiva na questão da comunidade reside no grau de coesão social entre os seus membros. Tal coesão social segundo Robert Chaskin poderia ser auferida com base em quatro elementos: a) o senso de comunidade, relacionado ao grau de proximidade e mutuo reconhecimento entre seus membros; b) o interesse e participação desses membros nos assuntos comunitários; c) o estabelecimento de mecanismos próprios de resolução de conflitos; d) disponibilidade de recursos humanos, físicos, econômicos, políticos, locais ou não.²³⁹

Previamente à ação do Programa de Justiça Comunitário do governo brasileiro há a realização de um projeto de mapeamento social na respectiva comunidade, a fim de averiguar sobre a existência de organizações sociais e orientar o processo de seleção de novos agentes comunitários, além de orientar a formação de redes sociais e conhecer de fato o contexto comunitário.

burocracia verticalizada, se o saber local é respeitado como parte do processo de aprendizagem, se o conflito é transformado em oportunidade de empoderamento individual e social e se as atividades são voltadas para transformar tensão social em possibilidades de criação de solidariedade e paz social, a justiça é do tipo comunitária e, como tal, ostenta vocação para a prática transformadora. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. op. cit. p. 21.

²³⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. op. cit. p. 21.

²³⁸ NEUMANN, Lycia Tramuja Vasconcellos; NEUMANN, Rogério Arns. **Repensando o investimento social: a importância do protagonismo comunitário**. São Paulo: Global; Instituto para o Desenvolvimento Social (IDIS), 2004. p. 20-21.

²³⁹ CHASKIN, Robert J. **Defining community capacity: a framework and implications from a comprehensive community initiative**, apud NEUMANN, Lycia Tramuja Vasconcellos; NEUMANN, Rogério Arns. op. cit. p. 43.

Assim, esse mapeamento era realizado pelos agentes comunitários selecionados na própria comunidade, os quais já detinham um conhecimento prévio do local, e auxiliaram na constatação das deficiências, necessidades, mas também das suas potencialidades, cujo estímulo seria fundamental para a construção de uma 'identidade comunitária'. O objetivo é que a comunidade se perceba como agente capaz e preponderante para o processo de transformação social e gestão dos problemas, e se desvincule da espera por auxílio externo, fato diretamente relacionado à autonomia.

O sistema de mapeamento parte, portanto, de um levantamento sobre os recursos disponíveis na comunidade em questão, tais como associações de moradores, as eventuais instituições presentes, tanto públicas, quanto religiosas, filantrópicas, dentre outras, e também as habilidades pessoais dos moradores²⁴⁰.

Igualmente relevante nesse processo é a constatação dos problemas e dificuldades inerentes à comunidade. Nesse quadro, as associações de moradores têm um papel importante no processo de autonomia comunitária, uma vez que detém capacidade de articulação e de aglutinar interesses comuns e canalizar demandas individuais e coletivas. A consciência sobre as instituições que desenvolvem um trabalho na comunidade é fundamental para a reflexão acerca de eventuais parcerias e permitem visualizar alguns interesses influentes no ambiente comunitário. Finalmente, as habilidades pessoais refletem o estímulo ao saber local, e ao incentivo ao desenvolvimento de talentos possuídos por pessoas que muitas vezes não tiveram oportunidades para os desenvolver, além de aproveitar e reconhecer o trabalho de lideranças comunitárias, artistas, e pessoas dispostas a atuar em atividades de mediação na comunidade.

No que concerne aos problemas comunitários, a sugestão dos proponentes do projeto é de que seja elaborado um registro de iniciativa da própria comunidade, classificando a dificuldade como de natureza estrutural, social ou pessoal, e uma atenção em relação a espécie de conflito, sobretudo se de caráter individual ou coletivo.²⁴¹ Desse modo, o quadro de problemas comunitários, tais como violência, desemprego, ausência de serviços públicos, dentre outras modalidades, será importante como ponto de partida para ocasionar uma conscientização da comunidade diante de seus desafios e potencialidades, passo fundamental para ações emancipatórias.

²⁴⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. op. cit. p. 32.

²⁴¹ NEUMANN, Lycia Tramuja Vasconcellos; NEUMANN, Rogério Arns. op. cit. p 53-61.

O projeto comunitário do governo também trabalhou com a idéia de animação de redes sociais. A idéia de redes sociais é baseada no conceito de Manuel Castells, e representa uma nova modalidade de atuação e organização dos movimentos sociais²⁴².

Segundo Aguiar, a força das redes sociais enquanto propulsor da expansão dos movimentos populares decorre do fato das redes possibilitarem “a combinação de projetos, o enfraquecimento dos controles burocráticos, a descentralização dos poderes, o compartilhamento de saberes e uma oportunidade para o cultivo de relações horizontais entre elementos autônomos²⁴³.”

Portanto, a idéia de animação de redes sociais denota o propósito de organizar e fortalecer os vínculos comunitários, canalizando aspirações coletivas, propiciando a idéia de identidade entre os cidadãos sem prejuízo do respeito à alteridade, a fim de promover a coesão necessária para as ações políticas e jurídicas desses grupos.

Os atores responsáveis por auxiliar na organização dessas comunidades foram agentes comunitários selecionados mediante uma série de critérios estipulados. Um dos critérios foi utilizar membros oriundos da própria comunidade onde se pretendia atuar, os quais deveriam residir no mínimo por dois anos no local de ação do programa, a fim de respeitar o código de valores próprios compartilhados pelo grupo de moradores. E outras exigências foram efetuadas, como idade não inferior a 18 anos, ter o agente o segundo grau do ensino médio completo, possuir alguma experiência de participação em trabalhos sociais, atividades voluntárias, movimentos sociais; demonstrar habilidades como criatividade e sociabilidade; não possuir antecedentes criminais, e não ter vínculo ou atuação em militância político-partidária.

Os agentes comunitários trabalhavam sob o regime de trabalho voluntário, de modo que não recebiam qualquer remuneração pelo serviço realizado. As verbas o programa disponibilizava aos agentes eram unicamente para ressarcir despesas por eles obtidas para realizar suas ações, como gastos com transporte, telefone e

²⁴² De acordo com o autor, “o principal agente de mudança atual é um padrão de organização e intervenção descentralizada e integrada em rede, característica dos novos movimentos sociais.” Decorre desse conceito que: Pelo fato de que nossa visão histórica de mudança social esteve sempre condicionada a batalhões bem ordenados, estandartes coloridos e proclamações calculadas, ficamos perdidos ao nos confrontarmos com a penetração bastante sutil de mudanças simbólicas de dimensões cada vez maiores, processadas por redes multiformes, distantes das cúpulas do poder. São nesses recônditos da sociedade, seja em redes eletrônicas alternativas seja em redes populares de resistência comunitária, que tenho notado a presença dos embriões de uma nova sociedade, germinados nos campos da história pelo poder da identidade.” E conclui o autor: “o caráter sutil e descentralizado das redes de mudança social impede-nos de perceber uma espécie de revolução silenciosa que vem sendo gestada na atualidade”. CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 426-427. in, A era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura, v. 2.

²⁴³ AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **Procurando superar o ontem: um direito para hoje e amanhã**. Notícia do Direito Brasileiro, Nova Série, Brasília, Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, n° 9, 2002, p.71.

alimentação, a título de exemplo, tendo, assim, natureza de indenização e não de remuneração.

O grupo de agentes comunitários foi auxiliado por uma equipe interdisciplinar, com a função de respaldar tecnicamente e administrativamente as ações do programa, e composta por profissionais de áreas como direito, serviço social, psicologia, artes cênicas e administração. O objetivo da iniciativa é analisar o conflito 'sob a ótica de diversos saberes', de modo a sugerir múltiplos caminhos para as partes envolvidas²⁴⁴.

A função dos agentes comunitários foi condicionada e variava de acordo com a natureza do conflito que se apresentava na comunidade. Em uma reunião com a equipe interdisciplinar, os agentes comunitários desenvolviam a mediação a fim de facilitar o diálogo entre as partes de modo a solucionar o conflito.

As atividades empreendidas pelos agentes comunitários dividem-se em uma fase de informação jurídica²⁴⁵, um momento de mediação comunitária, e finalmente a criação e a animação de redes sociais.

Os recursos pedagógicos utilizados pelos atores comunitários arregimentados pelo projeto para realizar a ação de informação jurídica foram materiais orientados pela cultura popular, como músicas, cordéis, peças de teatro, com o intuito de favorecer a compreensão pelos destinatários do projeto.

Momento posterior à essa ação de informação jurídica é a fase de mediação comunitária, a qual se encontra fortemente vinculada à idéia de conflito²⁴⁶.

Um gráfico ²⁴⁷ sistematiza as atividades desenvolvidas na comunidade:

ATIVIDADES

1. Informação jurídica

OBJETIVOS

Democratização:

1. do conhecimento dos direitos

²⁴⁴ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. op. cit. p.52.

²⁴⁵ Por informação jurídica entenda-se a iniciativa de 'conscientizar' as pessoas de seus direitos formais, pautado, segundo os relatores do Projeto, por uma dimensão tridimensional, qual seja a preventiva, a emancipatória e a pedagógica. Uma vez que a democratização do conhecimento acerca do direito teria o poder de: "a) prevenir futuros litígios que, por vezes, são deflagrados pela mera ausência de informação; b) empoderar as partes em disputa, para que eventual processo de mediação possa proporcionar um diálogo em situação de igualdade; c) reunir condições para que o cidadão saiba buscar, na via judiciária, a satisfação dos seus direitos, quando e se necessário." MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. op. cit. p.45.

²⁴⁶ De acordo com o projeto de justiça comunitária: "O conflito não pode mais ser visto como algo necessariamente negativo. Posto que inerente à vida, o conflito é o resultado natural das diferenças entre os seres humanos. Assim, uma nova concepção de justiça deve atribuir sentido positivo aos conflitos, visando superá-los de forma criativa e, quando possível, solidária. [...] Nesse sentido, há que se construir, por meio da razão dialógica, um consenso sobre a justeza da solução que ajude a edificar a ética da alteridade. Os protagonistas do conflito, quando interagem em um ambiente favorável, podem tecer uma solução mais sensata, justa e fundamentada em bases satisfatórias, tanto em termos valorativos quanto materiais." MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. op. cit., p 47.

²⁴⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. op. cit. p. 25.



O acréscimo que esse conceito de mediação comunitária aglutina em relação ao de mediação tradicional é que, além de se constituir como um processo voluntário, gerido por um terceiro desinteressado no conflito, que visa facilitar o diálogo e auxiliar as partes na construção da decisão, os mediadores, aqui representados pelos agentes comunitários, são recrutados na própria comunidade.

O elemento salutar decorrente dessa modalidade de mediação é o fato de os mediadores compartilharem dos valores presentes na comunidade em questão, assim como o potencial de fortalecimento de laços sociais que detém essa forma coletiva de resolução de litígio, portanto, na mediação genuinamente comunitária, “a própria comunidade produz e utiliza o conhecimento local para a construção da solução do problema que a afeta²⁴⁸”. Há a percepção de que o objetivo não é tanto o acordo, mas aprimorar a comunicação e desenvolver a cultura participativa na comunidade no que concerne à formação de redes sociais, bem como favorecer a apropriação pelos sujeitos envolvidos no conflito das medidas e caminhos eventualmente eleitos para resolvê-lo pacificamente.

Importante mencionar que havia uma preocupação por parte do programa sobre a necessidade de escolher previamente as demandas e modalidades de conflitos que seriam atendidos. Tal postura, em primeira análise, conflitaria com um programa que objetiva desenvolver uma suposta autonomia comunitária. No entanto, a compreensão de que uma priorização de determinadas demandas seria interessante decorreu da percepção de que nas comunidades algumas espécies de conflito se sobressaiam em relação às demais, como pode ser exemplificado pela preponderância daqueles de natureza familiar. Assim, o programa manteve um tratamento diferenciado para os conflitos de natureza familiar, devido à sua especificidade, relacionada ao envolvimento do âmbito da intimidade e da esfera particular.

Em termos sucintos, e seguindo a descrição do desenvolvimento do programa de justiça comunitária empreendido pelo judiciário nacional, é perceptível como a figura do agente comunitário tem um papel central nesse processo. Sua finalidade dentro do programa reside na constatação das carências da comunidade, a fim de articular

²⁴⁸ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. op. cit. p.47.

juntamente com os atores ali inseridos, movimentos sociais, associações de moradores, e eventualmente instituições, as ações de mobilização e mediação comunitária necessárias para o resgate da autonomia do local em relação à seus conflitos.²⁴⁹

O desafio é manter um nível de coesão social e o funcionamento de canais de diálogo e participação descentralizada na gestão dos conflitos, dentro de uma perspectiva de alteridade, que não acarrete em divergências violentas e baseadas na lógica da força, inerentes à conflitos presentes muitas vezes em espaços múltiplos e plurais²⁵⁰.

Esses encontros permitem uma constante interação com a comunidade, além de revelar uma ocasião de reflexão sobre as práticas adotadas e sobre a real transformação empreendida.

O local no qual as sessões de mediação e as reuniões ocorriam nos Centros Comunitários de Justiça e Cidadania, espécie de sede com a função de oferecer apoio administrativo ao projeto. Outro órgão importante para a implementação do projeto é Escola de Justiça e Cidadania, responsável pela capacitação dos agentes comunitários. O referencial pedagógico da escola é a obra de Paulo Freire²⁵¹, e o conteúdo curricular abrange noções de direito, cidadania, direitos humanos, além de técnicas de mediação e de animação de redes sociais. Há uma preocupação da relação da escola com a política, identificada com o conhecimento das condições da comunidade na qual o projeto comunitário será desenvolvido, e uma formação humanística, associada a ampliação dos canais de comunicação com a comunidade. Em suma, e reforçando o objetivo de democratizar o saber jurídico, realizar a mediação comunitária e animar as redes sociais, todo o instrumental teórico e prático da escola tem a finalidade de “operar

²⁴⁹ A despeito da ação dos agentes comunitários aparentemente possuir um caráter unilateral, é feita a ressalva de que: “Enquanto age na qualidade de tecelão desta trama social, o agente comunitário é envolvido em um emaranhado de transformações em sua esfera subjetiva e relacional. É na alteridade, nas relações concretas advindas de sua atuação transformadora, na reflexão coletiva dos problemas comunitários, nas discussões sobre os direitos humanos e sobre o respeito às diferenças, nas reflexões sobre subjetividades, dentre outros, que o agente comunitário pode experimentar a exata dimensão da construção da democracia, da solidariedade e da paz.” MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. op. cit. p. 50.

²⁵⁰ A fim de garantir essa coesão é que os agentes comunitários e a equipe interdisciplinar do Programa realizam reuniões periódicas com a comunidade para: “a) reforçar os vínculos entre os agentes e a comunidade; b) conhecer a rede de serviços disponível e de movimentos sociais; c) mapear os problemas comunitários; d) captar demandas para a mediação comunitária; e) identificar e estabelecer diálogo com as lideranças locais; f) conhecer os espaços físicos passíveis de realização das sessões de mediação; g) divulgar os objetivos e o funcionamento do Programa; h) avaliar permanentemente o impacto de atuação do Programa”. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. op. cit. p. 50.

²⁵¹ De acordo com o método do pernambucano Paulo Freire a pedagogia adquire um potencial emancipatório uma vez que a conscientização acerca da realidade social é parte fundamental na construção do conhecimento. Para um aprofundamento no método da pedagogia Paulo Freire consultar as obras: **Educação como prática da liberdade**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1967; **Pedagogia da autonomia**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1997. E também: **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1970.

com dinâmicas participativas que contribuam para a formação do sujeito social como protagonista na construção de um saber não fragmentado, possibilitando novas leituras e novas relações com o mundo e consigo.²⁵²

Sobre o perfil das demandas, constatou-se que a porção majoritária dos conflitos estava na seara familiar. Quanto aos conflitos criminais, o programa ainda opera com a lógica institucional que delega ao Ministério público a titularidade da ação penal, de modo que a submissão de determinada demanda a mediação comunitária está condicionada a anuência do Ministério Público e do juiz, que autoriza ou não a aplicação da transação penal.²⁵³

Há os relatos de alguns casos submetidos à mediação, interessantes como categoria de análise. Muitos se enviados para a justiça comum seria impregnado de inúmeros procedimentos burocráticos que criaria inúmeros óbices à resolução do conflito pelas partes.²⁵⁴

Finalmente, em um estágio paralelo a implementação das atividades, o projeto de justiça comunitária organizou um sistema de banco de dados, com o objetivo de coordenar as informações sobre as ações e mediações realizadas, além do fato de que a elaboração de um material, sua divulgação e disponibilização eletrônica facilitam a apreensão do projeto por eventuais interessados. O banco de dados contém as

²⁵² MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. op. cit. p. 61.

²⁵³ A figura jurídica da transação penal está estabelecida no art. 76 da Lei n. 9.099/95: "Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta."

²⁵⁴ Um caso pode ilustrar como se desenvolviam as negociações e o trabalho da mediação comunitária:

O "caso das amigas que trocaram as casas".

"Duas famílias promoveram a troca de suas respectivas casas entre si. Contudo, no momento da vistoria dos imóveis, a solicitante observou que a casa que recebera possuía um número menor de cômodos. Diante da reclamação da solicitante, a solicitada comprometeu-se, mediante acordo escrito com firma reconhecida, a construir mais dois cômodos, a fim de compensar a diferença. Ocorre que o acordo não especificou o tamanho dos cômodos, a quantidade de portas e janelas e a qualidade do material a ser utilizado e o acabamento. Como os cômodos novos foram entregues sem pintura, cerâmica, portas e janelas, a solicitante procurou o Programa Justiça Comunitária, buscando uma possibilidade de mediação.

Na sessão de mediação, os terceiros trazidos por cada parte eram profissionais da área da construção. Quando uma das partes sugeriu os primeiros traços do acordo, os terceiros puderam participar e contribuir para a celebração do acordo.

Houve consenso quanto ao fato de que caberia à solicitada providenciar a pintura dos cômodos. Após, o impasse foi restabelecido quando se discutiu da necessidade ou não de se aplicar massa nas paredes. Após muitas sugestões, chegou-se ao consenso de que os cômodos deveriam seguir o padrão dos demais já existentes, ou seja, sem massa, mas com pintura, desde que a tinta obedecesse à mesma cor dos demais quartos já pintados. Quanto à ausência de cerâmica e de porta e janela, a solicitada concordou em pagar o valor de R\$100,00 para a solicitante, divididos em cinco parcelas.

Em seu depoimento, a solicitante revelou que a construção conjunta do consenso devolveu-lhe a esperança de resgatar a amizade de dezesseis anos que tinha com a solicitada, rompida por força desse conflito." É possível questionar os entraves burocráticos que seriam criados caso a questão fosse submetida aos procedimentos formais da justiça ordinária. Toda a interposição de um memorial descritivo, análise técnica de engenheiros para dividir a propriedade poderia prejudicar um entendimento mais próximo entre as partes. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. op. cit. p. 84.

informações sócio-econômicas da população, a descrição da natureza dos casos atendidos, se de família, moradia, direitos humanos, trabalhista, criminal, etc, e também uma espécie de avaliação do desempenho dos agentes comunitários.

Feita essa breve exposição do projeto de justiça comunitária, é interessante confrontar alguns aspectos da experiência colombiana nessa questão, a fim de analisar as principais convergências e divergências entre as modalidades de justiça comunitária, e detectar os principais elementos que as caracterizam como formas plurais de acesso à justiça.

3.2.2 AS EXPERIÊNCIAS COLOMBIANAS DE JUSTIÇA COMUNITÁRIA.

Inicialmente, é importante salientar que não há a pretensão de reduzir o heterogêneo e multifacetado processo colombiano de justiça comunitária a um bloco monolítico e estanque, pois as comunidades não são núcleos homogêneos, com práticas e realidades semelhantes²⁵⁵. A abordagem aqui é sintética e restrita a algumas experiências específicas, cujas características permitem uma reflexão teórica a fim de traçar as linhas gerais desse processo e seus principais elementos.

Nesse contexto, surgem novos atores e práticas jurídicas, independentemente do consentimento do aparato burocrático estatal. Esse fato conduz a uma multiplicidade de instrumentos e modalidades de solução de conflitos, tendo especial destaque, nessa análise, a justiça comunitária colombiana.

Na experiência de justiça comunitária colombiana, chama a atenção o fato de se constituir algumas esferas de administração de justiça com inexpressiva participação de juízes e códigos nas quais os cidadãos têm decidido seus conflitos. Esse fato evidencia a crise na suposta idéia de universalidade do direito, e contradiz tanto a pretensão do

²⁵⁵Boaventura de Souza Santos e Maurício Villegas evidenciam essa heterogeneidade das manifestações de justiça comunitária na Colômbia, e advertem acerca da dificuldade de efetuar generalizações sobre o tema ou estudá-lo de forma analítica. De acordo com os autores, foram encontradas diversas dimensões ou variáveis de justiça comunitária, tanto a oficial como a não oficial, a formal e a informal, a civil e a armada, a unicultural e a multicultural, sobretudo nas comunidades marginalizadas, nas cidades e entre os camponeses. SANTOS, Boaventura de Sousa; VILLEGAS, Maurício García. **El caleidoscópico de las justicias en Colômbia. Análisis sócio-jurídico**. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2001. p. 215.

monopólio da administração da justiça por parte do Estado quanto a norma formalizada como fonte exclusiva do direito.

Dentro das categorias apresentadas anteriormente, é perceptível que um sistema de justiça comunitária está assentado sobre um modelo construtivo-consensual, pelo qual a solução de um conflito tem por finalidade menos a aplicação de uma lei formalmente instituída, do que recompor os laços sociais e os vínculos comunitários afetados por um determinado conflito. Por essa premissa, há um contexto comunitário de justiça, uma coercibilidade derivada do contexto social que deve ser considerado.²⁵⁶

Admitida essa minimização da sanção estatal como fonte de juridicidade e da coercibilidade, o pluralismo jurídico se consolida como eixo teórico a orientar novas modalidades de administração de justiça. De acordo com Ardila²⁵⁷, os principais elementos relativos às práticas comunitárias são:

- a) a conciliação;
- b) a informalidade;
- c) a realidade como base das decisões;
- d) a coercibilidade derivada do contexto comunitário;

A conciliação favorece uma dinâmica de concessão mútua, com o intuito de buscar uma solução satisfatória para ambas as partes. Trata-se de uma lógica diante do conflito totalmente diversa do processo tradicional regido pela idéia de ‘tudo ou nada’, de ‘perdedor-ganhador’, a qual acrescida do ônus da sucumbência, impõe uma verdadeira sanção econômica à parte derrotada no processo.

A informalidade é sinônimo de uma aproximação entre as partes, propiciada pela minimização do papel do profissional do direito, de simplicidade na condução do conflito em vários pontos, seja na linguagem utilizada, seja na diminuição da relevância da questão técnica-processual.

Por realidade como base das decisões entenda-se a intermediação dos eventuais conflitos, sendo realizada por conciliadores, os quais, por compartilhar da realidade social das partes, são mais sensíveis à elementos subjacentes à controvérsia, mas que na verdade podem se mostrar relevantes para a resolução da questão. Em termos objetivos, e nas categorias processuais dogmáticas, seria a prevalência, em determinadas situações, da verdade real sobre a formal.

E finalmente, essa manifestação de pluralismo jurídico com um modelo de administração da justiça pautado pela coercibilidade derivada do contexto comunitário,

²⁵⁶ ARDILA, Edgar. op. cit. p.62.

²⁵⁷ ARDILA, Edgar. op. cit. p.63.

o qual dota de especial relevo o impacto social da decisão no grupo do qual as partes fazem parte, além do fato dessa coercibilidade prescindir de um aparelho burocrático para impor suas decisões. A combinação desses elementos permite a edificação de um modelo de administração de justiça com alta participação popular e descentralização, além de privilegiar aspectos negligenciados pelo modelo jurisdicional instituído.

Surge, nesse particular, a equidade como uma ferramenta, orientação e princípio de resolução de conflitos. A idéia subjacente a esse conceito é um sentimento de justiça partilhado por determinada comunidade, pelo qual a decisão tomada é compreendida como a mais acertada para determinado caso concreto, ainda que em desacordo com as leis nacionais, em eventuais situações.

Naturalmente que se parte de um modelo ideal, e não isento de críticas. O conceito de coercibilidade decorrente do contexto social, assim como o de equidade, dada a amplitude de influência de um conteúdo subjetivo, pode conter elementos negativos como uso irrestrito da força ou modalidades de opressão capazes de violar valores ou direitos fundamentais da própria comunidade. Essa variável está diretamente relacionada à autonomia e organização da comunidade em questão.

É interessante confrontar essa idéia de coerção como algo decorrente do grupo comunitário com a crença de que a coercibilidade estatal e o temor à sanção seriam os fatores preponderantes na observância de uma norma. Essa discussão remete à exposição efetuada no primeiro capítulo desse trabalho, na disputa teórica entre Kelsen e Ehrlich, e denota a atualidade da discussão entre o normativismo formalista e uma modalidade de sociologismo, aqui representado pelo pluralismo jurídico e os exemplos de justiça comunitária, tanto na aplicação do programa governamental brasileiro, quanto no modelo colombiano explorado por essa pesquisa.

Verificar o Estado utilizando mecanismos informais, descentralizados e plurais de acesso e administração da justiça é como perceber o formalismo buscando a harmonia e proximidade da sociedade que perde, tão logo se institui como um modelo auto-referente e imperativo. Por outro lado, a emergência de sistemas jurisdicionais na comunidade, como no caso colombiano, suscita reflexões sobre a dependência de reconhecimento que essas organizações exigem do Estado²⁵⁸.

²⁵⁸ Nesse sentido, Ardila afirma que: “[...] a justiça comunitária existe independentemente do reconhecimento e validação do Estado. Ela se apresenta em muitas coletividades como mecanismo natural de manejo geral dos conflitos, e em outras, concorrendo com o Estado como ferramenta para resolver um amplo campo de conflitividade que o mesmo não pode atender”. ARDILA, Edgar. op. cit. p. 65.

Essa independência diante do Estado é nítida no caso do bairro Moravia em Medellín trazido por Hernando Roldán Salas²⁵⁹. É interessante nesse caso observar como ocorre a transição de práticas autoritárias, marcadas pela violência e a lógica da força, para práticas democráticas e participativas, com respaldo e protagonismo dos membros da comunidade. Esse protagonismo teve um papel preponderante de líderes e mediadores comunitários sem capacitação, interessados em recompor os vínculos sociais e diminuir a violência na comunidade.

O contexto geográfico do bairro Moravia é a formação de assentamentos urbanos surgidos na década de 60 próximos à Medellín. Inicialmente, há a luta pelo acesso aos serviços públicos essenciais, como a titulação de propriedade, serviços de água e luz, saúde, ruas transitáveis, e numa relação de enfrentamento com o Estado, a solicitação do reconhecimento dessas comunidades como bairros de Medellín.

O caso colombiano se assemelha muito com a experiência relatada pelo português Boaventura de Souza Santos na favela da Rocinha no Rio de Janeiro, pois se trata de um espaço no qual há forte privação de serviços públicos essenciais, e notadamente pela ausência de regularização formal da propriedade urbana da comunidade havia uma desconfiança prévia dos poderes públicos e principalmente do judiciário²⁶⁰. Essa mesma situação existiu no bairro Moravia, no qual os membros da comunidade, como proprietários ilegais, temiam relacionar-se com a justiça estatal, pois a formalidade dos procedimentos judiciais já questionava, inicialmente, sua condição de proprietários e, portanto, o direito de permanecer nos territórios ocupados. A relação da comunidade com as instituições e a lei era extremamente negativa, sinônimo de juridicidade associado à retaliação e violência, sobretudo do direito penal, pois a perspectiva de ação estatal nas comunidades, muitas vezes é dominada pela lógica da violência e do controle social, e não da construção de consensos.

Houve, segundo Roldán Salas, três etapas de luta na constituição do bairro de Moravia. A primeira que buscava o reconhecimento enquanto bairro diante dos poderes

²⁵⁹ SALAS, Hernando Roldán. **La justicia comunitaria y la construcción de consensos en las comunas de Medellín. Caso del barrio Moravia**, Justicia y Desarrollo. Debates. Paz y Democracia: el aporte de la justicia comunitaria. Bogotá. Ano II, n° 10, diciembre/1999. p. 97.

²⁶⁰ Ao analisar a questão comunitária no Rio de Janeiro, Boaventura adverte que: "A favela é um espaço territorial, cuja relativa autonomia decorre, entre outros fatores, da ilegalidade coletiva da habitação à luz do direito oficial brasileiro. Esta ilegalidade coletiva condiciona de modo estrutural o relacionamento da comunidade enquanto tal com o aparelho jurídico-político do Estado brasileiro. No caso específico de Pásargada, pode detectar-se a vigência não-oficial e precária de um direito interno e informal, gerido, entre outros, pela associação de moradores, e aplicável à prevenção e resolução de conflitos no seio da comunidade decorrentes da luta pela habitação. Este direito não-oficial – o direito de Pásargada como lhe poderei chamar – vigora em paralelo (ou em conflito) com o direito oficial brasileiro e é desta duplicidade jurídica que se alimenta estruturalmente a ordem jurídica de Pásargada. Entre os dois direitos estabelece-se uma relação de pluralismo jurídico muito complexa, que só uma análise muito minuciosa pode revelar." In, SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (org). op.cit. p.110.

públicos da cidade de Medellín, processo que contou com o apoio de diversos grupos civis e religiosos, e foi fundamental como gérmen de organização comunitária. Em um momento posterior há a luta da comunidade em torno de objetivos comuns, principalmente serviços públicos essenciais. E finalmente, uma etapa de luta relativa à constituição e defesa de espaços de relação social, pelo qual se inicia um processo de resolução de litígios por parte da própria comunidade²⁶¹.

Os espaços de relações sociais mais influentes na comunidade surgiram com o Comitê Popular e os Comitês de bairro, os quais tinham como função a resolução de controvérsias simples, entre vizinhos, violência contra mulheres, dentre outras questões.

Entre 1988 e 1992, há a intensificação da violência e a disseminação de grupos armados na comunidade, fato que acarreta a fragmentação da comunidade e o fechamento dos canais de participação. Como a comunidade não confiava no Estado e seus poderes, recorre, como forma de combater a violência vivida, ao auxílio de milícias armadas para efetuar a segurança. Ocorre, desse modo, a legitimação da violência na comunidade, com o poder dado a milícia para realizar o controle social nos bairros²⁶².

As milícias por sua vez trabalhavam com o enfrentamento militar, mas também como mediadores nos conflitos internos, do que decorreu uma série de arbitrariedades e práticas autoritárias. Desse modo, a instituição de uma liderança civil-militar diminuiu o fortalecimento das organizações da comunidade, há nesse período um modelo de autoritarismo, em oposição ao exercício democrático da justiça. Desde as lutas efetuadas pela comunidade em torno de objetivos comuns, até a apropriação do poder por parte das milícias há a constatação de uma normatividade alternativa, não positivada, à margem do Estado.

Em 1994, ocorre um processo de negociação entre o governo nacional e as milícias armadas consolidadas na comunidade. Tal negociação proporcionou à comunidade as condições para sua organização e congregação de interesses comuns, corporificada pelas 'mesas de trabalho' que estimulavam as assembléias populares e o estabelecimento de planos de desenvolvimento e pactos comunitários, voltados para a defesa dos interesses coletivos presentes na comunidade. As mesas de trabalho significaram um espaço de construção da coesão social abalada pela violência.²⁶³

²⁶¹ ROLDÁN SALAS, Hernando. op. cit, p. 89.

²⁶² ROLDÁN SALAS, Hernando. op. cit, p. 90.

²⁶³ ROLDÁN SALAS, Hernando. op. cit, p. 93 e 94.

Das mesas de trabalho, surgiu outro espaço importante em Moravia de canalização da institucionalidade popular em torno da paz e da convivência, os Centros Comunitários de Resolução e Conciliação de Conflitos.

O Centro Comunitário de Resolução e Conciliação de Conflitos (CCRCC)²⁶⁴, criado em 1995, teria por função resolver os diversos conflitos por meio de procedimentos consensuais regulares, prática democrática, estimulando o diálogo e o debate. Há vários exemplos de casos submetidos à esse centro, no entanto é significativo destacar que, em relação à sua autorização e legitimidade, não se cogitou qualquer licença perante o Estado.

A estrutura e funcionamento do CCRCC também são explorados no trabalho intitulado *“Justiça comunitária: marco para a reconfiguração político-jurídica na América Latina”*, no qual Thaisa de Souza aborda a justiça comunitária e sua inserção na América latina orientada pelo pluralismo jurídico²⁶⁵.

O destaque dessa pesquisa realizada pela mestranda do CPGD/UFSC é o fato da autora ter efetuado no ano de 2000 uma pesquisa de campo sobre a justiça comunitária na Colômbia com o apoio do Instituto de Serviços Legais Alternativos (ILSA), além de diversas organizações não-governamentais colombianas. Assim, por meio de entrevistas e da vivência direta dos conflitos e procedimentos comunitários utilizados a autora pode oferecer na dissertação sua apreensão teórica do processo de desenvolvimento da justiça comunitária na Colômbia.

Desse modo, ao analisar os Centros Comunitários, a autora defende que a finalidade desses espaços foi canalizar a institucionalidade popular e consolidar uma instância de participação comunitária apta a tomar decisões e efetuar planos de desenvolvimento para a comunidade. O Centro teve um papel importante no fortalecimento do tecido social da comunidade e na ruptura com práticas violentas de resolução de litígios pela aplicação dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, sobretudo a conciliação em equidade, a mediação, a pactuação e a concertação²⁶⁶.

²⁶⁴ Para uma análise mais minuciosa da estrutura de funcionamento do Centro Comunitário de Resolução e Conciliação de Conflitos ver as obras: VOCES QUE CONSTRUYEN CIUDAD. Sistematización. Mesa de Trabajo por la Paz y la CONVIVENCIA. RAMIREZ, José Hernán. **Proceso de paz en los barrios Moravia y El Bosque 1994-1997**. Medellín: Instituto Popular de Capacitación Popular de la Corporación de Promoción Popular (IPC) – Mesa de Trabajo por la Paz y la Convivencia “José Hernán Ramírez” – Asesoría de Paz y Convivencia de la Alcaldía de Medellín, 1997.

²⁶⁵ SOUZA, Thaisa de. **Justiça comunitária: reconfiguração da e esfera político-jurídica desde a experiência Colombiana**. Florianópolis, UFSC. Dissertação de mestrado, CPGD, UFSC. 2002.

²⁶⁶ Sobre o perfil dos casos submetidos ao Centro, Thaisa de Souza esclarece que “Os casos que chegam ao Centro são em sua grande maioria do tipo familiar e civil, restando alguns de matéria comercial, trabalhista e penal. Assim o repertório conflitivo predominante assenta-se sobre problemas domésticos, de convivência comunitária, de uso e gerência de bens privados (são freqüentes as disputas em torno de linhas limítrofes entre terrenos, de pagamento de aluguéis, dívidas ou serviços, de acertos de favores e empréstimos) de relações afetivas, familiares, entre casais, vizinhos e conhecidos. Como

Iniciativas como o Centro denotam a possibilidade das comunidades realizarem projetos de construção da convivência e da paz como projeto político e social.

Nos bairros periféricos como Moravia em Medellín, e podemos imaginar as favelas nacionais, há o potencial para a constituição de laços de solidariedade nas comunidades a fim de solidificar sua coesão como coletividade autônoma.

A experiência é relevante, sobretudo por demonstrar a transição de um contexto de violência vivido pela comunidade em questão para uma realidade de participação ativa da comunidade na administração de seus conflitos.

Um dos fatos mais significativos é a gênese no interior da comunidade de instâncias de resolução de conflitos com relativa autonomia e democratização dos processos decisórios, bem como a iniciativa em criar o plano de desenvolvimento comunitário.

Nesse contexto, a mediação e conciliação comunitária realmente facilitam o acesso à justiça da população envolvida, por meio de práticas participativas, diversas das proporcionadas pelos mecanismos formais. Há uma ruptura com os obstáculos econômicos, sociais e culturais ao acesso à justiça, analisados no segundo capítulo deste trabalho.

Não é a pretensão da pesquisa esgotar a análise das experiências comunitárias de justiça na Colômbia, mas sim delinear os seus aspectos mais relevantes. Assim, importa destacar como esse modelo possui elementos concretos de democratização da administração da justiça e configura exemplo de forma plural de acesso à justiça, notadamente por:

- a) caracterizar uma modalidade de pluralismo jurídico participativo-comunitário;
- b) ampliar a participação popular na gestão dos conflitos;
- c) configurar uma juridicidade construída pelas partes em detrimento de uma concepção puramente técnica do direito, ou seja, a equidade supera a dimensão formalista;
- d) estimular a descentralização do poder político-jurídico;
- e) favorecer a tolerância para com a alteridade.

Essas experiências de justiça comunitária ainda estão em curso e se caracterizam pela heterogeneidade. No entanto, com o intuito de aglutinar a potencialidade dessas práticas foi criada uma rede de justiça comunitária.

seria de se esperar, pelo tom muitas vezes emergencial desses conflitos do cotidiano, é bastante normal haver uma animosidade, ainda que sutil, entre as partes envolvidas. E o inusitado e imponderável não são surpresas raras no drama da vida diária.” SOUZA, Thaisa de. op. cit, p.102.

O objetivo principal da rede de justiça comunitária é abarcar essas iniciativas e trabalhar com os atores de base e as comunidades, visando à transformação das relações sociais.²⁶⁷

De acordo com a rede, a justiça comunitária designa

uma prática de administração de justiça que nasce da capacidade das comunidades e organizações populares para identificar e dar um tramite a sua conflitividade a partir de referenciais que surgem da vida em comum e de suas próprias experiências de luta. Trata-se nesse sentido de uma justiça desde e para o fortalecimento dos laços de convivência e dos vínculos organizativos que faz possível gerar condições para a transformação das realidades locais e regionais, vinculando os conflitos cotidianos com as variáveis estruturais do contexto social, político, econômico, cultural e ambiental e evidenciado como frente a uma justiça que principalmente reproduz a desigualdade, a exclusão e a marginalização, são possíveis outras práticas e outros referenciais de justiça.²⁶⁸

Ainda que haja a mencionada heterogeneidade no cenário de justiça comunitária, há três perspectivas que orientam a ação da rede: a idéia de descongestionamento dos despachos judiciais; a perspectiva do acesso à justiça; e o objetivo de reconstrução do tecido social²⁶⁹.

Descongestionamento dos despachos judiciais significa estimular as práticas de justiça comunitária como resposta à crise da administração da justiça. O acesso á justiça como sinônimo de ruptura com os obstáculos econômicos, sociais e culturais. E a reconstrução do tecido social voltada para desenvolver a autonomia da comunidade e o respeito à seu contexto sócio-cultural.²⁷⁰

Feitas essas observações surgem os questionamentos: Quais as relações entre a experiência de justiça comunitária brasileira e as observadas na Colômbia? Como potencializar os aspectos positivos dessas experiências? Como o pluralismo jurídico se

²⁶⁷ No sítio da Red de Justicia Comunitária, <http://www.reddejusticia.org.co/>

é possível conhecer os objetivos e a essência da rede:

“Quem somos?”

A rede de justiça comunitária e tratamento do conflito é uma confluência de organizações indígenas, afro-colombianas, cívicas, de mulheres, organizações não-governamentais e atores acadêmicos que na Colômbia trabalham pela paz com justiça social através do tratamento e transformação integral dos conflitos, a promoção e desenvolvimento da justiça comunitária e a articulação de organizações comunitárias e populares. A rede surgiu no ano de 1995 como uma expressão da sociedade civil para o impulso da paz, entendida esta como uma possibilidade de gerar capacidades coletivas para tratar os conflitos de forma não violenta e identificar e transformar as causas estruturais da violência.” (Tradução livre). (Tradução livre). Disponível em : <http://www.reddejusticia.org.co/> . Acesso em 23 de fevereiro de 2008.

²⁶⁸ PRIETO, Carlos Andrés. QUICENO, Fabián Eduardo. NINO, Edward Alexander. NIETO, Diego Alejandro. PRIMERA, German Eduardo. Red de Justicia Comunitaria y Tratamiento del conflicto. Equipo Académico (I-2006). p.14. **Uma mirada desde la Red de Justicia Comunitária a las políticas de Justicia en Equidad.** Bogota, 2006. Disponível em : <http://www.reddejusticia.org.co/> . Acesso em 14 de março de 2008. p.14.

²⁶⁹ PRIETO, Carlos Andrés. QUICENO, Fabián Eduardo. NINO, Edward Alexander. NIETO, Diego Alejandro. PRIMERA, German Eduardo. op.cit. p.17.

²⁷⁰ PRIETO, Carlos Andrés. QUICENO, Fabián Eduardo. NINO, Edward Alexander. NIETO, Diego Alejandro. PRIMERA, German Eduardo. op.cit. p.18.

articula com o acesso à justiça considerada a questão da justiça comunitária? Quais as principais críticas efetuadas as propostas de justiça comunitária. A discussão desses questionamentos é o objeto do próximo tópico.

3.2.3 APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE AS EXPERIÊNCIAS DE JUSTIÇA COMUNITÁRIA NO BRASIL E NA COLÔMBIA.

Delineados os principais elementos da experiência comunitária empreendida pelos órgãos de justiça vinculados ao governo brasileiro e das experiências coletadas na Colômbia é o momento de confrontar as propostas, objetivos e práticas dessas iniciativas.

A título de comparação entre as práticas de justiça comunitária desenvolvidas no Brasil e na Colômbia é interessante efetuar a análise, primeiramente, de quais seriam as convergências desses modelos, e subseqüentemente perquirir as divergências, visando tanto uma postura de análise crítica dessas manifestações, quanto um eventual planejamento tendente a rupturas e reformas dentro de ambas as experiências.

No que concerne às convergências temos o fato de que ambas as experiências:

- a) solidificam exemplos de manifestação do pluralismo jurídico participativo-comunitário, pela perspectiva diversa do modelo tradicional de trato do conflito, baseada em ações coletivas e descentralizadas, com ampla participação dos atores envolvidos, fato que caracteriza uma forma plural de acesso à justiça;
- b) estimulam ações participativas que visam a construção da autonomia e incentivo ao saber local, minimizando uma intervenção exógena em relação à comunidade;
- c) representam modalidades de resolução de conflitos que visam superar a lógica processualista e judicial dominante;
- d) valorizam o saber local e popular em detrimento da imposição da técnica pura e identificada com saber exclusivo do operador jurídico;
- e) constroem espaços de diálogo no qual a alteridade é trabalhada e os eventuais conflitos não são reduzidos à uma dimensão patrimonialista e

submetidos à lógica tradicional do perdedor-ganhador. Desse modo, em última análise, prevalece a recomposição dos laços sociais, muitas vezes abalados com o surgimento do conflito;

- f) visualizam nas comunidades, espaços marcados por estigmatização, preconceitos e privações o locus responsável por práticas emancipatórias e superação de opressões;

Naturalmente que essas considerações partem de um modelo ideal de ambas as experiências. Em relação aos eventuais casos em questão, partindo de uma tipologia simplificada dos conflitos possíveis no âmbito comunitário temos que poderão ser entre indivíduos, entre indivíduos e a comunidade, entre duas comunidades, ou entre indivíduos e o Estado, ou entre a comunidade e o Estado, desse modo:

Indivíduo X indivíduo;

Indivíduo X comunidade;

Comunidade X comunidade;

Indivíduo X Estado;

Comunidade X Estado;

No caso de conflitos entre indivíduos, como nos casos de família, de disputa entre vizinhos por questões de limites entre propriedades, dentre vários outros exemplos, a justiça comunitária possui elementos para intervir nessas questões. Parece claro que até mesmo casos envolvendo conflitos entre duas comunidades podem ser administrados com êxito pelos conselhos comunitários e com a participação ativa da comunidade. O grande problema seria nos conflitos envolvendo o indivíduo ou a comunidade em oposição ao Estado, por exemplo, como nos casos penais, ou nos de regularização fundiária, a título de exemplo. Mesmo com a organização e busca da autonomia pelas comunidades, a indisposição com o Estado em alguns casos persiste devido ao não reconhecimento do título de posse ou de propriedade dos moradores, a utilização do poder de polícia de forma ostensiva nas comunidades marginalizadas, e o não oferecimento de serviços públicos essenciais pelo Estado, como água, transporte escolas, etc. A justiça comunitária independe do Estado para sua aplicação e desenvolvimento e pode se constituir em importante mecanismo de defesa e construção de direitos por parte da comunidade para se opor às políticas públicas excludentes por parte do Estado, como a elaboração dos pactos comunitários colombianos evidenciou.

No que concerne às peculiaridades do programa de justiça brasileira em relação ao caso colombiano temos o fato do Estado e seus órgãos oficiais efetuarem a iniciativa do projeto nacional.

A intervenção estatal foi planejada por meio do mapeamento social, da seleção dos agentes comunitários, instituição dos espaços, coleta de dados, dentre outras ações. Tal racionalização prévia pode ser construtiva, por revelar as carências, talentos e influência de forças na comunidade em questão, porém o fato crucial nesse particular residiria na averiguação se, de fato, a intervenção visa à autonomia da comunidade e seus atores. Assim o programa não pode se constituir como a implementação de uma burocracia vertical, ainda que simplificada, sob a ação dos agentes comunitários, e tem como ponto positivo explorar a interação entre as esferas institucionais e as não formais

.²⁷¹

Há elementos que denotam o estímulo da autonomia local, como a utilização de membros da própria comunidade para a figura do agente comunitário, porém o projeto nacional apresenta resquícios de controle social por parte do Estado, como a influência do Ministério público na comunidade nas questões penais, fato que pode impedir a autonomia comunitária.

No caso colombiano chama a atenção a espontaneidade e multiplicidade das ações, além do fato de existirem diversos atores envolvidos no processo de desenvolvimento de justiça comunitária. A organização da Red de Justicia Comunitária é uma sólida evidencia da relevância e abrangência das iniciativas voltadas para a justiça comunitária.

Outro ponto relevante que merece atenção na análise das experiências colombianas é a tentativa de articular os setores de base na sociedade com um projeto político de influência na atuação estatal e nas políticas governamentais.

Ao que parece, a coesão social das comunidades adquirem maior força quando nascem de maneira espontânea, e todo o esforço de políticas como a realizada pelo governo brasileiro é garantir a apropriação pela comunidade dos espaços criados, a fim de que não sejam vistos como algo exógeno, desvinculado do contexto comunitário.

Um contraponto é preciso ser realizado. Vários autores advertem para a ambigüidade e risco que a idéia de estímulo às práticas de justiça comunitária pode adquirir²⁷².

²⁷¹ Wolkmer adverte para a dupla frente em que uma produção de direitos comunitários definidos como insurgentes deve atuar, por um lado explorar as práticas ou mecanismos legais institucionais de produção alternativa existentes dentro do Direito positivo oficial do Estado, e por outro estimular as práticas ou mecanismos legais não-institucionalizados de produção alternativa fora da órbita do Direito Estatal positivo. “Com efeito, o grande esforço é não só empenhar-se pela criação de ‘direitos comunitários’ insurgentes gerados pelas necessidades da população e definir novas instancias informais de resolução de conflitos, como, também, de um lado, lutar pela afirmação de direitos já existentes na legislação mas não regulamentados (ou sem eficácia), de outro, explorar as possibilidades das práticas de justiça informal oferecidas pelo próprio Direito oficial do Estado.” WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. p. 289.

Há, nesse sentido, uma compreensão de que os setores administrativos de planejamento, vinculados aos Ministérios de Justiça, sobretudo no caso colombiano, sofrem influência cada vez maior de agências e órgãos internacionais a fim de efetuem reformas relacionadas à administração da justiça. O que aparenta ser uma descentralização de poder decisório e estímulo à participação tem, em verdade, a finalidade de concentrar as ações sobre o sistema judicial. Desse modo, esferas de decisão tecnocrática como o BID, o Banco Mundial, dentre outros setores financiam programas de reformas na justiça, a fim de garantir a prevalência de princípios neoliberais na sociedade, pois os mecanismos não estatais garantem que os conflitos sejam resolvidos de maneira rápida e com um baixo custo, garantido o livre desenvolvimento do mercado, e o descongestionamento da justiça formal²⁷³.

Como o capital requer um Estado menos oneroso, e nesse sentido uma administração da justiça eficiente a custos menores, a justiça comunitária e os procedimentos alternativos teriam a vantagem de reduzir esse custo e ao mesmo tempo garantir a manutenção da ordem e segurança para o mercado²⁷⁴.

Acresce a essa crítica a afirmação de que esses mecanismos terminariam por promover a justiça social aos incluídos, e dispensar uma justiça precária, de 'segunda classe', aos excluídos.

Há um processo dialético que contrapõe dentro da experiência comunitária as iniciativas com interesses neoliberais de um lado, e de outro as reais necessidades das comunidades marginalizadas que a democratização da administração da justiça tenta contemplar. Portanto, o objetivo é que a justiça comunitária garanta o estímulo à participação político-jurídica e a autonomia das comunidades.

²⁷² Essa ambigüidade presente em um projeto com foco na comunidade é explorado pelas considerações de Ardila, ao afirmar que a justiça comunitária pode servir tanto para impulsionar projetos e reivindicações de movimentos sociais, quanto como para implementar uma espécie de segregação, pela qual se ofereceria como comunitária uma justiça na verdade precária, mas ainda vinculada ao controle social do Estado, desse modo: "A justiça comunitaria como ferramenta de construção democrática se analisa em três níveis: 1) o da dinamica específica de gestão de conflitos e regulação; 2) o dos processos gerais das comunidades nas quais operam suas instituições e mecanismos, e 3) o das estruturas sociais gerais, nacionais e globais, nas quais se inserem tais comunidades e suas figuras de justiça. Em todos eles a justiça comunitaria pode julgar tanto um rol democratizador como subordinante ou excludente. [...] Por tal motivo, hoje podem se encontrar estratégias nesse terreno tanto no mais dinâmico e progressista dos movimentos sociais, como nas políticas de agências nacionais e internacionais com claros propósitos de controle social heterônomo e subordinante." ARDILA AMAYA, Edgar, et al. **Memorias II Conferencia Internacional de Justicia Comunitaria "Construir Democracia Hoy"**. Red de Justicia Comunitaria y Tratamiento del Conflicto. Bogotá, 2005. p. 7 e 8.

²⁷³ PRIETO, Carlos Andrés. QUICENO, Fabián Eduardo. NINO, Edward Alexander. NIETO, Diego Alejandro. PRIMERA, German Eduardo. op. cit p. 7.

²⁷⁴ CAPELLA, Juan Ramon. **Fruto Proibido. Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p 62.

Igualmente importante nesse particular é o fato do processo de reivindicação e luta das comunidades, dos movimentos e demais atores sociais por suas necessidades materiais não se constituir em um processo pacífico.

Exemplo de que a implementação de modelos alternativos, com objetivo de romper com as práticas jurídicas tradicionais e estimular a emancipação comunitária não ocorre de forma consensual, com o beneplácito da ordem hegemônica e da cultura oficial, foi a notícia veiculada na Revista Veja, uma das mais influentes no Brasil, com críticas pejorativas e irônicas a política do governo Boliviano que delegou, com fundamento no respeito ao pluralismo jurídico e à cultura indígena, autonomia para alguns tribunais indígenas julgar delitos no interior da comunidade²⁷⁵

A matéria não tem conteúdo informativo, mas valorativo. É carregada de adjetivos e um sarcasmo no trato da questão. O presidente já é definido como esdrúxulo e

²⁷⁵ Atraso

A justiça do açoite

Em nome da tradição, o esdrúxulo
Evo Morales quer legalizar os tribunais
indígenas e suas penas bárbaras

Marcelo Bortoloti

O presidente boliviano, Evo Morales, é um homem que se orgulha das tradições indígenas de seu povo. Agora, em nome do respeito à cultura de seus ancestrais e tomado pelo espírito primitivo do "olho por olho, dente por dente", quer legalizar a punição por chibatadas na Bolívia. Essa é uma das mudanças propostas no Projeto de Lei de Justiça Comunitária dos Povos Indígenas e Comunidades Camponesas, entregue há duas semanas à Câmara dos Deputados da Bolívia. A idéia do projeto é incluir na estrutura jurídica oficial do país os tribunais de tribos indígenas e comunidades rurais. Esses tribunais comunitários já atuam informalmente no país. Por sua conta – mas ao largo da lei –, julgam crimes em regiões do interior e aplicam penas que variam de um simples pedido de desculpas (de joelhos) a açoitamento, trabalhos forçados, exílio da tribo e até linchamento.

A Bolívia tem 9 milhões de habitantes, dos quais 60% são de origem indígena e formaram uma parcela decisiva na eleição de Morales. Três milhões deles vivem em comunidades camponesas que mantêm algumas tradições pré-colombianas, como o tribunal comunitário. Em praça pública, os anciãos da tribo decidem a sorte de quem cometeu delitos como roubo, agressão, adultério ou assassinato. O novo projeto de lei pretende instituir a chamada "pluralidade jurídica" no país. Esses tribunais seriam complementares à Justiça comum, julgando e punindo crimes dentro de sua jurisdição, geralmente uma aldeia ou um bairro. Todos os cidadãos que moram ali, brancos ou índios, estariam submetidos ao veredicto dos anciãos. Os criminosos brancos, no entanto, se insatisfeitos com o julgamento, poderiam recorrer à Justiça comum. Já aos indígenas restaria apenas suportar o peso da chibata – com um cuidado especial. "Os açoitamentos não podem deixar marcas, porque isso significaria violar os direitos humanos", diz o diretor de Justiça Comunitária do Ministério da Justiça boliviano, Petronilo Flores. Ou seja, aos olhos do governo boliviano, até a tortura é justificável, desde que não deixe rastros (quem sabe algum cacique sugira que os bolivianos se utilizem de uma toalha molhada...).

"Evo Morales quer revogar conquistas importantes do direito e usa como fachada a legitimação da cultura local", diz o professor de direito internacional da USP Paulo Castella. Qualquer acordo internacional de direitos humanos, como o Pacto de San José, de 1969, do qual a Bolívia é signatária, proíbe terminantemente os castigos físicos ou vexatórios e assegura a todo cidadão o acesso à Justiça. E aí vem o pior. É em nome dessa garantia que o governo Morales defende os tribunais comunitários. O caráter gratuito, rápido e participativo dessa "justiça" a tornaria mais útil à população indígena do que a Justiça comum, marcada pela lentidão e por denúncias de corrupção. No receituário boliviano, a solução está no atraso. Disponível em: http://veja.abril.com.br/020507/p_102.shtml . Acesso em 04 de junho de 2008.

signatário da Lei de Talião no início da reportagem. A concepção de pluralidade jurídica é inserida no texto sem a menor explicação conceitual e entre aspas, com o intuito de desqualificar a implantação dos tribunais comunitários. E finalmente, no término da matéria, surge um professor universitário, especialista no tema, com o argumento de autoridade e representando o saber técnico jurídico competente, para referendar a posição da revista. Não há uma abordagem rigorosa ou a menção dos objetivos dos tribunais comunitários, que são, durante toda a reportagem, apresentados como uma modalidade primitiva de resolução de litígios.

Nessa notícia há um ataque ao pluralismo jurídico e a justiça comunitária, de forma acrítica e descontextualizada, pois a notícia é superficial e elabora um juízo de valor claro sobre o tema: os tribunais comunitários representam o atraso.

Como a produção científica acadêmica pode se contrapor a esse tipo de discurso pejorativo em relação a um conceito ou proposta quando uma notícia como essa tem evidente impacto social, pois disseminada em uma revista com ampla divulgação e um número considerável de leitores?

A despeito dessa modalidade de análise distorcida, própria de um veículo de comunicação de massa, a questão pode ser analisada de maneira mais acurada. Mantendo sua posição crítica, Borrero ressalta que há um interesse do Estado em que as comunidades, sobretudo indígenas, desenvolvam certa autonomia administrativa e de poder punitivo, pois isso lhe seria conveniente por dois aspectos: em primeiro lugar porque evitaria que o Estado despendesse recursos para implementar seu aparelho burocrático de administração e coerção, e ampliaria o isolamento da comunidade em relação à sociedade. Apesar disso, o Estado ainda manteria seu controle externo em relação a essa comunidade. Em segundo lugar, caso essa comunidade desenvolva uma autonomia incômoda diante do Estado, haveria duas opções, uma de neutralizar e desconhecer a organização comunitária a fim de reassumir o controle social, ou permitir o desenvolvimento da autonomia da comunidade, mas a afastando de outros movimentos sociais²⁷⁶.

²⁷⁶ Considerando o caso indígena especificamente, Borrero discorre sobre a importância do grupo social em questão reconhecer sua regulação como direito, e a relação desse fato com a autonomia: "Na medida em que estas comunidades participam de uma formação social diferente e, em muitos aspectos, divergentes delas, o respeito pelas suas próprias regulações não é automático, mas se estabelece em uma relação tensionante e subordinada. Mas não há alternativa. A sobrevivência da fórmula de vida comunitária depende de sua autonomia para fixar regras próprias que sejam aceitas e impulsionadas por seus membros. No caso dos povos indígenas, estas fórmulas de vida contradizem as fórmulas de vida na sociedade mais ampla que as integra. Portanto, eles sobreviverão criando suas regulações e, ao mesmo tempo, ganhando espaços frente à normatização generalizadora. Não há opções neutras ou indiferentes que não levem, a médio ou curto prazo, à integração e destruição do modelo de vida indígena. Agora, poder-se-ia discutir se esta regulação própria feita pela comunidade constitui direito e se ela é propiciada ou tolerada pelo próprio Estado através da legalidade oficial. No primeiro caso, a pergunta seria a

A despeito das críticas de que são passíveis as proposições da justiça comunitária, é válido afirmar que o potencial emancipatório dessas práticas supera suas limitações, sendo dessa forma uma importante expressão de pluralismo jurídico comunitário-participativo que caracteriza uma modalidade plural de acesso à justiça²⁷⁷.

Feita essa breve comparação entre as experiências de justiça comunitária, é preciso avançar. Considerando o propósito da pesquisa de analisar as relações do pluralismo jurídico com o acesso à justiça, e tendo sido efetuada a abordagem da justiça comunitária como espécie de forma plural de acesso à justiça, chega o momento de se discorrer sobre o cenário prospectivo das formas plurais de acesso á justiça. Esse é o objetivo do tópico subseqüente.

3.3. CENÁRIO PROSPECTIVO DAS FORMAS PLURAIS DE ACESSO À JUSTIÇA

seguinte: qual é a especificidade que faz com que uma determinada regulação de relações sociais das comunidades se converta em direito? Creio que , a este respeito, há dois caminhos não excludentes de interpretação: O primeiro tende a buscar dentro das próprias categorias da regulação aquelas que constituiriam o específico do direito. Dir-se-ia, por exemplo, que aquelas relacionadas com a função de castigar, contratar ou regulamentar a propriedade, constituirão sempre direito. O segundo caminho consiste em considerar como direito aquilo que socialmente se reconhece como tal. Assim, em épocas passadas esta função definidora corresponderia à Igreja, ao rei ou a formas de consulta popular. Hoje, o monopólio do Estado sobre a criação da normatividade, a coerção e a regulação das relações entre indivíduos e o Estado seria determinante na definição do que se considera como direito. Segundo a postura teórica adotada, a conclusão a que se chegue dará maior ou menor força intrínseca a certas formas de regulação social. Mas o importante, neste caso, é se os próprios grupos assumem suas regulações como direito.” BORRERO, Camilo. op. cit. p. 48 e 49.

²⁷⁷ Uma constatação lúcida sobre as vantagens da justiça comunitária é oferecida por Tais de Souza: “De antemão, a justiça comunitária não é garantia implícita de equidade e de obtenção de decisões autônoma e democraticamente construídas pelas partes envolvidas num conflito. Mas, invariavelmente, o que se mantém através dela e constitui-se em seu grande atributo é a proximidade física e psicológica da procedimentalidade jurídica, traduzida e incorporada à realidade diária das pessoas. Esse, que é um ganho quantitativo – já que mais pessoas, em especial aquelas que pela violência estrutural sofrida estão normalmente distanciadas do acesso á justiça e do tratamento igualitário nas portas do poder judicial, têm a possibilidade de usufruir um mecanismo legítimo e válido de resolução dos seus conflitos -, mas, sobretudo, qualitativo, pela forma como são originadas as decisões e as finalidades a que se remetem. Pois, o que se pretende obter do conflito é um consenso realizado pelas próprias partes – tendo a figura do conciliador como facilitador-, em que os envolvidos num determinado problema sejam os mesmos a promoverem sua resolução, que, não obstante se destine a dar cabo e/ou esclarecer uma situação de atrito, não propugna por uma fictícia instauração de não-conflito e muito menos pela extinção total da tensão. Sendo a intenção a de tratar a situação conflituosa, sabe-se que essa não se extinguirá repentinamente da convivência.” SOUZA, Tais de Souza, op. cit. 109.

Contrastadas as experiências de justiça comunitária resta discorrer sobre o cenário prospectivo das ações nesse sentido, bem como reafirmar os pontos de maior vitalidade que uma aceção plural de acesso à justiça possui.

Talvez a experiência de forma plural de acesso á justiça desenvolvida no Brasil que possui maior afinidade com o modelo de justiça comunitária colombiano e que tem potencial de aprimoramentos e difusão na sociedade seja o Balcão de Direitos. Essa iniciativa evidencia um exemplo dentre as possibilidades e dinamicidade que a idéia de formas plurais de acesso à justiça traduz.

O projeto Balcão de Direitos teve sua gênese no Rio de Janeiro e desenvolveu uma metodologia própria para atuar nas favelas da região a fim de articular as práticas jurídicas com a valorização do saber local²⁷⁸.

No Balcão de Direitos há uma espécie de transição de um projeto meramente assistencialista de informação e divulgação de direitos nos setores excluídos na sociedade para uma inserção de fato nas comunidades, constatada as limitações das propostas assistencialistas. Assim, a atuação tem o objetivo de inserir a mediação na comunidade como meio para favorecer sua autonomia e autogestão na administração dos conflitos. Tal modalidade de justiça comunitária não desvincula a dimensão individual da coletiva, ou seja, a resolução de um conflito deve ser avaliada em conjunto com o contexto da comunidade, sua dimensão valorativa e de privação material. Outro aspecto que merece atenção é a importância para a prevenção de conflitos que o Balcão de Direitos exerce.

Warat aborda esse projeto atentando para a ‘desescolarização’ que as ações do Balcão de Direitos provocam. Tal conceito está relacionado com diversos elementos da educação popular, da pedagogia da autonomia e também com os elementos da

²⁷⁸ Nas palavras dos autores e de forma sucinta: “O Balcão de direitos é o resultado da solicitação de 25 líderes comunitários junto ao Viva Rio em 1995, onde foi ressaltada a necessidade da efetivação de projetos de assistência jurídica às áreas de favela do Rio de Janeiro. [...] Daí ter sido desenvolvida toda uma metodologia e confeccionados instrumentos pedagógicos e jurídico-formais adequados para as conjunturas socioculturais destas localidades, levando-se em consideração sua distribuição de poder, percepção de direitos e deveres e, fundamentalmente, as relações, envolvimento e carências destas comunidades para com o Estado. [...] A postura implementada pelo Balcão de Direitos, então, procura não se efetivar via a formalização jurídica ou do assistencialismo protetor e de vanguarda. A postura da valorização dos recursos locais, que prioriza a participação efetiva dos envolvidos é um elemento fundamental tanto na busca do reconhecimento legítimo dos atores sociais nestas comunidades, marcadamente empobrecidas e marginalizadas, até mesmo simbolicamente, em suas relações com a esfera pública. A distribuição do conhecimento jurídico se faz assim necessária através de linguagem clara e direta, ativando expectativas e argumentos para a garantia de direitos, seja de forma conciliadora ou mesmo litigante. [...] O Balcão, em síntese, procura equilibrar a prática do direito nas comunidades com a tentativa de inclusão de valores como a reciprocidade, a pluralidade e a tolerância”. Ribeiro, Paulo Jorge, Strozenberg, Pedro. *Mais do que um Acerto de Contas – Teorias, Práticas e Avaliações da Trajetória do Balcão de Direitos*, in Ribeiro, Paulo Jorge, Strozenberg, Pedro (Org.) (2001), **Balcão de Direitos: Resoluções de conflitos em favelas do Rio de Janeiro: imagens e linguagens**. Rio de Janeiro, Manad. p.10.

justiça comunitária, sobretudo a concepção de coercibilidade derivada do contexto social. É perceptível no discurso também a ênfase na sociedade e não em um modelo normativo autoreferencial.²⁷⁹

Esse processo opõe-se ao modelo de cidadão individualista, cuja cidadania se reduziria ao consumo e ao direito de voto, como almejam as instâncias de poder da sociedade capitalista contemporânea. Ao tratar da questão, Capella elabora o conceito de ‘cidadãos-servos’, os quais designariam sujeitos teoricamente dotados de direitos, mas sem poder, em razão da prevalência do mercado e da privatização individualista.

Os cidadãos se dobraram em servos ao ter dissolvido seu poder, ao confiar só ao Estado a tutela de seus “direitos”, ao tolerar uma democratização falsa e insuficiente que não impede o poder político privado modelar a “vontade estatal”, que facilita o crescimento, supra-estatal e extra-estatal, desse poder privado. E os seres humanos ficaram dotados de “cidadania” ante o Estado quando não é já o Estado um soberano: quando cristaliza outro poder, superior e distinto, supra-estatal e internacional, essencialmente antidemocrático que persegue, violentamente, seus fins particulares.²⁸⁰

Uma forma de contraposição a essa servidão seria, segundo Capella, a ênfase na comunidade, seus valores e vínculos sociais. O modelo comunitário constituído com o intuito de superar a lógica discursiva da cidadania e que se fundamente na cooperação e edificação de novos espaços e bens públicos participativos, de uma forma não subordinada ou dependente das esferas burocráticas de intervenção.

Tanto a proposta de Capella, quanto o eixo teórico que orienta o Balcão de Direitos é o pluralismo jurídico, dado o pressuposto das limitações paradigmáticas do positivismo jurídico kelseniano e do monismo representado pelo direito do Estado. Desse modo, há o propósito de se elaborar uma metodologia jurídica particular, que considere as relações, valores e necessidades das comunidades marginalizadas e

²⁷⁹ De acordo com o filósofo do direito argentino radicado no Brasil: “Através desses programas de humanização, a aprendizagem do Direito torna-se uma possibilidade para todas as camadas de excluídos sociais. As pessoas, os diferentes grupos comunitários aprendem quais são os seus direitos a partir da sua própria experiência, começam a conhecer o direito a partir de suas próprias problemáticas. Aprender o Direito deixa de ser um privilégio dentro dos processos de formação dos futuros operadores jurídicos, transforma-se numa aprendizagem da própria cidadania. A desescolarização do Direito representa uma instância de aprendizagem realizada através do diálogo com o outro e não mais o domínio erudito de um saber unicamente operacionalizável entre *experts*. Um diálogo sobredeterminado pelo conjunto de imago-ideias constitutivas de sua micro-cultura comunitária. Desta forma, aprende-se Direito entendendo de pessoas e não de normas.” WARAT, Luiz Alberto. op. cit. p.202.

²⁸⁰ CAPELLA, Juan Ramon. **Os Cidadãos Servos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 147 e 148.

priorize a mediação como modalidade de se construir espaços voltados para o diálogo e a construção de decisões²⁸¹.

Nessa atuação há uma inter-relação entre as normas jurídicas e o manancial axiológico presente na comunidade em questão. A vantagem em comparação com o método jurídico tradicional é a superação da aplicação vertical e unilateral por parte do juiz a um caso concreto, fundamentado na coação, compreendida nesse paradigma como caracterizador do jurídico. Assim, a perspectiva horizontal, que favorece o diálogo e a interação, consolida a mediação como modalidade de resolução de conflito que busca uma decisão construída entre as partes.

Souza Neto insere a discussão do Balcão na filosofia do direito e sustenta ser a proposta da tópico-retórica, pela qual o projeto se orienta, o meio mais apropriado de gestão de conflitos, em oposição à metodologia normativista do positivismo tradicional. Nesse contexto, há uma busca pela “lógica do razoável” de modo que seria através de argumentos razoáveis que a decisão construída no caso concreto buscará a adesão da comunidade a que se destina, ou seja, há uma sobreposição do problema à norma pura e simples, e também a relevância dos valores comunitários. Assim, o convencimento das partes é mais importante do que um comportamento influenciado pela coação.²⁸²

O Balcão de direitos, enquanto exemplo de modalidade plural de acesso à justiça traduz a importância da descentralização, participação de novos atores e constituição de espaços alternativos de juridicidade. Esses vetores estão relacionados com ações democráticas, sobretudo aquelas em que se busca a superação da democracia meramente representativa.

Há a constatação da mútua influencia entre as ações dos organismos estatais clássicos com os grupos da sociedade civil organizada, que abrange serviços legais tradicionais ou inovadores, como o Balcão de Direitos. O objetivo das formas plurais de acesso à justiça, nesse cenário, seria a organização das comunidades, visando a

²⁸¹ Souza Neto, Cláudio Pereira de. “Balcão de direitos, Retórica e Mediação: notas sobre a possibilidade de uma metodologia jurídica própria”, In Ribeiro, Paulo Jorge, Strozenberg, Pedro (Org.) op. cit. p. 82.

²⁸² A técnica também possui um papel minimizado no processo, uma vez que ao mediador na condução do conflito não cabe o papel de detentor do conhecimento: “Sob esse ponto de vista, ao invés do mediador trazer ao debate um conhecimento que ele monopoliza, buscará construir argumentativamente, junto com as partes, o arcabouço normativo em que se fundamentará a conciliação. Ao invés de se colocar na posição do jurista que detém o conhecimento e o impõe aos não-juristas, o mediador assume a postura de um facilitador que opera com as perspectivas dos envolvidos no diálogo. Isso não reduz a importância de sua participação. Sua função será justamente a de catalizar o diálogo, aprofundando os pontos de convergência, e de criar um ambiente de predisposição para acordo, evitando que outras forças, que não as dos melhores argumentos, interfiram na interação entre as partes.” Souza Neto, Cláudio Pereira de. Op. cit. p. 84. Para um aprofundamento na discussão acerca da tópico-retórica consultar PERELMAN, Chaim. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie,. **Tratado de argumentação**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. e VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

própria resolução de seus conflitos, ainda que não prescindam dos serviços jurídicos tradicionais²⁸³.

O ponto de convergência entre as várias expressões postulantes de uma democratização da administração da justiça reside na defesa de que a ampliação da participação nas decisões jurídicas é fundamental para a renovação e abertura do sistema, há nesse processo uma redefinição das identidades e vínculos.²⁸⁴

Nesse sentido e a título de exemplo, o processo de democratização no Brasil assistiu a emergência de diversos movimentos comunitários exigindo o direito de participar das decisões locais, como foram exemplos as propostas de “Orçamento Participativo”, nas quais, participar é sinônimo de poder influenciar decisões governamentais²⁸⁵.

O exemplo do orçamento participativo é relevante por representar uma combinação de democracia representativa com a participativa, e no âmbito local os indivíduos e grupos participam de um processo de decisão e discussão de modalidades de aplicação de recursos públicos. Assim, os próprios atores sociais definem a modalidade de acesso e destinação de bens públicos.

Um contraponto deve ser feito. A dinâmica de funcionamento das assembleias de orçamento participativo ocorre de forma aberta aos participantes, os quais têm poder para definir algumas regras de funcionamento interno e a decisão dos investimentos dos recursos com base em critérios técnicos, legais e de equilíbrio financeiro. O problema surge quando a esfera de participação é criada, a comunidade participa, no entanto o discurso técnico prevalece, inibindo os indivíduos e grupos de efetuarem uma intervenção mais ativa no processo. A questão não é se opor às assembleias participativas, mas definir como o discurso técnico não irá prevalecer, e ainda o fato da instância ter sido criada e contar com a participação da comunidade referendar a decisão tomada, ainda que contra seus próprios interesses.

²⁸³ Ao analisar iniciativas relacionadas ao Balcão de Direitos, Alexandre Veronese conceitua como ‘projetos de intervenção jurídica popular’ as ações que combinam mediação com serviços tradicionais. De acordo com o autor, um projeto baseado em um modelo emancipatório deve auxiliar a comunidade na organização de sua própria autonomia, a fim de dotá-la de poder diante dos governos e demais setores sociais. VERONESE, Alexandre. “Direito na fronteira ou fronteira do Direito: experiências de projetos do Programa Nacional Balcão de Direito. In: **O terceiro poder em crise: impasses e saídas**. São Paulo, Cadernos Adenauer, Ano III, 2002, n° 6. p. 111.

²⁸⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 59.

²⁸⁵ Para um exame acurado dessa temática consultar: AVRITZER, Leonardo. Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p.561.

O paradoxal, segundo Boaventura de Souza Santos, na análise da coerência entre o discurso e a prática da democracia seria a constatação de que “o modelo hegemônico de democracia tem sido hostil à participação ativa dos cidadãos na vida política e, quando a tem aceitado, a tem confinado em nível local.²⁸⁶” Considerado esse fato, é preciso então estimular o local, que representaria o contra-hegemônico, trata-se de uma articulação que privilegia a comunidade.

Essa postura contra-hegemônica fortalece a democracia e tem como mecanismos a organização das práticas locais em redes, nos diversos níveis, tanto nacionais, quanto globais.

Assim, a relação entre democracia participativa e representativa deve obedecer a duas formas de interação: a coexistência e a complementaridade. A coexistência deve se dar em níveis diversos, na organização administrativa e variação de desenho institucional. Já a complementaridade significa o reconhecimento dos governos e o incentivo a práticas de inclusão social e abertura à participação dos indivíduos e grupos nos processos decisórios. A democracia é um conceito carregado de originalidade e deve estar permanentemente buscando experimentos e novos modelos, com forma de catalisar movimentos emancipatórios²⁸⁷.

Considerado a proposta do presente trabalho de desconstruir, por meio da crítica, uma concepção oficial e técnica que permeia as reflexões do acesso à justiça, o ideal de equidade e coercibilidade derivada do contexto comunitário é assaz relevante nesse contexto.

Privilegiando a interdisciplinaridade, essa crítica ao acesso à justiça, tendo como parâmetro o pluralismo jurídico, a valorização da participação e a coercibilidade decorrente do contexto comunitário, encontra respaldo na literatura.

A título de exemplo, a obra de François Rabelais é tida como uma das mais importantes produções literárias do período do Renascimento. Em seu livro “Gargantua e Pantagruel”, o autor elabora uma rica apreensão da sociedade francesa, dando especial destaque a relação entre a cultura popular e a cultura oficial na transição da Idade Média para o Renascimento. Há constantes sátiras aos costumes e as instituições da época, críticas à hierarquia das relações sociais dominantes e à ideologia oficial. Nesse quadro, o direito não passa incólume à Rabelais.

²⁸⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit. p. 73.

²⁸⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit. p. 76.

No capítulo XXXVII, denominado “Como Pantagruel persuadiu Panurge a receber conselhos de um louco”, Rabelais efetua uma cômica crítica ao direito oficial, que pode ser relacionada à discussão realizada nesse trabalho.²⁸⁸

O capítulo descreve um conflito que reclama uma solução jurídica. O conflito decore da seguinte situação: em uma rua de Paris, um comerciante vendia sua carne aos transeuntes. Um andarilho resolve defumar seu pão com a fumaça emanada da carne do vendedor. Ao perceber essa ação, o comerciante indigna-se e reclama ter sido lesado pelo oportunismo do andarilho em se aproveitar de um seu produto sem sua anuência, de modo que reclama um justo pagamento perante o suposto aproveitador. Tem início uma contenda entre os dois que culmina na aceitação de ambos em submeter o conflito à apreciação de um árbitro designado pelas partes. Valendo-se da ignorância do andarilho acerca dos moradores da região, o comerciante sugere como árbitro um notório louco da cidade, exaltando-o não como louco, mas sim como um grande nobre, a fim de convencer seu adversário no conflito a aceitá-lo como responsável pela solução do caso. Obtida a anuência de ambos, é chamado o árbitro, o qual diante da multidão solicita uma moeda ao andarilho. Tendo a moeda em mãos, começa a efetuar nela várias batidas com seu dedo indicador como se para avaliar sua consistência. Em seguida a sentença do árbitro: se o andarilho deve pagar pela fumaça emanada da carne, o comerciante deve receber pelo som da moeda do andarilho. A

²⁸⁸ “Em Paris, no restaurante do pequeno Chastelet, diante de um fogão, um trapeiro comia seu pão bem enfumaçado com a fumaça que saía do assado, e o achava, assim perfumado, grandemente saboroso. Afinal, quando todo o pão foi comido o dono agarrou-o pela gola, querendo que ele pagasse a fumaça da carne assada. O outro afirmava que em nada afetara a carne, que nada recebera dele, que em nada lhe era devedor. A fumaça que estava em questão se evaporava por fora; assim se perdia de todo; jamais ouvira dizer que em Paris se vendesse na rua fumaça de carne assada. O dono replicava que a fumaça de seus assados não se destinava a alimentar os vagabundos, e ameaçou-o de tomar-lhe o saco de trapos se não pagasse. O trapeiro pegou um bastão e dispôs-se se defender. A altercação foi séria; o povo de Paris, pasmado correu de todos os lados. Lá se encontrava a propósito Seigni Joan, o louco, cidadão de Paris. Vendo-o, o dono do restaurante perguntou ao trapeiro: “Queres que a nossa divergência seja exposta a esse nobre Seigni Joan? _ Sim, por Deus, respondeu o trapeiro. Então Seigni Joan, depois de ter ouvido a sua discórdia, mandou que o trapeiro tirasse da bolsa uma moeda de prata. O trapeiro lhe entregou um tornes filipino. Seigni Joan o pegou e colocou-o sobre o ombro esquerdo, como para verificar seu peso; depois o sustentou na palma da mão esquerda, como para ver se era de bom quilate; depois o levou junto de seu olho direito, como para ver se estava bem marcado. Tudo isso foi feito no meio de silêncio profundo de todo o povo pasmado, com grande expectativa do dono do restaurante e desespero do trapeiro. Afinal, ele fez a moeda retinir por várias vezes. Depois, em tom majestoso, empunhando o seu bastão como se fosse um centro, e ajeitando na cabeça o gorro enfeitado, tossiu previamente duas ou três vezes, e disse em voz alta: “A corte vos dita que o trapeiro que em seu pão comeu a fumaça do assado, civilmente pagou o dono do restaurante pelo som de seu dinheiro. Ordena dita corte o encerramento do processo, sem custas, como de direito.” Essa sentença do louco parisiense pareceu tão eqüitativa, ou mesmo admirável, aos referidos doutores, que eles duvidam que, se a matéria tivesse sido apresentada ao parlamento do dito lugar, ou mesmo aos aeropagitas, teriam aqueles decidido mais juridicamente. Portanto, dizei se quereis vos aconselhar com um louco.” RABELAIS, François. **Gargântua e Pantagruel**. Grandes obras da cultura universal, Vol. XIV. Belo Horizonte, Editora Itatiaia. 2003. Capítulo XXXVII, p. 517 e 518.

multidão estarecida exclama saudações ao louco, dizendo que jamais houvera uma sentença tão prudente e justa, não podendo alcançá-la os magistrados.

A comicidade da solução decorre da idéia inusitada do árbitro de oferecer uma espécie de troca sinestésica entre as partes como forma de obter a equidade. Porém, mais do que isso, revela uma crítica a todo um sistema de justiça de uma época, e uma possibilidade de apropriação do direito e das modalidades de resolução de conflitos por parte do elemento popular. Tal proposta deve ser compreendida em um contexto de crítica aos magistrados e demais burocratas da justiça. Por trás da aparente simplicidade de fazer troça de um louco, há uma questão mais relevante: o direito não deve, necessariamente, se revestir de um conteúdo técnico para ter legitimidade e aplicação. Subjacente à sátira de Rabelais, há a denúncia de que o direito e a justiça não são patrimônios dos juristas, ou seja, um saber exclusivamente técnico, inacessível à população. Ao contrário, esse saber deve ter a participação popular em sua construção e aplicação, pois _ no exagero extremo que caracteriza a sátira e a comicidade_ até mesmo um louco pode se equiparar ou superar um magistrado e decidir de modo justo e equânime²⁸⁹.

Bakhtin compreende Rabelais como inserido na corrente da cultura popular que sempre, em todas as suas etapas, se opôs à cultura oficial das classes dominantes e que desenvolve à margem e de maneira autônoma suas expressões e imagens. O trecho em questão representa a praça pública, como espaço de convergência das manifestações que não se enquadravam na ideologia oficial da ordem, na qual o povo detinha o protagonismo. Desse modo, de acordo com o estudioso russo:

A tarefa essencial de Rabelais consistia em destruir o quadro oficial da época e dos seus acontecimentos, em lançar um olhar novo sobre eles, em iluminar a tragédia ou a comédia da época do ponto de vista do coro popular rindo na praça pública. Rabelais mobiliza todos os meios das imagens populares lúcidas para extirpar de todas as idéias relativas à sua época e aos seus acontecimentos, a mentira oficial, a seriedade limitada, ditadas pelos interesses das classes dominantes. Ele não crê na sua época, naquilo que ela diz de si mesma e no que ela imagina ser, mas quer revelar o seu verdadeiro sentido para o povo crescente e imortal.²⁹⁰

²⁸⁹ Outro autor relevante no Renascimento, contemporâneo e próximo à Rabelais, que satiriza a postura do direito oficial é Erasmo de Rotterdam: [...] Passemos, pois, em revista as profissões dos doutos. Pretendem os juristas levar a palma sobre todos os eruditos e fazem um grande conceito da sua arte. Ora, para vos ser franco, a sua profissão é, em última análise, um verdadeiro trabalho de Sísifo. Com efeito, eles fazem uma porção de leis que não chegam a conclusão alguma. Que são o digesto, as pandectas, o código? Um amontoado de comentários, de glosas, de citações. Com toda essa mixórdia, fazem crer ao vulgo que, de todas as ciências, a sua é a que requer o mais sublime e laborioso engenho. E, como sempre se acha mais belo o que é mais difícil, resulta que os tolos têm em alto conceito essa ciência. ROTTERDAM, Erasmo de. **Elogio da loucura**. Editora Abril, São Paulo: 1972, p.99.

²⁹⁰ BAKHTIN, Mikhail. **A cultura popular na Idade Média e no Renascimento: o contexto de François Rabelais**. São Paulo: HUCITEC; Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1993. p. 386.

Ao relacionarmos o trecho em análise com a idéia da justiça comunitária e com os elementos das formas plurais de acesso á justiça, é nítida a ênfase na idéia de uma coercibilidade definida pelo contexto social, próximo da equidade, em determinadas situações. Em algumas obras humanistas do Renascimento estão presentes críticas aos juízes que se pronunciam em um latim incompreensível para camponeses e aldeões, efetuando uma analogia, poder-se-ia relacionar as inúmeras leis, sentenças, acórdãos e códigos que se interpõem entre os cidadãos e o direito, que sedimentam um saber como técnico e define aqueles que irão manipular seu processo de aplicação e criação. Em Rabelais, o riso e tom cômico deslocam para a praça pública, para o elemento popular, a função de se opor às opressões da cultura oficial. O tom sério e feudal das relações sociais dominantes de então é objeto do escárnio do autor francês. Sua relevância enquanto material de análise reside nessa permanente fonte de reflexão sobre a relação entre o formal e o informal, demonstrando que o alternativo floresce subjacente e independente do oficial.

Importante ressaltar que não se pretende sustentar aqui uma postura ingênua que incorre no erro de não reconhecer a existência de conflitos que necessariamente deverão ser mediados pelo Estado, e se valer de seu poder coercitivo. A intenção é apontar a possibilidade de interação que os cidadãos podem manter com um direito mais democrático e plural.

Não obstante a valorização das práticas populares e simplificadas de administração e participação na justiça, é preciso o cuidado para que essas iniciativas não incorram em uma 'romantização do popular', ou seja, acreditar que o saber popular, de senso comum, alheio a qualquer elemento técnico é o caminho para a construção de um sistema verdadeiramente genuíno de administração e aplicação de justiça. Nesse viés, as formas plurais de acesso à justiça estão circunscritas aos fundamentos do pluralismo jurídico comunitário-participativo como paradigma, pelo qual há o estímulo a uma juridicidade emanada dos sujeitos coletivos, baseada em um sistema de necessidades humanas fundamentais, inseridas em um espaço público com alicerce na democracia participativa e na descentralização, bem como em uma ética da alteridade orientada pela autonomia e solidariedade, com vistas a uma apropriação da racionalidade objetivando a emancipação²⁹¹. Há nesse modelo uma nova interação entre o saber definido como senso comum e o considerado como científico e racional.

²⁹¹ WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. p. 232.

Sobre a relação entre o senso comum e o saber científico, o direito como regulação ou como emancipação, Boaventura de Souza Santos atenta para a necessidade de superar algumas dessas dicotomias. Assim, o autor propõe uma transição paradigmática que visa superar o modo hegemônico capitalista de produção e também o modelo de conhecimento-regulação. Para tanto, defende a elaboração de um conhecimento-emancipação, que mantém uma postura crítica da ciência moderna enquanto força produtiva subserviente à tecnologia. A emancipação teria sido, segundo o pensador português, absorvida pela regulação no âmbito da ciência e no direito moderno. E os três princípios de regulação, representados pelo Estado, o mercado e a comunidade não teriam se desenvolvido de forma harmônica, mas sim de maneira desequilibrada, pois o mercado teria se sobreposto às demais esferas. Como o princípio da comunidade foi o mais negligenciado um conhecimento emancipatório tem o intuito de corrigir essa distorção. Essa é a razão pela qual o autor defende que “[...] o conhecimento-emancipação tem de romper com o senso comum conservador, mistificado e mistificador, não para criar uma forma autônoma e isolada de conhecimento superior, mas para se transformar a si mesmo num senso comum novo e emancipatório.”²⁹²

Nesse contexto, o ponto de convergência entre as iniciativas propostas pelas formas plurais de acesso à justiça, fundamentadas no pluralismo jurídico comunitário-participativo, é favorecer uma reconfiguração das relações entre o Estado, a sociedade civil e a comunidade, com vistas a ampliar os canais de participação dos corpos intermediários no plano da administração da justiça, ação vinculada à descentralização do poder político e jurídico na sociedade²⁹³.

²⁹² Por esse prisma o modelo oferecido por Boaventura postula uma ruptura da dicotomia entre senso comum e saber científico a fim de construir um novo senso comum. O senso comum emancipatório seria um senso comum discriminatório, pois constituído para ser apropriado privilegiadamente pelos grupos sociais oprimidos, marginalizados ou excluídos, e impulsionado pelas suas práticas emancipatórias. O novo senso comum deve ser construído pelo princípio da comunidade, o qual possui duas dimensões: a solidariedade como dimensão ética e a participação como dimensão política. Haveria ainda, na construção de Boaventura, a dimensão estética associada ao prazer enquanto racionalidade estético-expressiva. Nesse sentido, a participação também tem por objetivo amainar o desequilíbrio entre a regulação e a emancipação pois reafirma a política e a prática social fora de um contexto técnico e especializado. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo, Cortez editora. 2003, p. 107 à 111.

²⁹³ A proposição de uma mudança paradigmática consubstancia a edificação de uma ‘nova cultura jurídica pluralista’, que visa sedimentar valores inerentes à perspectiva emancipatória, segundo a qual: “Tal instrumental pedagógico libertário comprometido com a desmistificação, conscientização e emancipação, redefinirá o modo da vida cotidiana e o alargamento das fronteiras do poder societário. Nesse ínterim, a ação dos novos movimentos sociais, das organizações populares voluntárias e dos demais corpos intermediários revela-se fonte autêntica de indícios, referências e diretrizes materiais e culturais do novo saber e da nova educação acerca do “legal”, do “jurídico” e da “justiça”. A força desse processo educativo de socialização será plenamente eficaz quando for capaz de gerar não só novas formas de relacionamento entre poder societário e Estado, entre público e privado, entre informal e formal, entre global e local, mas também formas de vida cotidiana, estimuladoras de orientações baseadas em

Essa é uma proposta para que essa diversidade de iniciativas, reformas e rupturas acarretem uma verdadeira democratização da administração da justiça. A edificação de um modelo pautado pelas formas plurais de acesso à justiça garante uma abertura para novos sujeitos, valores, práticas e juridicidades, fato que configura um parâmetro para discussão do acesso à justiça com referência na sociologia jurídica, que supera a estreita visão processualista e com mero intuito de reformas no sistema de justiça²⁹⁴. Trata-se de uma perspectiva que busca explorar as possibilidades de uma coercibilidade diversa da derivada da coação estatal, próxima da equidade e que extravasa a lógica dos rígidos procedimentos tecnicistas, desenvolvida em esferas descentralizadas e comunitárias.

Portanto o pluralismo jurídico comunitário participativo como novo paradigma permite a diversidade de práticas e ações que insere novos elementos na reflexão sobre o acesso à justiça. Desse modo, o cenário prospectivo das formas plurais de acesso à justiça deve favorecer, para seu desenvolvimento e solidificação, a ampliação dos canais que estimulem os vetores da democracia participativa e da descentralização, além da incorporação pelo direito da necessidade de sua abertura ao protagonismo de novos atores e princípios a fim de que o objetivo de democratização da administração da justiça seja concretizado.

princípios comunitários, como “autonomia”, “alteridade”, “descentralização”, “participação” e “autogestão””. WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. p. 342.

²⁹⁴ Tigar e Levy advogam que essa transição paradigmática e de alternância de valores deve manter o cuidado de se averiguar tanto o conteúdo revolucionário da ideologia oficial ou dominante quanto o potencial que a sociedade detém para gerar uma nova ideologia jurídica dominante, com vistas a consolidar relações sociais orientadas por novos valores, ou seja no emprego da ideologia na luta pela mudança social. Assim: “Precisamos descobrir que ideologia, numa determinada época, expressa as aspirações da classe ou grupo que finalmente assume o poder e que representa a contradição fundamental entre o sistema de relações sociais existente e aquele que o substitui.” TIGAR, Michael; LEVY, Madeleine. **O direito e a ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1978. p. 305.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“[...] Todos os caminhos a mim parecem abertos, e outros que esqueci, e ainda outros que não tentei, e mais outros que sequer consigo imaginar. É bem isso o que nos ensina, sobretudo, o estudo da filosofia do direito, quando abrimos bem os olhos para o passado e para o mundo presente: que não somos nada ou quase nada, que nossas obras são irrisórias ou quase isso, que a não ser que apareça um lunático curioso de nossas misérias, a poeira enterrará bem depressa nossos escritos cuidadosamente arrumados nas estantes das bibliotecas. Mas que, apesar da consciência que temos desta veleidade das veleidades, corajosamente vivemos e produzimos procurando fazer coincidir o direito e a justiça. E que a torrente de nossas palavras desaparecidas no vento, e o amontoado de nossos escritos prometidos à destruição do tempo, não terão sido nada comparado com os gritos que, num dia de angústia, lançamos aos tribunais e às ruas em favor da justiça e da liberdade²⁹⁵.”

²⁹⁵ ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p. 252.

Ao longo do trabalho, o objetivo foi realizar com fundamento principalmente na sociologia do direito, uma abordagem interdisciplinar, que buscou, de forma dialética e crítica, analisar e confrontar as premissas e propostas teóricas do pluralismo jurídico comunitário-participativo como aptas a contribuir para a discussão do acesso à justiça.

A controvérsia envolvendo as concepções de ciência jurídica por parte de Ehrlich e Kelsen, abordada no primeiro capítulo, é relevante por conter como pano fundo uma tensão entre uma concepção normativista e outra sociológica do direito. Tal tensão se mostrou relevante, sobretudo, na proposta de uma concepção de acesso à justiça com alicerce nos elementos teóricos do pluralismo jurídico, uma vez que remete a essa interação que os mecanismos formais de justiça devem manter com os corpos intermediários presentes na sociedade, o que demonstra que normativismo e sociologismo são posturas imprescindíveis diante do direito.

Após a análise da gênese da discussão do acesso à justiça, verificou-se que o tema está fortemente inserido, no Brasil, como tema do processo civil. Constatou-se ainda a noção generalizada de crise da prestação jurisdicional, ou, simplesmente, crise da justiça. Paralelamente à essa idéia de crise surgem as iniciativas de reformas associadas aos mecanismos alternativos de resolução de conflitos. Finalmente, a discussão do acesso à justiça foi analisada sob o enfoque da sociologia jurídica, tendo sido trabalhados os conceitos de deslegalização, informalização da justiça e desjudicialização, iniciando a reflexão de práticas descentralizadas na administração da justiça.

No terceiro capítulo foram relacionados os conceitos de pluralismo jurídico comunitário-participativo e acesso à justiça, tendo sido explorados, sobretudo, dois vetores extremamente relevantes: a defesa da descentralização como forma de maior controle e exercício democrático do poder, e a participação, como condição de materialização e de direitos. Utilizou-se o conceito de formas plurais de acesso à justiça como forma de sintetizar a concepção de acesso à justiça trabalhada a partir dos vetores do pluralismo jurídico comunitário-participativo. Dentro desse conceito, as experiências de justiça comunitária adquirem importância por caracterizar uma expressão de modalidade plural de acesso à justiça permeável à participação e democratização da administração da justiça.

Em seguida foram analisadas duas experiências de justiça comunitária: uma empreendida pelo Ministério da Justiça brasileiro, e outra pautada pelo modelo colombiano. Apreendeu-se que ambos os modelos possuem aspectos relevantes e que

no modelo colombiano prevalecem, como princípio, a conciliação, a informalidade, a realidade como base das decisões, e a coercibilidade derivada do contexto comunitário.

Em que pese a relevância da iniciativa do projeto de justiça comunitária do governo brasileiro o modelo proposto pelo Balcão de direitos é o que mais se aproxima da justiça comunitária colombiana, devido a autonomia dispensada aos atores sociais. O Balcão de direitos, enquanto exemplo de modalidade plural de acesso á justiça traduz a importância da descentralização, participação de novos atores e constituição de espaços alternativos de juridicidade.

Analisando a justiça comunitária, em sentido amplo, e partindo de seus elementos essenciais, é perceptível o fato de que almeja, em maior ou menor grau, ampliar a participação popular na gestão dos conflitos, baseada em uma juridicidade construída pelas partes, em detrimento de uma concepção puramente técnica do direito, ou seja, a equidade supera a dimensão formalista. Requer-se, para tanto, o estímulo a descentralização do poder político-jurídico e a tolerância para com a alteridade. Portanto, essa iniciativa caracteriza uma perspectiva diversa do modelo tradicional de trato do conflito, baseada em ações coletivas e descentralizadas, com ampla participação dos atores envolvidos, fato que caracteriza uma forma plural de acesso à justiça.

Outro ponto digno de menção é a percepção de que a justiça comunitária pretende estimular ações que visam à construção da autonomia e incentivo ao saber local, minimizando uma intervenção exógena em relação à comunidade, razão pela qual supera a lógica processualista e judicial dominante na discussão do acesso á justiça.

Por fim, destaca-se o fato de que há, na justiça comunitária, a valorização do saber local e popular em detrimento da imposição da técnica pura e identificada com saber exclusivo do operador jurídico. Esse fato favorece a construção de espaços de diálogo no qual a alteridade é trabalhada e os eventuais conflitos não são reduzidos à uma dimensão patrimonialista e submetidos à lógica tradicional do perdedor-ganhador, de modo que prevalece a recomposição dos laços sociais, muitas vezes abalados com o surgimento do conflito. Assim, em última análise o potencial da justiça comunitária enquanto forma plural de acesso á justiça é o fato de visualizar nas comunidades, espaços marcados por estigmas, preconceitos e privações, o lócus responsável por praticas emancipatórias e superação de opressões.

A ressalva que deve ser feita acerca da justiça comunitária é o fato de que essa iniciativa poderia justificar um Estado menos oneroso, e uma administração da justiça eficiente a custos menores, pois os procedimentos alternativos teriam a vantagem de

reduzir esse custo e ao mesmo tempo garantir a manutenção da ordem e segurança para o mercado.

Ainda que sendo feita a ressalva de que o pluralismo jurídico não pretende abolir o Estado, e em algumas áreas o direito estatal tenha um papel fundamental, é possível se avançar em modelos plurais de administração da justiça, e de práticas realmente participativas e erigidas sobre modelos descentralizados. Essa é a contribuição do pluralismo jurídico comunitário-participativo na reflexão do acesso à justiça corporificado no conceito de ‘forma plural de acesso à justiça’ e manifesto, a título de exemplo, na justiça comunitária.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é justiça: uma abordagem dialética**. São Paulo, Editora Alfa-Omega, 1999.

_____. **Procurando superar o ontem: um direito para hoje e amanhã**. Notícia do Direito Brasileiro, Nova Série, Brasília, Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, n° 9, 2002.

AMAYA, Edgar Ardila, et al. **Memorias II Conferencia Internacional de Justicia Comunitaria “Construir Democracia Hoy”**. Red de Justicia Comunitaria y Tratamiento del Conflicto. Bogotá, 2005.

_____ . Hacia um modelo de justicia desde la comunidad. In: **Justicia y Desarrollo: Debates. Paz y Democracia: el aporte de la Justicia Comunitaria y de Paz.** Corporación Excelencia en la Justicia, Año II, N. 10, Bogotá, 1999.

_____ ; PÉREZ, Olga Lúcia (Coordinadores). **Variaciones Sobre La Justicia Comunitaria.** Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. El Otro Derecho, n° 30. Bogotá, 2003.

ANNONI, Danielle. **O Direito Humano de Acesso à Justiça em um Prazo Razoável.** Florianópolis: UFSC, Dissertação de mestrado, CPGD-UFSC, 2006.

ARNAUD, André-Jean. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito.** Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

_____ . **O direito traído pela filosofia.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

_____ . **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. **Direito moderno e mudança social.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (Org.). **Justiça: Promessa e Realidade.** O acesso à justiça em países Ibero-americanos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

AVRITZER, Leonardo. Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p.561-594.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Coord. **Dicionário de Filosofia.** Porto Alegre: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

BASTOS PÊPE, Albano marcos; WARAT, Luis Alberto. **Filosofia do direito: uma introdução crítica**. São Paulo: Editora Moderna, 2004.

BAKHTIN, Mikhail. **A cultura popular na Idade Média e no Renascimento: o contexto de François Rabelais**. São Paulo: HUCITEC; Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1993.

BENJAMIN, Walter. **Obras Escolhidas II. Rua de Mão Única**. São Paulo, Editora Brasiliense. 1995.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____ ; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Volume 1 e 2, Brasília, Edunb, 1992.

_____. **As ideologias e o poder em crise**. Brasília: UnB; São Paulo, Polis, 1988.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BORGES, Jorge Luis. **Um ensaio autobiográfico**. São Paulo. Editora Globo, 2000.

BORRERO, Camilo *et. al.* "A Pluralidade como Direito". *In: Qual direito?* Seminários n. 16. Rio de Janeiro: AJUP/FASE, set. 1991.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Acesso à justiça e formas alternativas de resolução de conflitos: serviços legais em São Bernardo do Campo. *In: Revista Forense*, nº 315, Ano 87, jul-set, 1991.

CAPELLA, Juan Ramon. **Fruto Proibido. Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Os Cidadãos Servos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

CARBONNIER, Jean. **Derecho flexible: para uma sociologia no rigurosa del derecho**. Madrid: Tecnos, 1974.

_____. **Sociologia jurídica**. Coimbra: Almedina, 1979.

CARCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do direito**. São Paulo: LTr, 1998.

CARVALHO, José Murilo. “Cidadania: tipos e percursos”, em **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 18, 1996.

CASTELLS, Manuel. O poder da identidade. **A era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**, v. 2. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999,

CAVALCANTI, Rosângela Batista. Juizados especiais cíveis e faculdades de direito – A universidade como espaço de prestação de Justiça. *In: Acesso à justiça*. Sadek, Maria Teresa(Org.), 1ª ed. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

CESAR, Alexandre. **Acesso à Justiça e Cidadania**. Cuiabá: UFMT, 2002.

CHATELET, François; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **As concepções políticas do século XX**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo ; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

COELHO, Luiz Fernando. “O Estado Singular e o Direito Plural”. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, n. 25, 1989.

_____. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CORREAS, Oscar (Org.). **El otro Kelsen**. Cidade do México. UNAM. 2001.

DAHL, Robert A. **Poliarquia**. São Paulo, Edusp. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. **Instituições de direito processual civil**, v.I. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

EAGLETON, Terry. **A idéia de cultura**. São Paulo, Unesp, 2004.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do direito**. Brasília: UnB, 1996.

FAJARDO SÁNCHEZ, Luis Alfonso. (Coordinador de la Investigación); ABONDANO, Diana Carolina; e GARCÍA LOZANO, Luisa Fernanda. Una Mirada desde las Casas de Justicia. **Los invisibles y la lucha por el Derecho en Colombia**. Universidad Santo Tomás Facultad de Derecho, Bogotá, D. C. 2006.

FALCÃO, Joaquim Arruda (Org.). **Conflito de Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 79-101.

FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça. A função social do judiciário**. São Paulo: Editora Ática, 1994.

_____. **Justiça e conflito – Os juizes em face dos novos movimentos sociais**. São Paulo, Ed. RT, 2º edição,

_____. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 150-217.

FARIÑAS DULCE, Maria José. **Filosofia del derecho versus teoría del derecho**. Madrid: Ministerio de Justicia, 1992. p. 208 à 222.

_____. Ciudadania "Universal" Versus Ciudadania "Fragmentada". In, **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**. n.2, 1999. p. 12. Madrid. Disponível em: <<http://www.uv.es/CEFD/2/Farinas.html>>. Acesso em: 14.set. 2006.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1967.

_____. **Pedagogia da autonomia**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1997.

_____. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1970.

GANDHI, Mohandas K. **Autobiografia. Minha vida e minhas experiências com a verdade**. São Paulo: Editora Palas Athena, 1999.

GOYARD-FABRE, S. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo, Martins Fontes, 1999

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do direito processual. In: **Processo e Participação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GURVITCH, G. **Tratado de Sociologia**. São Paulo, Martins Fontes, 1983.

_____. **Sociologia del Derecho**. Rosário, Editora Rosário, 1945.

HELLER, Agnes. **Teoria de las necesidades en Marx**. Barcelona: Península, 1985.

_____. **Una revisión de la teoria de las necesidades**. Barcelona: Paidós, 1996.

HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Européia. Síntese de um milênio**. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2005.

_____. **Justiça e litigiosidade: história e perspectiva**. Lisboa, Fundação Calouste Grulbe, 1993.

HIRST, Paul. "Recuperação do Pluralismo". **A Democracia Representativa e seus Limites**. Rio de Janeiro: Zahar, 1992. p. 47-66.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das letras. 2003.

JANTSCH, Ari Paulo. e BIANCHETTI, Lucidio. (Orgs.). **Interdisciplinaridade: para além da filosofia do sujeito**. Petrópolis: Vozes, 1995.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Acesso à justiça: um olhar retrospectivo**. Estudos Históricos, Rio de Janeiro, 1997.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LEIS, Héctor Ricardo. Sobre o conceito de interdisciplinaridade. In, **Cadernos de pesquisa interdisciplinar em ciências sociais**. Florianópolis, nº 73, Agosto, 2005.

LIMA JR, Benvenuto Jayme (Org.). **Independência dos juízes no Brasil, aspectos relevantes, casos e recomendações**. Recife: Gajop; Bagaço, 2005.

LÓPEZ B. Manuel et al. **Justicia Comunitaria y Jueces de Paz**. Las Técnicas de la Paciencia. Medellín: IPC/Corporación Región, 2000; ARDILA, "Hacia un Modelo de Justicia desde la Comunidad". In: Fuentes Hernández. Alfredo (Dir.). **Justicia y Desarrollo: Debates**. Medellín/Bogotá: CEJ, n. 10, dec. 1999. p. 54-63

LYRA FILHO, R. **O que é direito?** São Paulo, Brasiliense, 2002.

LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchhausen**. São Paulo: Editora Busca Vida. 1994.

LUCCA CAOVILO, Maria Aparecida. **Acesso à justiça e cidadania**. Chapecó, Argos Editora universitária. Unichapecó. 2003.

MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich**. Curitiba, Editora Juruá, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. São Paulo: RT, 2004.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos**. Ministério da Justiça, Brasil, 2005.

Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm>>. Acesso em 20 de janeiro de 2007.

_____. **Justiça Comunitária: uma experiência**. Ministério da Justiça, Brasil, 2006.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brede et de . **Do Espírito das Leis**. São Paulo, 1985, Abril Cultural. Coleção Os Pensadores.

MOORE, Christopher W. **O Processo de Mediação, estratégias práticas para a resolução de conflito**. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, José Luís Bolzan de. Crise(s) da jurisdição e acesso a justiça. *In: Estudos sobre mediação e arbitragem*. SALES, Lilia Maia de Moraes (org.). 1. ed. Rio de Janeiro, São Paulo e Fortaleza: ABC Editora, 2003.

NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2000.

NEUMANN, Lycia Tramuja Vasconcelos; NEUMANN, Rogério Arns. **Repensando o investimento social: a importância do protagonismo comunitário**. São Paulo: Global; Instituto para o Desenvolvimento Social (IDIS), 2004.

NEVES, Marcelo. "Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina." **Direito em debate**, n. 5, jan/jun. 1995.

NISBET, Robert. "A Comunidade Pluralista". In: **Os Filósofos Sociais**. Brasília: UnB, 1982.

NORONHA, Fernando. **Direito e sistemas sociais. A jurisprudência e a criação de direito para além da lei**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1988.

PALACIO, Germán. **Pluralismo jurídico**. Bogotá: Universidade Nacional de Colômbia, 1993.

PEDROSO, João. **Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça – uma nova relação entre o judicial e o não judicial**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais. Oficina do CES, nº 171, 2002.

PERELMAN, Chaim. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie,. **Tratado de argumentação**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PRIETO, Carlos Andrés. QUICENO, Fabián Eduardo. NINO, Edward Alexander. NIETO, Diego Alejandro. PRIMERA, German Eduardo. Red de Justicia Comunitaria y Tratamiento del conflicto. Equipo Académico (I-2006). **Uma mirada desde la Red de Justicia Comunitaria a las políticas de Justicia en Equidad**. Bogota, 2006. Disponível em : < <http://www.reddejusticia.org.co/>> . Acesso em 14 de março de 2008.

RABELAIS, François. **Gargântua e Pantagruel**. Grandes obras da cultura universal, Vol. XIV. Belo Horizonte, Editora Itatiaia. 2003.

RAMIREZ, José Hernán. **Proceso de paz en los barrios Moravia y El Bosque 1994-1997**. Medellín: Instituto Popular de Capacitación Popular de la Corporación de

Promoción Popular (IPC) – Mesa de Trabajo por la Paz y la Convivencia “José Hernán Ramírez” – Asesoría de Paz y Convivencia de la Alcaldía de Medellín, 1997.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo, Saraiva, 2000.

RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. **Direito e Processo: razão burocrática e acesso à justiça**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RIBEIRO, Paulo Jorge; STROZENBERG, Pedro (Orgs.). **Balcão de Direitos**. Resoluções de Conflitos em Favelas do Rio de Janeiro: Imagens e Linguagens. Rio de Janeiro: Manad, 2001.

ROBLES, Gregório. **Epistemologia y Derecho**. Madrid: Cionet Pirâmide, 1982.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Florianópolis: Boiteux, 2007.

ROTTERDAM, Erasmo de. **Elogio da loucura**. Editora Abril, São Paulo: 1972.

ROULAND, Norbert. **Nos Confins do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SADEK, Maria Teresa; DE LIMA, Fernão Dias; e ARAÚJO, José Renato De Campos. O Judiciário e a prestação de justiça, in, SADEK, Maria Teresa (org.). **Acesso à Justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

_____. **Acesso à Justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

_____. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados USP**, volume 18, número 51, p. 79-102, maio/agosto de 2004.

SALAS, Hernando Roldán. **La justicia comunitária y la construcción de consensos en las comunas de Medellín. Caso del barrio Moravía**, Justicia y Desarrollo. Debates.

Paz y Democracia: el aporte de la justicia comunitária. Bogotá. Ano II, nº 10, diciembre/1999.

SALES, Lilia Maia de Moraes. A mediação de conflitos e a Universidade – possibilidade de transformação social. *In: Estudos sobre a efetivação do Direito na atualidade: a cidadania em debate.* SALES, Lilia Maia de Moraes Sales (org.). Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 6. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

_____. (Org). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** São Paulo, Cortez editora. 2003.

_____. Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada. *In: SOUTO, Cláudio ; FALCÃO, Joaquim. (Orgs.) Sociologia e Direito: Leituras básicas de sociologia jurídica.* São Paulo, Livraria Pioneira editora, 1980.

_____ ; VILLEGAS, Maurício García. **El caleidoscópico de las justicias en Colômbia. Análisis sócio-jurídico.** Bogotá: Siglo Del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2001.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal.** Rio de Janeiro, Record, 2003.

SAULE JUNIOR Nelson. Democracia e poder judiciário. *In: XII Conferência Nacional da OAB, 02 a 06/10/88. Painel n. 2 – Tese avulsa – Justiça Urgente.* 1988, Porto Alegre. **Anais da Conferência.** Porto Alegre: OAB, 1988.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **As barbas do imperador: D. Pedro II, um monarca nos trópicos.** São Paulo: Companhia das letras. 2002.

SCHERER-WARREN, Ilse. **Redes de movimentos sociais**. São Paulo, Loyola/ Centro João XXIII. 1993.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2005..

SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: RT, 2000,

SINHORETTO, Jacqueline (Coord.). **Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos**. Brasília: Ministério da Justiça, 2005 (Relatório de Pesquisa).

SMITH, Martin J. “Pluralismo, Pluralismo reformado y Neopluralismo”. In: **Zona abierta**. Madrid: n. 67/68, 1994. p. 137-170.

SOUTO, Cláudio ; FALCÃO, Joaquim. (Orgs.) **Sociologia e Direito: Leituras básicas de sociologia jurídica**. São Paulo, Livraria Pioneira editora, 1980.

SOUZA, Thaisa de. **Justiça comunitária: reconfiguração da e esfera político-jurídica desde a experiência Colombiana**. Florianópolis, UFSC. Dissertação de mestrado, CPGD, UFSC. 2002.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de (Org). **Introdução Crítica ao Direito**. v. I. Brasília, UNB, 1993.

_____ . **Para uma crítica da eficácia do Direito: anomia e outros aspectos fundamentais**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984.

_____ . (Org). **Introdução Crítica ao Direito**. v. I. Brasília, UNB, 1993.

STERSI DOS SANTOS, Ricardo Soares. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2004.

TIGAR, Michael; LEVY, Madeleine. **O direito e a ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1978.

TORRE RANGEL, Jesus A. de la. **Sociologia y uso alternativo del derecho**. Aguascalientes: Instituto Cultural de Aguascalientes, 1997.

VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power. The Judicialization of Politics**. New York: New York University, 1995.

VERONESE, Alexandre. "Direito na fronteira ou fronteira do Direito: experiências de projetos do Programa Nacional Balcão de Direito. In, **O terceiro poder em crise: impasses e saídas**. São Paulo, Cadernos Adenauer, Ano III, 2002, n° 6.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VOCES QUE CONSTRUYEN CIUDAD. Sistematización. Mesa de Trabajo por la Paz y la CONVIVÊNCIA. RAMIREZ, José Hernán. **Proceso de paz en los barrios Moravia y El Bosque 1994-1997**. Medellín: Instituto Popular de Capacitación Popular de la Corporación de Promoción Popular (IPC) – Mesa de Trabajo por la Paz y la Convivencia "José Hernán Ramírez" – Asesoría de Paz y Convivencia de la Alcaldía de Medellín, 1997.

WARAT, Luis Alberto. **A pureza do Poder: uma análise crítica da teoria jurídica**. Florianópolis: UFSC, 1983.

_____. **Surfando na Pororoca: O ofício do mediador**. Vol. II, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2005.

WEBER, Max. **Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva**. México: Fondo de Cultura Económica, 1984.

WERNECK VIANNA, Luís. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro, Revan, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 2001.

_____. Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas. In: **El otro derecho**. Bogotá, n.7, pág. 29 à 46. 1991.

_____. **Ideologia, Estado e direito**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1989.

_____. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1990.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Acadêmica, 1991.

_____. **Síntese de uma história das idéias jurídicas**. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2006.