

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

RODRIGO DOS SANTOS RIBEIRO

MEIOS DIALÓGICOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS:
A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA COMO
INSTRUMENTOS DE JUSTIÇA SOCIAL

Uberlândia/MG

2015

RODRIGO DOS SANTOS RIBEIRO

MEIOS DIALÓGICOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS:
A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA COMO
INSTRUMENTOS DE JUSTIÇA SOCIAL

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para a obtenção do título de mestre no programa de mestrado em direito público.

Área de concentração: Direitos e garantias fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva.

Uberlândia/MG

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

R484m Ribeiro, Rodrigo dos Santos, 1990-
2015 Meios dialógicos de solução de conflitos : a justiça restaurativa e a
mediação comunitária como instrumentos de justiça social / Rodrigo dos
Santos Ribeiro. - 2015.
167 f. : il.

Orientador: Alexandre Garrido da Silva.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Justiça social - Teses. 3. Resolução de disputas
(Direito) - Teses. 4. Mediação - Teses. I. Silva, Alexandre Garrido da. II.
Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em
Direito. III. Título.

CDU: 340

RODRIGO DOS SANTOS RIBEIRO

MEIOS DIALÓGICOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS:

A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA COMO
INSTRUMENTOS DE JUSTIÇA SOCIAL

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para a obtenção do título de mestre no programa de mestrado em direito público.

Área de concentração: Direitos e garantias fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva.

Uberlândia/MG, de 19 Janeiro de 2015

Banca Examinadora

Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva

Prof. Dra. Débora Regina Pastana

Prof. Dr. Ricardo Nery Falbo

AGRADECIMENTOS

Primeiramente quero agradecer a Deus, meu melhor amigo. Nos momentos mais penosos é bom sentir uma aura de proteção e aconchego oriunda da fé.

À minha mãe, Maurisa, pelo exemplo de dedicação e honra. A sua felicidade com minhas conquistas só me deixa com mais vontade de prosseguir.

Ao meu irmão, Diego, pelo apoio e compreensão.

Aos meus amigos, principalmente ao Tiago, que com minha distância física de minha família, fez-se presente e forneceu palavras de incentivo que foram muito necessárias.

Ao meu orientador Prof. Dr. Alexandre Garrido pela valiosa orientação.

À Prof. Dra. Débora Pastana, pela contribuição muito pertinente na qualificação.

A todos que trabalham no Mestrado da FADIR pelo serviço prestado com perfeição.

RESUMO

A pesquisa analisa a utilização de meios dialógicos de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação, para determinados tipos de controvérsias. Nesse sentido, estudou-se quais são eles, como eles se desenvolveram, qual é o seu procedimento e em que sentido os resultados são mais satisfatórios. Além disso, examinou-se o contexto jurídico e social do tema, analisando-se a mudança de paradigma jurídico ocorrente, verificando-se os aspectos da modernidade reflexiva, as teorias críticas do Direito e do pluralismo jurídico. Nesse sentido, compreendeu-se o novo enfoque do acesso à justiça, com sua conceituação ampla, não se resumindo apenas no acesso ao Poder Judiciário. Para tanto, estudou-se a Justiça Restaurativa e a Mediação Comunitária, que representam concretizações da ideia presente nesta pesquisa. No intuito de cumprir com o desiderato deste trabalho utilizou-se a pesquisa teórica, com a busca de bibliografia baseada em textos legais, doutrinas jurídicas, artigos de periódicos jurídicos e revistas online, na procura por uma análise crítica e comparativa para desenvolver o tema em discussão. Fez-se uso da pesquisa documental, por meio do procedimento metodológico histórico e comparativo, sendo o procedimento técnico utilizado a análise histórica e de conteúdo. Por meio da análise dos artigos e livros publicados com relação à matéria e através do método dedutivo e indutivo, examinou-se teorias e posicionamentos de autores nacionais e estrangeiros cujas obras auxiliaram no desenvolvimento da pesquisa. Por fim, concluiu-se que o uso de um procedimento dialógico, embasado nos meios alternativos de solução de conflitos pode ser um importante instrumento de emancipação social, cidadania ativa e democratização.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Meios dialógicos de solução de conflitos. Justiça Restaurativa. Mediação Comunitária.

RESUMEN

La investigación examina el uso de los medios dialógicos de resolución de conflictos, como la mediación y la conciliación, para ciertos tipos de disputas. En este sentido, fue realizado un estudio de quais son ellos, cómo se desarrollaron, cuál es su procedimiento y en qué sentido los resultados son más satisfactorios. Por otra parte, se analizó el contexto jurídico y social del tema, se analizando el cambio de paradigma legal que ocurrió, la verificación de los aspectos de la modernidad reflexiva, las teorías críticas del derecho y el pluralismo jurídico. En este sentido, se entiende el nuevo enfoque del acceso a la justicia, con su concepto amplio, no sólo se resumiendo en el acceso al Poder Judicial. Con este fin, se estudió la Justicia Restaurativa y la Mediación Comunitaria, que representan realizaciones de la idea presente en esta obra. Con el fin de cumplir con el desideratum de este trabajo se utilizó la investigación teórica, con la búsqueda de la literatura basada en textos jurídicos, doctrinas legales, artículos de revistas jurídicas en la búsqueda de un análisis crítico y comparativo para desarrollar el tema. Se ha hecho uso de la investigación documental a través del procedimiento metodológico histórico y comparativo, y el procedimiento técnico utilizado fue el análisis histórico y de contenido. A través del análisis de los artículos y libros publicados sobre el asunto y por medio de método deductivo e inductivo, se examinaron las teorías y posiciones de autores nacionales y extranjeros cuyas obras contribuyeron en el desarrollo de la investigación. Por último, se concluyó que el uso de un procedimiento dialógico, sobre la base de los medios alternativos de resolución de conflictos, puede ser una herramienta importante para el empoderamiento social, la ciudadanía activa y la democratización.

Palabras clave: Acceso a la justicia. Medios dialógicos de solución de conflictos. Justicia Restaurativa. Mediación Comunitaria.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais

ADR – *Alternative Disputation Resolution*

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CP – Código Penal

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

DEM – Democratas

EUA – Estados Unidos da América

LCP – Lei de Contravenções Penais

MEC – Ministério da Educação

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

ONG – Organização Não-Governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

OSCIP – Organização Social de Interesse Público

STF - Superior Tribunal Federal

TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

UnB – Universidade Nacional de Brasília

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Representa a porcentagem de atendimentos por matéria.....	151
Gráfico 2 – Representa o gênero das pessoas atendidas.....	152
Gráfico 3 – Representa as características de renda dos assistidos.....	152

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Representa a Janela de Disciplina Social.....	128
Figura 2 – Representa o Papel das Partes Interessadas.....	130
Figura 3 – Representa a Tipologia das Práticas Restaurativas.....	131

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1. OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E O ACESSO À JUSTIÇA: PROTEÇÃO DOS DEMAIS DIREITOS.....	21
1.1. Dos Diversos Meios de Resolução de Conflitos.....	21
1.1.1. Da Autotutela.....	21
1.1.2. Da Autocomposição.....	22
1.1.2.1. Conciliação.....	23
1.1.2.2. Mediação.....	24
1.1.2.3. Da Negociação.....	33
1.1.3. Da Arbitragem no Direito Romano.....	36
1.2. Da Jurisdição Estatal: Consolidação do Estado como Poder Único.....	39
1.3. Acesso à Justiça e Concretização dos demais Direitos Fundamentais: Mecanismo de Garantia.....	40
1.4. Poder Judiciário: Crise na Prestação da Justiça.....	43
2. ACESSO À JUSTIÇA NA MODERNIDADE REFLEXIVA.....	47
2.1. O Novo Paradigma: A Modernidade Reflexiva.....	47
2.1.1. Anthony Giddens e as Descontinuidades.....	48
2.1.2. Zygmunt Bauman e a Modernidade Líquida.....	50
2.1.3. Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna – Ulrich Beck, Anthony Giddens e Scott Lash.....	53

2.1.4.	Lênio Luiz Streck e a Globalização Neoliberal-Pós-Moderna.....	57
2.1.5.	Eduardo Bittar: A Fragilização do Controle de Comportamentos Sociais pelo Estado.....	59
2.2.	As Teorias Críticas do Direito.....	61
2.2.1.	O Pensamento de Niklas Luhmann: O Papel do Direito e Suas Relações com os Demais Subsistemas Sociais.....	72
2.2.2.	Celso Fernandes Campilongo e a Politização do Poder Judiciário: A Falta de Pressupostos Teóricos para a Teoria Crítica.....	77
2.2.3.	Philippe Nonet e Philip Selzick: O Direito Responsivo e as Teorias Críticas – Papel do Poder Judiciário Frente à Crise.....	81
2.3.	O Pluralismo Jurídico.....	85
2.4.	Novo Enfoque: Acesso não apenas ao Poder Judiciário.....	93
2.5.	A Revolução Democrática do Acesso à Justiça.....	96
2.6.	As Ondas de Reforma: O Pensamento de Mauro Cappelletti.....	110
3.	OS MEIOS DIALÓGICOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A PARTICIPAÇÃO POPULAR.....	119
3.1.1.	Conselho Nacional de Justiça: Políticas de Promoção do Acesso à Justiça: A Resolução nº 125 de 29 de Novembro de 2010 - Recomendação para Promoção dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos.....	119
3.2.	A Justiça Restaurativa.....	120
3.3.	A Mediação Comunitária.....	139

CONCLUSÃO.....	154
REFERÊNCIAS.....	157

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretendeu investigar a contribuição que o impulso de mecanismos dialógicos de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação, podem trazer para a promoção do acesso à justiça, este no sentido amplo dado por CAPPELLETTI (2002). Objetivou-se também traçar fundamentos teóricos a fim de que se compreenda a importância de práticas pluralistas no contexto jurídico brasileiro. Ademais, com base na Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, estudou-se a ampliação e desenvolvimento da Justiça Restaurativa e da Mediação Comunitária, instrumentos de democracia ativa, cidadania e participação social na pacificação.

Objetivou-se verificar os contornos da denominada crise do Judiciário e nesse diapasão analisou-se os mecanismos alternativos de solução de conflitos no contexto da legislação brasileira. Além disso, visou-se aprofundar o estudo sobre o papel do Judiciário na instituição de alternativas para a solução de controvérsias e apurar as formas de solução de conflitos que contam com a participação da sociedade civil, com base no disposto na Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010 do CNJ. Por fim, objetivou-se problematizar sobre o papel do Direito e do sistema formal em segmentos específicos da sociedade, identificar o papel destas mudanças no sentido de se produzir uma revolução democrática do acesso à justiça, conforme formulação de SANTOS (2008), e compreender a função destes mecanismos na concretização de direitos fundamentais.

De início, compreendeu-se que o uso de mecanismos consensuais, como a conciliação e a mediação, em alguns litígios específicos, podem ser inclusive instrumentos de cidadania, principalmente quando a própria população interessada participa da sua execução. A pesquisa está de acordo, ainda, com a política do Conselho Nacional de Justiça, implementada pela Resolução nº 125, de 29 de Novembro de 2010, que tem, dentre seus objetivos, a consolidação de uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios e a compreensão de que o acesso à justiça assegurado constitucionalmente no art.5º, XXXV não implica apenas o acesso formal perante os órgãos judiciários, mas sim o acesso à ordem jurídica justa.

Deduz-se, dessa maneira, a atualidade do tema, tendo em conta que essa política do Conselho Nacional de Justiça ainda está em fase desenvolvimento, inclusive com a criação

das denominadas casas de justiça e cidadania em algumas cidades brasileiras, onde se oferece assistência judiciária gratuita, promovem-se audiências de conciliação pré-processuais, emitem-se documentos e buscam a reinserção social de presos e egressos.

A inovação trazida com o presente estudo consiste em analisar um tema cujo debate ainda está em desenvolvimento na doutrina, jurisprudência e realidade brasileira, que é o uso realmente ativo de mecanismos dialógicos na solução de controvérsias, inclusive sem contar com a participação do Estado como ocorre em muitas oportunidades, de maneira que realmente sejam métodos privados. Ademais, o estudo sobre a crescente onda de pluralismo jurídico associada a uma ausência do Estado em determinados setores específicos de comunidades, principalmente periféricas, trazem fundamentos para o desenvolvimento de mais estudos sobre o tema.

Desse modo, compreende-se que a pacificação social é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art.3º, I), de modo que foi atribuído ao juiz, como agente político, a tarefa de implementar alternativas jurisdicionais, céleres e adequadas, para que este desiderato seja alcançado (art.5º, LXXVIII).

A tarefa da ordem jurídica é tornar as relações travadas entre os indivíduos mais harmônicas. A correlação entre sociedade e Direito existe em decorrência da “função que o Direito exerce na sociedade: a função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre as pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p.25).

No entanto, o que se assiste nos últimos tempos é a denominada crise do Judiciário, decorrente de sua ineficiência na prestação da tutela jurisdicional. As pessoas estão mais conscientes de seus direitos e perceberam que o Poder Judiciário pode ser usado como um instrumento favorável a elas. Compreende-se, ademais, que com a Constituição de 1988 catalogou-se um rol extenso de direitos, sem que políticas públicas e sociais fossem criadas para torná-los efetivos. Isso abriu espaço para uma maior atuação da jurisdição estatal, onde ocorreu um aumento das expectativas por parte da população com relação à sua atividade. Ocorre que, “quando analisamos a experiência comparada, verificamos que, em grande medida, o sistema judiciário não corresponde à expectativa. E, rapidamente, de solução passa para problema” (SANTOS, 2008, p.21), o que gera um enorme sentimento de frustração.

Para sanar o problema, verifica-se que as medidas tomadas nem sempre são as mais adequadas, pois visam principalmente uma mudança na letra da lei, ou seja, apenas altera-se o procedimento, o que nem sempre consegue produzir bons resultados. Mesmo quando se altera a estrutura física, o que se alcança não é sempre satisfatório.

O crescimento demográfico da demanda por justiça evidencia que é inútil tentar responder a ela com o mero crescimento *físico* do Judiciário (oferta de mais prédios, computadores, servidores, juízes), escalada que compromete parcelas cada vez mais expressivas do orçamento público, chegando a gerar focos de tensão com o Poder Executivo, pressionado a igualmente atender solicitações de setores prioritários e socialmente impactantes, como saúde, segurança pública, educação. Nesse sentido, afigura-se que a única estratégia eficaz deve operar em duas frentes: de um lado, a oferta e o fomento de outros meios auto e heterocompositivos, que possam recepcionar a demanda reprimida; de outro lado, a implantação de uma verdadeira *política judiciária* de esclarecimento do jurisdicionado, por modo a deixá-lo informado de que a justiça estatal não é o desaguadouro necessário de todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito, havendo outras (e não raro mais adequadas) possibilidades de solução das controvérsias fora e além do custoso, lento e imprevisível processo judicial. (MANCUSO, 2009, p.305).

Nesse diapasão, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em sua obra “Acesso à Justiça” (2008), discorrem a respeito das denominadas “ondas” de reforma no campo jurisdicional, que seriam a sucessão, até mesmo cronológica, dos movimentos que buscaram tornar a justiça mais acessível e proporcionaram a descoberta de um novo enfoque para o tema. A primeira onda tinha como finalidade tornar a justiça mais acessível aos pobres. A segunda onde visou tutelar interesses difusos, assim denominados aqueles referentes aos interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres enquadrados na primeira onda. Um terceiro movimento, que abarcou aquelas duas primeiras e considerou-as apenas uma das séries de mudanças necessárias para se melhorar o acesso à justiça, buscou tornar mais participativa a atuação dos próprios interessados no deslinde da causa, como as comunidades e grupos sociais diretamente afetados pelo conflito, além de:

a) o de adotar procedimentos acessíveis mais simples e racionais, mais econômicos, eficientes e especializados para certos tipos de controvérsias; b) o de promover e fazer acessível um tipo de justiça (...) baseada sobre a conciliação e mediação e sobre critérios de equidade social e distributiva(...) (CAPELLETTI, 2008, p.389-390).

Interessa, principalmente, para o presente estudo, a terceira onda de reformas, uma vez que se visa compreender como a utilização de mecanismos dialógicos de solução de conflitos pode contribuir para um acesso à justiça efetivo e cidadão. Inclusive, pretendeu-se

relacioná-la com a necessidade de uma revolução democrática do acesso à justiça, preconizada por Boaventura de Sousa Santos (2008).

Não há que se intentar melhorar apenas a rapidez ou a quantidade dos conflitos solucionados, uma vez que o aspecto da qualidade é imprescindível: “com as reformas que incidem sobre a morosidade sistêmica podemos ter uma justiça mais rápida, mas não necessariamente uma justiça mais cidadã.” (SANTOS, 2008, p.44). Inclui-se na revolução democrática a responsabilidade social (qualidade da justiça).

O autor acima citado fala, também, em uma nova concepção do acesso ao direito e à justiça. Segundo ele, a concepção convencional busca-se o acesso a algo já existente e que não se modifica com o acesso. Em seu entendimento, “(...) o acesso irá mudar a justiça a que se tem acesso” (2008, p.33), de maneira que a própria participação dos interessados no deslinde da causa transformará a própria prestação da justiça. Indica, ainda, que a ponta do icebergue dos problemas da prestação da justiça está na denominada *procura suprimida*, que consistiria na “(...) procura daqueles cidadãos que têm consciência de seus direitos, mas que se sentem totalmente impotentes para os reivindicar quando são violados” (SANTOS, 2008, p.32). Para satisfazer essa promoção, deve-se reformar o sistema judiciário, e não apenas promover mudanças no direito positivo e processual.

Sabe-se que a tendência histórica de evolução das maneiras de resolução dos conflitos foi da justiça privada para a justiça pública, de maneira que o Estado assumiu gradualmente o monopólio desta atividade. E com isso, visa o atingimento de três escopos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p.30): sociais, políticos e jurídicos, sendo o mais importante deles a pacificação social, eliminando as angústias provocadas pelo conflito.

Com o fortalecimento do Estado e o maior desenvolvimento de sua função pacificadora, tornou-se quase absoluto o uso exclusivo da jurisdição estatal. No cenário jurídico brasileiro, os mecanismos alternativos não lograram um desenvolvimento apto para fazer frente à solução imposta pelo Poder Judiciário, tendo a autotutela particular (art.345 CP) e a praticada pelo Estado (art.350 CP) sido criminalizadas.

No entanto, abre-se espaço, nos últimos tempos, para o desenvolvimento de meios alternativos de pacificação social, tendo em conta a percepção da ineficácia do Estado na sua promoção, além do que muitos deles, como a mediação e conciliação, têm em seu procedimento a capacidade de alcance de resultados mais satisfatórios para determinados litígios. Não se pode considerar que se está fazendo o caminho inverso, mas sim a percepção

de que se devem conciliar ambos os tipos de soluções, de modo a se promover com maior efetividade o acesso à justiça, assim como preconizado por Mauro Cappelletti (2002).

Fala-se em uma nova vertente que pugna pela utilização dos mecanismos alternativos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p.33). Busca-se a ruptura com o formalismo e a gratuidade, além da denominada *delegalização* (caracterizada por uma liberdade na hora de decidir, seja pelo uso da equidade ou não juízos de direito) de maneira a se proporcionar um acesso o mais amplo possível, principalmente para a parte da população que normalmente fica à margem desse direito fundamental.

Além disso, com o novo enfoque do acesso à justiça, que não se resume apenas no acesso ao judiciário, tenta tornar mais forte a intersecção entre aquele e os movimentos sociais e populares. Trata-se de adotar uma perspectiva comunitária que associa a utilização de mecanismos alternativos como instrumentos de transformação social, que contribuem para a construção de espaços democráticos, de uma cidadania ativa e de um direito emancipatório conduzente a um democrático acesso à justiça, nos moldes do que Boaventura de Sousa Santos (2008) preconiza.

Desse modo, a mudança consistiria na compreensão da nova faceta do acesso à justiça de modo que o uso de alternativas, como a mediação e conciliação, podem ser importantes instrumentos. Está em discussão, ademais, a própria garantia de outros direitos:

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. (CAPPELLETTI; GARTH, 2008, p.11)

Ou seja, o acesso à justiça além de configurar-se um direito humano, também influencia a própria garantia dos demais direitos:

O problema do acesso apresenta-se, pois, sob dois aspectos principais: por um lado, como *efetividade* dos direitos sociais que não têm de ficar no plano das declarações meramente teóricas, senão, devem, efetivamente, influir na situação econômico-social dos membros da sociedade, que exige um vasto aparato governamental de realização; mas, por outra parte, inclusive como busca de formas e métodos, a miúdo, novos e alternativos, perante os tradicionais, pela racionalização e controle de tal aparato e, por conseguinte, para a proteção contra os abusos aos quais o mesmo aparato pode ocasionar, direta ou indiretamente. (CAPPELLETTI, 2008, p.385)

Luigi Ferrajoli também aborda a questão quando discorre acerca das relações entre direitos e suas garantias, pois fala que os direitos fundamentais consistem em garantias primárias, que seriam as expectativas positivas ou negativas a que correspondem obrigações

(prestações) e proibições (no sentido de se impedir lesões), e garantias secundárias, as quais configurariam as obrigações de reparar ou sancionar judicialmente as lesões aos direitos, ou seja, às violações das garantias primárias (2009, p.26). Desse modo, apresenta o Poder Judiciário, sintetizado como o órgão promotor do acesso à justiça, como um mecanismo de garantia dos direitos fundamentais.

Diante da necessidade de alteração e da nova compreensão da matéria, foi implementada pela Resolução nº 125 de 29 de Novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a denominada Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, cujo objetivo é tornar efetivo o princípio constitucional do acesso à Justiça (art.5º, XXXV da Constituição Federal), principalmente do acesso à ordem jurídica justa. Dessa forma, uma de suas finalidades é promover não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação.

Percebeu-se que mecanismos consensuais de resolução de conflitos devem ser incentivados e aperfeiçoados, em especial a conciliação e a mediação, meios que não somente promovem a redução da excessiva judicialização dos conflitos, mas também produzem a pacificação dos conflitantes, finalidade nem sempre alcançada pela via judicial. Exemplo disso é a Justiça Restaurativa, que promove um novo entendimento do conflito gerado pelo fato criminoso, amparando de uma maneira melhor a vítima e gerando cidadania e educação jurídica para os participantes, além da Mediação Comunitária, que permite que conflitos ocasionados na comunidade sejam resolvidos por ela mesma, desde que o sejam em matérias que permitem tal procedimento. Ambos têm como ponto central o diálogo, o entendimento.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth quando tratam em sua obra das tendências no uso do enfoque do acesso à justiça também indicam as vantagens de sua instituição. Apontam que a conciliação, por exemplo, é um excelente método para restauração do relacionamento entre os contendores e da manutenção deste de forma prolongada (2008, p.84).

Relaciona-se a instituição destes mecanismos, para além da pacificação e consecução de uma justiça democrática e cidadã, também ao aspecto de promoção da dignidade da pessoa humana, já que nem sempre esta, que é um dos fundamentos do Estado Brasileiro, pode ser alcançada simplesmente com a ação particular dos indivíduos, estando, às vezes, na dependência do concurso da atuação estatal:

Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade

existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade) (...) (SARLET, 2009, p.52/53).

É nesse sentido o escopo do presente trabalho: compreender os mecanismos alternativos de solução de conflitos como parte de um movimento, como denominado por Mauro Cappelletti (2002) como terceira onda de reformas e também incluído no contexto de um novo enfoque do acesso à justiça, que visa tornar a população mais consciente e participativa da gestão da justiça, de maneira que se implementem mecanismos democráticos e cidadãos de tutela de seus interesses. É, portanto, o desenvolvimento de meios que pugnam pelo diálogo entre as partes, como a mediação e conciliação.

No intuito de cumprir com o desiderato deste presente trabalho utilizou-se a pesquisa teórica, com a busca de bibliografia baseada em textos legais, doutrinas jurídicas, artigos de periódicos jurídicos e revistas online, na procura por uma análise crítica e comparativa para desenvolver o tema em discussão. Fez-se uso da pesquisa documental, por meio do procedimento metodológico histórico e comparativo, sendo o procedimento técnico utilizado a análise histórica e de conteúdo. Por meio da análise dos artigos e livros publicados com relação à matéria e através do método dedutivo e indutivo, examinou-se teorias e posicionamentos de autores nacionais e estrangeiros cujas obras auxiliaram no desenvolvimento da pesquisa.

A lógica estruturante do primeiro capítulo residiu na abordagem dos diversos meios considerados alternativos de solução de conflitos, dando-se desta para os dois principais neste trabalho, que são a mediação e a conciliação, tendo em conta seu caráter dialógico e emancipatório. Além disso, trabalhou-se neste capítulo com a consolidação do Estado do monopólio da jurisdição e a atual crise pela qual se encontra, demonstrando-se também o papel que o acesso à justiça tem com relação à proteção dos demais direitos fundamentais.

O segundo capítulo foi estruturado de forma a especificar em que contexto doutrinário e social que a discussão se lastreia, de forma que discorre sobre o período da modernidade reflexiva, a emergência do pluralismo jurídico e dessa forma das teorias críticas do Direito, além da demonstração de que há o desenvolvimento de um conceito de acesso à justiça amplo e a construção de uma revolução democrática com base neste.

No terceiro capítulo a lógica estruturante baseou-se no esclarecimento a respeito da Resolução nº 125 do CNJ, que trata da política de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e que também incentiva a utilização de meios alternativos, como a conciliação e mediação, além de promover o desenvolvimento da Justiça Restaurativa e Mediação Comunitária. Estas serão também explicitadas neste capítulo, demonstrando-se os exemplos que existem no Brasil e as referências internacionais que formam sua base teórica e prática.

1. OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E O ACESSO À JUSTIÇA: PROTEÇÃO DOS DEMAIS DIREITOS

1.1. Dos Diversos Meios de Resolução de Conflitos

1.1.1. Da Autotutela

A autotutela consiste na resolução dos conflitos pelo uso da força, com imposição da vontade de um determinado indivíduo a outro. É um método em que vigora a lei do mais forte e uma enorme insegurança, de modo que não se discute quem tem razão, mas sim quem pode impor sua vontade ao outro (BELTRAN, 1996, p.25). Há autores que atribuem a sua prática às fases primitivas da civilização humana:

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares) (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2006, p.27).

Fala-se, então, na prevalência da denominada vingança privada, uma vez que a lesão a um direito é revolvada pela busca da reparação com outra lesão, num movimento vicioso de violência e conflito¹.

É a forma mais antiga de solução dos conflitos, constituindo-se fundamentalmente pelo sacrifício integral do interesse de uma das partes envolvidas no conflito em razão do exercício da força pela parte vencedora. Por “força” deve-se entender qualquer poder que a parte vencedora tenha condições de exercer sobre a parte derrotada, resultando na imposição de sua vontade. O fundamento dessa força não se limita ao aspecto físico, podendo-se verificar nos aspectos afetivo, econômico, religioso, etc (NEVES, 2013, p.5).

É, assim, uma forma de solução de conflitos não dialógica e extremamente distante dos atuais conceitos de acesso à justiça, tendo em vista que ao invés de promover uma igualdade material, acaba por acentuar a igualdade formal, dado que a paridade de armas não existe, prevalecendo-se elementos econômicos e biológicos².

¹ Dois são os traços característicos da autotutela: ausência de um juiz distinto das partes e imposição da decisão por uma das partes à outra (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2006, p.27).

² “À medida que as sociedades foram se complexificando, produziu-se uma normatização mínima de condutas viabilizadoras e reguladoras do convívio harmônico entre os integrantes dos grupos sociais, implicando também a elaboração de instrumentos que as possam fazer valer. Assim, as primeiras manifestações do hoje denominado “direito de agir” antecedem ao próprio Estado, quando a justiça era obtida mediante a defesa privada dos interesses, reflexo da lei de Talião” (MORAIS, 1999, p.73).

1.1.2. Da Autocomposição

Diferentemente da autotutela em que se tem a solução imposta por uma das partes à outra, aqui a solução passa pela intervenção de um terceiro imparcial que contribuirá para que os conflitantes sejam pacificados. São mecanismos que visam a preservação da relação entre os envolvidos, visando principalmente o diálogo entre as partes.

A autocomposição é uma interessante e cada vez mais popular forma de solução dos conflitos sem a interferência da jurisdição, estando fundada no sacrifício integral ou parcial do interesse das partes envolvidas no conflito mediante a vontade unilateral ou bilateral de tais sujeitos. O que determina a solução do conflito não é o exercício da força, como ocorre na autotutela, mas a vontade das partes, o que é muito mais condizente com o Estado democrático de direito em que vivemos. Inclusive é considerado atualmente um excelente meio de pacificação social porque inexiste no caso concreto uma decisão impositiva, como ocorre na jurisdição, valorizando-se a autonomia da vontade das partes na solução dos conflitos (NEVES, 2013, p.5).

A autocomposição tem como característica o fato de que o terceiro não resolve o problema, ele apenas auxilia as partes a chegarem à solução, de maneira que estas são juízes do próprio conflito. Como exemplo de métodos autocompositivos pode-se indicar a conciliação, a mediação e a negociação³.

Os teóricos apresentam a conciliação e a mediação como forma de “solução alternativa de controvérsias” (ADR, em inglês, *alternative dispute resolution*) (DIDIER, 2013, p. 219):

(...) a mediação ganhou terrenos antes insondados e firmou-se como vedete dentre os meios ditos “alternativos” de resolução de disputas, segundo a nomenclatura norte-americana – *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Pode-se falar hoje de um movimento em duplo sentido: a mediação está arraigada no meio social, mas tem ganhado espaço também nas próprias estruturas judiciais, evidenciando uma dinâmica mais ampla em direção a uma ordem jurídica e social que se quer cada vez mais negociada (DIAS, 2010, p. 154).

São formas de solução de conflitos que tem a característica importante que é o diálogo, permitindo uma maior interação dos conflitantes, sendo importante instrumento de acesso à justiça para determinados tipos de conflitos.

³ “A autocomposição é um gênero do qual são espécies a transação – a mais comum –, a submissão e a renúncia. Na transação há um sacrifício de interesses, sendo que cada parte abdica parcialmente de sua pretensão para que se atinja a solução do conflito. Trata-se do exercício de uma vontade bilateral das partes, visto que quando um não quer dois não fazem a transação. Na renúncia e na submissão o exercício da vontade é unilateral, podendo até mesmo ser consideradas soluções altruístas do conflito, levando em conta que a solução decorre de ato da parte que abre mão do exercício de um direito que teoricamente seria legítimo. Na renúncia, o titular do direito simplesmente abdica de tal direito, fazendo-o desaparecer juntamente com o conflito gerado por sua ofensa, enquanto na submissão o sujeito se submete à pretensão contrária, ainda que fosse legítima sua resistência” (NEVES, 2013, p.5).

1.1.2.1. Da Conciliação

A conciliação é a forma autocompositiva de solução de conflitos em que o terceiro imparcial possui uma participação mais ativa do que o mediador, uma vez que ele pode sugerir soluções para o conflito. “A técnica da conciliação é mais indicada para os casos em que não há vínculo anterior entre os indivíduos” (DIDIER, 2013, p. 219). Entretanto, em sua função o conciliador não pode exercer qualquer tipo de intimidação ou constrangimento para com os conciliados.

Historicamente não se distingue na doutrina uma evolução linear dos mecanismos de solução de controvérsias, de maneira que não se pode falar que primeiramente se tinha a autotutela, posteriormente a autocomposição, passando pela arbitragem até se chegar à jurisdição.

Entretanto, pode-se identificar que nos primórdios da humanidade havia a coexistência da conciliação com a autotutela, principalmente no período em que não havia a jurisdição estatal e a arbitragem ainda não tinha se desenvolvido como ocorreria quando da chegada do período do Império Romano⁴.

No Brasil a Constituição Imperial exigia que a conciliação fosse tentada a qualquer momento, de maneira que se constituía como um requisito para que houvesse julgamento. A Constituição de 1824 previa que se impedia o início de qualquer processo judicial sem que fosse demonstrada a tentativa de conciliação entre as partes. No Código de Processo Civil de 1973 há a previsão da tentativa de conciliação a qualquer tempo pelo juiz (art. 125, VI), além do que no processo do trabalho, a CLT prevê dois momentos para a tentativa de conciliação, de acordo com previsões do art. 847 e art. 850.

A conciliação é utilizada no contexto jurídico brasileiro principalmente no âmbito dos Juizados Especiais previstos na Lei 9.099/95, além da previsão no Código de Processo Civil de que o juiz pode a qualquer momento tentar conciliar as partes em um procedimento judicial já instaurado.

Nesse sentido, percebe-se que mesmo diante da solução imposta pelo Estado, a conciliação se faz presente como uma maneira de resolver os conflitos entre as partes, sendo incentivada por aquele. Dessa maneira, diz-se que ela pode ser endoprocessual ou

⁴ “A história nos mostra que, no direito romano arcaico (das origens do direito romano até o século II AC, sendo dessa época a Lei das XII Tábuas), já o Estado participava, na medida da autoridade então conseguida perante os indivíduos, dessas atividades destinadas a indicar qual o preceito a preponderar no caso concreto de um conflito de interesses” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2006, p.34).

extraprocessual, conforme seja realizada dentro de um processo judicial em curso ou fora dele⁵.

1.1.2.2. Da Mediação

A mediação, assim como a conciliação, é um método de resolução de conflitos que passa pela atuação de um terceiro imparcial que auxiliará os conflitantes a chegarem à solução do dissídio⁶.

No entanto, diferentemente da conciliação, em que o terceiro propõe uma solução para as partes, aqui ele apenas indica o caminho⁷. Estimula-se o diálogo entre os envolvidos, fazendo com que possam compreender qual a melhor forma de resolver a controvérsia. “Ela é por isso mais indicada nos casos em que exista uma relação anterior e permanente entre os interessados, como nos casos de conflitos societários e familiares” (DIDIER, 2013, p.219). Ou seja, é um meio muito eficiente para aqueles conflitos em que se intenta ter uma solução que restabeleça o convívio pacífico perdido, tendo em conta a necessidade de manter estas relações abaladas, haja vista os interesses envolvidos na disputa. Por isso, sendo o mediador uma figura próxima das partes torna mais fácil, ainda, que se chegue nesse tipo de solução pacificadora.

Assim como na conciliação, veda-se aqui também a utilização de qualquer tipo de intimidação ou constrangimento a fim de forçar uma conciliação entre os indivíduos.

O mediador busca auxiliar as partes a compreenderem suas fraquezas e suas dificuldades, a fim de que seja alcançada uma solução que a todos favoreça. O mediador utiliza de seu conhecimento a respeito da situação para proporcionar uma adequação dos interesses em conflito, tornando possível a que se chegue àquele resultado agradável para os conflitantes.

A mediação é um termo muito rico e igualmente controverso. Utilizada historicamente por chefes tribais, pajés, anciãos e conselheiros como método

⁵ O conciliador procura obter uma *transação* entre as partes (mútuas concessões), ou a *submissão* de um à pretensão do outro (no processo civil, reconhecimento do pedido: v. art.269, inc.II), ou a desistência da pretensão (*renúncia*: CPC, art.269, inc. V). Tratando-se de conciliação endoprocessual, pode-se chegar ainda à mera desistência da ação, ou seja, revogação da demanda inicial para que o processo se extinga sem que o conflito receba solução alguma (art.267, inc.VIII) (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2006, p.34).

⁶ “Através deste instituto, busca-se solucionar conflitos mediante a atuação de um terceiro desinteressado e neutro. Este terceiro denomina-se *mediador* e exerce uma função como que de conselheiro, pois pode aconselhar e sugerir, porém, cabe às partes constituir suas respostas” (MORAIS, 1999, p. 145).

⁷ “A mediação é a forma alternativa de solução de conflitos fundada no exercício da vontade das partes, mas não se confunde com a autocomposição, porque, enquanto nesta haverá necessariamente um sacrifício total ou parcial dos interesses da parte, naquela, a solução não traz qualquer sacrifício aos interesses das partes envolvidas no conflito. Para tanto, diferente do que ocorre na conciliação, a mediação não é centrada no conflito em si, mas sim em suas causas” (NEVES, 2013, p.7).

de pacificação e integração social, ela é retomada, nos anos 70 e 80, primeira e principalmente nos Estados Unidos, como forma “novidadeira” de resolução de controvérsias. O conceito mais usual é, aparentemente, simples e se impõe de maneira mais ou menos homogênea onde quer que se pratique: a mediação é um processo que busca a resolução de situações de conflito, através do qual uma terceira pessoa neutra – o mediador – auxilia as pessoas envolvidas a resgatarem o diálogo e construir uma solução. É um processo voluntário, no qual as decisões negociadas são de autoria das partes, sendo o mediador um facilitador (DIAS, 2010, p.154).

Na mediação pauta-se pela oralidade, intercompreensão e uma participação voluntária, sendo “(...) um procedimento autocompositivo que possui uma dimensão dialógica, ao contrário dos procedimentos puramente adversariais (DIAS, 2010, p.48)”. Como a decisão do procedimento não é tomada pelo mediador, mas pelas próprias partes envolvidas no conflito, pode-se indicar que há um indício de certa autonomia para os seus participantes.

O Projeto de Novo Código de Processo Civil prestigiou a mediação em diversos artigos, prevendo o incentivo de formas alternativas de solução de conflitos, nas quais a mediação se enquadra. Dentre os auxiliares da justiça, inseridos no Capítulo II, Seção V, há a indicação de que cada tribunal poderá criar, por meio de lei de organização judiciária, um setor de conciliação e de mediação (art. 134, *caput*). Além disso, os princípios informadores destas são a independência, a neutralidade, a autonomia da vontade, a confidencialidade, a oralidade e a informalidade (art. 134, §1º). Todo o procedimento de conciliação e de mediação deverá ser realizado de maneira confidencial, de forma que todas as informações produzidas ao longo do procedimento gozam deste caráter (art. 134, §2º).

O referido Projeto dispõe, ainda, que a realização da mediação e da conciliação deverá ser promovida e estimulada, tanto por magistrados, por advogados, por defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive quando já exista uma ação judicial em curso (art. 135, *caput*). Neste mesmo artigo, em seus parágrafos, é explicitada a diferença da mediação para a conciliação. No parágrafo primeiro é disposto que na conciliação o conciliador poderá propor soluções para os conflitos e o parágrafo segundo dispõe que o mediador auxiliará as partes a encontrarem, por si mesmas, a solução em benefício mútuo.

Ademais, o mediador e o conciliador poderão ser escolhidos pelas partes em comum acordo, observada a legislação pertinente (art. 136, *caput*). Caso não haja um acordo entre elas, haverá o sorteio por meio daqueles que estão inscritos previamente no tribunal (art. 136, *caput*).

Nesse sentido, o art. 137, *caput* estabelece que os tribunais manterão um cadastro de conciliadores e mediadores, habilitados por área profissional (art. 137, *caput*). Um ponto

interessante é que essa mediação e conciliação realizadas por meios dos tribunais terão como mediadores e conciliadores apenas bacharéis em direito inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o que limita muito a questão da utilização destes instrumentos como promoção da democracia, mas que ao mesmo tempo promove uma maior capacitação daqueles que serão responsáveis por promover estes institutos. Além disso, há a previsão de que seja realizado um curso por entidade credenciada pelo próprio tribunal, emitindo-se o certificado respectivo, que dará a possibilidade de participação nestes procedimentos (art. 137, §1º).

Neste registro de conciliadores e mediadores constarão dados como a quantidade de causas em que o inscrito atuou, seu sucesso na realização dos procedimentos, a matéria e outros dados relevantes (art. 137, §3º), o que possibilita que as partes no momento de sua escolha para realizar o procedimento possam tomar uma decisão mais acertada.

Há, ainda, a possibilidade de que os mediadores e conciliadores sejam excluídos do quadro nas hipóteses previstas nos incisos do art. 138, como é o caso de violação dos deveres de confidencialidade e neutralidade.

Haverá a fiscalização da atuação dos conciliadores e mediadores pelos juízes, de maneira que se houver a consideração de que ela não está adequada, poderá haver a sua exclusão da causa, sendo informado ao tribunal e à Ordem dos Advogados do Brasil e instaurado o devido processo administrativo (art. 138, §2º).

Esses auxiliares da justiça que realizam o procedimento da mediação e da conciliação estão sujeitos às hipóteses de impedimento, motivo pelo qual ao tomar conhecimento deste, deverão imediatamente devolver os autos ao tribunal, ou se houver o reconhecimento apenas posteriormente, a atividade será imediatamente interrompida.

O conciliador ou mediador que atuou na solução de determinado litígio entre certas partes fica impedido pelo prazo de 01 (um) ano, contado da data do término do procedimento, de assessorar, patrocinar ou representar o interesse de qualquer um dos litigantes (art. 141).

Esse trabalho de mediação e conciliação não será realizado de maneira gratuita, percebendo o auxiliar da justiça uma remuneração prevista em uma tabela fixa do tribunal que será criada, seguindo parâmetros que serão estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

Ao final do procedimento e obtida a transação, esta será reduzida a termo e homologada pelo juiz, sendo considerada título executivo judicial (art. 143).

Cumprе ressaltar que de acordo com o art. 333, no procedimento comum se a petição inicial estiver preenchida com todos os requisitos legais necessários e não for caso de

rejeição liminar da demanda, será realizada uma audiência de conciliação prévia, em que o juiz determinará a forma de atuação do mediador ou conciliador, observando o que estiver disposto na lei de organização judiciária (art. 333, *caput* e §1º). Essa audiência de conciliação não será realizada quando as partes expressamente manifestarem a oposição à sua instituição ou quando, por outros motivos, se entender pelo seu não cabimento (art. 333, §7º).

Dessa maneira, segundo a sistemática do Novo Código de Processo Civil, configuram-se como títulos executivos extrajudiciais o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores (art. 710, IV), além de outros títulos que, por disposição expressa de lei, seja atribuída a força executiva.

Já os títulos executivos judiciais estão dispostos no art. 492 do Novo Código de Processo Civil, em que estão incluídos a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que não inclua matéria posta em juízo (art. 492, II); o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente (art. 492, III) e também a sentença arbitral (art. 492, VII).

Mantém-se, assim, as bases da sistemática já existente no antigo Código de Processo Civil, procurando-se dar executoriedade para aqueles títulos que foram produzidos fora do âmbito do Poder Judiciário, de maneira que há a promoção destas alternativas à jurisdição estatal.

A visão deste estudo, porém, não está voltada para a utilização de métodos alternativos de solução de conflitos no âmbito do próprio Poder Judiciário, mas sim sua promoção em outros ambientes, para construção de uma cultura jurídica plural e democrática. Dessa maneira, busca-se apresentar os principais aspectos relacionados com propostas de implementação e promoção da mediação em espaços de cidadania e pluralidade.

O modelo judicial tradicional do Brasil apresenta problemas no sentido de restringir a solução do conflito à aplicação meramente prática das normas jurídicas pelo intérprete, a quem cabe, juntamente com o legislador, toda a responsabilidade da resolução do litígio. Dessa forma, os anseios sociais não são verdadeiramente atendidos, pois o processo comum não possibilita forma nenhuma de autonomia às pessoas envolvidas. Dessa dificuldade emerge uma saída: a extrajudicialidade na resolução de conflitos ou demandas sociais. Esse método ficaria ao lado do modelo tradicional do Judiciário brasileiro, de forma a ser uma opção aos cidadãos em conflito por um direito ou de resolução de questões sociais, já que há possibilidade de tratar esses assuntos de forma interdisciplinar contando com o apoio de outras áreas do conhecimento, tais como Sociologia, Psicologia, Assistência Social e outras – para além da jurisdicionalidade (DIAS, 2010, p.44-45).

Assim, o modelo atual promove pouca autonomia para as partes na solução dos conflitos, ficando elas dependentes de uma interpretação feita pelo juiz daquilo que foi produzido e determinado pelo legislador.

Entretanto, mesmo com as críticas relacionadas à forma tradicional de resolução de conflitos que é o processo judicial, até mesmo essa alternativa buscada que é a mediação não goza de unanimidade quanto ao sucesso de sua instituição, sendo que é alvo de uma considerável quantidade de desconfianças, relacionadas ao seu procedimento e efetividade: em relação à segurança jurídica que não existiria no procedimento, conforme aqueles que defendem que a mediação é uma negativa de direitos ou aos procedimentos corretos; e quanto à sua efetividade “(...) conforme a crítica que a julga como um procedimento a mais, e por isso infértil, pois que objetivada como sequência natural de mecanismos já existentes, tal como a conciliação – um rito de passagem obrigatório antes de um processo *a priori* inevitável” (DIAS, 2010, p.154).

Desse modo, pode-se pensar inclusive na conciliação instituída pelos Juizados Especiais que já possui mais de uma década de atividade, e que não surtiu os efeitos que foram planejados quando da sua instituição.

Conforme a Lei nº 9.099/95 inicialmente as partes participariam de uma sessão de conciliação, conduzida por juiz togado ou leigo⁸ ou por um conciliador que esteja sob supervisão de um destes dois (art. 22). Além disso, caso não seja obtida a conciliação, poderá ser instituído o procedimento arbitral, conforme previsão do art. 24⁹.

Léslie Sherida Ferraz afirma que a mediação/conciliação que é realizada no âmbito dos Juizados Especiais favorece a desigualdade entre as partes, principalmente nas lides consumeristas, uma vez que os economicamente desfavorecidos saem prejudicados, tendo em conta que normalmente a sua proteção se dá mediante a utilização de defensores dativos¹⁰, que nem sempre tem o interesse de realizar uma defesa técnica adequada, e os grandes fornecedores têm condições de contratar grandes escritórios de advocacia. Além disso, tem-se uma falta de preparo dos conciliadores/mediadores:

⁸ Conforme previsão do art 7º do diploma legal, “os conciliadores e juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de 5(cinco) anos de experiência”.

⁹ Léslie Sherida Ferraz indica que não existe registro no Brasil de utilização do procedimento da arbitragem no âmbito dos Juizados Especiais: “A despeito da previsão legal, não há registro de instalação de arbitragem nas Pequenas Cortes brasileiras. Nas dezenas de Juizados visitados em nove capitais para a realização dos trabalhos de campo, não encontramos sequer um caso em que a prática tenha sido realizada” (FERRAZ, 2008).

¹⁰ Defensores dativos são advogados privados nomeados pelo Estado para a prestação de serviços de assistência jurídica. Com a expansão das Defensorias Públicas sua atuação é cada vez mais diminuta.

Em entrevistas abertas realizadas com juízes paulistas, eles se queixaram da má qualidade dos acordos firmados – o que os tornava impassíveis de serem cumpridos ou executados; da falta de preparo técnico e de vivência dos conciliadores e da sua alta rotatividade, o que os impedia de formar um corpo permanente e coeso de mediadores. Contudo, quando questionados se não poderiam tentar reverter esse quadro, todos responderam que o excessivo volume de trabalho não permite que se ocupem de tarefas alheias à atividade judicante (FERRAZ, 2008).

Como se vê, a conciliação realizada pelos Juizados Especiais apresenta alguns pontos críticos, principalmente relacionados com a falta de cultura jurídica para a prática de atividades conciliatórias, assim como a falta de interesse no seu desenvolvimento, apesar de haver um incentivo por parte do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com a chamada “Semana da Conciliação”, realizada anualmente e coordenada por este¹¹. Em 2012, por exemplo, no âmbito estadual 87,82% das audiências marcadas foram realizadas, e dessas, 52,75% obtiveram um acordo. Já no âmbito federal, foram realizadas 66,61% das audiências marcadas, com um índice de acordo de 77,20% (SEMANA Nacional..., 2013).

Essas audiências de conciliação realizadas no âmbito dos tribunais durante esse evento promovido e coordenado pelo CNJ visam principalmente o desafogamento de demandas já ajuizadas no âmbito do Poder Judiciário. Com o objetivo de incentivar ainda mais a conciliação no âmbito do Judiciário, o CNJ promove, ainda, o prêmio “Conciliar é Legal”, dado a servidores e magistrados que contribuíram para a efetiva pacificação e aprimoramento da Justiça.

Mas mesmo com as críticas existentes a respeito da mediação, os estudos atuais estão voltados para uma análise positiva do instituto, em termos de promoção de espaços plurais e de democracia cidadã.

(...)pressupondo o pluralismo existente na nossa sociedade, os meios dialógicos (como a mediação) devem ser os primeiros a serem utilizados para resolução de conflitos, pacificação e integração social. Isso quer dizer que antes da adjudicação litigiosa é possível que haja pelo menos uma tentativa de intercompreensão entre as pessoas de uma forma ampla, isto é, que não envolve apenas as questões de direito positivo. Pela mediação podemos pensar num direito que ultrapasse as barreiras burocráticas e unidimensionais, num direito criado e legitimado pelos próprios participantes do procedimento, transcendendo a esfera estatal e de acordo com princípios morais, sociais, humanos e plurais. Aplicando o direito em conformidade com o contexto de cada realidade social (DIAS, 2010, p. 45).

¹¹Na “Semana da Conciliação” os tribunais selecionam aqueles processos em que se visualiza a possibilidade de ocorrência de um acordo e intimam as partes. Há a possibilidade, também, de que as pessoas que não foram incluídas na pauta possam procurar os tribunais a fim de que seja realizada a audiência de conciliação.

A utilização da mediação como forma de solução de conflitos permite que se diminua o rigor formal e se avance para uma solução mais valorativa e emotiva, o que pode contribuir a trazer resultados mais satisfatórios e, conseqüentemente, mais permanentes para a solução dos conflitos. Fazer com que as partes entendam e participem daquilo que está sendo decidido promove, ademais, maior conscientização jurídica e autonomia para os indivíduos.

Fala-se, assim, no aspecto de inclusão social promovido pela mediação, principalmente aquela que é desenvolvida em espaços da própria comunidade, sem que haja a intervenção do Estado¹². Essa solução traz a necessidade de maiores discussões entre as próprias partes, que tem de chegar a uma solução que atenda a ambos os interesses, de modo que permite o referido diálogo, importante para a construção de um processo mais democrático.

Procura-se, nesse diapasão, desenvolver-se a mediação em um ambiente em que a complexidade da sociedade está em um nível elevado, tendo em conta principalmente os aspectos relacionados à nova dinâmica da vida pós-moderna.

Niklas Luhmann aborda essa questão da complexidade da sociedade:

Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indignação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos (LUHMANN, 1983, p. 46).

Lummann discorre sobre a complexidade do mundo percebida pelos sentidos do homem, que é aumentada quando ele entra em contato com outros indivíduos, porque além das suas expectativas, o homem começa a conviver com as expectativas também dos outros, o que aumenta a complexidade. “As possibilidades atualizadas por outros homens também se apresentam a mim, também são minhas possibilidades” (LUHMANN, 1983, p. 46).

¹² “Se atribuíssemos aos poderes públicos uma intervenção nessa prática, estaríamos desnaturando uma estrutura que é para todos, e não uma questão de coletividade, como uma mera massa sem identidade. A mediação é para cada um dentro de uma coletividade, cada um que tem seu valor, seus interesses próprios e conflitos pessoais que precisam ser valorizados individualmente. O Poder Público da forma tradicional pela qual atinge os cidadãos é incapaz de atingir esse nível de sensibilidade. Através dessa premissa, tenta-se atribuir um caráter de autonomia à mediação e não um mero desmembramento ou uma via alternativa ao Judiciário convencional” (DIAS, 2010, p. 46).

O relacionamento humano, assim, promove um maior aumento da complexidade da sociedade, cuja função do Direito para Luhmann, seria a de realizar a generalização de expectativas (LUHMANN, 1983, p. 121), promovendo segurança jurídica.

A mediação, por sinal, pode ser um eficaz instrumento para a realização dessa função, uma vez que permite às partes entenderem os anseios da outra, a fim de que as insatisfações e os desapontamentos de ambos sejam findos.

Mediação é um termo que, aos poucos, tem adquirido espaço dentre as formas de solução de problemas e/ou conflitos na sociedade. As relações sociais estão cada vez mais complexas e, portanto, necessitando de meios mais dinâmicos e adequados às complexidades para a resolução dos problemas entre as pessoas em comunidade. O modelo adjudicatório do Poder Judiciário não consegue alcançar algumas expectativas de uma sociedade em constante mutação. Além disso, nota-se uma imensa distância entre as normas juridicamente válidas, em decorrência do processo legislativo, e a aplicação concreta dessas normas em determinadas realidades sociais (DIAS, 2010, p. 47).

Alguns apresentam a mediação não como uma oposição ao Poder Judiciário e a sua forma de solução de conflitos, mas sim como um melhor método para a solução de um determinado tipo de controvérsias, tendo em conta alguns aspectos culturais, psíquicos e sociais¹³.

Deve-se ter a compreensão do homem e a complexidade do contexto social em que ele se insere, tendo em conta que há especificidades e necessidades que não conseguem ser satisfeitas pelo direito de ação junto ao Poder Judiciário, uma vez que uma solução mais pautada no diálogo consegue alcançar resultados mais bem relacionados com a dinâmica do caso concreto.

Fala-se, assim, que não existe um conceito único a respeito da mediação, podendo-se dizer, apenas genericamente, que se trata de um método de solução de conflitos que prima pelo diálogo e pela participação dos próprios interessados.

Com a mediação é possível aumentar o potencial comunicativo entre os sujeitos para que se chegue a uma solução do problema de forma mais negociada e menos coercitiva. Neste aspecto, o que importa é a satisfação real dos interessados nas questões levantadas e não uma decisão vertical impositiva como geralmente ocorre nos tribunais brasileiros. As decisões tomadas pelos próprios interessados significam o exercício da autonomia, pois o sujeito tem oportunidade de participar ativamente decidindo sobre seus próprios interesses. Há o resgate da autonomia e do diálogo para a reparação ou criação de laços sociais, principalmente quando a mediação é

¹³ Interessante é que a autora Maria Tereza da Fonseca Dias entende que a mediação não é uma forma de oposição ao Poder Judiciário, mas sim como o apontamento de um procedimento de resolução de controvérsias que seja apropriado para a resolução das demandas, tendo em conta que a mediação proporciona uma compreensão mais abrangente dos problemas (DIAS, 2010, p. 47).

realizada em setores de vulnerabilidade e exclusão social. Além de a mediação constituir-se como forma pedagógica, pois todos podem aprender sobre o outro e a lidar com as problemáticas do cotidiano através da comunicação (DIAS, 2010, p. 49).

Dessa maneira, a fim de que essa autonomia seja alcançada efetivamente, é necessário que o procedimento seja o mais informal possível, a fim de que proporcione um sentimento de pertencimento aos participantes, para que não se sintam inferiorizados. Assim, “(...) em um ambiente menos formal os cidadãos poderão demonstrar seus interesses e problemas da mesma maneira como lidam com seus problemas no dia a dia” (DIAS, 2010, p. 49).

Essa relação de não adversariedade da mediação consiste no fato de que as partes devem se considerar não como adversárias, mas sim como cooperantes a fim de encontrar uma solução que atenda ao interesse de ambas, de modo que não somente a solução do litígio está entre as preocupações, mas também a questão também da manutenção da relação social que ficou abalada. Além disso, estuda-se o aspecto relacionado com a própria promoção da cidadania e democracia pela mediação:

A mediação é um mecanismo preocupado com a garantia efetiva de direitos. Mesmo que não haja acordo ao final do procedimento, deve haver desde o início a promoção do exercício da capacidade comunicativa dos participantes, possibilitando a consolidação da democracia e o acesso à justiça para aqueles que se encontram em situação de exclusão (DIAS, 2010, p. 49).

No caso da mediação, o mediador busca estabelecer um diálogo entre as partes mais harmônico, sendo que sua função não é a de visualizar uma solução para o conflito e propô-la para as partes, mas sim de transformar uma comunicação conflituosa em uma comunicação que permita a expansão da autonomia das partes e a sua pacificação, de modo que possam encontrar aquela solução que melhor atenda aos seus anseios. Assim, “(...) É através da participação e aceitação social, manifestada no diálogo/linguagem que o direito se constitui e adquire sua legitimidade em uma mediação. É o poder de reflexão e decisão que é conferido a cada pessoa para tratar dos problemas que atormentam a vida (...) (DIAS, 2010, p. 53)” que tornara fortes os acordos que foram firmados.

Se for considerado que se teve a criação de uma norma em concreto no caso, pode-se falar que as pessoas foram sujeitos ativos no procedimento de construção delas. Assim, alguns autores sustentam que o juiz quando analisa uma lei está visualizando enunciados normativos e que após a interpretação criativa realizada por eles é que se tem formulação das normas, que podem ser tanto regras como princípios.

Humberto Ávila fala que as normas não são os textos, nem o conjunto deles, mas sim são os sentidos que são construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos. “O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte” (ÁVILA, 2005, p. 30).

Assim, o juiz teria uma conduta ativa na criação de normas, já que o legislador apenas preveria os enunciados normativos, dos quais as normas decorreriam em uma atividade realizada pelos próprios juízes.

Transportando-se esses ensinamentos para o âmbito da mediação, visualiza-se que as partes, apesar não terem um rigor formal no procedimento, mesmo não podendo realizar acordos que violem as normas legais, dessa maneira, quando as partes produzem um acordo no âmbito da mediação, acabam por produzir uma norma que vincula ambas as partes.

Nesse contexto, paralelamente às formas tradicionais de manifestação do direito se desenvolveram outras formas de se solucionarem problemas e se atender às demandas sociais. É o caso da mediação, um meio extrajudicial de expressão jurídica que se propõe a ampliar o acesso à Justiça por meio do resgate da autonomia dos indivíduos (DIAS, 2010, p. 51).

A autonomia decorreria, portanto, na possibilidade de fixação das consequências do acordo nos limites daquilo que a lei não proíbe que seja realizado. As partes buscam encontrar seus interesses comuns e por elas mesmas produzirem aquilo que as vinculará.

Além desse aspecto de autonomia, a mediação também proporciona que as partes fiquem melhor compreendidas umas pelas outras, favorecendo que os relacionamentos perdidos possam ser recompostos. “Nesse sentido, a busca pela compreensão do outro é característica dos procedimentos de mediação, tendo em vista que quando não se consegue entender/atender aos anseios das pessoas a decisão tomada será ineficaz” (DIAS, 2010, p. 51).

Muitas vezes aquela solução que foi imposta pelo Poder Judiciário por meio da sentença não consegue satisfazer ambas, nem nenhuma das partes, produzindo apenas insatisfação. Com a mediação, consegue produzir ao mesmo tempo autonomia dos indivíduos, porque as próprias partes serão as produtoras daquele acordo que será realizado, além de restauração de relacionamentos, porque o procedimento é todo baseado na compreensão entre as partes.

1.1.2.3. Da Negociação

A negociação antes de ser considerada um fenômeno jurídico, pode ser indicada como expressão de uma sociedade que se diz organizada. As pessoas a todo tempo negociam,

seja um pedido aos pais quando crianças, um pedido a seus professores quando adolescentes ou até mesmo no próprio trabalho.

Negociação consiste na tratativa direta entre os interessados a fim de se obter um acordo. É o método mais usual de solução de conflitos e todas as pessoas dela se utilizam em maior ou menor grau, com maior ou menor habilidade. Nas relações pessoais, profissionais e sociais a negociação é a forma com que as pessoas mais frequentemente interagem, desde a organização do dia a dia de uma família até a celebração de grandes contratos (DEMARCHI, 2007, p. 102).

Segundo Ildemar Egger “(...) negociação é um conjunto de discussões entre as partes em conflito que se unem voluntária e temporariamente com a intenção de resolver os pontos em litígio” (EGGER, 2008, p. 57).

Na negociação as próprias partes que estão em conflito chegam a um acordo para a solução do problema, mas aqui não há a presença de um terceiro que organiza e julga os problemas¹⁴.

A negociação tem como ponto forte a questão da possibilidade de se esclarecer melhor o conflito, sem necessitar da intermediação de um terceiro ou do ingresso do Estado-juiz. Assim como ocorre com a mediação, é deixada a oportunidade para que os conflitantes tomem decisões, abrindo espaço, portanto, para a autonomia da vontade¹⁵.

Pode-se dizer que a negociação sempre ocorreu ao longo da história, uma vez que o indivíduo já nasce com essa capacidade. Entretanto, o que faltava é a sistematização desta prática.

Exemplo histórico desta prática foi a negociação ocorrida entre os descobridores do Brasil e os índios nativos, que trocavam espelhos, roupas e outros utensílios, por objetos entregues pelos índios.

Tem-se que “a partir do século XX, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, a negociação passou a ser estudada em bases científicas a fim de se obter sistematização da matéria e a se justificar decisões de governo” (EGGER, 2008, p. 102). Foi nesse momento em que se tornou relevante o estudo da teoria dos jogos e sua utilização no processo de tomada de

¹⁴ Obviamente, inexistindo a intervenção de terceiros, a negociação sujeita as partes a uma possível falta de controle por inexistir um terceiro regulador, permitindo, inclusive, alguns abusos. Entretanto, a parte que negocia um acordo, vislumbrando tal desproporcionalidade pode se utilizar de meios tradicionais de solução de disputa, ou requerer o auxílio de um mediador, arbitro ou terceiro neutro (BARBOSA, 2013, p. 32).

¹⁵ A mediação difere da negociação direta por ser, precisamente, uma autocomposição assistida. Uma autocomposição não assistida nunca poderia ser nomeada de mediação. O que se procura com a mediação é fazer um trabalho de reconstrução simbólica com o outro, em um dado conflito, das diferenças que nos permitem formar identidades culturais. Isto exige sempre a presença de um terceiro que cumpra as funções de escuta, interpretação e transferência (EGGER, 2008, p. 65).

decisão, sendo os principais estudos realizados nos Estados Unidos da América (EGGER, 2008, p. 102).

Na negociação os indivíduos têm que se comunicar, haja vista que a solução do conflito passa pela atuação dos próprios conflitantes, tendo que compreenderem o outro e conseguir explicar suas motivações de uma maneira que este as compreenda e concorde com elas, adequando a sua necessidade.

A negociação pode visar, inclusive, a consecução de interesses particulares, isso porque é do interesse daquele que negocia fazer prevalecer a sua vontade sobre a do outro.

No entanto, tem que se ressaltar que acima de tudo a negociação é um processo democrático, em que as participações dos interessados se faz necessária. Seus instrumentos são a persuasão, a concessão e o poder.

Os poderes podem ser apresentados tanto de maneira pessoal quanto de maneira circunstancial. Pessoais seriam aqueles em que o indivíduo detém um maior poder de persuasão sobre o outro, ou está em uma condição de maior maturidade para compreender o conflito e propor a solução. Já poderes circunstanciais estão relacionados ao momento em que o conflito está sendo resolvido, podendo-se indicar como possibilidade a ocorrência de determinado conhecimento em nível superior por uma parte em relação a outra, tendo em vista tratar-se de um especialista na matéria.

Além disso, Martinelli apresenta o tempo como um fato a ser considerado: “o tempo deve ser cuidadosamente analisado, verificando-se como ele afeta o processo. O tempo deve ser o ponto de apoio para se projetar o negócio e conseqüentemente a satisfação dos envolvidos, além de permitir a conclusão de que é limitado, podendo, entretanto, ser controlado” (MARTINELLI; ALMEIDA, 1997, p. 25).

Os efeitos do tempo podem significar mudanças nas circunstâncias dos poderes, assim como atentar para outros aspectos que de certo modo influenciam no resultado da negociação. Pode ser que um determinado poder circunstancial do indivíduo face ao outro se perca com o tempo, ou até mesmo surja a necessidade de que uma solução mais rápida aconteça, o que torna a parte que tem tal interesse mais propensa a aceitar mais concessões a fim de que o conflito seja resolvido.

Martinelli fala, ainda, do valor da informação:

(...)a informação está intimamente relacionada com o poder de conhecer as necessidades, ou seja, ela pode encaminhar o sucesso, afetar a avaliação da realidade e as decisões que serão tomadas. Um ponto chave da negociação é a busca dessas necessidades dos envolvidos, que deve ser iniciada antes

mesmo de sentar-se à mesa para efetivar o acordo (MARTINELLI; ALMEIDA, 1997, p. 26).

Além disso, a negociação tem aspectos importantes no que se refere às expectativas sobre o cumprimento ou não do que fora pactuado. Deve-se analisar os fatores não verbais os quais podem significar que as tratativas e a negociação não serão cumpridas (LAPA, 2013, p. 4).

A negociação para ser produtiva tem de promover um acordo que satisfaça a todos os envolvidos, tendo ambos ganhos mútuos. Ela passa pela busca do ponto de convergência entre as partes, apesar das divergências, a fim de que aqueles sejam ampliados¹⁶.

1.1.3. Da Arbitragem no Direito Romano

De acordo com Jose Luis Bolzan Morais o instituto da arbitragem está presente desde a Antiguidade¹⁷:

Percorrendo o histórico deste instituto, percebe-se que o mesmo se evidenciou desde a Antiguidade e daí em diante passou a assumir papel importante na resolução de conflitos. Encontram-se provas de arbitragens entre os povos gregos, tanto entre particulares como entre cidades-estados, este último podendo ser exemplificado pelo Tratado de Paz traçado entre Esparta e Atenas, em 445 c.C. Tradicional também é entre os romanos, que a empregavam largamente nas relações entre particulares. Todavia, a arbitragem romana destacou-se por apresentar grande grau de semelhança com os princípios constantes nas leis-padrão do instituto atual: o árbitro era livre para evitar o formalismo do direito puro e utilizar os mecanismos mais pragmáticos encaminhados a alcançar uma resposta mais satisfatória (...) (MORAIS, 1996, p. 176).

Na Grécia antiga constata-se a presença da arbitragem tendo em conta que o “tratado firmado entre Espanha e Atenas, em 455 a.C, já continha cláusula compromissória, o que evidencia a utilização desse instituto por aquele povo e, também, a sua eficácia como meio de solução pacífica dos conflitos de interesse” (TEIXEIRA, 1997, p. 36). No mesmo sentido José Cretella Neto:

Tenékides sugere que a arbitragem era tão comum na Grécia Antiga que os helenos a faziam remontar na sua origem à própria Mitologia. A Mitologia

¹⁶ “Negociar e trocar algo por algo, até as partes estarem suficientemente satisfeitas com o resultado, para entrarem num acordo. A negociação é uma das formas mais eficazes para solucionar impasses e chegar a um acordo aceitável por todos. Em muitas negociações pessoais, trabalhistas, comerciais, diplomáticas e políticas, os interlocutores procuram tirar proveito unilateral, o que tende ao confronto, visto que as partes preocupam-se mais em ganhar, sem levar em consideração as necessidades alheias (BOFF, 2013, p.122).

¹⁷ “A arbitragem é antiga forma de solução de conflitos fundada, no passado, na vontade das partes de submeterem a decisão a um determinado sujeito que, de algum modo, exercia forte influência sobre elas, sendo, por isso, extremamente valorizadas suas decisões. Assim, surge a arbitragem, figurando como árbitro o ancião ou o lidero religioso da comunidade, que intervinha no conflito para resolvê-lo imperativamente” (NEVES, 2013, p. 8).

grega refere-se a Paris, filho de Príamo e Hécuba, no monte Ida, funcionando como árbitro entre Atena, Príamo e Afrodite, que disputavam a maçã de ouro, destinada à mais bela. O litígio foi decidido em favor de Afrodite, que subornou o árbitro, prometendo-lhe, em troca, o amor de Helena, raptada, posteriormente, por Paris, daí resultando a Guerra de Tróia. E o rei *Acrision*, da cidade de Argos, pai de Danae, teria instituído o primeiro tribunal internacional, ao qual se referem Pausanias e Plutarco, em suas obras. A mais antiga arbitragem teria ocorrido entre Messenia e Esparta, em 740 a.C (CRETELLA NETO, 2004, p. 6).

No direito romano arcaico (das suas origens até o séc. II a.C), o Estado participava, na medida de sua autoridade já conseguida perante os indivíduos, da atividade de ditar qual preceito iria prevalecer em caso de um conflito. Os cidadãos apresentavam-se perante um pretor e comprometiam-se a aceitar aquilo que fosse decidido. Era o que se denominava de *litiscontestatio*, porque a mentalidade da época não aceitava qualquer que fosse a ingerência do Estado sobre os negócios particulares, de maneira que isso somente poderia ocorrer com a anuência do sujeito (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2006, p. 28).

Em seguida, os indivíduos escolhiam um árbitro de confiança das partes, o qual receberia do pretor o encargo para solucionar o conflito. “O processo civil romano desenvolvia-se, assim, em dois estágios: perante o magistrado, ou pretor (*in jure*), e perante o árbitro, ou *judex (apud judicem)*” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2006, p. 28).

Dessa maneira, nesse período o Estado já participava da solução dos conflitos e a arbitragem constituía-se num segundo momento. Esse tipo de método perdurou durante todo o período clássico do Direito romano (considerado este aquele entre o século II AC até o século II dC).

Com o fortalecimento ainda maior do Estado, este assumiu o poder de, inclusive, nomear o árbitro, o que significou a transposição de um momento de arbitragem facultativa para um de arbitragem obrigatória¹⁸. O Estado passa a ter um poder absoluto na matéria¹⁹.

¹⁸ “Além disso, para facilitar a sujeição das partes às decisões de terceiro, a autoridade pública começa a preestabelecer, em forma abstrata, regras destinadas a servir de critério objetivo e vinculativo para tais decisões, afastando assim os temores de julgamentos arbitrários e subjetivos. Surge, então, o *legislador* (a Lei das XII Tábuas, do ano 450 aC, é um marco histórico fundamental dessa época)” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2006, p. 28-29).

¹⁹ Historicamente, a arbitragem se evidenciava nas duas formas do processo romano agrupadas na *ordo judiciorum privatorum*: o processo das *legis actiones* e o processo per formulas. Em ambas as espécies, que vão desde as origens históricas de Roma, sob a Realza (754 a.C.) ao surgimento da *cognitio* extraordinária sob Diocleciano (século III d.C.), o mesmo esquema procedimental arrijava o processo romano: a figura do pretor, preparando a ação, primeiro mediante o enquadramento na ação da lei e, depois, acrescentando a elaboração da fórmula, como se vê na exemplificação de Gaio, e, em seguida, o julgamento por um *iudex* ou *arbiter*, que não integrava o corpo funcional romano, mas era simples particular idôneo, incumbido de julgar, como ocorreu com Quintiliano, gramático de profissão e inúmeras vezes nomeado arbiter, tanto que veio a contar, em obra clássica, as experiências do ofício. Esse arbitramento clássico veio a perder força na medida em que o Estado romano se

Encontra-se resquícios de arbitragem também nas relações comerciais do séc. XI, em que os comerciantes resolviam seus conflitos fora do Poder Judiciário, por meio da utilização dos usos e costumes.

No âmbito nacional, a arbitragem é conhecida desde os tempos da colonização portuguesa, sendo prevista primeiramente pelas Ordenações Filipinas, no Livro II, Títulos XVI, LIII, XVII.

Depois disso, o Código Comercial de 1850, ainda vigente, previu o arbitramento obrigatório nas causas entre “sócios de sociedades comerciais, durante a existência legal, liquidação ou partilha da sociedade ou companhia (arts.294 e 348)” (MORAIS, 1999, p. 177).

Entretanto, tendo em conta as críticas recebidas por tal previsão, a Lei 1.350 de 1866 revogou tais dispositivos. “Além disso, o Código Civil de 1916 reduziu a arbitragem a mero compromisso (arts. 1.037 a 1.048). Os Códigos de Processo Civil de 19 e 73 também dispuseram da mesma forma (...)” (MORAIS, 1999, p.177), tornando a arbitragem uma faculdade, não uma imposição.

A Constituição brasileira de 1824 tinha a previsão da possibilidade de as partes nomearem juízes árbitros nas ações civis e nas ações penais civilmente intentadas no intuito de resolverem suas controvérsias (art.164). O referido artigo ainda indicava que essas ações seriam executadas sem recurso, caso as partes dispusessem dessa maneira. Além disso, o art.161 dispunha que qualquer processo judicial somente poderia ter início se fosse demonstrada a tentativa de conciliação entre as partes.

A Constituição de 1895 não previu a arbitragem entre particulares, mas podia-se visualizar seu incentivo para a solução de conflitos com outros Estados soberanos. Já a Constituição de 1934 dispôs sobre a aceitação da arbitragem, indicando que caberia à União legislar sobre as regras disciplinadoras de seu procedimento. A Constituição de 1937 não dispôs sobre o instituto, o que também ocorreu com as Constituições de 1946 e a Lei Maior de 1967²⁰.

A Constituição de 1988 se referiu ao instituto nos arts.4º, §9º, VII, assim como o art.114, §1º. Um dos pontos indicativos do esparso desenvolvimento da arbitragem no Brasil é o fato de que antes do advento da Lei nº 9.307/96 a cláusula arbitral necessitava de ulterior

publicizava, instaurando a ditadura e depois assumindo, por longos anos, poder absoluto, em nova relação de forças na concentração do poder, que os romanos não mais abandonaram até o fim do Império (TEIXEIRA, 1997, p. 25).

²⁰ Indique-se que as Constituições de 1934, 1946 e 1967 tinham a previsão a respeito de métodos de solução de controvérsias apenas no que se refere aos conflitos internacionais, conforme previsões dos arts.4º, 4º e 7º, respectivamente.

compromisso arbitral para que fosse considerada válida. Não bastava somente a sua instituição. Além disso, havia a exigência legal de que o laudo arbitral produzido fosse homologado judicialmente a fim de que produzisse os mesmos efeitos da sentença judicial.

Após o advento da Lei nº 9.307/1996, que sistematizou o instituto, estas duas exigências não mais existem. Conforme o art.475-N do Código de Processo Civil afirma, a sentença arbitral é considerada título executivo judicial. Ademais, com as mudanças implementadas a arbitragem pode ser instituída mediante cláusula em um contrato, a denominada cláusula compromissória ou por compromisso arbitral, não havendo necessidade de que a primeira seja complementada pela segunda.

Antes destas inovações a necessidade de homologação pelo Poder Judiciário era vista como entrave a utilização deste mecanismo, pois impedia que o procedimento fosse célere como desejado.

No entanto, ainda é esparsa a utilização da arbitragem no contexto de comunidades, como se trabalha neste estudo, tendo em vista seu uso principalmente em controvérsias relacionadas ao Direito Empresarial e Direito Internacional.

1.2. Da Jurisdição Estatal: Consolidação do Estado como Poder Único

A passagem da justiça privada para a justiça pública tem como ponto central o aumento das funções do pretor no âmbito do Direito romano, em que o Estado passou a ostentar poder cada vez maior na solução das controvérsias, retirando da esfera privada esta função. “À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de *jurisdição*” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2006, p. 29).

Entretanto, cumpre ressaltar que o conceito de jurisdição não está afeto apenas à atuação do Estado, conforme conceito de Fredie Didier Jr:

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (DIDIER, 2013, p. 105).

Os autores apresentam, então, três fases anteriores à tomada de poder pelo Estado no que se refere à solução dos conflitos: a) a primeira fase seria a da autotutela; b) a segunda seria a da arbitragem facultativa; c) a terceira estaria caracterizada pela arbitragem obrigatória (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2006, p. 29).

Entretanto, essa evolução não se deu de maneira linear, de modo que cada cultura e cada povo teve um desenvolvimento, mas consegue indicar o caminho percorrido até

chegar-se ao Estado detentor do poder de dirimir os conflitos e promover a pacificação social. Tornou-se, assim, uma das expressões do poder estatal frente aos indivíduos, de maneira que o Estado pode decidir de forma imperativa, inclusive com a imposição de decisões sobre os particulares.

A pacificação social passa a ser o escopo magno da jurisdição, e o Estado cria o seu procedimento próprio para a realização desse desiderato. Fala-se, assim, na criação do processo, que é o procedimento que observa o contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido, os mecanismos outrora utilizados, como a autotutela, que fora proibida, e a conciliação e a mediação tiveram sua incidência diminuídas, mas continuaram com resquícios, como as previsões em diversos ordenamentos da tentativa de conciliação entre as partes.

1.3. Acesso à Justiça e Concretização dos demais Direitos Fundamentais: Mecanismo de Garantia

O acesso à justiça é apresentado por muitos autores como um dos direitos fundamentais mais importantes, justamente porque se trata de uma garantia²¹ contra a violação dos demais direitos, uma vez que o modo legal para tutelar essas violações é a jurisdição ou outro mecanismo alternativo de solução de conflitos porventura autorizado e reconhecido pelo Estado, tendo em conta a vedação à autotutela.

Dessa forma, diante do aumento dos estudos e discussões sobre os direitos fundamentais, principalmente pela promulgação da Constituição de 1988, que acrescentou direitos a prestações a serem tutelados por parte do Estado, as reclamações de direitos aumentaram fundamentalmente. Nesse sentido, tendo em vista que estas reivindicações

²¹ Um dos aspectos essenciais é o estudo das garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988. Estas garantias tem um papel instrumental em relação aos direitos fundamentais, justamente porque funcionam como garantias para eles, além do que são elas que fundamentam uma ação de defesa dos direitos fundamentais por parte do Estado. Nesse sentido, afirma Ingo Wolfgang Sarlet: “Estas garantias fundamentais são autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligados aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes. É neste sentido que também se fala em direitos-garantia, já que esses dispositivos, além de conterem garantias, normas de competência ou regras para uma atuação estatal com vistas à proteção de outros direitos, podem, ao mesmo tempo, fundamentar posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas” (SARLET, 2009, p. 185). Paulo Bonavides entende que existe a garantia sempre em face de um interesse em perigo que se deve conjurar. As garantias constitucionais para o autor podem ser tanto garantias da própria Constituição (em uma acepção lata) como garantias dos direitos subjetivos que estão expressos ou então estão outorgados na Carta Magna, sendo remédios jurisdicionais considerados eficazes para que esses direitos sejam salvaguardados (em uma acepção estrita). “A garantia – meio de defesa – se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir” (BONAVIDES, 2008, p. 526).

devem ser feitas através do acesso à justiça, este configura-se como um importante instrumento de promoção dos direitos fundamentais:

O direito de ação cobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, ou seja, pode ser utilizado conforme as necessidades funcionais dos direitos fundamentais. Portanto, é um direito que se coloca sobre todas essas funções e, na verdade, sobre todos os direitos fundamentais materiais. É que os direitos fundamentais materiais dependem, em termos de efetividade, do direito de ação. Mesmo quando se pensa na ação como conduto de participação, e se considera que a participação pode se dar por outros diversos meios, não há como deixar de concluir que sem ela (a ação coletiva) a participação do cidadão na reivindicação dos direitos fundamentais ficaria severamente prejudicada (MARINONI, 2008, p. 205).

O acesso à justiça é, desse modo, um importante mecanismo concretizador dos demais direitos fundamentais, seja proporcionando uma vedação de atuação pelo Estado quando se está diante de um direito de defesa²², seja utilizando-se de mecanismos aptos a proporcionar aquela prestação²³ que não foi exercida pelo Estado, que permaneceu inerte quando deveria atuar²⁴.

Indica-se, desse modo, o entendimento de Luigi Ferrajoli, que propõe uma tese sobre as relações entre os direitos e suas garantias:

Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convengo en llamar garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias a estas obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias (FERRAJOLI, 2009, p. 26).

²² Utiliza-se aqui a classificação dos direitos proposta por Robert Alexy, que apresenta um tripé de posições fundamentais que em princípio podem integrar um direito fundamental subjetivo, quais sejam: direitos a qualquer coisa (que se dividem entre os direitos de defesa e os direitos a prestações); b) liberdades (negação de exigências e proibições); e c) poderes (que compreendem competências ou autorizações) (ALEXY, 2008, P.245-247).

²³ Os direitos a prestações muito se relacionam com essa perspectiva de que o acesso à justiça se configura como um direito fundamental de importância ímpar, principalmente nos últimos tempos em que se discute a possibilidade de concessão de medicamentos, serviços médicos e outras prestações com base no direito à saúde. Sabe-se que este possui nítido caráter prestacional, uma vez que necessita de atividades do Estado no sentido de proporcionar aos indivíduos o atendimento em caso de moléstias, enfermidades e outros pontos de alcance do direito à saúde. Nesse sentido, significa o acesso à justiça como um garantidor de que esse direito seja devidamente prestado aos seus titulares. Ingo Wolfgang Sarlet aborda, também, a questão da classificação dos direitos a prestações, os quais diz existirem os em sentido amplo, em que considera estarem englobados todos os direitos fundamentais de natureza tipicamente (ou, no mínimo, predominantemente) prestacional que não estão enquadrados nos denominados direitos de defesa. (SARLET, 2009, p. 194).

²⁴ Nesse sentido: “O direito de ação é um direito fundamental processual, e não um direito fundamental material, como são os direitos de liberdade, à educação e ao meio ambiente. Portanto, ele pode ser dito o mais fundamental de todos os direitos, já que imprescindível à efetiva concreção de todos eles” (MARINONI, 2008, p. 205).

Em seu conceito de direitos fundamentais²⁵, ele denomina de direitos subjetivos as expectativas positivas (de prestação) ou negativas (de não lesão), atribuídas a um sujeito por uma norma jurídica. É, para ele, um conceito diverso de garantias, que seriam também ditadas por normas jurídicas, configurando-se como obrigações correlatas a eles (FERRAJOLI, 2009, p. 45).

Estas obrigações correlatas aos direitos subjetivos dividem-se em dois tipos, os quais ele denomina de garantias primárias e garantias secundárias. As garantias primárias seriam as obrigações e proibições correlatas aos direitos subjetivos, já as garantias secundárias seriam obrigações de segundo grau, de aplicar a sanção ou de declarar a nulidade das violações das garantias primárias²⁶.

Essa distinção entre os direitos e suas garantias serve, segundo o autor, para evidenciar que podem existir direitos que não possuem suas garantias secundárias, sendo que isto é um dos motivos para que o legislador seja acionado para colmatar essa lacuna (FERRAJOLI, 2009, p. 50).

Muitos dos direitos sociais foram previstos sem que se tenha criado, ao mesmo passo, instituições dotadas de proporcioná-los, além do que as garantias positivas não foram criadas, não se tendo técnicas de defesa e justiciabilidade destes direitos (FERRAJOLI, 2009, p. 50), inclusive com relação aos direitos humanos estabelecidos em cartas internacionais, que se caracterizam por sua quase total inefetividade, mas que segundo Luigi Ferrajoli “(...)esto sólo quiere decir que existe una divergencia abismal entre norma y realidad, que debe ser colmada o cuando menos reducida en cuanto fuente de legitimación no sólo política sino también jurídica de nuestros ordenamientos”(FERRAJOLI, 2009, p. 50).

²⁵ “Propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de <<derechos fundamentales>>: son <<derechos fundamentales>> todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <<todos>> los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por <<derecho subjetivo>> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por <<status>> la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas” (FERRAJOLI, 2009, p. 19)

²⁶ “En un sistema nomoestático, como es la moral y como sería un sistema de derecho natural fundado únicamente sobre principios de razón, las relaciones entre figuras deónticas son relaciones puramente lógicas: dado un derecho, o sea, una expectativa jurídica positiva o negativa, existe para otro sujeto la obligación o la prohibición correspondiente; dado un permiso positivo, el comportamiento permitido no está prohibido y, por tanto, no existe la obligación correlativa; dada una obligación, no está permitida la omisión del comportamiento obligatorio y, por consiguiente, no existe el correlativo permissivo positivo. En estos sistemas la existencia o la no existencia de tales figuras deónticas está implicada por la existencia o la no existencia de las correlativas a ellas y asumidas como <<dadas>>. (FERRAJOLI, 2009, p. 46).

Nesse sentido, o acesso à justiça é importante meio de garantia secundária, tendo em conta que as violações tanto positivas quanto negativas de direitos fundamentais encontram sua proteção quando da oportunização de um acesso à justiça amplo.

O presente trabalho buscará relacionar a atuação do acesso à justiça na concretização de direitos fundamentais principalmente quando se fala na promoção dos meios alternativos de solução de conflitos.

1.4. Poder Judiciário: Crise na prestação da justiça

Tornou-se lugar comum a afirmação de que há uma crise na prestação da justiça realizada pelo Poder Judiciário. As pessoas visualizam sua atuação como sendo ineficiente, lenta e burocrática, de maneira que muitas vezes os indivíduos deixam de tutelar suas demandas por entenderem que os malefícios da demora seriam piores do que o seu não ajuizamento.

Os motivos para essa crise são diversos: desde a previsão de grande quantidade de direitos na Constituição Federal, o aumento do número da população, a explosão de litigiosidade com a globalização e a precariedade dos órgãos jurisdicionais²⁷.

A sociedade globalizada torna as relações entre os indivíduos mais numerosas, ao mesmo tempo em que os níveis de escolaridade dos indivíduos avançam. Assim, mais conscientes de seus direitos e com um aumento dos conflitos, tem-se por consequência o aumento da demanda no Judiciário, que se torna o desaguiadouro de todas as reivindicações de direitos por parte dos indivíduos²⁸.

Não é nova a ideia de que o modelo liberal de exercício da judicatura está em crise. O aumento da complexidade do Estado e o surgimento de novos atores no jogo dos interesses jurídicos vão desencadear a perda de legitimidade das instituições tradicionais e a articulação de novos canais de consenso social. É exatamente num contexto marcado por essa mobilidade

²⁷ “Há três espécies de conflitos emergindo com maior frequência e intensidade na última década, vindo a desaguar em controvérsias judiciais. Em primeiro lugar, questões de limitação dos poderes, atribuições, funções e competências entre os diversos poderes do Estado, sejam eles os poderes tradicionais do liberalismo, sejam as novas agências e agentes, guindados de fato ou de direito à linha de frente do cenário político(...) Em segundo lugar há os conflitos chamados coletivos (...). Uma terceira espécie de conflito, correspondente à segunda espécie de conflito *coletivo*, é aquela aparentemente individual e tradicional (controvérsia entre partes claramente limitadas e com objeto definido, como numa obrigação contratual, uma separação, um crime ou uma contravenção)” (LOPES, 1994, p.22-23).

²⁸ Nesse sentido José Eduardo Faria: “Nos burocratizados tribunais brasileiros, cujos integrantes parecem acreditar que os conflitos podem ser solucionados pelo simples apego a certas formas e/ou pela ritualização de certos atos, os direitos humanos e os direitos sociais vêm dificultando a rotina da aplicação da lei. Além das inúmeras iniciativas de movimentos políticos, comunitários e religiosos, que nos anos 70 e 80 exerceram um papel decisivo conscientizando setores sociais mais desfavorecidos de seus direitos e os estimulando a bater nas portas do Judiciário para conquistá-los, o agravamento da crise econômica na década de 90 também está obrigando a magistratura a refletir um pouco mais sobre suas funções sociais” (FARIA, 1994, p. 46).

institucional e em resposta a essas exigências que emergem os movimentos de juízes questionadores da eficácia do modelo liberal (CAMPILONGO, 1994, p. 177).

Desse modo, algumas medidas foram tomadas com o fito de sanar esses problemas. Em um primeiro momento diversas modificações legislativas foram realizadas, entendendo-se que a simples modificação do procedimento tornaria o processo mais célere²⁹ e, por conseguinte, mais eficaz.

No entanto, essas medidas tomadas não surtiram os efeitos desejados, uma vez que um dos principais problemas é a ausência de estrutura e de funcionários. Mas, nem mesmo essas modificações podem surtir os efeitos desejados, conforme ensinamento de Rodolfo Mancuso:

O crescimento demográfico da demanda por justiça evidencia que é inútil tentar responder a ela com o mero crescimento *físico* do Judiciário (oferta de mais prédios, computadores, servidores, juízes), escalada que compromete parcelas cada vez mais expressivas do orçamento público, chegando a gerar focos de tensão com o Poder Executivo, pressionado a igualmente atender solicitações de setores prioritários e socialmente impactantes, como saúde, segurança pública, educação. Nesse sentido, afigura-se que a única estratégia eficaz deve operar em das frentes: de um lado, a oferta e o fomento de outros meios auto e heterocompositivos, que possam recepcionar a demanda reprimida; de outro lado, a implantação de uma verdadeira *política judiciária* de esclarecimento do jurisdicionado, por modo a deixá-lo informado de que a justiça estatal não é o desaguadouro necessário de todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito, havendo outras (e não raro mais adequadas) possibilidades de solução das controvérsias fora e além do custoso, lento e imprevisível processo judicial (MANCUSO, 2009, p. 305).

Assim, autor apresenta, frente a essa ineficiência da atuação estatal, duas alternativas: a oferta de meios heterocompositivos, que consigam superar a demanda que acaba por ficar reprimida, e a implantação de uma política judiciária de esclarecimento do jurisdicionado, que se relaciona com a tendência de entender o acesso à justiça também com a necessidade de promoção de educação jurídica.

Nesse sentido, passou-se a se discutir a questão da difusão dos mecanismos alternativos de solução de conflitos, trazendo-os como alternativas à jurisdição estatal, mas sem deixar de lado a prestação da justiça fornecida pelo Estado. Pode-se visualizar esta medida no contexto normativo ao se observar os objetivos da Resolução nº 125 do CNJ, denominada “Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses”, cujo objetivo é tornar efetivo o princípio constitucional do acesso à Justiça (art.5º, XXXV da

²⁹ Fernando da Fonseca Gajardoni alerta: “a celeridade processual não pode ser confundida com precipitação, e nem a segurança jurídica com eternização do processo”. Ou seja, precipitar-se em busca de uma aceleração pode trazer mais prejuízos ainda para as partes (GAJARDONI, 2003, p. 105).

Constituição Federal), principalmente do acesso à ordem jurídica justa. Dessa forma, uma de suas finalidades é promover não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação.

Além disso, busca-se implantar instrumentos de educação jurídica, sendo em 2008 criado um projeto pelo CNJ denominado “Casas de Justiça”, que tem como finalidade a promoção da cidadania e a disseminação de práticas institucionais voltadas à proteção dos direitos fundamentais e acesso à cultura e à justiça, contando com o esforço conjunto dos tribunais dos Estados e instituições e pessoas voluntárias.

Celso Fernandes Campilongo fala, então, da “(...) construção de novos canais de legitimação social (...) pela transformação dos instrumentos de mediação dos conflitos tradicionalmente utilizados pelo Judiciário” (CAMPILONGO, 1994, p. 118). O autor aborda a chamada crise de legalidade, em que o Legislativo tem cedido parte da titularidade que detém quanto ao processo de produção de leis para o Executivo quanto para setores organizados da sociedade (CAMPILONGO, 1994, p. 118). Esse movimento é o que se denomina de superação do paradigma monista para o advento do paradigma pluralista, que será abordado neste trabalho.

O Brasil, assim, passa por um momento institucional de crise da legalidade, em que o Poder Judiciário é chamado principalmente para resolver o problema dos direitos sociais³⁰. Por isso, o autor afirma que o problema é muito mais complexo do que parece. O juiz, tendo em conta a tripartição dos poderes, está submetido ao império da lei. É um modelo simples que busca a harmonização, mas que encontra dificuldades quando se depara com o mundo real. Isso porque, quando da análise do caso concreto o juiz não fica submetido apenas à observância estrita do que dispõe a norma jurídica. “A tarefa do julgador não é meramente técnica. Ao contrário, é social e politicamente determinada” (CAMPILONGO, 1994, p. 118).

³⁰ “(...)desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, em 1948, os direitos sociais foram reconhecidos, junto com os direitos civis e os direitos políticos, no elenco dos direitos humanos: direito ao trabalho, direito ao salário igual por trabalho igual, direito à previdência social em caso de doença, velhice, morte do arrimo de família e desempregado involuntário, direito a uma renda condizente com uma vida digna, direito ao repouso e ao lazer (aí incluindo o direito a férias remuneradas) e o direito à educação. Todos esses são considerados direitos que devem caber a todos os indivíduos igualmente, sem distinção de raça, religião, credo político, idade ou sexo. Com variações, esses direitos foram incorporados, no correr deste século, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, nas constituições da maioria dos países, ao menos do mundo ocidental. No Brasil, essa concepção universalista de direitos sociais foi incorporada muito tardiamente, apenas em 1988, na nova Constituição(...)” (TELLES, 1998, p. 36).

A grande questão é a tentativa de o juiz ter de adequar um sistema jurídico que se diz completo e coerente com as dinâmicas vividas pela sociedade, a qual possui as características de ser fragmentária e lacunosa.

Celso Fernandes Campilongo defende, portanto, o conteúdo político da atuação jurisdicional, tendo em conta o conteúdo confuso da legislação:

Matérias constitucionais ou decorrentes do intervencionismo estatal, por exemplo, sempre envolvem o magistrado com questões que, de um lado, são decididas com base a lei, mas, de outro, implicam também uma avaliação axiológica dos fatos e dos estímulos do contexto sociopolítico (CAMPILONGO, 1994, p. 120).

É, dessa maneira, um ordenamento que pressupõe ordem e estabilidade, mas que convive com uma sociedade instável e desordenada, implicando um descompasso entre as estruturas para resolver os conflitos e os conflitos realmente ocorrentes.

Portanto, diante de uma realidade jurídica em descompasso com a realidade dos fatos, a tarefa do juiz muitas das vezes é árdua no sentido de procurar alternativas para esses problemas, na tentativa de adequar a sua solução às reais necessidades do caso concreto que lhe é apresentado.

2. ACESSO À JUSTIÇA NA MODERNIDADE REFLEXIVA

2.1. O Novo Paradigma: A Modernidade Reflexiva

De pronto cumpre fazer uma ressalva: a designação deste momento paradigmático do Direito é polêmica. São diversas as denominações: modernidade líquida, pós-modernidade, modernidade reflexiva, entre outras. Neste trabalho dar-se-á preferência à denominação modernidade reflexiva, tendo em vista se adequar melhor à proposta desta pesquisa. No entanto, observe-se que sempre que se mencionar pós-modernidade, faz-se assim porque o autor da obra comentada adotou tal nomenclatura, como o faz Mario Losano abaixo.

Mario Losano traça um histórico do pensamento moderno até o pensamento pós-moderno. Para ele a Europa perdeu a centralidade mundial que a acompanhou no século XIX até a eclosão da Segunda Guerra Mundial, deixando o espaço para os novos mitos e novas modas a cargo dos Estados Unidos.

O símbolo dessa transição pode ser considerado o computador, inicialmente engenho essencial para a produção da bomba atômica, em seguida, no período subsequente à guerra, instrumento destinado a revolucionar o mundo da pesquisa e dos negócios. A máquina para processar os dados e a ciência interdisciplinar da qual ela surgira não tardaram a se tornar o modelo em que se inspiraram muitas inovações científicas, também no campo das ciências sociais (LOSANO, 2011, p. XXIX).

Assim, Mario Losano afirma que esse fim da centralidade europeia pode ser observado nas teorias que inspiraram a segunda metade do século XX: tanto a cibernética, quanto a teoria geral dos sistemas vinham dos Estados Unidos, ao passo que o estruturalismo, que vinha da Europa (mais precisamente da França) conheceu um sucesso mais restrito³¹. E ele explica que a grande característica dessas teorias da segunda metade do século XX consiste na adoção de noções e métodos de outras disciplinas, principalmente das disciplinas físico-naturais (com exceção do estruturalismo, que adota a linguística e a antropologia), além de tentar aplicá-las ao Direito, “(...) que, ao contrário, permanece sempre o mesmo, não obstante o caráter mutável dos conteúdos” (LOSANO, 2011, p. XXXII).

Nesse sentido, é nesse contexto de mudança de paradigmas que se busca compreender a utilização dos mecanismos alternativos de solução de conflitos como instrumentos de garantia dos direitos fundamentais. Compreender a pós-modernidade é

³¹ “O panorama da segunda metade do século XX volta a ser dominado por algumas grandes construções cognoscitivas, as quais, porém, não se apresentam mais como sistemas filosóficos, mas como sistemas sociais: é suficiente pensar em Jurgen Habermas e em Niklas Luhmann. A filosofia foi substituída pela sociologia, que reservava uma área ao direito e, em particular, ao sistema do direito (se a teoria social for sistêmica, como a de Luhmann)” (LOSANO, 2011, p. XXX, XXXI).

importante para entender o contexto histórico e paradigmático em que o trabalho está inserido.

2.1.1. Anthony Giddens e as Descontinuidades

Para Anthony Giddens “(...) modernidade se refere a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência” (GIDDENS, 1991, p. 8).

É um conceito que se limita a indicar um período de tempo e uma localização geográfica. Para Anthony Giddens no final do século XX muitos autores começaram a tratar do surgimento de uma nova era que leva para além da modernidade, cuja a responsabilidade de providenciar as respostas para ela é das ciências sociais (GIDDENS, 1991, p.8).

A desorientação que se expressa na sensação de que não se pode obter conhecimento sistemático sobre a organização social, devo argumentar, resulta, em primeiro lugar, da sensação de que muitos de nós temos sido apanhados num universo de eventos que não compreendemos plenamente, e que parecem em grande parte estar fora de nosso controle. Para analisar como isto veio a ocorrer, não basta meramente inventar novos termos, como pós-modernidade e o resto. Ao invés disso, temos que olhar novamente para a natureza da própria modernidade a qual, por certas razões bem específicas, tem sido insuficientemente abrangida, até agora, pelas ciências sociais. Em vez de estarmos entrando num período de pós-modernidade, estamos alcançando um período em que as consequências da modernidade estão se tornando mais radicalizadas e universalizadas do que antes. Além da modernidade, devo argumentar, podemos perceber os contornos de uma ordem nova e diferente, que é “pós-moderna”; mas isto é bem diferente do que é atualmente chamado por muitos de “pós-modernidade” (GIDDENS, 1991, p. 9).

Anthony Giddens parte de uma “interpretação descontinuísta” do desenvolvimento social moderno, onde considera que as instituições sociais modernas são, sob alguns aspectos, únicas (GIDDENS, 1991, p. 9).

Segundo o autor a história da humanidade é marcada por diversas descontinuidades, sendo que ele pretende sublinhar uma específica, que é a associada ao período moderno. Para ele, “os modos de vida produzidos pela modernidade nos desvencilharam de todos os tipos tradicionais de ordem social, de uma maneira que não tem precedentes” (GIDDENS, 1991, p. 10).

Anthony Giddens critica o evolucionismo social, dizendo que ele é uma das razões para o fato de que o caráter desconstituísta da modernidade não foi bem apreciado, e

abandonar esse enfoque evolucionista ajuda a mudar o foco sobre o denominado “pós-moderno”³².

Assim, são apresentadas três características para separar as instituições sociais modernas das ordens sociais tradicionais: a primeira é o ritmo da mudança, onde a rapidez delas na modernidade é extrema; a segunda é o escopo da mudança, de forma que como diferentes partes do globo são colocadas em interconexão, as ondas de transformação penetram de maneira virtual sobre toda a Terra; terceira é a natureza intrínseca das instituições modernas, pelo fato de que algumas formas sociais não são encontradas em outros momentos e outras encontram-se apenas numa continuidade especiosa com ordens sociais pré-existentes (GIDDENS, 1991, p. 12).

Anthony Giddens fala de uma reflexividade distinta como característica do atual momento moderno:

Nas civilizações pré-modernas, contudo, a reflexividade está ainda em grande parte limitada à reinterpretação e esclarecimento da tradição, de modo que nas balanças do tempo o lado do ‘passado’ está muito mais abaixo, pelo peso, do que o do ‘futuro’. (...) Com o advento da modernidade, a reflexividade assume um caráter diferente. Ela é introduzida na própria base da reprodução do sistema, de forma que o pensamento e a ação estão constantemente refratados entre si. A rotinização da vida cotidiana não tem nenhuma conexão intrínseca com o passado, exceto na medida em que o que ‘foi feito antes’ por acaso coincide com o que pode ser defendido de uma maneira proba à luz do conhecimento renovado (GIDDENS, 1991, p. 39).

Para Anthony Giddens a característica dessa nova reflexividade está no sentido de que as práticas sociais são constantemente examinadas e conseqüentemente reformadas à luz de novas informações que vão surgindo: “o que é característico da modernidade não é uma adoção do novo por si só, mas a suposição da reflexividade indiscriminada – que, é claro, inclui a reflexão sobre a natureza da própria reflexão” (GIDDENS, 1991, p. 39).

Além disso, cumpre esclarecer que Anthony Giddens critica a nomenclatura pós-modernidade, tendo em conta que seria um equívoco que prejudicaria uma compreensão mais precisa da sua natureza e implicações, que teria como principais aspectos a ruptura com as concepções providenciais da história, a dissolução da aceitação de fundamentos e a emergência do pensamento confratual que tem uma orientação voltada para o futuro e o próprio esvaziamento do progresso pela mudança contínua³³.

³² “A história não tem a forma ‘totalizada’ que lhe é atribuída por suas concepções evolucionárias – e o evolucionismo, em uma ou outra versão, tem sido bem mais influente no pensamento social do que as filosofias teológicas da história que Lyotard e outros tomam como seu alvo primordial de ataque” (GIDDENS, 1991, p. 11).

³³ GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p.49.

Sua concepção não é a de que está-se vivendo para além da modernidade, mas sim que vive-se sua radicalização. Para ele, a “pós-modernidade” empregada pelos autores refere-se a uma séria de transições imanentes afastadas – ou propriamente além – dos diversos feixes institucionais da modernidade. No entanto, “não vivemos ainda num universo social pós-moderno, mas podemos ver mais do que uns poucos relances da emergência de modos de vida e formas de organização social que divergem daquelas criadas pelas instituições modernas” (GIDDENS, 1991, p. 50-51).

Além disso, essa modernidade na visão de Giddens tem como consequências a globalização, tendo suas origens no Ocidente, mas que não pode ser caracterizado como um projeto apenas ocidental, tendo um caráter universalizante não apenas em termos de impacto global mas também com relação a conhecimento reflexivo fundamental e caráter dinâmico (GIDDENS, 1991, p. 154).

2.1.2. Zygmunt Bauman e a Modernidade Líquida

Antes de discorrer sobre o pensamento de Zygmunt Bauman sobre esse período da história, cumpre fazer um esclarecimento: no prefácio da edição brasileira do livro “Legisladores e Intérpretes”, Bauman alerta sobre sua mudança de concepção e caracterização do momento histórico que ele denominava pós-modernidade como modernidade líquida.

Desse modo, os leitores brasileiros têm acesso aos resultados de minha pesquisa na ordem inversa. Podem, portanto, ficar intrigados ao procurar em vão, neste *Legisladores e intérpretes*, pela noção de ‘modernidade líquida’, com a qual já podem ter se tornado familiarizados – e que chegaram a tratar com o ‘conceito axial’ da pauta de estudo do autor. O desconcerto talvez se torne ainda mais profundo, quando descobrirem (o que certamente farão) que, neste livro, uma outra noção, a de ‘pós-modernidade’, é usada por mim para descrever a realidade social que tento analisar – uma noção que dificilmente apareceu em meus livros posteriores (BAUMAN, 2010, p. 7).

O autor prossegue e diz que essa mudança está relacionada ao que Thomas Kuhn chama de cambio de paradigma: “Acredito que meu próprio itinerário do paradigma ‘pós-moderno’ para o da ‘modernidade líquida’ seguiu a trajetória prevista por Kuhn” (BAUMAN, 2010, p. 10).

Bauman cita Sigmund Freud que na década de 30 do século XX em duas de suas obras falou sobre as consequências para a vida dos homens da modernidade. Haveria, segundo ele, uma coerção da civilização sobre o homem para a renúncia ao instinto. “Os prazeres da vida civilizada, e Freud insiste nisso, vêm num pacote fechado com os sofrimentos, a satisfação com o mal-estar, a submissão com a rebelião” (BAUMAN, 1997, p. 8). O homem,

assim, teria trocado um pouco de felicidade por segurança. A busca pela ordem, e sua exaltação à era da modernidade, também teria gerado certos mal-estares, caracterizados, segundo Bauman, por Freud como “(...) a marca registrada da modernidade resultara do ‘excesso de ordem’ e sua inseparável companheira - a escassez de liberdade” (BAUMAN, 1997, p. 9). Numa sociedade em que a segurança é privilegiada e que limitou a liberdade, esta em maior escala gera menos mal-estar e mais ordem significa mais mal-estar (BAUMAN, 1997, p. 9).

Segundo Bauman, em seus estudos sobre a modernidade, ele percebeu que um grande número de aspectos da sociedade contemporânea desafiava o consenso geral sobre o que constituía a vida em tempos de modernidade. “O volume de ‘anormalidades’, de ‘exceções à regra’, tornava questionável a ‘norma’ e a ‘regra’ assumida de forma aberta ou tácita pelo discurso dominante que se referia a uma ‘modernidade’” (BAUMAN, 2010, p. 10). Assim, ele compreendia que aquilo que lhe foi ensinado como modernidade não era o mais.

Portanto, o primeiro passo que deu foi o de adotar a nomenclatura até então existente que era a de “pós-modernidade”. Mas o seu aspecto negativo se acentuava, de algo que a realidade atual não mais era. O principal aspecto dessa realidade seria, então, suas diferenças para com a modernidade. É um termo que apresentaria três defeitos, segundo Zygmunt Bauman: o seu aspecto negativo; a indicação de um fim da modernidade e a escassez de informações que trazia sob essa nova forma de vida (BAUMAN, 2010, p. 11).

A modernização compulsivo-obsessiva foi desde o princípio a mais profunda essência da modernidade, e nada sinalizava que estivéssemos na iminência de nos libertar dessa compulsão, dessa obsessão. Com uma importante ressalva, porém: se nossos antepassados quisessem derreter todos os sólidos existentes, não foi pelo desgosto em relação à solidez, mas pela insuficiente (em sua opinião) solidez daqueles sólidos tradicionais/incorporados/estabelecidos. Eles consideravam ‘derreter os sólidos’ uma medida meramente transitória, a ser aplicada apenas até que esses sólidos fossem produzidos de modo a não exigir nem permitir qualquer fusão posterior (BAUMAN, 2010, p. 12).

Na modernidade tinha-se uma concepção de movimento e de mudanças que acabariam estáveis, sendo que aquelas se tornariam redundantes (ou seja, haveria uma linha de chegada). Os desvios eram vistos como uma mudança para pior. “O que a modernidade em sua versão antiga enxergava como o iminente ponto final de sua tarefa, como o início do tempo de descanso e de ininterrupto e purificado regozijo das realizações passadas (...) (BAUMAN, 2010, p.12)”, não tem o mesmo tratamento nos tempos de modernidade líquida.

Agora, não há mais final do caminho, ou linha de chegada, afastando-se da existência de uma sociedade completamente perfeita, sem que precise de melhoramentos. “A

mudança perpétua seria o único aspecto permanente (estável, ‘sólido’, se se quiser assim dizer) de nossa forma de viver. A pós-modernidade, como ela se apresentava naquele momento, era a modernidade despojada de suas ilusões” (BAUMAN, 2010, p. 12).

Assim, modernidade líquida para Bauman é uma modernidade que se diferencia radicalmente da anterior, que busca se reconciliar com a ideia de que assim como as substâncias líquidas, as instituições, os fundamentos, os padrões e as rotinas que a humanidade produz “(...) são e continuarão a ser como estas, ‘até segunda ordem’; que elas não podem manter e não manterão suas formas por muito tempo” (BAUMAN, 2010, p. 12-13).

É, portanto, um modo de viver enraizado no pressuposto de que sempre irá existir a incerteza, a contingência e a imprevisibilidade:

Se o ‘fundir a fim de solidificar’ era o paradigma adequado para a compreensão da modernidade em seu estágio anterior, a ‘perpétua conversão em líquido’, ou o ‘estado permanente de liquidez’, é o paradigma estabelecido para alcançar e compreender os tempos mais recentes – esses tempos em que nossas vidas estão sendo escritas (BAUMAN, 2010, p. 10).

Assim, prosseguindo sobre o pensamento do autor sobre a modernidade líquida, ele publicou a obra “*Globalization: The Human Consequences*” (traduzida para o português como “Globalização: As Consequências Humanas”³⁴) em que aborda a questão da globalização³⁵ e seus efeitos sobre a humanidade. O autor fala que uma das consequências desse processo globalizador é a progressiva segregação espacial, uma progressiva separação e exclusão (BAUMAN, 1999, p. 8).

Em obra posterior (BAUMAN, 2001), Zygmunt Bauman apresenta essa situação de exclusão, insegurança, medo e tristeza quando trata da questão da comunidade. Ele diz que apesar de esse termo evocar coisas boas, como um conjunto de pessoas bem intencionadas e amáveis é um tipo de mundo que não está ao nosso alcance:

Em suma, “comunidade” é o tipo de mundo que não está, lamentavelmente, a nosso alcance – mas no qual gostaríamos de viver e esperamos vir a possuir. (...) ‘Comunidade’ é nos dias de hoje outro nome do paraíso perdido – mas a que esperamos ansiosamente retornar, e assim buscamos febrilmente os caminhos que podem levar-nos até lá (BAUMAN, 2001, p. 9).

³⁴ “Este livro é uma tentativa de mostrar que no fenômeno da globalização há mais coisas do que pode o olho aprender; revelando as raízes e consequências sociais do processo globalizador, ele tentará dissipar um pouco da névoa que cerca esse termo que pretende trazer clareza à condição humana atual” (BAUMAN, 1999, p. 7).

³⁵ Cumpre alertar que a globalização não é um evento eminentemente recente, conforme lição de Anthony Giddens: “A modernidade é inerentemente globalizante – isto é evidente em algumas das mais básicas características das instituições modernas, incluindo em particular sua ação de desencaixe e reflexividade” (GIDDENS, 1991, p.60).

De acordo com Bauman essa busca pela liberdade e a cada vez maior proximidade das pessoas fisicamente, com os grandes conglomerados urbanos, gera um novo sofrimento aos indivíduos, que é a questão da miséria de origem social:

Poderíamos dizer que a insegurança moderna, em suas várias manifestações, é caracterizada pelo medo dos crimes e dos criminosos. Suspeitamos dos outros e de suas intenções, nos recusamos a confiar (ou não conseguimos fazê-lo) na constância e na regularidade da solidariedade humana (BAUMAN, 2009, p. 2).

Para ele, os medos modernos tiveram início com a desregulamentação ou redução do controle estatal e suas consequências individualistas, o que fez fragilizar os vínculos amigáveis dentro de uma comunidade. O medo, que na modernidade sólida³⁶ era administrado pelos laços criados pelas associações, sindicatos e coletivos (que por sua vez substituíram os laços familiares) foi dissolvido, e assim, representa o fim do universo em que a modernidade sólida administrava o medo (BAUMAN, 2009, p. 5). A solidariedade aqui é trocada pela competição.

Uma grande crítica que Bauman faz é o afastamento do Estado Social em prol da liberdade:

Em poucas palavras: as cidades se transformaram em depósitos de problemas causados pela globalização. Os cidadãos e aqueles que foram eleitos como seus representantes estão diante de uma tarefa que não podem nem sonhar em resolver: a tarefa de encontrar soluções locais para contradições globais (BAUMAN, 2009, p. 11).

Torna-se, assim, um grande paradoxo: as cidades que inicialmente foram construídas para trazer segurança, hoje estão associadas ao perigo. Assim, assiste-se à formação de ‘mini-cidades’ dentro das próprias cidades. Bauman, indica, ainda, que é um fator de valorização imobiliária e de marketing à segurança: “as autênticas ou supostas ameaças à integridade pessoal e à propriedade privada convertem-se em questões de grande alcance cada vez que se consideram as vantagens de viver num determinado lugar” (BAUMAN, 2009, p. 16).

2.1.3. Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna – Ulrich Beck, Anthony Giddens e Scott Lash

Outra obra de grande destaque sobre tema é o livro “Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna” (do original em inglês *Reflexive*

³⁶ Modernidade sólida é o termo que ele utiliza para diferenciar a modernidade atual (líquida, que diversos autores utilizam o termo ‘pós-modernidade’) da modernidade propriamente dita (conforme nomenclatura usual).

Modernization: Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order, de 1994) escrito por Ulrich Beck, Anthony Giddens e Scott Lash (BECK; GIDDENS; LASH, 1997).

No prefácio do livro os autores alertam que a reflexividade é um dos temas importantes abordados no livro, apesar de cada um deles possuírem certas singularidades a respeito do tema. Além disso, a noção de tradicionalização é outro tema comum:

(...) falar de tradicionalização não significa falar de uma sociedade sem tradições – longe disso. Ao contrário, o conceito refere-se a uma ordem social em que a tradição muda seu *status*. Em um contexto de cosmopolitanismo global, as tradições precisam se defender, pois estão sempre sendo contestadas. É de particular importância, neste aspecto, o fato de o “substrato oculto” da modernidade, envolvendo tradições que afetam os gêneros, a família, as comunidades locais e outros aspectos da vida social cotidiana, terem ficado exposto e submetido à discussão pública. As implicações desse fato são profundas e ao mesmo tempo de âmbito mundial (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 8).

O terceiro enfoque em comum dos autores é a questão ecológica, não restrita somente ao meio ambiente, porque isso significaria um contexto externo à ação humana, porque na verdade não se encontra alheio a ela. “O mundo da reflexividade desenvolvida, em que a interrogação das formas sociais torna-se lugar-comum, é um mundo que em muitos casos estimula a crítica ativa” (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 9).

Para Ulrich Bech “(...)a modernização reflexiva significa a possibilidade de uma (auto)destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial. O ‘sujeito’ dessa destruição criativa não é a revolução, não é a crise, mas a vitória da modernização ocidental” (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 12). Ele chama de etapa da modernização reflexiva o fato de haver um inerente dinamismo, uma desincorporação para posterior reincorporação das formas sociais industriais, onde o progresso pode significar autodestruição. Para ele, não haverá uma revolução, mas sim uma nova sociedade (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 13). Ele faz uma análise dessas mudanças com relação as categorias convencionais da mudança social:

É claro que a modernização reflexiva deve ser analiticamente distinguida das categorias convencionais da mudança social – crise, transformação social e revoluções – mas pode também coincidir com essas conceituações tradicionais, favorecendo-as, sobrepondo-se a elas e intensificando-as (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 14-15).

Para Ulrich Beck, contudo, essa reflexividade não significa reflexão, mas sim autoconfrontação: essa transição do período industrial para o risco da modernidade ocorre de maneira indesejada ou desapercibida, devendo também essa confrontação ser distinguida do

aumento de conhecimento e da cientificação com o sentido de autorreflexão sobre a modernização (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 16):

Na sociedade de risco, o reconhecimento da imprevisibilidade das ameaças provocadas pelo desenvolvimento técnico-industrial exige a autorreflexão em relação às bases da coesão social e o exame das convenções e dos fundamentos predominantes da “racionalidade”. No autoconceito da sociedade de risco, a sociedade torna-se reflexiva (no sentido mais estrito da palavra), o que significa dizer que ela se torna um tema e um problema para ela própria (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 19).

Já Anthony Giddens prefere utilizar o termo sociedade pós-tradicional, referindo-se a um processo de evidente transição, que não acontece somente no Ocidente. O autor alerta o fato de que essa expressão “pós-tradicional” pode parecer estranha, tendo em conta que a modernidade sempre se colocou em oposição à tradição. Assim, ele pergunta se não é verdade que a sociedade moderna é pós-tradicional, mas afirma que não o é no sentido empregado por ele:

Durante a maior parte da sua história, a modernidade reconstruiu a tradição enquanto a dissolvia. Nas sociedades ocidentais, a persistência e a recriação da tradição foram fundamentais para a legitimação do poder, no sentido em que o Estado era capaz de se impor sobre “sujeitos” relativamente passivos. A tradição polarizou alguns aspectos fundamentais da vida social – pelo menos a família e a identidade social – que, no que diz respeito ao “iluminismo radicalizador”, foram deixados bastante intocados (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 74).

Anthony Giddens entende que a experiência global da modernidade está interligada à penetração das instituições modernas na vida cotidiana. “As experiências do cotidiano dizem respeito a algumas questões bastante fundamentais ligadas ao eu e à identidade, mas também envolvem uma multiplicidade de mudanças e adaptações da vida cotidiana” (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 77).

O autor aponta que a modernidade destrói a tradição, mas faz o alerta que uma colaboração entre modernidade e tradição foi crucial para as primeiras fases do desenvolvimento social moderno, aproximando-se esse período, segundo Giddens, do que Ulrick Bech chama de modernização reflexiva: “a fase da ‘modernização reflexiva’, marcada pelos processos concomitantes da globalização e da busca de contextos de ação mais tradicionais, altera o equilíbrio entre tradição e modernidade” (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 117).

As tradições permanecem nas sociedades pós-tradicionais em uma de duas estruturas: uma em que elas são discursivamente articuladas e defendidas, sendo justificadas tendo em conta seu valor em um universo de valores competitivos plurais; ou se

transformarem em fundamentalismo, onde pode ser considerado este como uma asserção da verdade formular sem que se leve em consideração as consequências (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 124).

Assim, Anthony Giddens entende que a sociedade pós-tradicional é inerentemente globalizadora, mas que também reflete a intensificação da globalização: “as tradições só persistem na medida em que se tornam passíveis de justificação discursiva e se preparam para entrar em um diálogo aberto, não somente com outras tradições, mas com modos alternativos de fazer as coisas (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 128-129)”. A sociedade pós-tradicional pode ser considerada tanto um ponto final quanto o início, dentro de um universo de ação e experiência considerados verdadeiramente novos.

Já Scott Lash discute os elementos cruciais que podem ser encontrados na crítica promovida pela teoria de modernidade reflexiva produzida na virada do século XXI. Ele entende que essa teoria pode ter um funcionamento melhor desde que seja compreendida em contraposição radical à sua própria natureza. Para tanto, discorre a respeito de três formas com as quais a teoria da modernidade reflexiva pode ser desenvolvida em termos de sua própria alteridade radical: a primeira seria uma teoria dos poderes sempre crescentes dos atores sociais (ou atividade social) em relação à estrutura; a segunda ele chama atenção para a dimensão estética da reflexividade; por último, a terceira maneira seria a de entender que a modernização reflexiva é um “programa” forte de individualização (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 135-136).

Nesse diapasão, o autor apresenta os motivos para a caracterização dessa modernidade como reflexiva e a anterior como simples:

(...) a modernidade reflexiva vem depois da modernidade simples. Colocado de outra maneira, a sociedade tradicional corresponde aqui à *Gemeinschaft*; a modernidade simples à *Gesellschaft*; e sua sucessora a uma *Gesellschaft* que se tornou inteiramente reflexiva. Neste processo, o motor da mudança social é a individualização. Neste contexto, a *Gesellschaft* ou modernidade simples é moderna no sentido de que a individualização quebrou as antigas estruturas tradicionais – grupo familiar amplo, Igreja, comunidade da aldeia- da *Gemeinschaft*. Mas não é inteiramente moderna porque o processo de individualização foi parcial e um conjunto de estruturas *gesellschaftlich* – sindicatos, *welfare state*, burocracia de governo, regras básicas tayloristas formalizadas, a classe em si como uma estrutura – assumiu o lugar de estruturas tradicionais. A modernização plena só acontece quando uma maior individualização também liberta a ação até dessas estruturas sociais (simplesmente) modernas (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 139).

Scott Lash fala do conceito de comunidade reflexiva. Para ele, as comunidades devem estar mundializadas, não dizendo respeito a interesses compartilhados. Elas não têm

nada a ver com propriedades compartilhadas, assim como os enclaves de estilo de vida, como também os nichos de mercado formam propriedades, mas não comunidades.

A “comunidade reflexiva” pode ser instrutivamente compreendida em relação ao conceito de “campo” de Pierre Bourdieu. Neste caso, para Bourdieu, na sociedade tradicional não há campos, mas há comunidade. Entretanto, na modernidade há a diferenciação de vários campos “delimitados” (religioso, político, legal, científico, artístico, acadêmico, sociológico) a partir dos quais surge o “campo social” geral. O campo social, embora dividido em frações de classe, é atomizado, e os únicos tipos de comunidade a serem ali encontrados são as comunidades imaginadas. As comunidades modernas “reais”, que também são comunidades reflexivas, podem ser encontradas nos campos delimitados (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 192).

O autor entende, então, que as comunidades são, antes de tudo, significações compartilhadas. “Entretanto, a nova comunidade não envolve apenas a reflexividade ampliada, mas, ao mesmo tempo, seu oposto, na intensificação substancial da contingência” (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 200).

2.1.4. Lênio Luiz Streck e a Globalização Neoliberal-Pós-Moderna

Para Lenio Luiz Streck vive-se em um momento que o mundo é varrido por uma fustigante onda neoliberal, onde as elites consideram que a modernidade acabou:

A modernidade nos legou o Estado, o Direito e as instituições. Rompendo com o medievo, o Estado Moderno surge como um avanço. Em um primeiro momento, como absolutista e depois como liberal, mais tarde o Estado transforma-se, surgindo o Estado Contemporâneo sob as suas mais variadas faces. Essa transformação decorre justamente do acirramento das condições sociais proporcionadas pelo liberalismo (STRECK, 1999, p. 19-20).

O Estado Social que havia sido criado servia para tratar de dois interesses contraditórios: permitir a acumulação do capital pela classe burguesa e também tutelar os interesses dos trabalhadores, servindo para compatibilizar as promessas da modernidade com o desenvolvimento capitalista (STRECK, 1999, p. 20).

Para Lenio Steck a globalização neoliberal-pós-moderna vem justamente contra o *Welfare State*. “Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem consequências *absolutamente diversas* da minimização do Estado em países como o Brasil, *onde não houve Estado Social* (STRECK, 1999, p. 22)”.

Desse modo, o autor entende que a modernidade no Brasil é tardia e arcaica, tendo em vista que o que houve foi um “simulacro de modernidade”, pois suas promessas ainda não se realizaram:

E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal. *Só que existe um imenso déficit social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno* (STRECK, 1999, p. 24).

É um momento, segundo Lenio Streck, que há a necessidade de um Estado forte, não um Estado fraco como propõe os neoliberais. Como essa política social foi inexistente, cabe ao próprio Estado atuar frente as políticas sociais. “Tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional, *que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador*, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito” (STRECK, 1999, p. 25).

O Direito, considerado como um legado da modernidade, deve, segundo Lenio Streck, ser visto como um campo necessário de luta para que se implemente as promessas modernas. Isso, segundo ele, não significa, entretanto, a perda da luta por meio do Executivo e Legislativo. “*É importante observar, no meio de tudo isto, que, em nosso país, há até mesmo uma crise de legalidade, uma vez que nem sequer esta é cumprida, bastando, para tanto, ver a inefetividade dos dispositivos da Constituição*” (STRECK, 1999, p. 25).

As promessas da modernidade são, assim, aproveitadas somente por parcela da população: “(...) daí a existência, no Brasil de duas espécies de pessoas: o *sobreintegrado ou sobrecidadão*, que dispõe do sistema, mas a ele não se subordina, e o *subintegrado ou subcidadão*, que depende do sistema, mas a ele não tem acesso” (STRECK, 1999, p. 27). Assim, a grande maioria da sociedade acredita que “cada-um-tem-o-seu-lugar” (STRECK, 1999, p. 27), em um discurso que promove uma verdadeira violência simbólica, promovida, também, pelos meios midiáticos, produzindo uma legitimação do preconceito social. Além disso, “nossas classes dirigentes e o *establishment* jurídico sabem o que está ocorrendo, mas continuam a fazer as mesmas coisas que historicamente vem fazendo” (STRECK, 1999, p. 29).

Assim, para Lenio Streck os legados da modernidade estão longe de serem realizados no Brasil. O Direito, por exemplo, somente encontrou expressão como forma de transformação social na Constituição de 1988. A igualdade, prometida pela modernidade, encontraria sua expressão no Estado Democrático de Direito, que está longe de ser efetivado, principalmente se se levar em consideração que o Estado de Direito destina-se a

instrumentalizar o Direito como campo de concretização dos direitos sociais. Dessa forma, muitos direitos previstos constitucionalmente continuam sem aplicação³⁷.

2.1.5. Eduardo Bittar: A Fragilização do Controle de Comportamentos Sociais pelo Estado

Eduardo Bittar também discorre a respeito desse momento vivido pela sociedade. Segundo ele, a expressão pós-modernidade é polêmica, tendo em vista que não consegue gerar um consenso, sendo a ausência (ou sua incapacidade) deste uma de suas marcas: “(...) não há sequer unanimidade na determinação da data-marco para o início deste processo” (BITTAR, 2008, p. 132), tendo, no entanto, sido identificado como o período final do século XX que marca a superação de grandes paradigmas erigidos na modernidade.

Segundo ele, se o Direito pressupõe certa estabilização de valores majoritários ou consensuais para que a norma exerça seu poder de escolha de conteúdos normativos, surge a dúvida de quais seriam esses consensos, se vive-se em um mundo em transformação:

Diferentemente de como se concebia o Direito como centro de especulações na ideologia burguesa e iluminista dos séculos XVIII e XIX, passa-se a concebê-lo, em meio a tantas transformações socioculturais, como um processo em transformação, permeável às novas demandas e adaptado aos novos atores sociais (BITTAR, 2008, p. 135).

Duas posições se formam: a dos que enfrentam a pós-modernidade com certo otimismo e a dos que a identificam com motivos suficientes para a xenofobia e a aversão (BITTAR, 2008, p. 136).

Eduardo Bittar entende que apesar das divergências com relação ao termo pós-modernidade ele é cabível. Assim, compreende que ele representa um período de revisão, de preparação para o futuro, de busca de outros referenciais para a estruturação da vida:

A pós-modernidade, entendida como período de revisão das heranças modernas e como momento histórico de transição no qual se ressentem o conjunto dos descabimentos da modernidade, produz rupturas e introduz novas definições axiológicas, das quais os primeiros benefícios diretos se podem colher para os sistemas jurídicos contemporâneos (a arbitragem, a conciliação, o pluralismo jurídico, entre outras práticas jurídicas) e causaram em parte o abalo ainda não plenamente solucionado de estruturas tradicionais, nos âmbitos das políticas públicas, da organização do Estado e

³⁷ Segundo eles, dois são os motivos fundamentais para tal: (...) o primeiro, denominado nos limites destas reflexões como paradigma do modelo (ou modo de produção) liberal-individualista de Direito, e o segundo, pela permanência no plano do imaginário gnosiológico dos juristas, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, pela qual a linguagem ainda é vista como uma terceira coisa que se interpõe/opõe entre/o sujeito e /ao objeto, e que se encontra instrumentalizado por uma hermenêutica jurídico-normativa, de matriz Bettiana” (STRECK, 1999, p. 206).

na eficácia do direito como instrumento de controle social (BITTAR, 2008, p. 142).

Um ponto importante do pensamento de Eduardo Bittar que se adequa com a visão deste trabalho é a sua consideração de que, nesse contexto de crise, os conflitos deixam de ter proporção e perspectivas de conflitos individuais e “(...) passam a ser conflitos conjunturais, coletivos, associativos, difusos, transindividuais, motivando o colapso das formas tradicionais de se atender a demandas para as quais somente se conheciam mecanismos típicos do Estado liberal (BITTAR, 2008, p. 144)”, que por sinal se estruturava sob a base do individual e do burguês³⁸.

Há, para Eduardo Bittar, a criação de promessas irrealizáveis, normas abusivamente programáticas, conceitos vagos no texto constitucional que não ganham concretude. “Há, percebe-se, todo um conjunto de necessidades vivendo e convivendo com uma demanda reprimida por justiça social” (BITTAR, 2008, p. 144).

Essa realidade faz com que surjam cada vez mais situações a serem reguladas pelo Direito, que nesse momento está diante de um Estado omissivo, e desse modo, começa a se fragilizar na sua função de controle de comportamentos sociais e pacificação:

Ora, a crise, em seus diversos aspectos (econômico, político, cultural, moral, burocrático, etc), tem sido a geradora de um estado de alta combustão social, pois as sociopatias se multiplicam sem solução material ou formal e inclusive à revelia do Estado, aquele ente moral criado pela cultura moderna como sendo responsável pelo controle dos comportamentos sociais e pela pacificação do convívio social. **Os desvios sentidos e vividos ao longo deste processo são, por sua vez, causas de novos conflitos, que se renovam e multiplicam em novas perspectivas, em grau mais acelerado e complexo que a própria velocidade e capacidade do Estado de Direito de administrá-los** (grifos nossos) (BITTAR, 2008, p. 148).

Desse modo, o Poder Judiciário não consegue resolver de maneira adequada todos os conflitos que lhes são apresentados, e não somente com relação ao tempo, mas também no que se refere à tutela adequada. Assim, neste trabalho algumas alternativas serão apresentadas.

³⁸ É o que Mauro Cappelletti e Bryant Garth trabalham com a segunda onda de acesso à justiça: Cuidou-se, aqui, de efetivo, de fazer acessível a tutela jurisdicional àqueles direitos e interesses surgidos como particularmente importantes, e especialmente vulneráveis, nas sociedades industriais modernas, tais como o dos consumidores, os atinentes à proteção contra a contaminação ambiental, e, em geral, os coletivos de categoria e grupos não organizados ou dificilmente organizáveis.(...) são amiúde “fragmentados” e “difusos”. (...) é necessário permitir e até estimular, ajudar o “acesso” dos representantes (públicos e privados) desses grupos desorganizados e de contornos imprecisos e amiúde imprecisáveis (CAPPELLETTI, 29008, p. 387).

2.2. As Teorias Críticas do Direito

O estágio atual do Direito faz com que antigos paradigmas aceitos acerca da realidade circundante e do direito não sejam mais suficientes para esclarecer os fenômenos ocorrentes na sociedade, como antigamente era possível³⁹.

Surgem, assim, padrões alternativos de fundamentação:

(...)os paradigmas que produziram um *ethos* marcados pelo idealismo individual, pelo racionalismo liberal e pelo formalismo positivista, bem como os que mantiveram a logicidade do discurso filosófico, científico e jurídico, têm sua racionalidade questionada e substituída por novos modelos de referência (WOLKMER, 2006, p. 2).

Desse modo, vive-se em um momento que precisa da criação de novos modelos⁴⁰, de novos conceitos e de uma visão diferenciada para novos fenômenos emergentes na sociedade, de maneira que novas possibilidades surgem a cada momento tendo em conta a sociedade globalizada, multifacetada e pluralista que se vive atualmente.

Portanto, levando em consideração a diversidade de novas situações que surgem, José Eduardo de Faria fala em uma denominada crise, que para ele:

(...) configura um conceito analítico que serve para opor uma ordem ideal a uma desordem real, na qual a ordem jurídica é contrariada por acontecimentos para os quais ela não consegue oferecer soluções ou respostas técnica e funcionalmente eficazes. A crise hoje vivida pelo direito positivo e pelo pensamento jurídico, em face das transformações provocadas pelo fenômeno da globalização guarda alguma semelhança com esse tipo de diagnóstico” (FARIA, 2004, p. 62).

No entanto, José Eduardo de Faria adverte que o conhecimento jurídico não é formado apenas pelo acúmulo dos conhecimentos adquiridos em outro momento histórico, mas é formando por saltos qualitativos, os quais ocorreriam quando os enfoques, métodos, axiomas, princípios, ou seja, os conceitos básicos da ciência e sua estrutura metodológica, chamados de paradigmas por Kuhn, são colocados em discussão.

Para Kuhn, uma disciplina somente se converte em ciência quando uma comunidade de especialistas firma uma opinião comum quanto ao seu

³⁹ “As verdades teológicas, metafísicas e racionais que sustentaram durante séculos as formas de saber e de racionalidade dominantes não conseguem mais responder inteiramente às inquietações e às necessidades do presente estágio de desenvolvimento da modernidade humana” (WOLKMER, 2006, p. 1).

⁴⁰ Exemplo de situação geradora da necessidade de mudança de entendimento é a do mundo digital, descrita por Ricardo Luis Lorenzetti: “O surgimento da era digital suscitou a necessidade de repensar importantes aspectos relativos à organização social, à democracia, à tecnologia, à privacidade, e à liberdade. O caráter aberto, interativo e global da internet, somado aos baixos custos de transação que apresenta como tecnologia, produzem um grande impacto em uma ampla categoria de questões pertencentes à sociologia jurídica e, logo, na dogmática: a noção de tempo, espaço, fronteira estatal, lugar, privacidade, bens públicos, e outras que aparecem igualmente afetadas” (LORENZETTI, 2010, p. 50).

paradigma, isto é, ao conjunto de problemas relevantes e de padrões standardizados de abordagem. Ao apreender um paradigma, afirma ele, o cientista adquire conjuntamente teoria, métodos e padrões, formando ‘uma mistura inextricável’ (FARIA, 2004, p. 48).

Assim, José Eduardo Faria citando Kuhn⁴¹ indica que em determinados momentos os paradigmas são aceitos unanimemente pelos cientistas, de maneira que esse período é denominado de normalidade: apenas se resolveria problemas e eliminariam incongruências em conformidade com aqueles esquemas conceituais, metodológicos e teóricos que foram universalmente aceitos (FARIA, 2004, p. 49).

Mas o autor alerta que “há momentos em que os paradigmas entram em crise, entrando num período de turbulência e anormalidade – na linguagem *kuhniana*, atingindo o *status de ciência extraordinária*. Essa crise eclode quando os paradigmas já não mais conseguem lidar com fatos novos, nem fornecer orientações e estabelecer normas capazes de balizar o trabalho científico” (FARIA, 2004, p. 50).

É nesse momento que ocorre a denominada revolução paradigmática, em que se tem de chegar a um novo consenso, com o estabelecimento de novos métodos para que se possa chegar à formação de um paradigma correto e apto a responder às demandas que normalmente ocorrerão na sociedade atual⁴².

Esses novos paradigmas estão diretamente vinculados “à crescente complexidade dos conflitos, à heterogeneidade socioeconômica, à concentração e centralização do capital, à expansão do intervencionismo estatal, à hipertrofia do Executivo, etc (WOLKMER, 2006, p.2).

É a necessidade que se verifica, tendo em conta a conflituosidade da sociedade, de que as análises, para serem válidas, tem de conseguir “identificar os fatores de mudança responsáveis pela contínua inadequação dos modelos culturais tradicionais - entre eles, o Direito” (WOLKMER, 2006, p. 2). E é nesse ambiente que surge a discussão sobre a teoria crítica do Direito.

⁴¹ “A postura epistemológica kuhniana partilha, assim, de uma concepção relativista de ciência, cuja trajetória é pontuada por rupturas não-cumulativas e por processos contraditórios marcados por superações revolucionárias. Segue-se daí que, ao serem examinadas as condições para uma nova proposta paradigmática do Direito, assume significação repensar as questões da ‘crise dos paradigmas’ dominantes e as rupturas dos modelos de fundamentação, pois, como na correta assertiva antipositivista de Kuhn, as crises são uma pré-condição necessárias para a emergência de novas teorias e de novos paradigmas” (WOLKMER, 2001, p. 74).

⁴² “A lei foi, durante muito tempo, a principal fonte formal de criação do direito, mas, na atualidade, se fala do seu desprestígio” (LORENZETTI, 2010, p. 50).

A forma de racionalização do mundo até então existente⁴³ era a produzida pela moderna cultura liberal-burguesa e pelo capitalismo⁴⁴. Nesse sentido, pode-se indicar que: “A doutrina do Liberalismo que foi elaborada no século XVIII, acabou alcançando o auge no século XIX. Ainda que contestada por muitos, transformou-se em uma das grandes ideologias da sociedade moderna do século passado” (WOLKMER, 2000, p. 124).

Dois são os paradigmas hegemônicos presentes na lógica linear da moderna estrutura do saber jurídico, segundo Antonio Carlos Wolkmer: “(...) o racionalismo metafísico-natural (o jusnaturalismo) e o racionalismo lógico-instrumental (o positivismo jurídico)” (WOLKMER, 2006, p. 2).

Maria Helena Diniz apresenta a caracterização do jusnaturalismo referido por Antonio Carlos Wolkmer⁴⁵, indicando que se trata da doutrina jusnaturalista de tipo subjetivo e formal:

A concepção do direito natural objetivo e material (século XIII) foi, paulatinamente, substituída, a partir do século XVII, pela doutrina jusnaturalista de tipo subjetivo e formal, devido ao processo de secularização da vida, que levou o jusnaturalismo a arrear suas raízes teológicas, buscando os seus fundamentos de validade na identidade da razão humana. O direito natural tornou-se subjetivo enquanto radicado na regulação do sujeito humano, individualmente considerado, cuja vontade cada vez mais assume sentido de vontade subjetiva e absolutamente autônoma. Nesta concepção jusnaturalista a natureza do homem é uma realidade imutável e abstrata, por ser-lhe a forma inata, independente das variações materiais da conduta (DINIZ, 2009, p. 36).

Essa ideologia jusnaturalista, segundo Antonio Carlos Wolkmer é falsificadora, tendo em vista que reclama por uma retórica formalística da igualdade, da liberdade, da fraternidade e da dignidade a todos os cidadãos, sendo que seu real objetivo foi “(...)

⁴³ “Constatou-se que na evolução histórico-política do Ocidente prevaleceu uma cultura jurídica unitária que reproduziu idealizações normativas, montagens e representações míticas, reveladoras de certo tipo de racionalização formal e de legalidade estatal, próprias de um modo particular de produção econômico-social. Por sua vez, tanto o racionalismo filosófico quanto o iluminismo político favoreceram os horizontes específicos do Estado Liberal de base burguês-capitalista que, como fonte única de validade, foi capaz de exprimir em normas jurídicas, as ideias, os objetivos, as necessidades e as relações sociais de segmentos dominantes da sociedade” (WOLKMER, 2001, p. 66).

⁴⁴ “O Liberalismo surgiu como uma nova visão global do mundo, constituída pelos valores, crenças e interesses de uma classe emergente (a burguesia) na sua luta histórica contra a dominação do feudalismo aristocrático fundiário, entre os séculos XVII e XVIII, no continente europeu. Assim, o Liberalismo torna-se a expressão de uma ética individualista voltada basicamente para a noção de liberdade total que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso, etc” (WOLKMER, 2000, p. 120).

⁴⁵ Para Antonio Carlos Wolkmer, “O jusnaturalismo, que reivindica a existência de uma lei natural, eterna e imutável, distinta do sistema normativo fixado por um poder institucionalizado (Direito Positivo), engloba as mais amplas manifestações do idealismo que se traduzem na crença de um preceito superior advindo da vontade divina, da ordem natural das coisas, do instinto social, ou mesmo da consciência e da razão do homem” (WOLKMER, 2000, p. 156).

possibilitar a transposição para um outro tipo de relação política, social e econômica, sem revelar os verdadeiros atores beneficiados” (WOLKMER, 2000, p. 159). É a ideologia que possibilita trazer legitimidade a uma ordem que foi criada pela via revolucionária.

Já o positivismo, para Antonio Carlos Wolkmer:

O positivismo jurídico, que prosperou a partir da metade do século XIX e acabou se impondo como principal doutrina jurídica contemporânea, estendendo-se em diversas áreas do Direito, constituiu-se na mais vigorosa reação às correntes definidas como jusnaturalistas, que buscavam definir a origem, a essência e o fim do Direito na natureza, ou mesmo, na razão humana. A ideologia positivista procurou banir todas as considerações de teor metafísico-racionalista do Direito, reduzindo tudo à análise de categoriais empíricas na funcionalidade de estruturas legais em vigor (WOLKMER, 2000, p. 160).

O Direito é, então, “(...) explicado pela sua própria materialidade coercitiva e concreta” (WOLKMER, 2000, p. 161). Há a existência de um caráter ideológico, que não é explicitado, mas que existe de forma oculta.

Ocorre, dessa maneira, a própria reconstrução, para além de apenas um novo conceito do Direito, de um novo conceito de racionalidade. Segundo Antonio Carlos Wolkmer, “(...) redefine-se a noção superior de racionalidade, que, como pressuposto do pensamento e da ação, apresenta um projeto transcendente que não mais oprime, mas busca libertar o sujeito histórico e a sociedade como um todo” (WOLKMER, 2006, p. 3).

Segundo Antonio Carlos Wolkmer:

(...) a nova racionalidade emancipatória, sem negar a racionalidade técnico-instrumental inerente à dominação do positivismo moderno, leva-nos a pensar na existência de outro fundamento ético-político, bem como na reconciliação das normas que regulam socialmente o mundo sistêmico com o mundo da vida e nas possibilidades de edificação de novo paradigma teórico-crítico do Direito (WOLKMER, 2006, p. 3).

Fala-se, assim, na concepção histórica de emancipação⁴⁶, que significa, para Celso Nunes: “a autonomia crítica, cultural e simbólica, esclarecimento científico, libertação de toda forma de alienação e erro, de toda submissão, engodo, falácia ou pensamento colonizado, incapaz de esclarecer os processos materiais, culturais e políticos” (NUNES, 2003, p. 35).

Desse modo, de acordo com Luis Fernando Coelho:

O pensamento crítico vem justamente responder ao anseio por um novo paradigma que seja capaz de superar os problemas da objetividade das ciências sociais e que possa contribuir para a solução dos imensos problemas

⁴⁶ De acordo com Raymond Geuss: “Uma teoria crítica, portanto, é uma teoria reflexiva que dá aos agentes um tipo de conhecimento inerentemente produtor de esclarecimentos e emancipação” (GEUSS, 1988, p.9).

da humanidade. Eles não podem continuar sendo elididos numa falsa neutralidade científica (COELHO, 1991, p. 64).

Assim, antes de iniciar propriamente na indicação das diversas escolas críticas existentes, deve-se, como alerta Antonio Carlos Wolkmer (2006, p.3), discorrer sobre o que seja crítica, expressão que possui diversos significados, de acordo com as singularidades espaciais e temporais.

Antonio Carlos Wolkmer alerta que esse termo foi usado de forma distinta por Kant e Marx. O primeiro fala que seria uma idéia de uma operação analítica do pensamento, de modo que “(...) a *Crítica da Razão Pura* não expressa nada de negativo da razão, mas objetiva mostrar sua opinião acerca de como se formulam os juízos científicos” (WOLMER, 2006, p. 4). Já para Marx, o significado de crítica é bem particular, tendo em vista seu pensamento distinto, que insurgiu contra o modo como os capitalistas descreveram as leis do capital. “Assim, a ‘crítica’ aparece no marxismo como o discurso revelador e desmistificador das ideologias ocultadas que projetam os fenômenos de forma distorcida” (WOLKMER, 2006, p. 4).

A crítica vai de encontro com o dogmatismo e visa promover a emancipação do indivíduo, tendo em conta a possibilidade de discussão a respeito daquilo que lhe é apresentado. Há um processo de contínua transformação⁴⁷, que deve ser experimentado, sem que se possa produzir os dogmas combatidos pela teoria crítica.

A sociedade contemporânea – e aqui falo em sociedade recorrendo à generalização vinculada ao uso comum da palavra – vivencia a perplexidade que se estabelece nos momentos de crise, quando os mitos, as crenças, as ideologias especialmente, ou em última análise, os valores, são tomados de assalto, desarticulados, desarrumados, em face dos impulsos provenientes das mudanças que vêm operando no seio mesmo da estrutura social (SOUSA JUNIOR, 1984, p. 21).

É uma maneira de acentuar o papel das práxis dentro do conhecimento: “(...) não existe conhecimento sem práxis, o conhecimento ‘crítico’, seria aquele relacionado com um certo tipo de ação que resulta na transformação da realidade” (WOLKMER, 2006, p. 4). A

⁴⁷ De acordo com Roberto Lyra Filho: “A ciência, porém, não será nunca, repetimos, definitiva, acabada e perfeita. A verdade absoluta – recorda-nos o marxista polonês Adam Schaff – é apenas um limite ideal, como na série matemática, um limite que efetivamente vai recuando cada vez mais à medida que avançamos. Isso não quer dizer que as verdades relativas alcançadas pelo homem sejam menos objetivas e válidas: a opção a fazer, nota Schaff, é pela ‘verdade mais completa possível’, na etapa atual e, a fim de procurá-la, é preciso combater em sua origem – a sociedade injusta – e em nós mesmos – pela conscientização assentada numa práxis libertadora – os fantasmas ideológicos, a fim de que não nos transformemos naquele tipo de intelectual atarantado, que “contesta” sem saber bem o quê nem por que. Este já foi corretamente visto como ‘a face exótica do poder’” (LYRA FILHO, 1982, p. 12).

crítica é vista, portanto, com a ação voltada não somente para uma avaliação crítica, mas também para a libertação do indivíduo, abrindo diversas possibilidades para as continuidades históricas.

Nesse diapasão, Antonio Carlos Wolkmer conceitua o que seja teoria crítica:

Desse modo, pode-se *conceituar* teoria crítica como o instrumento 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 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** (grifos nosso) (WOLKMER, 2006, p.5).

Esse movimento teve como primórdios o final dos anos 60 do século XX, sob influência de juristas europeus que tinham ideias originadas do economicismo jurídico soviético e da releitura gramsciana da teoria marxista realizada pelo grupo de Althusser, da teoria crítica da Escola de Frankfurt e das teses de Foucault sobre o poder⁴⁸.

Assim, os teóricos críticos se contrapõem à teoria tradicional, mas cada um apresenta uma compreensão do que ela seja. Mas fica claro, que para eles, em comum: “(...) enquanto a ideia de consciência e razão na teoria tradicional está vinculada ao mundo da natureza e ao presente em contemplação (...)” (WOLKMER, 2006, p.7), por sua vez, entendem que a “(...) teoria crítica expressa a ideia de razão vinculada ao processo histórico-social e à superação de uma realidade em constante transformação” (WOLKMER, 2006, p.7).

Há uma ligação entre teoria e prática, de modo que a teoria crítica não tem um papel de apenas contemplação ou de equidistância para os fenômenos sociais e reais. A consideração que a Escola de Frankfurt faz sobre os traços essenciais de uma teoria crítica, segundo Raymond Geuss, consistem em três teses:

1. Teorias críticas tem posição especial como guias para a ação humana, visto que: a) elas visam produzir esclarecimento entre os agentes que as defendem, isto é, capacitando esses agentes a estipular quais são seus verdadeiros interesses; b) elas são inerentemente emancipatórias, isto é, elas libertam os agentes de um tipo de coerção que é, pelo menos parcialmente, auto-imposta, a auto-frustração da ação humana consciente. 2. Teorias

⁴⁸ “O movimento afetado por teses de inspiração neomarxista e de contracultura começava a questionar o sólido pensamento juspositivista reinante no meio acadêmico e nas instâncias institucionais. Projetavam-se, assim, para o campo do Direito investigações que desmistificavam a legalidade dogmática tradicional e introduziam análises sociopolíticas do fenômeno jurídico, aproximando mais diretamente o Direito do Estado, do poder, das ideologias, das práticas sociais e da crítica interdisciplinar” (WOLKMER, 2006, p. 17).

críticas têm conteúdo cognitivo, isto é, são formas de conhecimento. 3. Teorias críticas diferem epistemologicamente de teorias em ciências naturais, de maneira essencial. As teorias em ciência natural são ‘objetificantes’; as teorias críticas são ‘reflexivas’ (GEUSS, 1988, p. 8).

O período filosófico que alimentou a teoria crítica advinda da Escola de Frankfurt foi o materialista da dialética. Há, assim, uma relação privilegiada com Marx, o que faz tornar crítica suas postulações⁴⁹.

A teoria crítica proposta pela Escola de Frankfurt é proporcionar a emancipação do indivíduo frente ao positivismo. “Uma meta básica da Escola de Frankfurt é a crítica ao positivismo e a reabilitação da ‘reflexão’ com uma categoria de conhecimento válido” (GEUSS, 1988, p. 8).

Além disso, fazem uma distinção entre as teorias científicas e as teorias críticas, que seriam diferentes em três dimensões. Primeiramente em seu propósito ou finalidade, e desse modo, na maneira como os indivíduos podem utilizá-las ou delas se recorrer. “As teorias científicas têm como propósito ou fim a manipulação satisfatória do mundo exterior; elas têm um uso instrumental” (GEUSS, 1988, p.91). Assim, se forem consideradas corretas, elas permitem que os agentes que conseguem controlá-las possam competir de forma eficiente com o ambiente, perseguindo seus êxitos e fins escolhidos. Já as teorias críticas “(...) visam à emancipação e ao esclarecimento, ao tornar os agentes cientes de coerções ocultas, libertando-se assim dessas coerções e deixando-os em condições de determinar onde se encontram seus verdadeiros interesses” (GEUSS, 1988, p. 91).

Um segundo ponto de distinção entre as teorias científicas e as teorias críticas é pela sua estrutura lógica ou cognitiva. “As teorias científicas são ‘objetificantes’. Isto significa que pelo menos em casos típicos pode-se distinguir entre a teoria e os ‘objetos’ a que a teoria se refere; a teoria não é em si parte do objeto-domínio que ela descreve” (GEUSS, 1988, p. 91-92). Já as teorias críticas dizem ser autorreferentes ou reflexivas: “(...) uma teoria crítica é sempre ela própria uma parte do objeto-domínio que ela descreve; as teorias críticas são sempre em parte a respeito de si mesmas” (GEUSS, 1988, p. 92).

O terceiro e último traço distintivo é com relação ao tipo de evidência que é relevante a fim de se determinar a aceitabilidade ou não das teorias, ou seja, se há a

⁴⁹ “Ora, se Marx está intimamente associado à identidade teórica da Escola de Frankfurt, não menos significativo é o fluxo de incidências culturais provindas da obra e Freud e do próprio movimento psicanalítico. De qualquer modo, para além da tradição crítica do racionalismo kantiano, do historicismo idealista hegeliano e, por fim, dos componentes culturais (psíquicos e socioeconômicos) adquiridos da psicanálise e do neomarxismo, a teoria crítica justifica-se por um determinado ‘conteúdo (descritivo e normativo) e destinatário, visando orientar a ação de uma classe social ao esclarecer sobre os interesses de seus agentes e ao propor estratégias para a emancipação deles” (WOLKMER, 2006, p. 8).

possibilidade ou não de existirem diferentes formas de confirmação. Quanto às teorias científicas, “(...) elas requerem uma confirmação empírica por meio da observação e do experimento (GEUSS, 1988, p.92)”. Em contrapartida, “(...) as teorias críticas são cognitivamente aceitáveis apenas se elas sobreviverem a um processo mais complicado de avaliação, cuja parte central é uma demonstração de que elas são ‘reflexivamente aceitáveis’” (GEUSS, 1988, p. 92).

A teoria crítica, então, pretende emancipar o homem, ajudá-lo a se desvencilhar de dogmas, de uma condição de alienação, possibilitando a sua “(...) reconciliação com a natureza não repressora e com o processo histórico por ele moldado”⁵⁰.

O movimento de crítica, então, questionava o sólido pensamento juspositivista reinante no meio acadêmico e nas próprias instâncias institucionais:

Projetavam-se, assim, para o campo do Direito investigações que desmistificavam a legalidade dogmática tradicional e introduziam análises sociopolíticas do fenômeno jurídico, aproximando mais diretamente o Direito do Estado, do poder, das ideologias, das práticas sociais e da crítica interdisciplinar (WOLKMER, 2006, p. 17).

Na década de 70 do século XX o movimento consolidou-se primeiramente na França, com professores universitários de esquerda, e, posteriormente, na Itália, com alguns magistrados mais politizados e antipositivistas (no denominado movimento do “uso alternativo do Direito”) (WOLMER, 2006, p. 17). Posteriormente o movimento se estendeu para Espanha, Bélgica, Alemanha, Inglaterra e Portugal.

No final dos anos 60 e início dos anos 80 do século XX constituiu-se na Itália um movimento teórico-prático formado por professores universitários, advogados e magistrados progressistas.

O objetivo dessa importante tendência político-jurídica foi propor, diante da dominação e da conservação do Direito burguês capitalista, a utilização do ordenamento jurídico vigente e de suas instituições na direção de uma prática judicial emancipadora, voltada aos setores sociais ou às classes menos favorecidas (WOLMER, 2006, p. 44).

Não é propriamente propor uma alternativa ao Direito oficial, mas aplicar de uma maneira diversa a dogmática predominante, utilizando-a para uma finalidade emancipadora. Os adeptos deste movimento consideram de relevância dois aspectos: “(...) a) a estreita relação entre a função política do Direito enquanto instrumento de dominação e as

⁵⁰ “A teoria crítica tem o mérito de demonstrar até que ponto os indivíduos estão coisificados e moldados pelos determinismos histórico-naturais, mas que nem sempre estão cientes das inculcações hegemônicas e das falácias ilusórias do mundo oficial” (WOLKMER, 2006, p.7).

determinações socioeconômicas do modo de produção capitalista; b) o Poder Judiciário (...) agindo não só como aparelho ideológico do Estado (...) (WOLMER, 2006, p. 45)”, mas também como um instrumento utilizado para repressão e controle institucionalizado. Consideram a função do Poder Judiciário também política.

Já na década de 80 do século XX seus ideais alcançaram a América Latina, tendo destaque a Argentina, México, Chile, Colômbia e Brasil (WOLMER, 2006, p.17). Assim, Antonio Carlos Wolkmer apresenta, tendo em conta a especificidade histórica de cada processo histórico⁵¹, quatro eixos epistemológicos da teoria da “crítica jurídica”: o primeiro é o *Critical Legal Studies*, “(...) movimento de crítica norte-americana, mas com crescente influência também na cultura anglo-americana (WOLKMER, 2006, p. 34)”; o segundo é o *Association Critique du Droit*, que surgiu e se desenvolveu na França, tendo grande aceitação nos países considerados subdesenvolvidos e América Latina; *Uso Alternativo do Direito* é o terceiro, sendo a “postura crítica desencadeada na Itália, tendo, posteriormente, sido adotada pela Espanha e por outros juristas europeus e latino-americanos (WOLMER, 2006, p. 35)”; e por fim, o último eixo é o dos *Enfoques Epistemológicos de Crítica Jurídica*. Além desses movimentos, Antonio Carlos Wolkmer indica a existência de outros⁵².

No Brasil o movimento ganhou força na década de 80 do século XX, tendo em conta a repercussão do movimento francês e italiano, “(...) mas também ao pioneirismo e incentivo de alguns professores de filosofia e sociologia jurídicas em diversas Faculdades de Direito do país, como Roberto Lyra Filho, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (WOLKMER, 2006, p. 18)”.

Antonio Carlos Wolkmer apresenta o marco teórico e temporal dessas pesquisas:

Desse modo, a verificabilidade do saber jurídico crítico no Brasil compreenderá as pesquisas e as publicações elaboradas em duas décadas e meia (anos 70, 80 e princípio dos anos 90) e abrangerá essencialmente as áreas doutrinárias correspondentes à teoria geral do Direito, sociologia jurídica e filosofia político-jurídica, deixando à parte as outras tendências críticas, não menos importantes, emergidas no Direito Público e no Direito Privado (WOLMER, 2006, p. 89).

Há contribuições teóricas importantes, tendo grande influência algumas revistas jurídicas nacionais veiculadas no ambiente acadêmico, como a *Contradogmática* (tendo como dirigente Luis A. Warat); a *Sequência* (da UFSC); *Direito & Avesso* (de Brasília – Nova

⁵¹ “Esse movimento não se reduz a uma única e particular ‘teoria crítica’ do Direito, mas compreende múltiplas tendências, ‘correntes e/ou ‘formulações críticas’ que não só nascem de matrizes ideológicas e científicas distintas, mas também refletem as condições sociopolíticas que predominam em seus países de origem” (WOLKMER, 2006, p. 34).

⁵² Para encontrá-los: (WOLKMER, 2006, p. 35).

Escola Jurídica Brasileira), tendo como expoente Roberto Lyra Filho; *Revista Trimestral da OAB; Direito, Estado e Sociedade*, (da PUC/RJ) e a revista *Direito Alternativo* (organizada por Amilton Bueno de Carvalho) (WOLMER, 2006, p. 90).

Outra manifestação foi a atuação teórico-crítica dos centros ou núcleos de estudos nas décadas de 80 e 90: a) o Grupo de Trabalho *Direito e Sociedade*, que é vinculado à Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais; b) o *Instituto de Direito Alternativo* (IDA) com sede em Florianópolis; c) o *Grupo de Magistrados Gaúchos*; d) a *Associação Juízes para a Democracia*, criada por magistrados paulistas em 1991; e) o *Movimento da Magistratura Fluminense pela Democracia* (MMFD); f) o *Programa Especial de Treinamento* (PET) (WOLKMER, 2006, p. 90-92).

Há, ainda, o desenvolvimento efetivo da produção de serviços legais ou assistência extraestatal, com destaque para as organizações da sociedade civil:

Tais entidades, centradas em torno de organizações populares e assessorias universitárias, responsáveis pelo crescente avanço de um esforço descentralizado/participativo de práticas paralelas, têm atuado em duas grandes frentes: na área rural (atendimento ao movimento sem-terra) e na área urbana (acesso à justiça, segurança, direitos humanos e cidadania)⁵³.

Dessa forma, a teoria jurídica crítica permite e pretende fazer com que o homem seja emancipado, que se torne esclarecido a respeito do ordenamento jurídico que lhe é apresentado, de modo a que também possa discuti-lo e até redefini-lo.

É, assim, uma teoria prático-jurídica que possibilita um exercício reflexivo acerca daquilo que está disciplinado e oficialmente consagrado em uma determinada formação social, permitindo que se possa conceber e operacionalizar outras formas, menos opressivas e mais emancipadoras do homem.

Luis A. Warat apresenta a aproximação que existe entre as diversas propostas metodológicas de teoria crítica existentes, cuja proximidade resulta da homogeneidade desses objetivos:

⁵³ E o autor cita algumas organizações populares, ONGs, assessorias universitárias e projetos de extensão que surgiram ao longo dos anos 80 e 90: a) Instituto Apoio Jurídico Popular (AJUP – Rio de Janeiro); b) Núcleo de Estudos para a Paz e Direitos Humanos (NEP); c) Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares (GAJOP); d) Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da UFRGS (SAJU – Porto Alegre/RS); e) Serviço de Apoio Jurídico da Universidade Federal da Bahia (SAJU-Salvador); f) Núcleo de Assessoria Jurídica Popular (NAJUP – PUC); g) Programa Balcões de Direito; h) Acesso à Cidadania e Direitos Humanos (Porto Alegre/RS); i) Projeto de Assessoria Jurídica da Pró-Reitoria Comunitária da Universidade Católica de Salvador (PAJ-Bahia); j) Projeto de Extensão da Faculdade de Direito da UFMG; l) Núcleo de Direitos Humanos de Passo Fundo - RS; n) Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de Salvador (Bahia); o) Núcleo de Estudos de Direito Alternativo (NEDA); p) Núcleo de Pesquisa Lyriana (NPL); q) Instituto de Hermenêutica Jurídica de Porto Alegre; r) Núcleo Virtual de Direitos Humanos (WOLKMER, 2006, p. 92-95).

a) mostrar os mecanismos discursivos a partir dos quais a cultura jurídica converte-se em um conjunto fetichizado de discursos; b) denunciar com as funções políticas e ideológicas das concepções normativistas do Direito e do Estado encontram-se apoiadas na falaciosa separação do Direito e da Política e na utópica ideia da primazia da lei como garantia dos indivíduos; c) rever as bases epistemológicas que comandam a produção tradicional da ciência do Direito, demonstrando como as crenças teóricas dos juristas em torno da problemática da verdade e da objetividade cumprem uma função de legitimação epistêmica, através da qual pretende-se desvirtuar os conflitos sociais, apresentando-os como relações individuais harmonizáveis pelo Direito; d) superar os bizantinos debates que nos mostram o Direito a partir de uma perspectiva abstrata (...) a teoria crítica tenta recolocar o Direito no conjunto das práticas sociais que o determinam; e) criar uma consciência participativa; f) modificar as práticas tradicionais de pesquisa jurídica a partir de uma crítica epistemológica das teorias dominantes; g) proporcionar, nas escolas de Direito, um instrumental pedagógico adequado para que os estudantes possam adquirir um modo diferente de agir, pensar e sentir (...) (WARAT, 1983, p. 39-40)

Portanto, a modernidade reflexiva e a complexidade da vida contemporânea nos leva a instigar a necessidade de crescimento das teorias críticas do Direito, principalmente tendo em vista seu papel quanto à emancipação e esclarecimento dos indivíduos.

Rompe-se com o discurso jurídico tradicional, que não mais é usado para manter os postulados da segurança, certeza, eficiência e dominação, mas de executar uma prática político-social voltada para a democracia e pluralismo.

Antonio Carlos Wolkmer aponta duas posições epistemológicas predominantes até a metade da década de 80 do século XX: a) os primeiros são aqueles que entendem pela possibilidade de construção de uma teoria crítica a partir de determinados pressupostos teóricos (tendo como exemplo Ricardo Entelman); b) os segundos são os teóricos críticos que não entendem pela possibilidade de se falar em uma teoria crítica em específico, tendo em vista ser um movimento fragmentado por diferentes perspectivas metodológicas (WOLKMER, 2006, p.23).

No Brasil ocorreu também uma influência do movimento de uso alternativo do Direito, que teve suas origens no Direito italiano. “O movimento rompe com a tradicional ideia de ‘neutralidade’ da lei, a qual concebe o ordenamento jurídico como mero mecanismo asséptico de regulação social” (FLORES, 2004, p. 12).

Interessante é a apresentação feita por Amilton Bueno de Carvalho sobre as três possíveis frentes do uso do Direito: a) a primeira seria o tradicional uso alternativo do Direito, que se manifesta no seio do próprio ordenamento positivo, podendo se dar de duas maneiras, a

primeira a partir das lacunas e ambiguidades do ordenamento e a segunda por intermédio de uma interpretação qualificada, dando cada vez mais efeitos democráticos para as normas; b) a segunda seria o positivismo de combate (formulado por Miguel Pressburguer) que visa tornar efetivas diversas conquistas históricas e democráticas, mas que não estão sendo aplicadas, apesar de serem reconhecidas oficialmente; c) a terceira seria o Direito alternativo em sentido estrito, que afirma que o Estado não é o único titular na criação das normas jurídicas, preconizando pela existência de um direito insurgente, paralelo, emergente (CARVALHO, 1993, p. 11-15).

Assim, apresentado o processo histórico de formação do pensamento jurídico crítico e as suas diversas manifestações, passa-se à discussão a respeito das críticas que lhe são feitas, principalmente relacionadas com a atuação do Poder Judiciário.

2.2.1. O Pensamento de Niklas Luhmann: O Papel do Direito e Suas Relações com os Demais Subsistemas Sociais

Niklas Luhmann, em sua obra *Sociologia do Direito* (1983) descreve a respeito das funções do direito e fornece um conceito de direito baseado nestas, sem recorrer à qualificação pela sanção, ou por outro meio. Ele busca as origens da singular necessidade de ordenamento, o que é realizado pelo direito.

O autor discorre sobre a existência, em cada experiência concreta, de um conteúdo evidente que pode remeter a outras possibilidades, as quais pode-se dizer que são, ao mesmo tempo, consideradas complexas e contingentes:

Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais está lá. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos (LUHMANN, 1983, p. 45).

Ele vai dizer que essas premissas de experimentação constituem-se sistemas, o que irá garantir independência contra impressões momentâneas. Apresenta, então, um modo de imobilizar essa complexidade e essa contingência: uso de técnicas de abstração confirmadamente úteis, e de seleção das formas adequadas de experimentação e de auto-certificação.

Além disso, Luhmann aponta para o fato de que os indivíduos absorvem, também, as expectativas dos outros e assumem elas como se fossem deles também. Isso formaria uma dupla contingência, com a necessidade de desenvolvimento de estruturas de expectativas mais complexas, formando, de acordo com o autor, uma dupla contingência de todo o experimentar e de todo o agir social: a primeira ao nível das expectativas imediatas de comportamento na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro e uma segunda em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro.

Niklas Luhmann vai dizer, então, que a função do normativo estaria na área de integração entre esses dois planos da dupla contingência. Além disso, ressalta que não se pode ter-se o que os psicólogos denominam de projeção: mais expectativas alheias assumidas como próprias do que as suas⁵⁴.

Nesse diapasão, para Luhmann a redução dos sistemas sociais é diversa, operando-se em termos de utilização de expectativas objetivas, vigentes, pelas quais as pessoas se orientariam. Essas expectativas poderiam se verbalizar tanto em termos de dever ser, quanto em outras formas.

O aspecto da segurança jurídica estaria colocado quando Luhmann fala que a orientação a partir da regra dispensaria a orientação a partir de expectativas, porque se absorve o risco de erros na expectativa, ou ao menos, se reduz, porque graças à regra pode se supor que aquele que diverge dela age erradamente e que essa conduta não conforme tem origem não da expectativa que foi errada, mas sim da ação que foi errada. “Nessa medida, a regra alivia a consciência no contexto da complexidade e da contingência” (LUHMANN, 1983, p. 53).

Luhmann passa, então, para a análise da função da estrutura (no fortalecimento da seletividade, inclusive com a realização da denominada dupla seletividade, ou seja, uma seletividade sobre ela mesma) na diferenciação das expectativas normativas e cognitivas, que também permite compreender os mecanismos elementares de formação do direito.

As expectativas cognitivas, para o autor, seriam aquelas que são experimentadas e tratadas, no caso de desapontamento, visando-se adequá-las à realidade, sendo um mecanismo

⁵⁴ Niklas Luhmann apresenta um exemplo esclarecedor das expectativas sobre expectativas: “Se, por exemplo, uma mulher sempre serve ao seu marido comida fria no jantar e espera que seu marido coma comida fria no jantar e espera que o seu marido espere isso, esse marido, por seu lado, tem que esperar essa expectativa de expectativas – de outra forma ele não perceberia que ao desejar inesperadamente uma sopa quente ele não só causaria um incômodo, mas também enfraqueceria a segurança das expectativas de sua mulher com relação a ele próprio, podendo finalmente chegar a um novo equilíbrio, no qual ele teria que esperar em sua mulher a expectativa dele como alguém voluntarioso e imprevisível” (LUHMANN, 1983, p. 49).

de aprendizado. Já as expectativas normativas não são abandonadas se alguém as transgride, tem-se a determinação de que os desapontamentos não sejam assimilados⁵⁵.

Luhmann esclarece que para o desapontado, podem ocorrer dois perigos (denominado “duplo perigo do desapontado”):

Existe o duplo perigo de que o desapontado, devido à excitação, aja de forma imprevisível, que ele, para salvar uma expectativa, desaponte muitas outras expectativas, ou seja, crie mais problemas que soluciona; ou que ele, no calor da excitação, perca o autocontrole, esquecendo-se de si mesmo, interrompendo a continuidade e a confiabilidade de sua autoexposição, arriscando, por causa de uma expectativa, a identidade social da sua personalidade, ridicularizando-se e infligindo a si mesmo danos irreparáveis. É por isso que o sistema social tem que orientar e canalizar o processamento de desapontamentos de expectativas – e isso não só para impor eficazmente expectativas corretas (p.ex. normas jurídicas), mas sim para criar a possibilidade de expectativas contrafáticas, que se antecipem a desapontamentos, ou seja: **normativas**. (grifos nossos) (LUHMANN, 1983, p. 67).

Dessa maneira, o autor apresenta que a estabilização de estruturas passa pelo arrefecimento de desapontamentos cumulado com a canalização, no sentido de que o sistema social tem que orientar e canalizar o processamento de desapontamentos de expectativas. Todo esse processo é necessário a fim de que se imponha eficazmente expectativas corretas e se crie possibilidades de expectativas contrafáticas. Algumas das transgressões poderiam ocorrer simplesmente e uma atitude de indiferença já é suficiente, mas há outras em que é necessário que se imponha mecanismos eficazes para tratá-la.

No seu livro de sociologia do direito Luhmann aponta, ademais, que a função da explicação é a de possibilitar que a manutenção da expectativa ocorra apesar dos acontecimentos discrepantes. Passa a falar, então, da institucionalização, que irá produzir uma seleção evolutiva na medida em que se escolhe consensualmente quais são as projeções normativas que são úteis em uma determinada sociedade⁵⁶.

Nesse caso, a institucionalização de expectativas sobre expectativas permitiria generalizar o mecanismo seletivo para além dos que estão presentes, fazendo com que se

⁵⁵ Luhmann apresenta, novamente, um exemplo esclarecedor: “No caso de esperar-se uma nova secretária, por exemplo, a situação contém componentes de expectativas cognitivas e também normativas. Que ela seja jovem, bonita, loura, só se pode esperar, quando muito, ao nível cognitivo; nesse sentido é necessária a adaptação no caso de desapontamentos, não fazendo questão de cabelo louro, exigindo que os cabelos sejam tingidos, etc. por outro lado, espera-se normativamente que ela apresente determinadas capacidades de trabalho. Ocorrendo desapontamento nesse ponto, não se tem a sensação de que a expectativa estava errada. A expectativa é mantida, e a discrepância é do ator.” (LUHMANN, 1983, p.57).

⁵⁶ Fernando Rodrigues Martins, em artigo intitulado “O contrato entre Luhmann e Habermas” indica que o direito é um mecanismo de garantia das expectativas normativas (MARTINS, 2011, p. 58).

espere expectativas correspondentes até de pessoas que não participaram da formação da institucionalização. O fundamento desta não reside, segundo Luhmann, apenas no consenso, mas sim no sucesso ao superestimá-las.

A especificidade dos processos institucionalizantes residiria no fato de que não atingem apenas as expectativas normativas, mas também as cognitivas. “O direito produz congruência seletiva e constitui, assim, uma estrutura dos sistemas sociais. Identifica as expectativas comportamentais generalizadas congruentemente como o direito de um sistema social” (LUHMANN, 1983, p. 112).

Nesse diapasão o estudo feito por Niklas Luhmann deu origem à sua teoria dos sistemas sociais, que ficou conhecida como sistema autopoietico, tendo premissas apoiadas nas ideias de estrutura sistema, poder, reflexão, ação e confiança.

Luhmann também aborda a questão das modificações ocorridas no que ele denomina de ambiente sobre o subsistema social do direito. O autor conceitua o Direito com base na sua função, o denominando como a atividade de generalização de expectativas normativas e cognitivas. Ele aborda, então, a diferenciação entre os subsistemas: jurídico, econômico e político. Cada um possuiria uma função para a regulação setorial da sociedade. “Podemos definir o direito como *estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas*” (LUHMANN, 1983, p. 121).

Nesse diapasão, Celso Fernandes Campilongo apresenta uma breve caracterização do pensamento de luhmanniano:

Luhman entende a observação e o conhecimento como construções de quem observa. Assim, essas construções não guardam correspondência com a realidade externa. São baseadas em distinções. O ponto de partida é a distinção sistema/ambiente. Diversas outras distinções são construídas e conectadas à distinção inicial (por exemplo: operação/observação, real/possível; identidade/diferença). Um sistema caracteriza-se pela diferença com seu ambiente e pelas operações internas de autorreprodução de seus elementos. A sociedade é um grande sistema social que compreende, no seu interior, todas as formas de comunicação. A sociedade não é composta por homens ou relações individuais, mas sim por comunicações. Os homens, enquanto sistemas psíquicos e orgânicos, são o ambiente necessário e indispensável da sociedade. Os sistemas sociais das sociedades modernas são funcionalmente diferenciados em diversos sistemas parciais. São exemplos de sistemas parciais os sistemas econômico, jurídico e político. Cada sistema parcial possui seu código (esquema binário que caracteriza a comunicação do sistema), suas operações específicas de reprodução, ou seja, sua clausura operativa (ou fechamento operativo), e sua abertura ao ambiente. A questão, então, é saber como aplicar todas essas

referências conceituais na descrição dos sistemas político e jurídico (CAMPILONGO, 2011, p. 67).

Dessa maneira, o código binário do Direito seria o lícito/ilícito, apenas trabalhando com os comportamentos que lhe digam respeito uma vez que cada subsistema social possui um código binário, considerado infungível. Trabalha-se, aqui, com o que se denomina de *autopoiesi*:

(...)ganha relevo neste estratagema teórico a autopoiesi, cuja criação apoiou-se numa terminologia biológica a partir da qual os ‘sistemas celulares possuem, internamente, todos os elementos necessários para o desempenho de suas funções fundamentais, inclusive de autorreprodução. Lidam, portanto, com um conceito de sistema fechado, autorreferencial, ou, conforme a terminologia depois consagrada, um sistema autopoietico’ (MARTINS, 2011, p. 60).

Além disso, este subsistema social atuaria de maneira fechada operativamente e aberta cognoscitivamente, recebendo influxos do ambiente. No entanto, “a globalização cria complexidade e aumenta a interdependência do sistema jurídico ao seu ambiente externo. Surgem novos temas, comportamentos inéditos, atividades econômicas atípicas, agregações políticas pouco usuais e outros eventos que carecem de regulação jurídica” (CAMPILONGO, 2000, p. 147). O subsistema do Direito estaria aberto a esses influxos, mas sem poder desfigurar os seus métodos.

Assim, a globalização, conforme indicado por José Eduardo de Faria, forçará certas modificações nos métodos do Direito, pelo que Fernando Rodrigues Martins denomina de irritações provocadas pelo ambiente.

Evidente que na globalização o direito surgirá, como em outras épocas assim também o era, por disputas de forças perante a sociedade, sendo incorreto imaginar que a sua criação ou modificação perante a pós-modernidade far-se-ia em modos candentes, como desejado pela racionalidade material dos idos do Estado Social. Na realidade, o direito vai sendo construído por meio de decisões, o que revitaliza o positivismo – *direito posto por decisão* –, agora compreendido como pós-positivismo, dado que, se antes nele a norma era extraída apenas do legislador (através do monismo normativo parlamentar), em tempos que correm ele revolve a terra, ganhando nova faceta, e nasce do pluralismo jurídico, através dos grupos, empresas, agências reguladoras, sindicatos, associações, etc (MARTINS, 2011, p. 62).

Passa-se, então, na sociedade atual a conviver com a pluralidade de fontes, com a consideração de que o processo de normatividade não se resolve somente com a codificação e a tentativa de previsão de todos os comportamentos que seriam abarcados pelo Direito. Há a necessidade, permeada pelas irritações que o ambiente provoca no subsistema social do

Direito, de se desenvolver novos métodos a fim de que se reconheça esse ambiente plural e se favoreça, paralelamente ao processo legislativo, os processos autônomos de regulação social⁵⁷.

2.2.2. Celso Fernandes Campilongo e a Politização do Poder Judiciário: A Falta de Pressupostos Teóricos para a Teoria Crítica

Celso Fernandes Campilongo, baseado no sistema autopoietico explicitado por Luhmann, discorre a respeito dos limites da crítica jurídica. Ele afirma que nas sociedades complexas não é simples definir, em termos éticos e substantivos, aquilo que é considerado bem comum ou vida digna:

Obviamente, poder-se-ia dizer que ofende a qualquer senso de justiça a existência de meninos de rua, a fome, a mortalidade infantil e tantos outros desequilíbrios sociais que fazem da realidade brasileira um exemplo inadmissível de brutalidade e desigualdade. **Entretanto, o enfrentamento casuístico, conjuntural, singular e diversificado desses problemas pelo juiz de primeira instância – ainda que possa oferecer algumas soluções pontuais adequadas – por sua natureza fragmentária e diversificada pode, também, transformar-se num sistema absolutamente irracional de tomada de decisões, com enormes riscos e custos políticos, jurídicos e econômicos. Riscos e custos, vale sublinhar, de agravamento dos problemas que pretende resolver** (CAMPILONGO, 2011, p. 107) (grifos nossos).

O que o autor aduz é que a busca por proporcionar igualdades, pode gerar novas igualdades. Por exemplo, permitir que comunidades de sem-teto fiquem alojadas em áreas de proteção de mananciais pode prejudicar a proteção do meio ambiente, gerando poluição. “Além disso, nesses casos, os efeitos imprevistos e indesejados ocorrem somente após a tomada de decisão, quando o juiz já não tem nenhuma responsabilidade ou controle sobre o caso” (CAMPILONGO, 2011, p. 108).

Celso Fernandes Campilongo trabalha, ademais, com a própria função política do Poder Judiciário:

Essa é a função política do Poder Judiciário: promover o acoplamento⁵⁸ estrutural entre a política e o direito por intermédio da aplicação da

⁵⁷Ricardo Luis Lorenzetti fala sobre as causalidades complexas: “Os vínculos sociais se estabelecem sobre uma base territorial cada vez mais extensa, em tempos cada vez mais intensos, com uma participação de milhares de sujeitos que atual entre si ao mesmo tempo, incrementando a complexidade. Tudo está interconectado e os vínculos de causa e efeito se estabelecem em múltiplos níveis difíceis de discernir, de maneira que uma perturbação, muito débil a princípio, é suficiente para impor progressivamente um novo vínculo macroscópico” (LORENZETTI, 2010, p. 67).

Constituição. A luta contra a corrupção política ocupa um capítulo especial dessa passagem e não pode ser feita sem um rigoroso cumprimento da legalidade. Por isso, a complexidade da politização do Judiciário reside num paradoxo: “o poder político dos tribunais assenta no caráter apolítico do seu exercício. Ou seja, um poder globalmente político tem de ser exercido apoliticamente em cada caso concreto (CAMPILONGO, 2011, p. 108).

A atuação do Poder Judiciário deve ser pautada, portanto, em uma atuação garantista, ou seja, de garantia dos direitos subjetivos públicos. O autor afirma que o caráter político do Judiciário reside na sua atuação apolítica, pensamento este que é digno de consideração, uma vez que se a atuação deste Poder for já inicialmente política, acaba-se por adentrar numa função que não é precípua dele. A politicidade de sua atuação reside mesmo na sua conduta apolítica, como por exemplo quando concede um direito subjetivo violado pelo Estado: não está fazendo política pública, mas acaba por adentrar num campo político. A dificuldade que existe é demarcar os blocos políticos com facilidade, como outrora acontecia, tendo em vista a complexidade da sociedade e os acoplamentos estruturais ocorrentes. A própria tomada de posições, haja vista estas ocorrências não permite que se preveja sobre seus efeitos.

Não é apenas a certeza jurídica que perde o tom. A incerteza recai, ademais, sobre a qualificação política das propostas de regulação jurídica e análise do direito. Acabou-se o tempo em que os blocos políticos eram demarcados com facilidade. Consequentemente, não é cômoda a posição daqueles que pretendem conferir caráter unitário a uma alternativa ao direito. Não existe a alternativa: as alternativas são múltiplas e todas com consequências imprevistas e indesejáveis. Tudo poderia ser diverso, a começar pelas alternativas. Como esperar uma “ordem unida” nesse contexto de explosão centrífuga? (CAMPILONGO, 2011, 109)

Assim, Celso Fernandes Campilongo entende que os pressupostos de uma teoria crítica ficam abalados. E foi ela própria que fez ruir seus pilares, tendo em conta que com o processo de diferenciação sistêmica do Direito, que foi gerado, ademais, pela abertura democrática da ciência do Direito (na formação e atuação concreta dos juízes) produzida pela teoria crítica, ocasionou a atual situação de perplexidade. Para ele, “(...) a estabilização dos mecanismos do estado de direito, da democracia política e dos direitos sociais esvazia grande parte do debate entre as teorias críticas e as teorias tradicionais do direito” (CAMPILONGO, 2011, p. 110). E é por conta disso que o autor afirma a ausência de pressupostos para a teoria crítica, afirmação esta que não se coaduna com o proposto neste trabalho.

⁵⁸ Acoplamento estrutural, de forma sintética, são ligações existentes entre os três subsistemas sociais indicados por Niklas Luhmann: Economia, Política e Direito.

Ele tece críticas no sentido de que as críticas e o uso alternativo do Direito podem prejudicar a própria independência do Poder Judiciário. Cita o exemplo italiano, em que se teve grande influência das teorias sobre o uso alternativo do Direito:

(...) o banho ideológico e a intensa politização a que esteve exposta a magistratura italiana nas décadas anteriores (o sempre lembrado ‘uso alternativo do Direito’) acabam por criar as condições para uma atuação judicial que faz questão de ressaltar sua apoliticidade (CAMPILONGO, 2011, p. 111).

A independência seria alcançada pela própria dependência à lei, porque só o fechamento operacional do sistema jurídico autorizaria consistentemente a sua abertura cognitiva e consequente politização (CAMPILONGO, 2011, p. 111).

Celso Campilongo indica que José Eduardo Faria trabalha, em diversas conferências, com que ele chama de Direito denúncia/direito sistema. Nos últimos anos a literatura jurídica recebeu diversas contribuições de teóricos críticos, que apontam as contradições, as lacunas, os paradoxos e os ideais de um Direito que começa a emergir e se desenvolver no seio das relações sociais. “A ‘denúncia’ alimentou boa parte do esforço de ‘sistematização’ da ordem jurídica do período de transição e consolidação da democracia brasileira” (CAMPILONGO, 2011, p. 112). Assim, a denúncia faria com que o sistema pudesse atuar e aceitar ou não essas “propostas” advindas das relações reinantes na sociedade.

O impacto do ‘direito denúncia’ foi parcialmente diminuído pela incorporação de alguns de seus postulados pelo ordenamento. Paralelamente a isso, a suposta capacidade que os novos movimentos sociais teriam como portadores de um direito alternativo também foi solapada por um processo de burocratização ou cooptação de algumas de suas lideranças, satisfação precária de certas reivindicações e um contexto social e econômico de desmobilização desses movimentos (CAMPILONGO, 2011, p.111).

Dessa forma, o que Celso Fernandes Campilongo e José Eduardo Faria querem indicar é que esse movimento de crítica seria absorvido pelas mudanças ocorridas no Direito sistema. Isso porque, o sistema do Direito trabalha aberto cognoscitivamente e fechado operativamente, mediante os códigos binários. Caso o “direito denúncia” provoque o sistema social do Direito e lhe preencha o código binário, aquele aceitaria essa manifestação e trabalharia fechado operativamente com ela, fazendo com que a crítica realizada não surtisse mais efeito. E aquilo que não fosse absorvido, era porque não é do Direito, não preencheu seu código binário lícito/ilícito.

A crítica jurídica, que vive um momento de dificuldade existencial até mesmo como “direito denúncia”, não pode fechar os olhos para o “direito sistema”, para as características de um veloz processo de redefinição dos

modelos jurídicos – privados, estatutários, estatais e internacionais -, e para as particularidades do papel do direito na diferenciação dos sistemas sociais complexos (CAMPILONGO, 2011, p. 113).

O grande erro da teoria crítica, segundo o autor, não foi se ater às demandas apresentadas pela sociedade, mas sim por querer dar uma alternativa à crise de legalidade e não uma resposta a ela.

Tendo em vista o momento de desenvolvimento da teoria crítica no Brasil, no final dos anos 80 do século XX, em que emerge uma necessidade de democracia e seu desenvolvimento, propiciar uma alternativa à legalidade não era o melhor caminho, mas sim indicar como esta poderia ser aproveitada para melhorar a realidade. Ganha importância, então, a efetivação do enorme rol de direitos que advieram com Carta Política.

Assim, neste ambiente criado, a possibilidade de que o Poder Judiciário se confronte com outros poderes ganha relevo, primeiramente com o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade das leis e com o Poder Executivo no controle e implementação de políticas públicas.

Em ambos os casos, exige-se do Judiciário um alto grau de independência e autolegitimação não medida pelo sistema político. Tudo isso confere grande relevância política ao Judiciário e redimensiona o equilíbrio de poderes. Aumenta muito a evidência pública do Judiciário, o que lhe pode conferir uma nova reserva de eficácia, credibilidade e responsividade social. Entretanto, essa excessiva e quase inevitável exposição pública do magistrado porta consequências indesejáveis, que vão de uma personalização da atividade judicial (o juiz-herói) a uma expansão da discricionariedade judicial e uma instrumentalização política de um poder neutro (indiferente ao circuito de legitimação eleitoral) (CAMPILONGO, 2011, p. 115).

Não é retornar à fase do denominado juiz boca da lei, nem à esterilização com relação aos demais poderes. “Por outras palavras, resgatar uma cultura da legalidade significa atribuir ao Judiciário uma funcionalidade democrática que não guarda muita semelhança com alguns dos pressupostos da crítica jurídica”⁵⁹.

Celso Fernandes Campilongo alerta que a crítica jurídica confunde o papel de centralidade do Poder Judiciário dentro do sistema jurídico⁶⁰. Essa centralidade é conferida

⁵⁹“A introdução de técnicas de controle da constitucionalidade das leis, de direitos coletivos e interesses difusos na ordem jurídica torna superada a visão que distinguia a decisão judicial como circunscrita aos litigantes e a decisão política como universal e aplicável a todos os casos” (CAMPILONGO, 2011, p. 116).

⁶⁰ Marcelo Neves apresenta o papel do pluralismo jurídico no âmbito dos países da América Latina. Ele examina as relações entre poder, Direito e legitimidade nesses países, e conclui que neles não há uma distinção clara entre Direito, política e economia. Não há o sistema fechado para os outros códigos binários, e assim, acaba recebendo grandes influxos da economia e política. Assim, o próprio Direito estatal deixa de ser aplicado, e essas

tendo em conta a grande capacidade de criação jurisprudencial do Direito, mas que não significa, como ele diz que os críticos entendem, como uma suplência judicial da atividade política (CAMPILONGO, 2011, p. 118)

Da mesma maneira, um apelo direto à “vontade da maioria”, ao senso comum popular da justiça e a outras figuras de retórica política – como faz a crítica jurídica – não pode deixar de lado o fato de que a magistratura tem o fundamento da sua legitimidade não no processo político e eleitoral, mas na processualidade a que estão submetidas suas decisões. **Isso pode significar racionalidade formal, legitimação pelo procedimento, esquematismo binário ou qualquer outro desses rótulos que – geralmente com notável ignorância de conteúdos - os militantes da crítica jurídica costumam atribuir aos seus adversários** (grifos nossos) (CAMPILONGO, 2011, p. 119). (grifos nossos).

Desse modo, a própria atividade judicial depende da legalidade para que continue a ser considerada legítima perante os cidadãos. “Ou operam em consonância com as exigências de especialização, autonomia e profissionalização que lhes impõe o sistema jurídico, ou caminham para um voluntarismo autoritário (...) (CAMPILONGO, 2011, p. 118)”, que acabará por acabar com as próprias condições de afirmação da independência judicial.

2.2.3. Philippe Nonet e Philip Selzick: O Direito Responsivo e as Teorias Críticas – Papel do Poder Judiciário Frente à Crise

Philippe Nonet e Philip Selzick trabalham com a questão do denominados Direito Autônomo, Responsivo e Repressivo. O primeiro trouxe uma forma de domar a repressão, podendo ser creditado a este fato a instalação do Estado de Direito ou o império da lei. “(...) o estado de direito (sic) nasce quando as instituições judiciárias adquirem autoridade e independência suficientes para impor limites ao exercício do poder governamental” (NONET; SELNICK, 2010, p.99).

Esse sistema autônomo indicado pelos autores tem suas limitações calcadas no excesso de energia gasta com a preservação da integridade institucional em detrimento de outros possíveis objetivos. Suas principais características são:

1. Separação entre direito e política. O sistema declara a independência do judiciário e estabelece uma clara linha divisória entre as funções legislativas e judiciárias.
2. A ordem jurídica adota o “modelo normativo”. A ênfase nas normas ajuda a impor certo grau de responsabilidade oficial e, ao mesmo

manifestações de alternativas ao Direito acabam sendo, não uma alternativa àquele existente, mas sim uma manifestação de ausência de legalidade, ou propriamente sua ineficácia (NEVES, 1995, p. 18-23).

tempo, limita a criatividade das instituições judiciárias e o perigo de invadirem o domínio da política. 3. “O procedimento é o coração do direito”. Regularidade e a equidade, não a justiça substantiva, são os fins prioritários e a principal competência da ordem jurídica. 4. “Fidelidade à lei” significa estrita obediência às normas do direito positivo. A crítica das leis existentes deve ser canalizada através do processo político (NONET; SELNICK, 2010, p.99).

O sistema do Direito Autônomo contém a repressão, mas prevalece o comprometimento com o controle social. E para defenderem sua principal função social que é a legitimação e a possibilidade de responsabilizar os governantes, o Direito Autônomo adota uma atitude conservadora, autoprotetora e limitadora.

Mas dentro do sistema do Direito Autônomo começam a surgir tensões, oportunidades e expectativas que acabam por quebrar essa autonomia e reintegrar o Direito no âmbito da política e na sociedade:

O próprio esforço para desenvolver uma ordem legal desencadeia forças que minam o modelo do império-da-lei. A transformação desse modelo não é uma necessidade histórica, porque depende de necessidades e recursos sociais. Falamos, antes, de um *potencial* para o desenvolvimento do direito. Mas esse potencial não é uma possibilidade abstrata, já que diz respeito a fontes e padrões específicos que orientam as forças de mudança. Trata-se, principalmente, de modos de pensar e de participar que (1) criam recursos favoráveis a mudanças no sistema jurídico, e que (2) são por si só eficazes para despertar novas demandas e novas expectativas (NONET; SELNICK, 2010, p.119).

Desse modo, as críticas realizadas sobre o sistema do Direito Autônomo acabam por desencadear o surgimento de um espaço para o desenvolvimento do Direito Responsivo, mais aberto às influências da sociedade e capaz de lidar de uma melhor maneira com os problemas sociais ocorrentes.

Philippe Nonet e Philip Selnick indicam que a tentativa mais explícita de desenvolver um modelo de direito responsivo foi a Teoria de Pound. Nesse sentido, as tradições realistas, que buscava que a racionalidade pudesse abranger o conhecimento dos contextos sociais e os efeitos da ação oficial, e a sociológica, que tinham como objetivo capacitar as instituições da justiça para compreender de uma maneira mais integral os fenômenos sociais, tinham algo em comum: “(...) estender as fronteiras do conhecimento jurídico (NONET; SELNICK, 2010, p.122).

Há, assim, uma tensão entre a abertura do Direito às mudanças e sua fidelidade ao estabelecido, o que coloca em discussão o problema do desenvolvimento jurídico:

Os três sistemas de direito, repressivo, autônomo e responsivo, podem ser vistos como três respostas ao dilema entre integridade e abertura. A marca

distintiva do direito repressivo é a adaptação passiva e oportunista das instituições judiciais ao ambiente social e político. O direito autônomo é uma reação contra essa abertura indiscriminada, e focaliza sobretudo a preservação da integridade institucional. Por isso o sistema se fecha em si mesmo, reduz sua responsabilidade com o ambiente social e aceita como preço da integridade um formalismo cego (NONET; SELNICK, 2010, p. 125).

O terceiro sistema, segundo os autores, busca resolver essa questão e eles o denominam de responsivo, ao invés de aberto ou adaptável, “(...) para sugerir a capacidade de adaptação responsável, ou seja, discriminada e seletiva” (NONET; SELNICK, 2010, p. 125). A sua responsividade estaria calcada na condição de compreender o que é essencial para sua integridade, mas que ao mesmo tempo leva em conta novas forças do ambiente social: “(...) percebe as pressões sociais como fontes de conhecimento e de oportunidades de correção” (NONET; SELNICK, 2010, p. 126).

Desse modo, na transição que ocorre da autonomia para a responsividade, o movimento crítico é a generalização dos objetivos do Direito, de modo que para os autores, o que distingue o Direito responsivo é a busca de valores implícitos nas normas e nas políticas (NONET; SELNICK, 2010, p. 128). Outro fator de destaque é a generalização da finalidade para alcançar a almejada flexibilidade⁶¹.

A investigação jurídica deixa de ser extremamente formalista e ritual e passa a ser mais empírica, de modo que o Direito pode ter a convicção de uma maior eficácia. Além disso, o Direito Responsivo incentiva a civilidade, de duas maneiras básicas: uma primeira seria a superação do paroquialismo da moralidade comunal, em que o costume e a moral se legitimam baseados em uma avaliação de custos e benefícios (ex: descriminalização de delitos contra o código moral prevalente); a segunda maneira é o estímulo da abordagem centrada em problemas e socialmente integradora das crises da ordem pública (um Direito que aceita críticas e a própria desobediência a normas como meio de testa-las e modifica-las) (NONET; SELNICK, 2010, p. 144). É aqui que o Direito responsivo se aproxima do repressivo e ambos se afastam do autônomo: no foco nos resultados concretos.

O Direito responsivo promove a abertura à participação, tendo em vista que a organização é dedicada a uma finalidade. É um tipo de Direito que estimula a discussão e a

⁶¹ “A contribuição fundamental da observação dos fins é a promoção da racionalidade na argumentação jurídica. Não nos deve surpreender, portanto, que o crescimento do consequencialismo no direito torne cada vez mais difícil distinguir a análise jurídica da análise de políticas, a racionalidade jurídica de outras formas sistemáticas de tomar decisões” (NONET; SELNICK, 2010, p. 133).

deliberação coletiva, que acolhe as críticas e que justifica de maneira adequada suas decisões. Contudo, os autores fazem um alerta:

Nesse modelo, a autoridade legal é amplamente delegada; numerosas instituições plurais, com finalidades específicas, tornam-se das detentoras cruciais da responsabilidade legal e fontes de evolução do direito (...). Nesse contexto, a força simbólica da Soberania se enfraquece e dá lugar à imagem de um agregado impreciso de Corporações Públicas, cada uma com sua própria missão e seu próprio público. **Essa imagem revela os perigos e promessas do pluralismo** – o espectro de uma multiplicidade de instituições auto-reguladas (sic) e de fins limitados, que não falam a mesma língua, cada uma atrelada a interesses específicos (...) (grifos nossos) (NONET; SELNICK, 2010, p. 158).

O Direito Responsivo é considerado, assim, como um aguçamento da crítica jurídica, haja vista que esta faz com que a obrigação legal se torne problemática, negociável, vulnerável ao juízo discricionário e as pressões do ambiente político e social, onde surge um regime de pluralismo legal, que não deixa de ter tanto virtudes como defeitos. Mas no caso do Direito Responsivo a abertura à mudança é uma condição necessária, mas não suficiente. É necessário também que o aspecto responsivo apareça, e este está calcado no fato de que a ordem legal não seja apenas oportunista, mas que suas “(...) instituições necessitam de tutela adequada à acomodação de pressões contrárias” (NONET; SELNICK, 2010, p. 159).

Além disso, indicam que o ideal do Direito Responsivo, assim como o do Direito Autônomo, é a legalidade, mas uma legalidade mais geral, sem que esteja revestida pelo formalismo. A função paradigmática do Direito Responsivo é, portanto, a regulação e não a adjudicação. “(...) a regulação é o processo de elaborar e corrigir políticas necessárias à concretização de uma finalidade jurídica” (NONET; SELNICK, 2010, p.165).

Assim, no que se refere à separação entre os Poderes e à própria consideração de politização do Poder Judiciário, “(...) embora o direito responsivo conceba uma integração dos Poderes e uma atenuação de fronteiras institucionais, a distinção entre decisões políticas e judiciais não é dissolvida” (NONET; SELNICK, 2010, p. 169).

Philippe Nonet e Philip Selnick falam, então, na ocorrência de uma união entre Direito e Governo, que significa, na prática, que no âmbito do Direito Responsivo o governo age em duas frentes: uma como ator político, quando assume a responsabilidade de decidir quais são as finalidades que serão atingidas e os recursos que serão destinados; e uma segunda como ator jurídico, quando indica quais órgãos e quais mecanismos serão usados para atingir essas finalidades (NONET; SELNICK, 2010, p. 169).

A grande contribuição do Direito Responsivo, partindo da teoria elaborada por estes autores, é fornecer, frente a crescente crítica ao Direito, um sentido do que seja bem público e um espírito de autocorreção, sem que haja a ruptura do sistema do Direito frente a alternativas criadas nos ambientes sociais. Defende-se por meio do Direito Responsivo a manutenção do Estado no monopólio da produção jurídica, de maneira que é usado para impedir a expansão do Direito Alternativo.

Neste trabalho, verifica-se que esse aspecto do Direito Responsivo está presente no contexto brasileiro, haja vista se se levar em consideração que diversas práticas sociais estão sendo incorporadas pelo Estado, visando evitar um distanciamento da sociedade para com o aparato legal estatal. Exemplo disso é a mediação comunitária, onde o Estado auxilia comunidades carentes na resolução de seus conflitos por seus próprios integrantes, comunidades estas que estavam distantes do Estado, seja quanto a políticas públicas e sociais, seja quanto ao fornecimento do acesso à justiça. Elas, então, estavam começando a desenvolver mecanismos próprios de solução de conflitos e de regulação de condutas, de maneira que o Estado visualizou a referida situação e promoveu programas a fim de que essa expansão de um Direito Alternativo fosse alcançada. Cumpre, então, discorrer sobre o pluralismo jurídico.

2.3. Do Pluralismo Jurídico

Quando se fala na busca por outros mecanismos que não somente o Judiciário pauta-se por uma visão pluralista, tendo em conta inclusive que na modernidade reflexiva indica-se a questão da pluralidade de fontes do Direito. Um exemplo dessa nova visão pluralista é a utilização de mecanismos alternativos de solução de conflitos, em que a justiça é prestada não somente pelo Estado, mas também por entidades privadas. Dessa forma, tem-se falado na superação do paradigma monista pelo advento do paradigma pluralista diante do surgimento de direitos não-oficiais ao Estado, principalmente em comunidades carentes que ficam ausentes de ingerência estatal.

Nas últimas décadas, a cultura jurídica e suas formas instrumentais de regulação e controle social tem alcançado profundos, complexos e significativos desdobramentos. Se de um lado constata-se o surgimento de processos inéditos e potencialidades criadoras, aptas a promover horizontes múltiplos que estimulem outras representações conceituais, fluxos diferenciados, institucionalidades descentralizadas e novas sociabilidades, por outro lado vivem-se os reflexos de um tempo de transição, descontinuidades, impasses e reordenações, ou seja, o impacto e a pouca eficácia em responder às crescentes necessidades da vida humana por parte de uma cultura monolítica, determinista, hierárquica e totalizante. Por

consequência, a clássica teoria moderna do Direito – assentada na concepção de valores identificados ao universalismo, liberalismo, igualitarismo, individualismo, segurança e centralização política – edificou, concomitantemente, uma cultura disciplinar monista, ilustrada, racionalizada e pretensamente científica (LIXAS; VERAS NETO; WOLKMER, 2010, p. 7).

O monismo jurídico trata-se de uma visão formalista, que reduz a legitimidade à legalidade, fazendo com que se torne impraticável a utilização de parâmetros subjetivos.

Assim, o monismo funda-se na tese da autossuficiência do ordenamento jurídico: o direito legitima-se por si mesmo, independentemente de referências a valores morais ou políticos e dos limites e insuficiências empíricas das instituições estatais. Como consequência, tem-se que as normas jurídicas são “recortadas” ou “descoladas” da realidade social na qual se inserem, constituindo uma “realidade” autônoma e altamente abstrata (LIXAS; VERAS NETO; WOLKMER, 2010, p. 15).

O ápice deste pensamento teve como expoente Hans Kelsen e seu ideal positivista, que reduzia o estudo do Direito à análise da norma jurídica. Este autor foi defensor do Direito positivo, mais científico, tendo como características principais de seu pensamento a visão de um Direito posto por decisão ou eleição, a consideração de sua mutabilidade e sua plenitude, centrado na norma e baseado na lógica formal/subsunção.

Até por volta de 1934 (período europeu) Kelsen concebe a norma jurídica como entidade lógico-hipotética, capaz de qualificar ou constituir juridicamente a experiência social, abrangendo desde as normas fundamentais das Constituições até aos preceitos dos contratos e das sentenças. O Direito é visto como um *sistema escalonado e gradativo de normas, as quais atribuem sentido objetivo aos atos de vontade*. Elas se apóiam umas nas outras, formando um todo coerente: recebe umas das outras a sua vigência (*validade*), todas dependendo de uma *norma fundamental*, suporte lógico da integralidade do sistema (REALE, 2002, p. 456).

Nesse contexto, a visão positivista retira do juiz qualquer possibilidade de realização de uma análise valorativa sobre a lei. “A teoria pura do direito descarta tanto o conteúdo social da regra jurídica quanto a compreensão de um Direito suprallegal, porque a logicidade da ciência jurídica estuda a exata realidade das normas e não a exegese de como deve ser. O fundamento de validade e eficácia estaria repousado na norma fundamental” (WOLKMER, 2003, p. 163).

Warat chega a dizer que o monismo jurídico compreende a teoria do direito:

O conteúdo do direito se identifica com a norma. A realidade jurídica advém da norma, categoria do conhecimento desvinculada da dinâmica existencial e de seu objetivo de valoração e justificação. A realidade jurídica não é significativa, senão tão só a norma, que é constituinte daquela (WARAT, 1995, p. 19).

Os positivistas entendem que o ordenamento não possui lacunas, é completo. Lacunas seria a ausência de uma norma para regular um determinado caso concreto. Segundo essa concepção, no ordenamento jurídico não se teria lacunas, porque haveria resposta jurídica para todos os fatos que se interessassem ao Direito.

Segundo Norberto Bobbio, a completude seria uma condição necessária para aqueles ordenamentos que se valem de duas regras: a primeira seria a de que o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que surgirem para o seu exame e o segundo é o de que o juiz deve julgar com base em uma norma pertencente ao ordenamento jurídico. Segundo o autor, o dogma da completude, isto é, o pensamento de que o ordenamento seja completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer à igualdade, foi dominante e continua sendo na teoria europeia de origem romana. Trata-se daquela ideia das grandes codificações, da tentativa de previsão de todas as situações pelos códigos.

Fala-se, nesse sentido, na Escola de Exegese, que possui como grandes expoentes Demoleng, Laurent e Pottier. Sua concepção é da redução do Direito à letra da lei e a consideração de que ele já está pronto. Seus flancos foram a Escola Analítica de Direito e os Pandectistas na Alemanha.

A onipotência do Estado reverteu-se sobre o Direito de origem estatal, e não foi reconhecido outro Direito senão aquele emanado direta ou indiretamente do soberano. Onipotente como o Estado do qual emanava, o Direito estatal deveria ter feito o juiz senão recorrer às fontes jurídicas extraestatais, como costume, a natureza das coisas, a equidade? Admitir que o ordenamento estatal não era completo significava introduzir um Direito concorrente, quebrar o monopólio da produção jurídica estatal (BOBBIO, 1999, p. 120).

Posteriormente adveio a Escola do Direito livre e trouxe com ela a consideração de que o Direito possui lacunas, sendo que a capacidade para preenchê-las era do juiz com seu poder criativo. É um pensamento que visava quebrar a barreira que fora criada pelo princípio da legalidade. É o momento de passagem da análise do dogma da completude de uma fase dogmática para uma fase crítica.

Nesse sentido, surgiram defesas à existência de lacunas. Uma delas foi a do espaço jurídico vazio, em que no âmbito da atividade humana, ter-se-ia dois pontos: um que seria regulado pelas normas jurídicas, denominado como espaço jurídico pleno e outro no qual o indivíduo é livre, que seria o espaço jurídico vazio. Este último não seria uma lacuna, mas sim um fato que é indiferente ao mundo jurídico.

A Escola do Direito Livre vem dizer que não haveria lacunas porque onde falta o ordenamento jurídico, faltaria o próprio Direito, devendo-se falar mais propriamente em limites do que em lacunas (BOBBIO, 1999, p. 122). Zitelman aborda que não há lacunas pela

razão inversa, porque o Direito nunca faltaria, porque todos os comportamentos que não estariam compreendidos pela norma particular, estariam abarcados pela norma geral exclusiva, que é aquela que exclui todos os comportamentos que não estão compreendidos pela norma particular. Para ele as normas nunca nasceriam sozinhas, mas aos pares, de maneira que cada norma particular, que ele também chama de inclusiva, estaria acompanhada da norma geral exclusiva. Assim, considera que todo comportamento particular estaria abarcado e regulado pelas normas jurídicas (BOBBIO, 1999, p. 132).

Mas Norberto Bobbio discorda e diz que o ordenamento jurídico, apesar da norma geral e exclusiva, pode conter lacunas. Ela estaria na impossibilidade de se identificar a aplicação da norma inclusiva ou da norma exclusiva. O autor fala que a lacuna seria não a ausência de uma norma para regular um caso, mas sim a ausência de um critério para se determinar a aplicação da norma geral exclusiva ou da norma geral inclusiva. É um outro sentido de lacuna:

Não é a falta de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma solução satisfatória. Não já a falta de uma norma, mas a falta de uma norma justa, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas não existe. As lacunas ideológicas são lacunas de direito a ser estabelecido, já as lacunas reais são de direito já estabelecido. Somente o Direito Natural não deveria ter lacunas ideológicas. É obvio que as lacunas com as quais deve-se preocupar não são as ideológicas, mas as reais (BOBBIO, 1999, p. 140).

Para Bobbio, então, há vários tipos de lacunas, como as próprias, que são as lacunas do sistema ou dentro do sistema, as impróprias que derivam das comparações feitas entre o sistema ideal e o real. Além disso, ele classifica as lacunas de acordo com os motivos que as provocaram, afirmando existir as lacunas subjetivas que são aquelas que dependem de algum motivo que se imputa ao legislador, podendo ser voluntárias ou involuntárias e as lacunas objetivas, relacionadas ao desenvolvimento das relações sociais (BOBBIO, 1999, p. 143). Citando Carnelutti, Bobbio afirma que há dois métodos para o preenchimento de lacunas: o primeiro seria o da heterointegração, em que se recorre ordenamentos diversos ou então a fontes diversas daquela dominante, dando-se exemplo do costume, jurisprudência e doutrina; o segundo seria a autointegração, em que se resolve a lacuna dentro do próprio ordenamento jurídico, no âmbito da fonte dominante (BOBBIO, 1999, p. 146).

O autor aborda também a questão propriamente do monismo jurídico e do pluralismo, discorrendo inclusive sobre as diversas acepções que este último encerra. Indica que o monismo é ideia universalista, para a qual existe apenas um ordenamento jurídico universal. O pluralismo jurídico seria a ideia oposta (BOBBIO, 1999, p. 162).

Apresenta algumas fases: a primeira seria a do Historicismo Jurídico ou Escola Histórica do Direito, que tinha o caráter eminentemente estatista e positivista, dizendo que não há outro Direito senão aquele positivo, emanado da vontade soberana. A segunda fase foi a institucional, em que o pluralismo não significa apenas que há muitos ordenamentos jurídicos em contraposição com o Direito universal, mas sim que há ordenamentos de diversos tipos, sendo que o caráter institucional decorre do fato de que existe ordenamento jurídico onde existe uma instituição, que significa um grupo mais organizado, e é aqui que se encontra a tese do reconhecimento da sociedade abaixo do Estado (BOBBIO, 1999, p. 162-164).

Neste sentido, a segunda teoria permite que se analise o conflito entre ordenamentos que não sejam somente os estatais: “acima do Estado: internacional, canônico; abaixo do Estado: sociais, limitados, reconhecidos, absorvidos pelo Estado; ao lado: internacional e canônico; contra: seitas, associações de malandros (BOBBIO, 1999, p. 164). Entretanto, em contramão ao que vem ocorrendo normalmente, Bobbio apresenta o seguinte pensamento:

O universalismo ressurgiu hoje não mais como crença num eterno Direito Natural, mas como vontade de constituir um Direito Positivo único, que recolha em unidade todos os Direitos positivos existentes, e que seja produzido não mais de natureza, mas da história e esteja não no início do desenvolvimento social e histórico, mas no fim (BOBBIO, 1999, p. 164).

Isso porque, o que se tem estudado e difundido nos últimos tempos é a existência de uma pluralidade de fontes no Direito Pós-Moderno e com isso na existência de uma pluralidade de ordens jurídicas dentro de um mesmo país. Nesse sentido, pode-se falar na operação de uma revolução paradigmática, nos moldes do que aborda Thomas Kuhn, significando o processo de superação do paradigma monista para se chegar ao paradigma pluralista, que se reveste a sociedade globalizada atual. “Fragmentação e harmonia, pluralismo e autonomia, descentralização e autorregulação – e síntese, paroxismo à parte, *unitas multiplex*. Estas são as características básicas das instituições de direito advindas com a globalização econômica” (FARIA, 2004, p. 218). O autor fala, ainda, na ocorrência do Direito reflexivo, que corresponde à fase personalista do Estado.

Com a globalização e o aumento da complexidade da sociedade, há o alargamento também dos fatos que vão provocar o Direito, de maneira que esse fato pode ter uma correspondência no ordenamento jurídico e assim apenas o fazer ser operacionalizado, como também pode não ter correspondência, fazendo com que seja necessária a criação de uma correspondência, por meio da introdução de um novo preceito legal. No entanto, verifica-se

que o pensamento monista, que vê apenas no Estado o poder de criação do Direito, encontra-se em discussão, tendo em conta principalmente a consideração de diversas fontes jurídicas pós-modernas.

Se bem entendida essa tensão entre democracia e capitalismo e se bem compreendida essa perda de centralidade do Estado-nação como unidade privilegiada e exclusiva de gestão econômica, direção política, controle social e iniciativa legislativa, pode-se, então, voltar novamente ao postulado inicial deste trabalho, no sentido de que o direito e o pensamento jurídico, a exemplo da economia e do pensamento econômico do final dos anos 20, encontram-se próximos de uma exaustão paradigmática. Dada a impressionante rapidez com que muitos dos conceitos e categorias fundamentais até agora prevaletentes na teoria jurídica vão sendo esvaziados e problematizados pelo fenómeno da globalização, seus códigos interpretativos, seus modelos analíticos e seus esquemas cognitivos revelam-se cada vez mais carentes de operacionalidade e funcionalidade (FARIA, 2004, p. 39).

Assim, o autor apresenta a denominada *revolução paradigmática* pela qual estaria passando o pensamento jurídico nos últimos tempos, tendo em conta a ineficiência destes conceitos e categorias históricas construídos pelos estudiosos do Direito.

Vive-se em um momento que precisa da criação de novos modelos, de novos conceitos e de uma visão diferenciada para novos fenómenos emergentes na sociedade, de maneira que novas possibilidades surgem a cada momento tendo em conta a sociedade globalizada, multifacetada e pluralista que se vive atualmente⁶².

Portanto, tendo em conta a diversidade de novas situações que surge, José Eduardo de Faria fala em uma denominada crise, que para ele:

Essa ideia de crise configura um conceito analítico que serve para opor uma ordem ideal a uma desordem real, na qual a ordem jurídica é contrariada por acontecimentos para os quais ela não consegue oferecer soluções ou respostas técnica e funcionalmente eficazes. A crise hoje vivida pelo direito positivo e pelo pensamento jurídico, em face das transformações provocadas pelo fenómeno da globalização guarda alguma semelhança com esse tipo de diagnóstico (FARIA, 2004, p. 62).

No entanto, adverte que o conhecimento jurídico não é formado apenas pelo acúmulo dos conhecimentos adquiridos em outro momento histórico, mas é formando por saltos qualitativos, os quais ocorreriam quando os enfoques, métodos, axiomas, princípios, ou seja, os conceitos básicos da ciência e sua estrutura metodológica, chamados de paradigmas por Kuhn, são colocados em discussão.

⁶² “A análise do direito segundo os tipos de projecção permite-nos ainda ver a relatividade da distinção entre direito e facto, ou seja, entre a avaliação normativa e a descrição factual da realidade, uma distinção teorizada até à exaustão pela ciência jurídica” (SANTOS, 1988, p. 159).

Para Kuhn, uma disciplina somente se converte em ciência quando uma comunidade de especialistas firma uma opinião comum quanto ao seu paradigma, isto é, ao conjunto de problemas relevantes e de padrões estandardizados de abordagem. Ao apreender um paradigma, afirma ele, o cientista adquire conjuntamente teoria, métodos e padrões, formando ‘uma mistura inextricável’ (FARIA, 2004, p. 48).

Assim, José Eduardo Faria, citando Kuhn, indica que em determinados momentos os paradigmas são aceitos unanimemente pelos cientistas, de maneira que esse período é denominado de normalidade: apenas se resolveria problemas e eliminar-se-ia incongruências em conformidade com aqueles esquemas conceituais, metodológicos e teóricos que foram universalmente aceitos (FARIA, 2004, p. 49).

Mas o autor alerta que “há momentos em que os paradigmas entram em crise, entrando num período de turbulência e anormalidade – na linguagem *kuhniana*, atingindo o *status de ciência extraordinária*. Essa crise⁶³ eclode quando os paradigmas já não mais conseguem lidar com fatos novos, nem fornecer orientações e estabelecer normas capazes de balizar o trabalho científico” (FARIA, 2004, p.50).

É nesse momento que ocorre a denominada revolução paradigmática, em que se tem de chegar a um novo consenso, com o estabelecimento de novos métodos para que se possa chegar à formação de um paradigma correto e apto a responder às demandas que normalmente ocorrerão na sociedade atual.

Um dos aspectos citados por José Eduardo Faria (FARIA, 2004, p. 51) para a eclosão dessa ruptura e superação de paradigmas é o fenômeno da globalização⁶⁴, ressaltando que não se trata de um conceito novo, pois já esteve presente desde os antigos impérios, assim como não é um conceito unívoco, sendo associado principalmente ao fenômeno ocorrido nos anos 80 com a nova política das relações internacionais.

⁶³ “No descortinar de um novo milênio, o modelo clássico de legalidade positiva, engendrado pelas fontes estatais e embasado em valores liberal-individualistas, vivencia um profundo esgotamento que marca seus próprios fundamentos, seu objeto e suas fontes de produção. O exaurimento dessa legalidade lógico-formal, que tem servido para regulamentar e legitimar, desde o século XVIII, os interesses de uma tradição jurídica burguesa-capitalista, propicia o espaço para a discussão crítica acerca das condições de ruptura, bem como das possibilidades de um projeto emancipatório assentado, agora, não mais em idealizações formalistas e rigidez técnica, mas em pressupostos que partem das condições históricas atuais e das práticas reais” (WOLKMMER, 2006, p. 183).

⁶⁴ “(...) o desenvolvimento econômico não deve estar desconectado de sua organização social e de suas formas culturais de mudanças e de seu próprio modo de entender e de realizar essas transformações. Ou seja, o desenvolvimento econômico não pode se realizar por si, como um ente sobrenatural que dita as regras e normas de uma sociedade, como seu algoz, e sim como um dos elementos de parceria para o desenvolvimento dessa sociedade como um todo” (GUSTIN, 2005, p. 190).

Dessa forma, pode-se dizer que está ocorrendo uma revolução paradigmática, com a substituição do paradigma monista pelo paradigma pluralista, mas consentâneo com a problemática social existente na atualidade.

Com relação ao pluralismo jurídico pode-se falar na existência de três períodos do pluralismo: o Pluralismo Clássico que vai do final do séc.XIX até pouco mais da metade do séc. XX, podendo-se indicar como autores desta época E. Ehrlich, G. Gurvitch, Santi Romano, que são filósofos e sociólogos do direito, e pelas investigações empíricas dos antropólogos Furnivall, Malinowski, Mauss e Redfield; o denominado Novo Pluralismo Jurídico, que está vinculado às manifestações heterogêneas das sociedades capitalistas modernas, indicando-se como autores J. Gilissen, Sally F. Moore e Boaventura de Sousa Santos, dos anos de 1970/1980; por fim, o último período é o do Pluralismo de tipo Avançado e Pós-Moderno, que engloba o final do século XX e o início do Séc.XXI, sendo que pode-se indicar duas configurações díspares desse período: o Pluralismo Autopoiese, de Gunther Teubner, que se inspirou em H. Maturana e Niklas Luhmann, e o Pluralismo Jurídico Pós-Moderno, cujo expoente é Boaventura de Sousa Santos (LIXA; VERAS NETO; WOLKMER, 2010, p. 8).

No Brasil tem-se como expoente o professor Antonio Carlos Wolkmer, que procura partir de uma visão interdisciplinar, relacional e complexa do fenômeno jurídico, afirmando a insuficiência do modelo clássico de legalidade positiva, pautando-se pela adoção do que ele denomina de Teoria Crítica do Direito, abordando a questão da insurgência de pressupostos relacionados com as práticas sociais que ajudam na superação do paradigma legalista.

(...) a construção de um outro referencial de regulamentação implica priorizar as aspirações mais imediatas da sociedade civil, envolvendo a articulação de um projeto cultural desmistificador e emancipatório. Tal processo em sua dimensão pedagógica tem a função estratégica de preparar, em nível social e político, os horizontes de um novo paradigma de juridicidade. A proposta de juridicidade pensada para a virada deste milênio se alicerça num certo tipo particular de pluralismo, capaz de reconhecer e legitimar normatividades extra e infra-estatais (sic), engendradas por carências e necessidades advindas de novos sujeitos sociais, e de captar as representações legais de sociedades emergentes, marcadas por estruturas de igualdades precárias e pulverizadas por espaços de conflitos permanentes. Afirma-se, assim, a proposta configurada por um certo tipo específico de pluralidade jurídica – aberta, flexível, participativa e democrática – síntese de todos os interesses cotidianos, individuais e coletivos (WOLKMER, 2006, p. 184).

Wolkmer apresenta estudos sobre a situação normativa da América Latina, procurando explicar o que ele conceitua de novo paradigma societário de produção normativa, pelo qual ele visualiza um novo aspecto de pluralismo jurídico.

Os fundamentos para a construção dessa nova ideia de pluralismo são indicados por Joaquim de Arruda Galvão (WOLKMER, 2001), pelo qual afirma que o surgimento de regimes paralelos, reconhecidos ou não pelo oficial, deve-se diretamente, nos países mais pobres, ao grau de legitimidade que se dá ao poder. Assim, a ocorrência de uma crise de legitimidade do Estado nestes países pode fazer com que surjam manifestações normativas que não sejam as estatais, contrárias ao regime ou não. Seria, assim, uma busca de nova legitimidade.

2.4. O Novo enfoque do Acesso à Justiça

Por muito tempo houve a confusão sobre o que significaria o termo acesso à justiça, de modo que a teoria predominante foi a de que seria significaria apenas o acesso ao Poder Judiciário.

No entanto, os teóricos perceberam que não era um conceito muito adequado para indicar um fenômeno tão importante do Direito. Nesse diapasão, os estudos se intensificaram e modificou-se o entendimento, com a construção de um novo enfoque do acesso à justiça, englobando não apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas também alternativas à jurisdição estatal e outros aspectos, como a promoção da cidadania.

Mauro Cappelletti discorre sobre a necessidade de uma nova compreensão do que seja acesso à justiça, que não se resuma apenas no acesso ao Poder Judiciário, mas que se refira a uma efetiva prestação da justiça, ainda que por meios alternativos. Nesse sentido, ele apresenta as três ondas e as dimensões do acesso à justiça, que serão aprofundadas ao longo deste trabalho.

No contexto do novo enfoque do acesso à justiça, o autor discorre que o estudo do acesso à justiça ganhou destaque principalmente com o advento do Estado Social, em que este deixou de apenas proporcionar liberdades aos cidadãos, como passou a efetivamente dar prestações aos indivíduos, com o intuito de equalizar os indivíduos em desigualdade de condições (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.10).

Assim, o citado autor estuda as reformas necessárias ao aperfeiçoamento do acesso à justiça a fim de que se torne um mecanismo efetivo de prestação da justiça.

Mauro Cappelletti considera o acesso à justiça como o mais importante dos direitos humanos, sendo instrumento de garantia dos demais: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.12).

A sua abordagem sobre a nova configuração do enfoque ao acesso à justiça representa a terceira onda apresentada pelo autor:

O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 68).

O que o autor percebeu foi que a simples representação judicial não foi suficiente para tornar as vantagens tangíveis a um nível prático, porque além delas havia a questão dos procedimentos, que muitas vezes não se mostravam adequados para tutelar determinados direitos: “(...) esses novos direitos frequentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.68).

Assim, há a necessidade de que exista regras de procedimento adequadas à tutela desses novos direitos, exigindo que a reforma, para que consiga realmente proporcionar um adequado acesso à justiça, seja mais ampliada.

É uma gama variada de reformas que são requisitadas por esse novo enfoque: nas formas do procedimento, mudanças que possam ocorrer nas formas dos tribunais ou na própria criação de novos deles, o uso de leigos ou até mesmo de paraprofissionais, além de modificações no próprio Direito substantivo, a fim de que se evite que os litígios ocorram e até mesmo se promova a solução deles por mecanismos alternativos. “Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.71).

Além disso, prevê a necessidade de se correlacionar o processo civil ao tipo de litígio analisado, conforme, por exemplo, a complexidade de cada um, a importância social de que alguns gozam, a necessidade maior de recomposição do relacionamento entre as partes do que propriamente na concessão do objeto da disputa a quem é de direito.

Tal como foi enfatizado pelos modernos sociólogos, as *partes* que tendem a se envolver em determinado tipo de litígio também devem ser levadas em consideração. Elas podem ter um relacionamento prolongado e complexo, ou apenas contatos eventuais. Já foi sugerido que a mediação ou outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos. As partes, ademais, podem diferir grandemente em poder de barganha, experiência ou outros fatores (...)(CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.65).

Portanto, Mauro Cappelletti apresenta a questão de se analisar todos os diversos fatores e barreiras envolvidos no acesso à justiça. O estudo deste deve abordar o desenvolvimento das instituições que devem ser criadas para acabar com essas barreiras e esses fatores prejudiciais. “O enfoque de acesso à Justiça pretende levar em conta todos esses fatores. Há um crescente reconhecimento da utilidade e mesmo da necessidade de tal enfoque no mundo atual” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.73).

A grande contribuição trazida por Mauro Cappelletti que se relaciona com este trabalho é a abordagem, dentro desse novo enfoque, da questão dos mecanismos alternativos de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação. Ademais, o autor discorre a respeito dos tribunais de “vizinhança” ou “sociais” para solucionar divergências na comunidade, referente a uma “(...) tendência recente para instalar ‘tribunais vicinais de mediação’, a fim de tratarem de querelas do dia-a-dia, (...), que ocorrem entre indivíduos em qualquer agrupamento relativamente estável de trabalho ou de habitação” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.73). Essa instituição de tribunais de vizinhança se amolda à ideia aqui trabalhada de construção de uma pluralidade jurídica, onde surgem diversas fontes de produção jurídica, não se restringindo apenas à produção normativa estatal, além do que esses tribunais de vizinhança acabam por construir também um ambiente mais democrático. “Tribunais vicinais bem organizados, atendidos principalmente por pessoal leigo, podem auxiliar a enriquecer a vida da comunidade, criando uma justiça que seja sensível às necessidades locais” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.120).

Desse modo, outro autor que apresenta uma nova concepção do que seja acesso à justiça e que será um dos referenciais teóricos é Boaventura de Sousa Santos (SANTOS, 2008), que trabalha com a questão da denominada revolução democrática do acesso à justiça, que será aprofundada quando do estudo do próximo tópico.

Sinteticamente, o autor discorre a respeito da nova compreensão que se tem atualmente do que seja acesso à justiça, que assim como Mauro Cappelletti afirma, não se resume apenas ao acesso ao Poder Judiciário, mas também a diversos aspectos. Um ponto central de sua teoria é a abordagem da democratização e promoção da cidadania que esse

novo acesso à justiça pode proporcionar, estando relacionado à educação jurídica dos jurisdicionados, à construção de espaços plurilocais e à introdução de mecanismos alternativos de solução de conflitos.

O autor busca então uma justiça que não seja somente rápida, mas que seja uma justiça cidadã. É uma crítica, portanto, às tentativas recentes de mudanças no processo civil brasileiro, uma vez que mesmo que Boaventura de Sousa Santos não trate necessariamente do sistema jurídico e Poder Judiciário brasileiro, muitas das colocações feitas por ele podem servir de alerta para o caso brasileiro.

Nesse sentido, assim como Mauro Cappelletti, o autor português também aborda a questão da utilização de mecanismos alternativos de solução de conflitos e a construção de espaços em que se desenvolvem o pluralismo jurídico, com base em que aborda um conceito de acesso à justiça bem amplo, voltado para a democracia e cidadania.

Dentre as reformas apresentadas por Boaventura de Sousa Santos estão os novos mecanismos e novos protagonismos no acesso ao direito e à justiça, uma nova organização e gestão judiciária e uma nova cultura jurídica democrática e não corporativa (SANTOS, 2008, p. 33).

2.5. A Revolução Democrática do Acesso à Justiça

Boaventura de Sousa Santos discorre a respeito de que ele denomina “revolução democrática da justiça”. Segundo o autor, uma revolução democrática do Direito e da justiça somente teria sentido se ocorre, ao mesmo passo, uma maior democratização do Estado e da sociedade. O Direito, assim, para ser exercido democraticamente, tem que estar assentado em uma cultura democrática, o que é difícil de ocorrer efetivamente tendo em conta duas razões principais:

(...) devido à distância que separa os direitos formalmente concedidos das práticas sociais que impunemente os violam; por outro, porque as vítimas de tais práticas, longe de se limitarem a chorar na exclusão, cada vez mais reclamam, individual e coletivamente, serem ouvidos e organizam-se para resistir contra a impunidade. A frustração sistemática das expectativas democráticas pode levar à desistência da democracia e, com isso, à desistência da crença no papel do direito na construção da democracia (SANTOS, 2008, p. 10).

Nesse contexto social é que vem a se apresentar o crescente protagonismo social e político do sistema judicial e do primado do Direito. Esse protagonismo e essa proeminência do sistema judicial veio adquirir força com o final dos anos de 1980. O autor fala, então, que o

protagonismo do Poder Judiciário adquirido hoje nunca foi tão grande, não se resumindo apenas em um protagonismo político:

Antes parte da ideia de que as sociedades assentam no primado do Direito, de que não funcionam eficazmente sem um sistema judicial eficiente, eficaz, justo e independente. E, conseqüentemente, que é preciso fazer grandes investimentos para que isso ocorra, seja na dignificação das profissões jurídicas e judiciárias, na criação de modelos organizativos que tornem o sistema judiciário mais eficiente, nas reformas processuais ou na formação de magistrados e funcionários (SANTOS, 2008, p. 15).

O autor indica a existência do protagonismo judicial em vista de duas vias: a primeira seria pelo fato de que o novo modelo de desenvolvimento assentado nos dias atuais assenta-se nas regras de mercado e nos contratos privados, de modo que há a necessidade de um sistema judicial eficiente para que esses negócios sejam cumpridos e se ganhe estabilidade; um segundo fato é a precariedade dos direitos econômicos e sociais, de maneira que há um aumento da procura do Poder Judiciário para que eles possam ser proporcionados (SANTOS, 2008, p. 16).

No que se refere a estes direitos sociais, parte-se da consideração de que a Constituição previu uma grande quantidade de direitos, ao mesmo passo em que se adotou o entendimento de que as normas previstas na Carta Maior não gozam apenas de caráter políticos, sendo normas jurídicas e que por isso podem ser plenamente aplicadas, gerando direitos subjetivos aos seus titulares para que e reclame perante o Poder Judiciário. Este seria, para Luigi Ferrajoli, uma garantia secundária daqueles direitos (FERRAJOLI, 2009, p. 26).

Nesse sentido, com a construção de um rol extenso de direitos previstos inclusive muitos deles na Constituição, criou-se a expectativa de que eles seriam assegurados, o que aumenta, dessa maneira, as demandas interpostas junto ao Poder Judiciário.

Boaventura de Sousa Santos divide a nova fase vivida pelo Poder Judiciário em dois campos: o hegemônico e o campo contra-hegemônico. O primeiro ele o descreve como o campo “(...) dos negócios, dos interesses econômicos, que reclama por um sistema judiciário eficiente, rápido, um sistema que permite, efetivamente, a previsibilidade dos negócios, dê segurança jurídica e garanta a salvaguarda dos direitos de propriedade” (SANTOS, 2008, p. 23). Segundo ele, é neste campo que se concentra a maior parte das reformas dos sistemas jurídicos do mundo. As reformas se concentrariam nesse campo econômico, de maneira que a própria formação dos magistrados passaria por essa consideração.

Com a valorização do setor hegemônico formado por interesses econômicos, a ideia prevalecente é de proporcionar rapidez, de celeridade da justiça, sem que se tenha

preocupação com o embate que possa ser provocado entre a velocidade e a segurança jurídica. Contudo, ressalta Boaventura de Sousa Santos:

A celeridade de resposta do sistema judicial à procura que lhe é dirigida é também um componente essencial da sua qualidade. (...) Mas, é evidente que, do ponto de vista de uma revolução democrática de justiça, não basta a rapidez. É necessária, acima de tudo, uma justiça cidadã (SANTOS, 2008, p. 24).

Dessa maneira, o autor analisa as reformas que foram realizadas no Poder Judiciário brasileiro, tomando como pressuposto a consideração de que são reformas em curso, que ainda não tiveram os objetivos e resultados ainda definidos. O marco institucional inaugural considerado é a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 (SANTOS, 2008, p. 24)⁶⁵.

Posteriormente, foi realizado o denominado “Pacto em Favor de um Judiciário mais Ágil e Republicano”, que realizou alterações legislativas principalmente no campo do processo civil, envolvendo os três Poderes do Estado. Os compromissos fundamentais estabelecidos foram: (1) Implementação da Reforma Constitucional do Judiciário; (2) Reforma do sistema recursal e dos procedimentos; (3) Defensoria Pública e Acesso à Justiça; (4) Juizados Especiais e Justiça Itinerante; (5) Execução Fiscal; (6) Precatórios; (7) Graves violações contra os Direitos Humanos; (8) Informatização; (9) Produção de dados e indicadores estatísticos; (10) Coerência entre a atuação administrativa e as orientações jurisprudenciais já pacificadas; (11) Incentivo à aplicação das penas alternativas.

Dessa maneira, a preocupação de Boaventura de Sousa Santos é a de que as mudanças fiquem resumidas apenas à celeridade processual, sem que se atente para outros valores igualmente importantes:

E, portanto, não podemos transformar a justiça rápida num fim em si mesmo. Aliás, a justiça tende a ser tendencialmente rápida para aqueles que sabem que, previsivelmente, a interpretação do direito vai no sentido que favorece os seus interesses. Uma interpretação inovadora, contra a rotina, mas socialmente mais responsável, pode exigir um tempo adicional de estudo e de reflexão. Nesse sentido, estou de acordo com a posição do Ministério da Justiça brasileiro que defende a necessidade de se investir em um terceiro momento de reforma judicial, dessa vez concentrada na promoção do acesso à justiça (SANTOS, 2008, p. 27).

⁶⁵ Dentre as mudanças implementadas pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 pode-se citar a criação do Conselho Nacional de Justiça, a inclusão no art.5º da Constituição Federal um inciso que trata da celeridade processual como garantia dos cidadãos, além da criação no art.93 do inciso XIII, que afirma que “o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população”. Além disso, incluiu como requisito para a propositura do recurso extraordinário a necessidade de demonstração da repercussão geral. Por fim, tem-se a instituição do funcionamento ininterrupto da função jurisdicional e a distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição.

Nesse sentido, o autor aborda a existência, ao lado do campo hegemônico, do denominado campo contra-hegemônico em que estariam as demandas interpostas pelos indivíduos que tomaram uma maior consciência de seus direitos, cujo rol foi ampliado com a constitucionalização de diversos deles, principalmente ligados ao campo social e econômico. Assim, buscam o Poder Judiciário como uma maneira de reclamá-los, solicitando o cumprimento deles e a reparação quando violados (SANTOS, 2008, p. 29).

Boaventura de Sousa Santos visualiza que as classes sociais mais pobres passaram a contar com o Judiciário como um mecanismo a favor delas, retirando-se aquela visão de que era um poder que estava a instrumento da opressão e das classes dominantes⁶⁶. “É curioso ver que os movimentos sociais, numa fase inicial, como, por exemplo, o MST, não acreditavam na luta jurídica” (SANTOS, 2008, p. 30).

A mudança de atitude ocorreu, portanto, em um momento posterior, já que antes, com a visão de que ele não seria útil, os movimentos sociais não o utilizavam a seu favor. “Começaram a surgir processos judiciais em que o MST saiu vencedor, e determinadas ocupações foram legalizadas. Esta circunstância ajudou a que germinasse a ideia de que afinal o direito é contraditório e pode ser utilizado pelas classes populares” (SANTOS, 2008, p. 30).

Além disso, tem-se a consideração de que as alternativas não-judiciais de transformação social estão bloqueadas, visto que as revoluções que marcaram a história passaram a ficar contidas tendo em vista o império da lei e a organização da sociedade realizada pelo Direito. Dessa maneira, as classes populares tiveram que tomar a existência e a observância do Direito e de suas normas como uma obrigatoriedade, tornando a sua observância séria. “E as classes populares que se tinham habituado a que a única maneira de fazer vingar os seus interesses era pela ilegalidade, começaram a ver que, organizadamente, poderiam obter alguns resultados pela via da legalidade” (SANTOS, 2008, p. 30).

E é nesse contexto da emergência dos movimentos sociais que o autor aborda a questão da denominada procura suprimida:

É a procura daqueles cidadãos que têm consciência dos seus direitos, mas que se sentem totalmente impotentes para os reivindicar quando violados. Não é a filantropia, nem a caridade das organizações não-governamentais que procuram; apenas reivindicam seus direitos. Focam totalmente

⁶⁶ “Nesta perspectiva, os conflitos dos anos 1980 envolvem novas contradições, uma vez que os grupos sociais passam a ser afetados por um novo processo que envolve os investimentos informacionais e simbólicos. (...) Nesta perspectiva, os movimentos sociais instauram um novo espaço público onde a sociedade passa a ouvir mensagens e traduzir as reivindicações em tomada de decisão política, sem com isso perder a autonomia conquistada no processo de luta. Como já havia afirmado em outro livro (2001), os movimentos sociais passam a adotar uma maneira de agir politicamente criativa e transformadora com motivações culturais, permitindo assim que as experiências psicológicas e culturais se tornem inovações culturais e conflitos sociais” (SOUSA JÚNIOR, 2008, p. 262).

desalentados sempre que entram no sistema judicial, sempre que contactam (sic) com as autoridades, que os esmagam pela sua linguagem esotérica, pela sua presença arrogante, pela sua maneira cerimonial de vestir, pelos seus edifícios esmagadores, pelas suas labirínticas secretarias etc (SANTOS, 2008, p. 31).

Para o autor, a consciência da presença dessa demanda suprimida torna necessária a existência de grandes mudanças nos sistemas judiciais, de forma que é nesse sentido que ele fala da ocorrência da revolução democrática do acesso à justiça. “Não basta mudar o direito substantivo e o direito processual, são necessárias muitas outras mudanças. Está em causa a criação de uma outra cultura jurídica e judiciária” (SANTOS, 2008, p. 31). É uma mudança de mentalidade nas faculdades de Direito⁶⁷, na formação dos juízes e de todos os operadores do Direito. É, portanto, uma revolução que abarca a questão da educação jurídica.

Para que ocorra essa revolução democrática da justiça, Boaventura de Sousa Santos afirma que se deve começar com uma nova concepção do que seja acesso ao direito e à justiça⁶⁸.

Na concepção convencional busca-se o acesso a algo que já existe e não muda em consequência do acesso. Ao contrário, na concepção que proponho, o acesso irá mudar a justiça a que se tem acesso. Há aqui um sistema de transformação recíproca, jurídico-política, que é preciso analisar (SANTOS, 2008, p. 33).

É, assim, a superação de um paradigma pela construção de outro. Parte-se da necessidade de construção de cidadania para criar um conceito de acesso à justiça que não se resume a determinados aspectos, como o simples acesso ao Poder Judiciário, mas que se refira a variados outros, como a cidadania, pluralismo e justiça. É a procura de solucionar diversas injustiças reinantes na sociedade: “especificamente identifico as seguintes dimensões de injustiça: injustiça socio-econômica (sic), racial, sexual, étnico cultural, cognitiva, ambiental e histórica” (SANTOS, 2008, p. 34).

O autor parte da ideia de que o sistema judicial tem que assumir a sua cota de responsabilidade social na solução destes tipos de problemas, a fim de que não seja apenas

⁶⁷ “Um curso que se preocupe com a formação de bons profissionais do direito deverá ser organizado de tal forma que os estudantes tenham estímulo para leituras e oportunidade para discussões, o que se consegue fazendo sempre a aproximação da teoria e da legislação com as práticas da realidade social. Desse modo será mais fácil despertar o interesse dos estudantes pelo conhecimento da conceituação básica, por aquilo que, geralmente, é apresentado como ‘questões teóricas’, como se fosse apenas um requinte intelectual sem interesse prático” (DALLARI, 2007, p. 31).

⁶⁸ Os vetores dessa transformação, segundo o autor, seriam: (a) profundas reformas processuais; (b) novos mecanismos e novos protagonismos no acesso ao Direito e à justiça; (c) nova organização e gestão judiciárias; (d) Revolução na formação de magistrados e das Faculdades de Direito; (e) novas concepções de independência judicial; (f) uma relação do poder judicial mais transparente com o poder político e a media, e mais densa com os movimentos e organizações sociais; (g) uma cultura jurídica democrática e não corporativa (SANTOS, 2008, p. 33).

independente corporativamente, mas que também seja importante social e politicamente⁶⁹. A quota parte assumida pelo sistema judicial seria a de considerar uma concepção contra hegemônica dos direitos humanos, não se resumindo à mera proclamação, mas sim que se afirme a sua indivisibilidade.

Dessa forma, o autor apresenta as reformas que devem ser feitas a fim de que seja alcançada a revolução democrática do acesso à justiça que ele propõe. A primeira delas são as reformas processuais e a eliminação da morosidade. “Há dois tipos de morosidade: a morosidade sistêmica e a morosidade activa (sic). A morosidade sistêmica é aquela que decorre da burocracia, do positivismo e do legalismo” (SANTOS, 2008, p. 42). As principais reformas processuais dos últimos anos visaram solucionar a denominada morosidade sistêmica. No entanto, há também a morosidade denominada ativa, que consiste na “(...) interposição, por parte de operadores concretos do sistema judicial (magistrados, funcionários ou partes), de obstáculos para impedir que a sequência normal dos procedimentos desfeche” (SANTOS, 2008, p. 43).

No entanto, Boaventura de Sousa Santos alerta para o fato de que essas reformas que visam solucionar a morosidade sistêmica produzem uma solução mais rápida, que não necessariamente será cidadã. “(...) com a revolução democrática da justiça a luta não será apenas pela celeridade (quantidade da justiça), mas também pela responsabilidade social (qualidade da justiça)” (SANTOS, 2008, p. 44).

A segunda reforma apresentada é com relação aos novos instrumentos de acesso ao Direito e à justiça, a qual se relaciona diretamente com o propósito deste trabalho. Um dos pontos centrais desta reforma é a questão das custas judiciais: as custas são variadas de Estado para Estado, não havendo um critério uniforme que demonstre um fundamento razoável para as cobranças. É um fator determinante de bloqueio do acesso ao Poder Judiciário, mesmo que se tenha o programa de gratuidade da justiça para determinada parcela da população que demonstre hipossuficiência.

Dentro desse contexto, ainda no que se refere à revolução democrática da justiça, ela “exige a criação de uma outra cultura de consulta jurídica e de assistência e patrocínio judiciário, em que as defensorias públicas terão certamente um papel muito relevante” (SANTOS, 2008, p. 46).

⁶⁹ “Se, pelo contrário, assumir a sua quota de responsabilidade, politizar-se-á e, com isso, aumentará o nível de tensão e conflito, quer internamente, quer no relacionamento com outras instâncias de poder. Verdadeiramente, ao sistema judicial não resta outra alternativa senão a segunda. Tem que perder o isolamento, tem que se articular com outras organizações e instituições da sociedade que o possam ajudar a assumir a sua quota-parte de responsabilidade” (SANTOS, 2008, p. 34).

As Defensorias Públicas no Brasil exercem uma importante função dentro do contexto do acesso à justiça no Brasil, uma vez que tem como objetivo a orientação jurídica e a defesa das pessoas menos favorecidas econômica e culturalmente. É uma assistência prestada judicial e extrajudicialmente. O autor defende a estimulação da atuação das defensorias públicas, de maneira a lhes proporcionar uma melhor estrutura e um aumento do número de defensores, haja vista o descompasso entre a necessidade e a realidade.

Dentro desse quadro de mudanças com relação ao acesso à justiça, Boaventura de Sousa Santos indica o programa “promotoras legais populares”, cuja metodologia “consiste em socializar, articular e capacitar mulheres nas áreas do direito, da justiça e nomeadamente no combate à discriminação de gênero” (SANTOS, 2008, p. 49). São oferecidos cursos em que as mulheres tomam conhecimento de seus direitos e de situações em que eles possam ser violados, para então saberem como devem proceder nesses casos⁷⁰.

Outro exemplo citado pelo autor são as assessorias jurídicas universitárias populares, que no Direito americano encontra amparo como uma assistência voltada para os conflitos estruturais e cuja intervenção se reveste de um caráter mais solidário e menos politizado, e no Brasil não tem esse papel, estando voltada mais para a preparação técnico-burocrática dos estudantes e com atenção para a solução de ações individuais (SANTOS, 2008, p. 51). O ponto positivo dessa prática, se bem utilizada, é a preparação do estudante para lidar com as práticas sociais e com os dilemas da sociedade contemporânea, contribuindo para a construção de um profissional mais capacitado e preparado.

No entanto, muitas dessas assessorias estão mais preocupadas com as demandas individuais apresentadas e com a utilização apenas da alternativa do Poder Judiciário, sem contar com a utilização de meios alternativos de solução de conflitos que poderiam tornar essa educação jurídica ainda mais proveitosa para o estudante.

A capacitação jurídica de líderes comunitários também é um dos pontos da revolução democrática do acesso à justiça proposto por Boaventura de Sousa Santos, referindo-se a “(...) programas governamentais e não-governamentais voltados para a preparação de integrantes da comunidade como mediadores na solução dos conflitos” (SANTOS, 2008, p. 52). O principal método utilizado por eles para a solução dos conflitos é a mediação, o que se amolda à nova compreensão do que seja o acesso à justiça. Interessante é o fato de que conta com grande ajuda do Poder Judiciário, principalmente em vista das

⁷⁰ “Os conteúdos dos cursos incluem a introdução ao estudo do Direito, o conhecimento de normas e políticas de direitos humanos, do sistema de protecção (sic) internacional, do direito constitucional, dos direitos reprodutivos, aborto e saúde, dos direitos de família, trabalhista, previdenciário, penal e, ainda, dos direitos contra a discriminação racial e do consumidor” (SANTOS, 2008, p. 49).

resoluções do Conselho Nacional de Justiça, que incentivam essas parcerias para a resolução de controvérsias por mecanismos alternativos⁷¹.

Além desses outros meios, uma outra atividade descrita por Boaventura de Sousa Santos é a instituição da advocacia popular:

No caso brasileiro, a atividade (sic) da advocacia popular está voltada sobretudo para a efectivação (sic) de direitos colectivos (sic): movimentos de luta pela moradia urbana e rural; dos trabalhadores desempregados; dos indígenas; dos atingidos por barragens, das rádios comunitárias, aposentados e pensionatos da previdência social etc. Os advogados populares destacam-se, não só pela sua actuação (sic), como também pelos valores e princípios que invocam, particularmente o compromisso com uma relação horizontal, não hierárquica, com os assistidos, a valorização do intercâmbio de saberes e o objetivo (sic) de orientar aqueles que representam no sentido de emancipação e não de dependência e subalternização (SANTOS, 2008, p. 55).

No entanto, o entrave recebido por este tipo de atuação está na própria OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) que muitas vezes limita a atuação dos advogados por preços irrisórios (art. 41 do Código de Ética). Apenas em motivos justificados pode haver esse tipo de cobrança e a gratuidade. “São exemplos desta prática os advogados integrantes da Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares (RENAAP); da Associação de Advogados dos Trabalhadores Rurais (AATR); da Comissão Pastoral da Terra (CPT) (...)” (SANTOS, 2008, p.55).

Este papel desempenhado por advogados populares, em especial aqueles associados aos movimentos populares, orientando-os à educação jurídica dos participantes do movimento e fazendo com que seja um movimento legal, cumpre um importante papel de alcance da justiça e promoção da cidadania, de acordo com essa revolução democrática do acesso à justiça buscada.

A terceira reforma propugnada com vista à realização da revolução democrática do acesso à justiça são as denominadas inovações institucionais, que busca proporcionar uma justiça democrática de proximidade e não uma justiça de proximidade simplesmente.

No novo marco institucional brasileiro salientam-se a experiência da justiça itinerante, da justiça comunitária, dos meios alternativos de resolução de litígios, da mediação, da conciliação judicial e extrajudicial, da justiça restaurativa e, sobretudo, dos juizados especiais. Esta última é uma grande inovação deste país que, quiçá, não é devidamente valorizada (SANTOS, 2008, p. 58).

⁷¹ Como exemplos cite-se o programa “Casas de Justiça e Cidadania” formalizado pela portaria nº 499 de 2009 do CNJ e a “Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse”, instituída pela Resolução nº 125 de 2010.

Os Juizados Especiais são apontados pelo autor como uma valiosa ferramenta de promoção da justiça cidadã a que ele propugna, mas que não receberam o devido tratamento e a devida importância que mereciam. No Brasil foram criados pela Lei 7.244 de 1984 e previstos na Constituição Federal de 1988, sendo posteriormente regulamentados em nível estadual pela Lei nº 9.099/95 e em nível federal pela Lei nº 10. 259/01.

Ainda no que se refere às inovações institucionais, Boaventura de Sousa Santos apresenta “(...) as reformas que visam a redefinição dos territórios da justiça e da estrutura da organização judiciária” (SANTOS, 2008, p. 64). É a constatação de que grande parte dos problemas sofridos pela prestação da justiça pelo Poder Judiciário decorre de sua má organização administrativa e da ausência de quantidade suficiente de funcionários, de maneira que uma melhor gestão neste sentido pode contribuir para a melhoria da prestação da tutela jurisdicional. “Considero, por isso, essencial a adoção de medidas que visem designadamente, a alteração de métodos de trabalho, uma nova organização interna dos tribunais, maior eficácia na gestão de recursos (...)” (SANTOS, 2008, p. 64).

Além disso, o autor propõe a criação de uma justiça especializada para determinadas matérias, nos moldes do que Mauro Cappelletti e Bryant Garth propõem:

(...) o movimento mais importante em relação à reforma do processo se caracteriza pelo que podemos denominar de desvio *especializado* e pela criação de *tribunais especializados*. O ímpeto dessa nova tendência em direção à especialização pode ser tornado claro se fixarmos nosso foco de atenção nos tipos de demandas que, em grande medida, provocaram as “três ondas” de reforma para possibilitar melhor acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 2008, p. 90).

Emenda, ainda, Boaventura de Sousa Santos a criação de uma denominada justiça itinerante, a fim de que seja disponibilizada unidades jurisdicionais por todo o território e que essas unidades jurisdicionais estejam ligadas em uma rede, proporcionando um sistema integrado. No Brasil, já se tem exemplos dessa prática, como é o caso do Tribunal de Justiça de Minas Gerais com seu projeto de justiça itinerante, em que se busca facilitar o acesso à justiça a todas as pessoas que residem em municípios ou locais afastados, com a realização de audiências e outras funções da atividade jurisdicional, sendo que o projeto foi regulamentado pela Resolução nº 632/2010 do TJMG, atendendo ao preceito constitucional contido no art. 125, §7º. O Ministério Público de Minas Gerais também possui seu projeto de justiça itinerante, sendo lançado em 2010 objetivando um contato mais próximo deste órgão com os cidadãos, de maneira que lhes são apresentados os serviços e a forma com que ele atua, além do conhecimento sobre seus direitos e a maneira como as pessoas devem proceder para defendê-los.

Prosseguindo com as reformas sustentadas por Boaventura de Sousa Santos, o autor apresenta mais um aspecto que é o da formação dos magistrados e a cultura jurídica. Com relação aos primeiros, ele distingue entre formação inicial e a formação permanente, sendo que esta última é hoje considerada a mais importante. O autor parte do pressuposto de que se não houver uma formação específica para estes profissionais, a lei não será adequadamente aplicada. “Os magistrados, sobretudo as novas gerações, vão viver numa sociedade que, como eu dizia, combina uma aspiração democrática muito forte com uma consciência da desigualdade social igualmente forte” (SANTOS, 2008, p. 66).

É a questão de que muitas vezes o juiz não está preparado para lidar com determinados assuntos, principalmente pela falta de cultura, o que faz com que determinadas sentenças que eram para ser justas, acabam por cometerem injustiças. A grande característica do retrato do perfil do magistrado de Portugal, apresentado pelo autor é a seguinte:

Domina uma cultura normativista, técnico-burocrática, assente em três grandes ideias: a autonomia do direito, a ideia de que o direito é um fenómeno totalmente diferente de tudo o resto que ocorre na sociedade e é autónomo em relação a essa sociedade; uma concepção restritiva do que é esse direito ou do que são os autos aos quais o direito se aplica; e uma concepção burocrática ou administrativa dos processos (SANTOS, 2008, p. 66).

Além disso, é apresentada uma determinada prioridade do Direito Civil e do Direito Penal, sendo os dois grandes ramos do Direito discutidos nas faculdades. Uma segunda manifestação é a determinada cultura generalista, de maneira que se entende que só o magistrado, por possuir essa função, pode resolver litígios, e assim, teria competência para resolver todos os tipos. “Sendo a lei o único factor (sic) na resolução dos litígios, sendo o magistrado o seu intérprete fidedigno, e sendo a lei geral e universal, a sua competência tem que ser também geral e universal” (SANTOS, 2008, p. 69).

A terceira manifestação dessa cultura técnico-burocrática é a desresponsabilização sistêmica, pela qual a autonomia do Direito geraria a autonomia dos seus aplicadores, de forma que isto levaria a uma não responsabilização perante eventuais maus resultados gerados pelo desempenho judicial. Teria reflexo em três sintonias: a primeira é de que se houvesse um problema do sistema, alegar-se-ia que não se trata de um problema próprio e sim dos outros; com essa estrutura democrática, no mesmo tribunal, poder-se-ia ter desempenhos bem distintos; a terceira sintonia é a existência de um baixo nível de ação disciplinar efetiva (SANTOS, 2009, p. 69).

A quarta manifestação, segundo Boaventura de Sousa Santos é a do privilégio do poder, que indica que essa cultura judicial dominante, por mais que seja técnico-burocrática,

não consegue visualizar os agentes do poder em geral como cidadãos em igualdade. Seria, por exemplo, o medo de julgar os grandes políticos, os poderosos, que afetaria a imparcialidade e independência do julgador (SANTOS, 2008, p. 69-70).

A quinta manifestação dessa cultura é o refúgio burocrático, em que se tem a preferência por tudo que institucional e burocraticamente formatado. Nesse sentido, aqui o processo circulando ganha mais importância de que um processo que consiga obter uma decisão substantiva, além da aversão a alternativas (SANTOS, 2008, p. 70).

A sexta manifestação é o que Boaventura de Sousa Santos denomina de sociedade longe, em que essa cultura técnico-normativista é bastante competente para a interpretação do Direito, mas não consegue interpretar de maneira correta a realidade. “Ou seja, conhece bem o direito e a sua relação com os autos, mas não conhece a relação dos autos com a realidade. Não sabe espremer os processos até que eles destilem a sociedade (...)” (SANTOS, 2008, p. 70). Assim, pelo fato de que a realidade não é bem interpretada, o juiz acaba sendo dominado pelas ideias dominantes⁷².

Por fim, a última manifestação é o que o autor descreve como independência como autossuficiência. A cultura judicial contemporânea acaba por confundir a independência com um individualismo autossuficiente, que não permite que haja um trabalho em equipe, entendendo o juiz como o senhor de todo o processo, um ser autossuficiente para solucionar o conflito (SANTOS, 2008, p. 71).

O autor critica a formação dada pelas faculdades de Direito, que criam uma cultura de exterioridade para as mudanças sociais e impedem, assim, uma boa formação dos futuros operadores do Direito:

Quanto ao ensino, os cursos de direito estão muito marcados por uma prática educacional que Paulo Freire denominou de “Educação Bancária” em que os alunos são “depósitos” nos quais os professores vão jogando as informações, que devem ser memorizadas e arquivadas. O aluno é um receptor passivo das informações e deverá repeti-las literalmente, como forma de demonstrar que “aprendeu” o conteúdo (SANTOS, 2008, p. 73).

Os cursos de Direito estão muito distantes da realidade⁷³, uma vez que pautam suas disciplinas apenas com o estudo da legislação e obras jurídicas, sem atentar para a

⁷² “Aliás, segundo a cultura dominante, não deve ter sequer ideias próprias, deve é aplicar a lei. Obviamente que não tendo ideias próprias tem que ter algumas ideias, mesmo que pense que as não tem. São as ideias dominantes que, nas nossas sociedades, tendem a ser as ideias de uma classe política muito pequena e de formadores de opinião, também muito pequena, dada a grande concentração dos meios de comunicação social. E é aí que se cria um senso comum muito restrito com que se analisa a realidade” (SANTOS, 2008, p. 70).

⁷³ “O ensino jurídico no Brasil, como temos assinalado, exhibe mesmo múltiplos fatores de crise. Mas, o aspecto fundamental dessa crise parece ser um fator de ordem estrutural, que reside no evidente esgotamento dos paradigmas científicos da ciência do direito, os quais se constituíram aos paradigmas dominantes, se não únicos,

realização de uma extensão bem feita, com a utilização de projetos sociais para que os estudantes conheçam a realidade a qual terão de aplicar o direito estudado. Há a necessidade de que o conhecimento jurídico científico esteja aliado ao conhecimento jurídico popular.

Visualiza-se uma tentativa de melhora por parte do MEC, conforme pode-se depreender da indicação de José Geraldo de Sousa Júnior:

O próprio MEC deu-se conta do potencial emancipatório latente na prática jurídica das Instituições de Ensino Superior e tratou de organizar um seminário em Brasília para mapear e conhecer as experiências existentes, identificar formas de atuação, as possibilidades de ação em redes interinstitucionais e as aberturas epistemológicas para exercitar a interdisciplinaridade. O projeto Reconhecer lançado pelo MEC, após a realização do seminário teve, exatamente, a finalidade de estimular Núcleos de Prática Jurídica nos cursos de Direito, com a preocupação de incentivar essa nova cultura e de fomentar e promover ações que venham a estabelecer caminhos para a formação cidadã dos estudantes, orientada pelos Direitos Humanos (SOUSA JUNIOR, 2008, p. 189).

Esses Núcleos de Prática Jurídica criados ajudam a articular a teoria à prática, de maneira que se consiga ampliar o acesso à justiça⁷⁴. Os estudantes são orientados a compreender o Direito a partir do fato, do qual haverá ou não a correspondência a uma norma do ordenamento jurídico. Com isso, eles podem entender, inclusive, que o ordenamento jurídico não é completo, que a realidade social provoca mudanças em sua estrutura constantemente e que o aprendizado do Direito requer constante estudo e análise da realidade social.

Penso que a educação jurídica deve ser uma educação intercultural, interdisciplinar e profundamente imbuída da ideia de responsabilidade cidadã, pois só assim poderá combater os três pilares da cultura normativista técnico-burocrática a que fiz referência: a ideia da autonomia do direito, do excepcionalismo do direito e da concepção burocrático-técnica dos processos (SANTOS, 2008, p. 76).

Dentro ainda do quadro do contexto das reformas a serem realizadas com o fito de atingir a revolução democrática do acesso à justiça idealizado por Boaventura de Sousa

do atual modelo de ensino jurídico. Isto é, o problema estrutural desse ensino, no fundo, é um problema epistemológico, e sem a superação dele, provavelmente, muito pouco se poderá fazer para superar os demais aspectos de crise do ensino jurídico no país. Realmente, o normativismo como único objeto da ciência jurídica; o raciocínio lógico-formal como sua única metodologia; o liberalismo como paradigma ideológico exclusivo e a mentalidade positivista como base do saber jurídico tornaram esse saber excessivamente dogmático, inflexível, de cientificidade duvidosa e alheio às dimensões não normativas do direito. Portanto, um saber e uma ciência inadequados para a realidade atual, matizada por conflitos coletivos, mudanças aceleradas, emergências de novos direitos, novos sujeitos, novas demandas e políticas, etc (MACHADO, 2009, p. 107).

⁷⁴ “A Extensão, pela sua capacidade de realizar interações diversas e múltiplas com os diferentes setores da sociedade, viabiliza o compromisso da responsabilidade social universitária, gerando conhecimento, transmitindo-os e contribuindo com as transformações que ocorrem na sociedade. Isto só se torna possível porque as ações extensionistas são sustentadas por uma prática dialógica, interdisciplinar e impactante tanto no contexto social quanto na formação dos atores envolvidos no processo” (BROCHADO; ABREU; FREITAS; 2009, p. 11).

Santos, ele aborda a questão dos tribunais e os movimentos sociais. O autor enfatiza que a estrutura piramidal existente hoje no contexto do Poder Judiciário, em que há uma hierarquia entre os juízes, com um grupo detendo um grande poder sobre os demais, como é o caso brasileiro com o STF, facilita a construção de um judiciário isolado socialmente, ao passo que a sociedade se apresenta cada vez mais diversificada e plural (SANTOS, 2008, p. 79).

Há uma crítica apresentada pelos movimentos sociais com relação às soluções que são apresentadas pelo Poder Judiciário, principalmente com relação aos movimentos negro, indígena e dos sem-terra (SANTOS, 2008, p. 80). Diante da democratização do país⁷⁵, e conforme já indicado anteriormente, pelo fato de que a alternativa da revolução está proibida, os movimentos sociais tomaram a consciência de que há a necessidade de utilização da via judicial, uma via legal e que pode gozar de uma boa democraticidade.

A grande reclamação que os movimentos sociais fazem sobre o Poder Judiciário é em relação à sua apatia e sua insensibilidade para com os problemas que lhes é apresentado, haja vista que nem sempre a interpretação dada aos seus direitos e às suas demandas consegue satisfazer as necessidades da realidade social. Nesse ponto entra a discussão sobre a celeridade processual, uma vez que normalmente essas demandas, por envolverem uma grande quantidade de pessoas e os reflexos sociais porventura ocorrentes fazem com que haja a necessidade de um tempo razoável de discussão. Uma resposta rápida e impensada pode não ser considerada a ideal.

Como exemplo tem-se a discussão sobre a constitucionalidade da política de cotas, tendo sido um caso emblemático a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, ajuizada na Corte pelo Partido Democratas (DEM) em razão da política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UnB). Em seu relatório, o ministro Ricardo Lewandowski afirmou que as políticas de ação afirmativa adotadas pela UnB estabelecem um ambiente acadêmico plural e diversificado, tendo como objetivo a redução das distorções que foram historicamente consolidadas. O ministro ressaltou também o caráter de proporcionalidade e razoabilidade das políticas, haja vista ainda que haverá a revisão periódica dos resultados (BRASIL, 2012).

Outra reforma apresentada pelo autor é a que procura tornar possível a revolução democrática do acesso à justiça consiste no que ele denomina de os tribunais e os *media*:

⁷⁵ Na América Latina, o processo de redemocratização das últimas décadas esteve fortemente embasado na ação dos novos movimentos sociais, especialmente no México (movimento zapatista), na Argentina (movimento dos piqueteros – desempregados), na Bolívia e Equador (movimentos indígenas) e na Venezuela (movimento de vizinhos, que se somou em 1990 aos círculos bolivianos)” (SOUSA JUNIOR, 2008, p. 264).

(...) o novo protagonismo judiciário decorrente de uma judicialização dos conflitos políticos não pode deixar de traduzir-se na politização dos conflitos judiciários. Mas é óbvio que nenhuma destas transformações sociais teriam retirado os tribunais da obscuridade e do silêncio a que desde sempre estiveram remetidos se, entretanto, não tivessem ocorrido mudanças profundas, tanto técnicas, como políticas, no domínio das tecnologias de informação e de comunicação. Foi no bojo da expansão desta indústria que os tribunais se transformaram, quase de repente, num conteúdo apetecível. A plácida obscuridade dos processos judiciais deu lugar à trepidante ribalta dos dramas judiciais (SANTOS, 2008, p. 83).

O autor aborda, portanto, a questão da influência dos meios de comunicação social sobre os julgamentos do Poder Judiciário, no sentido de que pode haver uma maior conscientização por parte das pessoas, tendo em conta que a publicidade dos processos acaba sendo maior, mas por outro lado pode-se ter uma pressão sobre os julgadores, tendo em vista o clamor social que determinadas questões provocam⁷⁶.

O risco que isso pode provocar é o da mediatização da justiça, isso porque os meios de comunicação social passam a historicizar, dramatizar de maneira exagerada os julgamentos, tornando-os quase como se fossem contos literários, e a opinião pública, ansiosa por respostas, pode fazer uma pressão para que as decisões sejam cada vez mais rápidas⁷⁷.

Boaventura de Sousa Santos propõe, então, a criação de “(...) uma relação mais virtuosa entre a justiça e a comunicação social” (SANTOS, 2008, p. 85). Há uma relação estreita entre a ampliação da democracia e a comunicação social:

Numa sociedade info-democrática, a administração da justiça será tanto mais legitimada pelos cidadãos quanto mais conhecida e reconhecida por eles. Os tribunais e a comunicação social são essenciais para o aprofundamento da democracia, pelo que é fundamental estabelecer formas de coabitação no mesmo espaço social. Tal aproximação poderá fomentar programas de cunho pedagógico, debates sobre temas jurídicos importantes para a sociedade e diálogos entre os órgãos da justiça e os vários actores (sic) sociais (SANTOS, 2008, p. 86).

Por fim, a última reforma apresentada por Boaventura de Sousa Santos está relacionada com a cultura jurídica e a independência judicial. Ele afirma que a independência judicial é um dos bens mais importantes das sociedades democráticas, mas que nos últimos

⁷⁶ “Os tribunais sempre foram o órgão de soberania mais débil, por duas razões principais: porque sempre careceram de cooperação dos outros órgãos de soberania para fazer executar as suas sentenças e porque sempre dispensaram a obtenção de meios eficazes de comunicação com o público” (SANTOS, 2008, p. 85).

⁷⁷ “Nos últimos tempos a grande imprensa brasileira começou a se preocupar com as deficiências e mazelas do Poder Judiciário, passando a ficar mais atenta ao que nele ocorre, procurando conhecê-lo melhor e modificando sua tradicional postura de omissão e de temor reverencial quanto aos juízes. Passou-se a ter, então, farto noticiário, revelando o desperdício de recursos financeiros, gastando-se em coisas luxuosas e supérfluas quantias consideráveis, ao mesmo tempo em que faltam recursos para a ampliação dos serviços essenciais e a melhoria das instalações da primeira instância, a modernização do equipamento e outras coisas verdadeiramente relevantes para o aperfeiçoamento dos serviços judiciários” (DALLARI, 2007, p. 78).

anos tornou-se uma independência corporativa. “A independência judicial foi criada para que o tribunal possa defender os interesses democráticos dos cidadãos, não os interesses de uma classe” (SANTOS, 2008, p. 87).

Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos traz à baila a questão inclusive de se ter um controle externo do Poder Judiciário. Além disso, muitas vezes a classe política entende que reformas legislativas são suficientes para proporcionar mudanças, sem que se atente para a necessidade de que haja uma maior atenção após a promulgação da lei, porque é daí que o problema começa e não se encerra, como normalmente se entende. Há o imperativo de que se promova uma cultura jurídica propícia e complementar a essas reformas (SANTOS, 2008, p. 88).

Essa cultura jurídica tem de auxiliar à melhor formação dos magistrados, porque eles que aplicam as leis, de maneira que as reformas legislativas são apenas um passo dado, pois de nada adianta que elas sejam realizadas se não se consegue ter um juiz apto a entender o contexto social em que elas se inserem e que possa aplicá-las adequadamente.

Boaventura de Sousa Santos fala então da ausência de comunicabilidade do Poder Judiciário com outras instituições, o que precisa ser modificado. Ademais, indica a necessidade de criação de uma cultura jurídica que torne os cidadãos mais próximos da justiça, haja vista que somente quando eles se sentirem mais próximos dela é que será possível a ocorrência dessa revolução democrática do acesso à justiça.

2.6. As “Ondas” de Reforma: Pensamento de Mauro Cappelletti

Mauro Cappelletti e Bryant Garth discorrem a respeito das denominadas “ondas” de reforma no campo jurisdicional, que seriam a sucessão, até mesmo cronológica, dos movimentos que buscaram tornar a justiça mais acessível e proporcionaram a descoberta de um novo enfoque para o tema (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

Em uma outra obra Mauro Cappelletti aborda a questão do acesso à justiça como programa de reforma e como método de pensamento, discorrendo a respeito das dimensões da justiça nas sociedades contemporâneas (CAPPELLETTI, 2008, p. 379). Em observância das grandes tendências evolutivas dos ordenamentos jurídicos contemporâneos o autor encontrou três movimentos fundamentais de ação e de pensamento, falando, portanto, em três dimensões do direito e da justiça.

O primeiro movimento foi denominado “dimensão constitucional”, “(...)que consiste na busca de certos valores fundamentais, que muitos ordenamentos modernos

afirmaram com normas às quais assina-se força de *Lex superior*, vinculando o próprio legislador ordinário” (CAPPELLETTI, 2008, p. 379). Estes valores vão impor-se através de determinadas formas e determinados mecanismos jurisdicionais especiais. É aqui que se encontra o fenômeno da expansão das jurisdições constitucionais, que encontrou abrigo em um número significativo de países após a II Guerra Mundial.

A segunda dimensão é a transnacional que busca superar os rígidos critérios das soberanias nacionais, “(...) com a criação do primeiro núcleo de uma *Lex universalis* e com a constituição, portanto, do primeiro núcleo de um ‘governo universal’ ou transnacional, o *world government* auspiciado, dentre outros (...)” (CAPPELLETTI, 2008, p. 379). É uma tendência que está refletida na Declaração Universal dos Direitos do Humanos de 1948 e nos Pactos que a sucederam. A partir desse pacto que não gozava de força jurídica, mas de apenas um aspecto meramente político-filosófico, surgiram realizações concretas, como pode-se constatar do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Esses Pactos, diferentemente da Declaração, são reconhecidos como juridicamente vinculantes pelos Estados que os ratificaram; esses pactos preveem, também, algumas formas de controle por parte de organismos internacionais com a finalidade de assegurar a observância de suas disposições. Mister reconhecer, por outra parte, que se trata de formas e organismos ainda de mui escassa eficácia; o movimento até um efetivo *Bill of Rights* universal se não é utópico, é de todo embrionário (CAPPELLETTI, 2008, p. 380).

Observa-se, portanto, que as duas dimensões procuraram tratar de responder aos problemas de justiça mais graves que se apresentavam, sendo que a primeira estava relacionada com o indivíduo e o Estado, já a segunda tratava da relação dos Estados entre si.

A terceira dimensão do Direito e da Justiça é a denominada dimensão social, expressada no acesso ao Direito e à Justiça. Segundo Mauro Cappelletti (2008, p. 382) essa dimensão está representada pelo surgimento de novos direitos sociais, ao lado daqueles tradicionais direitos de liberdade e sua consolidação, de maneira que se configura como a mesma dimensão constitucional (a primeira dimensão) que acabou por adquirir uma dimensão social também, e, ao mesmo passo, e uma dimensão transnacional consistente na busca pela proteção de direitos fundamentais para além da lógica da soberania dos Estados⁷⁸.

⁷⁸ “A soberania, no significado moderno, diz respeito a um poder de mando incontestável numa determinada sociedade política: independente, supremo, inalienável e exclusivo. Originariamente, a expressão soberania é de caráter eminentemente político. Com o tempo, passou a indicar apenas uma posição de proeminência, ou seja, posição daquele que era superior num sistema hierárquico bem definido. A partir da gradativa monopolização dos instrumentos de violência e poder pelo Estado, a soberania se converte num conceito absoluto” (FARIA, 2004, p. 18).

Se as dimensões constitucional e transnacional representam, pois, a tentativa de dar uma resposta aos grandes problemas da liberdade do indivíduo perante o poder público e aos limites e deveres do Estado em relação ao indivíduo e aos outros Estados – no âmbito de uma mais vasta Comunidade de gentes - a dimensão social representa, por sua vez, a tentativa de responder a um problema e a uma crise de proporções não menos gigantescas. Trata-se de problema e de crises derivados das profundas transformações das sociedades industriais e pós-industriais modernas, nas quais o pedido de justiça adquire um sentido cada vez mais decisivo para multidões cada vez mais vastas; de petição de igualdade não somente formal, senão real e efetiva igualdade de possibilidades, de desenvolvimento da pessoa e igual dignidade do homem (CAPPELLETTI, 2008, p. 384).

Nesse Estado social, ele passa de uma atuação de neutralidade para uma atuação concreta de intervenção na sociedade, surgindo a necessidade prestações materiais a fim de sanar desigualdades entre os indivíduos. É a verificação de que a economia livre e uma ausência de interferência nas relações entre os indivíduos pode não ser benéfica.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth apresentam, então, quais seriam os obstáculos a serem transpostos para se alcançar um acesso à justiça efetivo. O primeiro deles seria o das custas judiciais, que tornaria muito dispendiosas as ações. Os autores indicam, inclusive, que as causas que envolvem somas relativamente pequenas são as mais prejudicadas com a barreira criada pelos custos (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.19). O segundo óbice seria a possibilidade das partes, tendo em vista que aqueles indivíduos e empresas que possuem mais recursos financeiros teriam condições de melhor se defender, tendo a probabilidade de que as decisões lhe sejam mais favoráveis. Isso se refletiria, por exemplo, na melhor contratação de advogados mais especializados e experiente e na própria sustentação do tempo do processo.

A ‘capacidade jurídica’ pessoal, se se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e *status* social, é um conceito muito mais rico, e de crucial importância na determinação da acessibilidade da justiça. Ele enfoca as inúmeras barreiras que precisam ser pessoalmente superadas, antes que um direito possa ser efetivamente reivindicado através de nosso aparelho judiciário (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.22).

Esse ponto se relaciona com a falta de conhecimento dos indivíduos, que pode se constituir um óbice haja vista que as pessoas podem não saber como recorrer às instâncias judiciárias, de maneira que a reivindicação de seus direitos fica prejudicada. É por isso que hoje em dia pauta-se o conceito de acesso à justiça inclusive acrescentando esse aspecto de educação jurídica, porque ele se constitui como um óbice de grande vulto quando se fala nos impeditivos da expansão daquele.

Na medida em que o conhecimento daquilo que está disponível constitui pré-requisito da solução do problema da necessidade jurídica não atendida, é preciso fazer muito mais para aumentar o grau de conhecimento do público a

respeito dos meios disponíveis e de como utilizá-los (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.23).

Assim, como obstáculos ao acesso à justiça estariam englobados também a capacidade dos indivíduos de reconhecerem a existência de um direito, bem como o conhecimento sobre a maneira de ajuizar uma demanda, passando, inclusive, pela disposição psicológica que elas teriam para recorrer a processos judiciais (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.23). A parte da disposição psicológica se relaciona ao tempo do processo também, uma vez que sabe-se que este, como acontece nos dias atuais, tem uma duração, que nem sempre é a razoável, o que faz com que surja a problemática da força de vontade das partes em manter-se nessa situação conflituosa. Muitas vezes, essa falta de disposição faz com que as partes deixem de litigar, fazendo com que seu direito seja esquecido.

Assim, tendo em vistas estes obstáculos para o acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth indicam a existência de três posições básicas, existentes pelo menos nos países do mundo Ocidental, que tiveram início em 1965 e tentaram implementar soluções práticas para o acesso.

A primeira onda tinha como finalidade tornar a justiça mais acessível aos pobres. A segunda onda visou tutelar interesses difusos, assim denominados aqueles referentes aos interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres enquadrados na primeira onda. Um terceiro movimento, que abarcou aquelas duas primeiras e considerou-as apenas uma das séries de mudanças necessárias para se melhorar o acesso à justiça, buscou tornar mais participativa a atuação dos próprios interessados no deslinde da causa, como as comunidades e grupos sociais diretamente afetados pelo conflito, além de:

(...) a) o de adotar procedimentos acessíveis mais simples e racionais, mais econômicos, eficientes e especializados para certos tipos de controvérsias; b) o de promover e fazer acessível um tipo de justiça (...) baseada sobre a conciliação e mediação e sobre critérios de equidade social e distributiva (...) (CAPPELLETTI, 2008, p. 389-390).

Essa terceira onda ou movimento indicado pelo autor é da nova concepção de acesso à justiça, que traz à tona a consideração de seu enfoque mais amplo, sendo das três apresentadas a que mais interessa para esta pesquisa.

A consideração é a de que as duas primeiras ondas precisam ser consideradas, mas devem ser apenas um dos aspectos do movimento do acesso à justiça, tendo-se a necessidade de considerar os mais variados campos, como, inclusive, a resolução de conflitos por meios alternativos.

Há a existência de novos direitos que precisam de procedimentos adequados para a sua devida tutela. A busca por essa efetividade dos procedimentos faz com que se discuta inclusive sobre o próprio sistema judiciário e a possibilidade de alternativas.

Enfoca que cada litígio possui características próprias que demandam mecanismos diversos para solução. Por exemplo, aqueles de alta complexidade e que exigem uma produção de provas não podem ser resolvidos por métodos dialógicos, havendo a necessidade da presença do terceiro representado pelo juiz a fim de que ele possa conduzir à solução. Já aqueles litígios relacionados a problemas de vizinhança, familiares e entre pessoas da mesma comunidade têm uma grande chance de serem resolvidos por meios dialógicos, inclusive com a produção de uma solução mais adequada, tendo em conta que conseguem restaurar o relacionamento entre as partes.

Passa, portanto, pela reforma dos procedimentos judiciais em geral, adequando-os à solução para cada tipo diverso de litígio, além da consideração de métodos alternativos para decidir causas judiciais, como a instituição do juízo arbitral, a conciliação e incentivos econômicos, sendo que neste último “a ideia básica é a de apenar o autor que não aceite uma proposta de conciliação oferecida à corte pela outra parte, quando, após o julgamento, se comprove ter sido razoável essa proposta. A penalidade é o pagamento dos custos (...)” (CAPELLETTI, 2008, p. 88-89), sendo que estes custos envolvem ambas as partes.

O autor fala também da instituição de procedimentos especiais para determinadas causas, os tribunais de vizinhança, os tribunais especiais e os mecanismos especializados para garantir os novos direitos. Estes mecanismos estão muito relacionados com a discussão a respeito do pluralismo e com a construção de espaços democráticos dentro das próprias comunidades.

Um exemplo é a utilização dos parajurídicos, que são assistentes jurídicos com diversos treinamentos em Direito. “É cada vez mais evidente que muitos serviços jurídicos não precisam necessariamente ser executados por advogados caros e altamente treinados” (CAPELLETTI; GARTH, 2002, p. 145). Nesse sentido, pode-se indicar os advogados leigos que poderiam ser importantes instrumentos de promoção do acesso à justiça. No entanto, em muitos ordenamentos, como o Brasil, consideram essa prática como ilegal, constituindo exercício ilegal de profissão (art. 47 da LCP).

Um exemplo de sucesso é a Alemanha:

Além de aconselhamento jurídico e serviços semelhantes os funcionários, quando necessário, até mesmo representam os trabalhadores perante a justiça do trabalho. Essa eficiente utilização dos parajurídicos, especialmente permitida pelas normas alemãs que cogitam do exercício ilegal da profissão,

demonstra como os parajurídicos podem contribuir para o movimento de acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 147).

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro pode-se encontrar uma tentativa de instituição dos parajurídicos, mas que ainda mantém a necessidade de que os indivíduos que exerçam tais funções tenham noções de direito. Por exemplo, no art. 7º da Lei 9.099/95 estabelece-se que os conciliadores e juízes leigos são considerados auxiliares da justiça, sendo que os primeiros são recrutados entre os bacharéis em Direito e os segundos entre os advogados com mais de cinco anos de experiência. Já o art. 73 dispõe que a conciliação será conduzida pelo juiz ou por conciliador sob a sua supervisão.

Sabe-se que a Lei nº 9.099/95 foi criada para disciplinar o julgamento das denominadas pequenas causas, aquelas que não ultrapassam 40 (quarenta) salários mínimos e que não possuam grande complexidade. O intuito da lei foi tornar a justiça mais rápida, estando relacionada às mudanças ocorridas no âmbito do processo civil que visavam dar celeridade ao processo, tendo em conta a sua associação com a efetividade.

Além disso, com a introdução da conciliação como característica central do procedimento, o legislador intensificou a tentativa de desenvolvimento de métodos consensuais dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em conta o seu aspecto de maior participação dos interessados e inclusive o de redução de custos financeiros e emocionais que possuem os processos judiciais em geral.

Além disso, essa nova perspectiva sobre o acesso à justiça, trazendo uma nova concepção sobre qual o seu conceito e abrangência, traz à tona a visão crítica do Direito, uma vez que se passa a considerar a análise do reflexo dos institutos jurídicos sobre a realidade.

O enfoque sobre o acesso à justiça *como movimento de pensamento* constitui atualmente um dos pontos centrais de transformação do próprio pensamento jurídico, que ficou por muito tempo atrelado a um positivismo neutralizante que só serviu para distanciar o Estado de seu mister, a democracia do seu verdadeiro sentido e a justiça da realidade social. Não há como pensar no Direito, hoje, sem pensar no acesso a uma ordem jurídica adequada e justa. Direito sem efetividade não tem sentido. Da mesma forma, não há democracia sem acesso à justiça, que é o mais fundamental dos direitos, pois dele, como manifestaram Mauro Cappelletti e Bryant Garth, é que depende a viabilização dos demais direitos. **Com efeito, a problemática do acesso à justiça é, atualmente, a pedra de toque de reestruturação da própria ciência do Direito (grifo nosso)** (ALMEIDA, 2013, p. 14).

Este novo conceito de acesso à justiça compreende os novos problemas sociais, de maneira que aquele enfoque apenas dogmático-formalista não é mais aceitável. O dogmatismo, considerado uma forma degenerativa do próprio positivismo jurídico, compreende o Direito apenas em seu aspecto normativo, deixando-se de lado outros valores,

como a consideração das responsabilidades das instituições, suas funções, os motivos para os quais elas são criadas e seus reflexos sociais.

Esse racionalismo dogmático é estudado pela epistemologia jurídica como uma das escolas de pensamento, tendo como principal contribuidor Hans Kelsen, defensor do Direito positivo. Suas principais características são a consideração de que o Direito é posto por decisão ou eleição, além do que ele é mutável. O Direito não é considerado como aquele necessário, mas sim aquele que dentre as possibilidades de ocorrência, foi o eleito, por isto se afirma que é um direito posto por decisão ou eleição.

Além disso, tem-se uma sociedade com extrema complexidade, com muita comunicação⁷⁹. “A atenção do jurista, antes voltada para a ordem normativa, hoje somente tem sentido se também direcionada para a realidade social em que essa ordem normativa está inserida, está voltada para a efetividade dos direitos” (ALMEIDA, 2013, p. 14), dando se destaque para a efetividade dos direitos fundamentais.

Esse racionalismo dogmático considera o Direito como um sistema pleno, que consegue prever todas as situações, considerando-se o ordenamento jurídico como completo. O Direito, além disso, é concebido como centrado na norma, baseando-se o esquema na lógica-formal, subsunção. Três são os principais dogmas: a racionalidade do legislador, a consideração de que ele a tudo prevê e a adesão inquestionável ao positivismo.

O pensamento jurídico, então, passou por uma mudança, consubstanciada, segundo Roberto Omar Berizonce, citado por Gregório Almeida, em duas vertentes:

b) Uma renovação metodológica, caracterizada pela utilização da investigação sociológica e análise histórico-comparativa dos estudos dos problemas e, sobremaneira, pelas propostas de soluções de política legislativa; b) a concepção do ordenamento jurídico como um verdadeiro *instrumento de transformação social*, visão esta superadora das tradicionais missões de proteção e sanção (ALMEIDA, 2013, p. 15).

⁷⁹“A estrutura mais simples das sociedades antigas reflete-se em uma mais simples concepção da moral. No essencial, nas sociedades arcaicas, e mesmo nas grandes culturas da antiguidade até os tempos modernos, basta um dualismo simples. Elas confrontam a ação real com a ação indicada, correta; aquela corresponde ao homem concreto, com seus erros e suas insuficiências, e a outra significa a norma do verdadeiro e do bom, pela qual é necessário guiar-se. Essa contrastação simples garante um alto grau de segurança nas expectativas sob a forma de convicções morais. As expectativas normativas podem apoiar-se em certezas socialmente amparadas; o desapontamento, a frustração só pode ser atribuída ao que age errada ou maliciosamente. A necessidade de uma diferenciação funcional da esfera normativa não chega a surgir, e também seria incompreensível. Uma interpretação social ou funcional do comportamento divergente é impossível no contexto desse padrão. Evidentemente, o direito está do lado da moral. Aumentando a complexidade da sociedade em consequência da crescente diferenciação e da crescente abstração das premissas da assimilação do experimental, esse esquema simples torna-se inadequado por vários motivos. Não basta mais pensar que apenas o comportamento possa variar com respeito à norma; as próprias normas passam a ser pressionadas por modificações desejadas” (LUHMANN, 1983, p. 106-107).

Não é a negação do aspecto normativo, mas a consideração de que se devem ser observados outros planos, principalmente o plano sociológico da norma e as finalidades da lei. É a perspectiva de que o plano da racionalidade jurídica não está mais no plano formal, como estava no Estado Liberal, ou no plano material (plano da justiça) como estava no Estado Social, mas sim de que está no plano conjuntural, onde o caso concreto detém grande importância.

A análise do jurista torna-se, desta forma, extremamente mais complexa, mas também mais fascinante e infinitamente mais realística; essa não se limita mais a acertar, por exemplo, que para promover o início de um processo ou para levantar uma impugnação, se devam observar certos procedimentos formais, mais implica, em outras palavras, em uma análise do “tempo”, necessário para obter o resultado desejado, dos “custos” a afrontar, das “dificuldades” também psicológicas a superar, dos “benefícios” obtidos, etc (CAPPELLETTI, 1997, p. 146).

Mauro Cappelletti sugere então a análise tridimensional, não restrita apenas à análise da norma, mas que passa, também, pela análise do problema da necessidade social que um determinado setor do Direito terá que resolver, a análise da proposta de solução prevista no ordenamento jurídico e a análise crítica dos resultados alcançados, no contexto do plano social, ou seja, quais os efeitos produzidos no âmbito da sociedade.

Essa nova abordagem do Direito inclui a análise empírica do mesmo, condicionando a sua validade à efetividade. Para tanto, cumpre indicar a divisão, resumida, que Robert Alexy faz sobre as três dimensões da dogmática jurídica: a analítica, a empírica e a normativa (ALEXY, 2008, p. 33).

A dimensão analítica é aquela que diz respeito ao que se denomina dissecção sistemático-conceitual do Direito vigente, passando pela análise de conceitos elementares, construções jurídicas, até o exame da própria estrutura do sistema jurídico vigente, assim como da fundamentação dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 33).

Já a dimensão empírica, segundo Robert Alexy:

A dimensão empírica da dogmática jurídica pode ser compreendida a partir de dois pontos de vista: primeiro, em relação à cognição do direito positivo válido e, segundo, em relação à aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica, por, exemplo, no âmbito de argumentos consequentialistas (ALEXY, 2008, p. 34).

O autor explica que aquele que toma como objeto da dimensão empírica a cognição do Direito positivo válido, deve considerar conceitos amplos de Direito e de validade. Isso porque, essa dimensão não se esgota apenas na descrição do direito que está nas leis, mas “(...) inclui também a descrição e prognóstico da práxis jurisprudencial, ou seja, não

só o direito legislado, mas também o direito jurisprudencial. Além disso, também a efetividade do direito é objeto da dimensão empírica (...)” (ALEXY, 2008, p. 34), isso segundo ele na medida em que essa efetividade for considerada uma condição para o Direito legislado ou o Direito jurisprudencial⁸⁰.

Dessa maneira, Robert Alexy compreende a existência de um conceito amplo de cognição do Direito positivo válido, afirmando que esta ideia não pode ser evitada por ninguém que queira satisfazer as exigências das profissões jurídicas (ALEXY, 2008, p. 35).

Por fim, a dimensão normativa vai além do simples estabelecer aquilo que pode ser considerado Direito positivo válido, como o faz a dimensão empírica, mas passa pela elucidação e crítica da prática jurídica, e principalmente, da prática jurisprudencial. Essa dimensão visa determinar, a partir do direito positivo válido, qual seria a decisão mais correta para o caso concreto (ALEXY, 2008, p. 35-36).

Portanto, essa nova visão de acesso à justiça preconizada por Mauro Cappelletti vem ao encontro da concepção dogmática empírica do Direito, que preconiza não somente a mera reprodução daquilo que está escrito nas leis, mas sim pela consideração de que há reflexos sociais das normas jurídicas que precisam ser analisados quando da sua aplicação, seja quando da sua interpretação.

⁸⁰ Ricardo Luis Lorenzetti aborda a questão da visão consequencialista do Direito, que considera a decisão adotada como um incentivo para condutas futuras das partes não envolvidas no pleito, ou seja, considera a norma criada para o caso concreto como um exemplo que será seguido ou não para os demais indivíduos que não participaram da relação processual (LORENZETTI, 2010, p. 186).

3. OS MEIOS DIALÓGICOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO INSTRUMENTOS DE ACESSO À JUSTIÇA SOCIAL E DE PROMOÇÃO DA DEMOCRACIA E CIDADANIA ATIVA

3.1. Conselho Nacional de Justiça: Políticas de Promoção do Acesso à Justiça (Resolução nº 125 de 29 de Novembro de 2010)

A Resolução nº 125 de 29 de Novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça dispõe sobre a “Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no Âmbito do Poder Judiciário”.

Um dos vetores importantes desta resolução é que se coaduna com o presente estudo reside no fato de que essa política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e conflitos de interesses não somente visa organizar os serviços prestados nos processos judiciais, mas também aqueles que podem ser atendidos por outros mecanismos, principalmente os consensuais, como a mediação e conciliação, num contexto em que se considera o acesso à justiça em sentido amplo. Esta resolução propõe a necessidade de consolidação de uma política permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios.

Além disso, traz-se nela a noção de acesso à ordem jurídica justa, ou seja, a visão de que cada conflito merece um determinado tipo de tratamento pelo Poder Judiciário, o que se adequa, por exemplo, ao que se propõe com a Justiça Restaurativa, que ainda será trabalhada neste capítulo, e que, sinteticamente, propõe um melhor tratamento do conflito gerado pela prática de um fato criminoso. Nesse sentido, o art. 1º, com redação dada pela Emenda nº 1 de 31.01.2013, dispõe sobre a instituição de uma “Política Nacional de Tratamento dos Conflitos de Interesses”, “(...) tendentes a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”

A referida resolução também pugna pela uniformização dos serviços de conciliação e de mediação, a fim de evitar disparidades de orientação e práticas. Delibera, ainda, sobre a possibilidade de criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, o que ainda não ocorreu.

No art. 7º é disposto o dever de criação pelos Tribunais de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados e servidores. Dentre as atribuições desses núcleos, destaque-se a prevista no parágrafo segundo desse mesmo artigo, que é a de poder “estimular programas de mediação comunitária, desde que esses centros comunitários não se confundam com os Centros de conciliação e mediação

judicial, previstos no Capítulo III, Seção II”. Assim, conforme será trabalhado neste capítulo, vários centros de mediação comunitária foram criados no País, sendo que a participação do Poder Judiciário, conforme prevê a Resolução nº 125 do CNJ, é de grande importância, seja proporcionando cursos e palestras, ou até mesmo fornecendo o espaço físico.

Igualmente, no §3º do art. 7º estabelece-se que “os Núcleos poderão centralizar e estimular programas de mediação penal ou qualquer outro processo restaurativo”. Dispõe, ademais, que “devem ser respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas e a participação do titular da ação penal em todos atos”. No Brasil, a Justiça Restaurativa mencionada pelo artigo já é uma realidade existente, sendo que há várias experiências dela pelo país, o que será discutido a seguir.

A Resolução nº 125/2010 do CNJ prevê também a formação de Centros Judiciários de Solução de Conflito (Seção II, Capítulo III), a capacitação de mediadores e conciliadores (Seção III, Capítulo III), a manutenção de dados estatísticos pelos tribunais (Seção IV, Capítulo III) e a criação de um Portal da Conciliação (Capítulo IV).

Desse modo, é no contexto de expansão da política pública prevista na Resolução nº 125 do CNJ de 2010 que se trabalha a questão de um amplo acesso à justiça e de um tratamento adequados dos conflitos de interesses. Nesse sentido, a mediação comunitária e a Justiça Restaurativa são instrumentos valiosos de consecução desses desideratos.

3.2. A Justiça Restaurativa

Efetivar o acesso à justiça além de proteger e promover os direitos humanos, proporciona o desenvolvimento de uma ordem social pautada em valores como a justiça, igualdade e equidade, de modo a permitir que todos os indivíduos possam ter uma vida digna.

Apenas prescrever os direitos humanos sem que seja disponibilizado meios de sua efetivação não é um bom caminho. “É de vital importância ter-se consciência de que a multiplicação desenfreada de ‘direitos humanos’ vulgariza e desmoraliza a ideia” (GORCZEWSKI; TAUCHEN, 2008, p. 67). Importante, assim, discutir também formas de sua concretização e defesa.

Desse modo, a Justiça Restaurativa como instrumento de acesso à justiça é importante mecanismo de implementação e proteção dos direitos humanos e de construção de uma cultura de paz.

A origem do termo é atribuída a Albert Elash, conforme indica Renato Sócrates Gomes Pinto:

A denominação *justiça restaurativa* é atribuída a Albert Eglash, que, em 1977, escreveu um artigo intitulado *Beyond Restitution: Creative Restitution*, publicado numa obra por Joe Hudson e Burt Gallaway, denominada “Restitution in Criminal Justice” (...). Eglash sustentou, no artigo, que haviam três respostas ao crime - a retributiva, baseada na punição; a distributiva, focada na reeducação; e a restaurativa, cujo fundamento seria a reparação (PINTO, 2005, p. 3).

Nesse sentido, Sérgio García Ramírez assim a define:

Se trata de una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo, sea el rehabilitativo. Aun a riesgo de un exceso de simplificación, podría decirse que la filosofía de este modelo se resume en las tres ‘R’: Responsibility, Restoration and Reintegrations (responsabilidade, restauración y reintegración). Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que assume libremente; restauración de la víctima, que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de víctima; reintegración del infractor, restableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se há danado com el ilícito (RAMÍREZ, 2005, p. 199).

O artigo deste autor remete à denominada Terceira Via do Direito Penal, que consiste em uma construção doutrinária em que se acentua nos fins da penalidade criminal a reparação do dano à vítima, tornando-a mais civilista, ao mesmo tempo que continua vigorando a punição penal. Cláudio Amaral do Prado explica essa dupla função: “Ao compensar o dano, tem caráter civil. De outra borda, se levados em conta os esforços do autor para a reparação, esta assume uma modificação que converge para o sentido jurídico-penal” (PRADO, 2005, p. 166-167).

E assim aduz Claus Roxin:

La reparación substituiria o atenuaria complementariamente a la pena, en aquéllos casos em los cuales convenga tan bien o mejor a los fines de la pena y las necesidades de la víctima, que una pena sin merma alguna (ROXIN, 1992, p. 155).

Igualmente, assim como a Terceira Via do Direito Penal, a Justiça Restaurativa possui a característica da complementaridade, já que não se reveste do caráter de método substitutivo do procedimento tradicional em todos os casos, mas sobretudo para alguns específicos em que seus resultados são mais satisfatórios, caracterizando-se pela voluntariedade, sigilo e multidisciplinariedade.

No caso da Justiça Restaurativa o crime é definido pelo dano às pessoas e às relações de maneira concreta, e não como violação a uma regra de forma abstrata. Além disso,

nos meios tradicionais a vítima do crime normalmente é o Estado, já na Justiça Restaurativa considera-se as pessoas e as relações como vítimas. Prioriza-se, assim, as necessidades e direitos das vítimas, reconhecendo-se a natureza conflitiva do crime, entendendo-se a ofensa em seu amplo contexto: moral, social, econômico e político (EDNIR; MELO; YAZBEK, 2008).

Desse modo, verifica-se que em seu procedimento há um amparo maior à vítima, o que não é feito de maneira adequada no processo tradicional, em que chama-se atenção mais para a punição do infrator, sem que os interesses daquele (s) que sofreu (ram) a infração penal sejam devidamente tutelados. Paul Mccold e Ted Watchtel assim aduzem: “A justiça restaurativa é uma nova maneira de abordar a justiça penal, que enfoca a reparação dos danos causados à pessoas e relacionamentos, ao invés de punir os transgressores” (MCCOLD; WACHTEL, 2003, p. 10).

Um aspecto histórico considerável é o de que com o nascimento do Estado houve o afastamento da vítima do processo criminal, com a extinção das formas de reintegração social nas práticas de justiça habitual (JACCOUD, 2005, p. 164). Desse modo, neste momento em que se discute a implementação da Justiça Restaurativa, pode supor-se que alguns dos motivos são a contestação das instituições repressivas, a descoberta da vítima e a exaltação da comunidade (FAGET, 1997).

Nesse sentido, a questão já está colocada no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo em conta que o Conselho Econômico e Social da ONU, por intermédio da Resolução 2002/12 (CONSELHO..., 2002), encoraja os Estados Membros a inspirarem-se nos princípios básicos da Justiça Restaurativa em matéria criminal, a fim de que esta seja desenvolvida, de modo que exista, também, um intercâmbio de experiência entre os países. Para tanto, tem-se referências na Resolução 1999/26 (“Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”) em que foi solicitada à Comissão de Prevenção do Crime e Justiça Criminal que fosse formulado padrões nesta seara; além da Resolução 2000/14 (“Princípios Básicos para Utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais”) no qual se requisitou ao Secretário Geral a formulação de princípios comuns.

Segundo a referida Resolução da ONU, “Programa Justiça Restaurativa” significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos” (CONSELHO..., 2002). É, assim, uma forma de utilizar o sistema penal não apenas como forma de retribuição do mal causado pela prática da infração penal, haja vista os interesses

que transcendem os fins da pena, relacionados, principalmente, com uma restauração de um conflito social gerado pelo fato criminoso.

Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*). Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor (CONSELHO..., 2002).

As partes deste processo são a vítima, o ofensor ou qualquer indivíduo ou membro da comunidade que foram afetados por um crime e que podem ser partícipes de um processo restaurativo. Ganha destaque, também, a intervenção de um facilitador, que é aquele terceiro cujo papel é auxiliar, de forma imparcial, a participação dos interessados de uma maneira justa (CONSELHO..., 2002).

De acordo com a Resolução 12/2002 os resultados a serem alcançados com este processo podem ser a restituição, a reparação e prestação de serviços comunitários, com o intuito de “(...) atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor” (CONSELHO..., 2002).

Não é, portanto, um mecanismo de impunidade ou de abrandamento de uma punição penal, mas sim um meio de se chegar a uma solução que não satisfaça apenas ao sentimento de vingança, tendo em conta que o próprio ofensor passa a ter conhecimento daquelas consequências danosas de seu ato perante a vítima e terceiros, o que muitas das vezes não é possível frente aos sistemas tradicionais retributivos.

Nesse sentido, a participação da comunidade também ganha relevo, porque o delito tem consequências que extrapolam a relação vítima-ofensor-Estado, e que chega a terceiros, principalmente aos familiares dos envolvidos e a população do local onde ocorreu o evento ilícito. A participação de todos esses componentes permite que se possa, inclusive, investigar a origem por trás da prática delitiva, a fim de que se evite que se possa ter novos desdobramentos.

A Resolução nº 12/2002 da ONU acentua a necessidade de que a Justiça Restaurativa seja utilizada não de maneira compulsória, mas sim de maneira voluntária, como uma opção das partes envolvidas, mas abre espaço para seu uso em qualquer estágio do sistema de justiça criminal.

Processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor. A vítima e o ofensor devem poder revogar esse consentimento a qualquer momento, durante o processo. Os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais (CONSELHO..., 2002).

Desse modo, pode-se visualizar que a prática da Justiça Restaurativa requer um acordo prévio das partes envolvidas, o que vem ao encontro do proposto neste trabalho, que é o uso dos meios alternativos de solução de conflitos de forma voluntária a fim de que se possa restaurar situações conflituosas, gerando um sentimento de satisfação não somente de um dos polos, como acontece com o sistema processual tradicional. É, dessa forma, uma superação de um paradigma por meio da adoção de outro, no caso mais dialógico e eficaz.

Ademais, sua prática pode tornar possível uma conscientização, engendrada por uma educação em direitos, das próprias partes conflitantes, gerando não apenas uma resposta estatal, mas também cidadania, através da formação de cidadãos mais capazes e conscientes de seus direitos.

A Resolução da ONU nº 12/2002 chama atenção, também, para a questão das disparidades culturais:

As disparidades que impliquem em desequilíbrios, assim como as diferenças culturais entre as partes, devem ser levadas em consideração ao se derivar e conduzir um caso no processo restaurativo (CONSELHO..., 2002).

A questão das relatividades culturais é relevante, tendo em conta que cada cultura apresenta certos aspectos que as distingue das demais e que deve ser levada em conta a fim de se chegar a um resultado mais proveitoso. Inclusive, a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), agência da ONU, na Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural ressalta o aspecto do respeito à variedade de culturas como fator de promoção da dignidade da pessoa humana e proteção dos direitos humanos⁸¹.

A referência à multiculturalidade encontra-se neste mesmo sentido quando se visa proporcionar que a Justiça Restaurativa leve em conta não só elementos nacionais no âmbito internacional, como também meios internos dentro do mesmo país. Assim, conforme será discutido, há a preferência pela instalação de centros voltados para a difusão de meios alternativos de solução de conflitos em comunidades, tomando em consideração que cada uma delas tem suas próprias características e necessidades.

⁸¹ Vide o art. 4º da referida Declaração: “A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance”.

Além disso, o fator de referência à cultura local proporciona uma maior coesão entre aqueles que irão participar do processo, e um engate maior na busca de solução. Passa, ademais, pela própria maneira como a Justiça Restaurativa se desenvolveu:

Tendo-se originado nos anos 70 como uma mediação entre vítimas e transgressores, nos anos 90 a justiça restaurativa foi ampliada para incluir comunidades de assistência, com as famílias e amigos das vítimas e transgressores participando de processos colaborativos denominados “conferências” e “círculos. Este novo enfoque na resolução de conflitos e o consequente fortalecimento daqueles afetados por uma transgressão parecem ter o potencial de aumentar a coesão social nas nossas sociedades, cada vez mais distantes uma das outras (MCCOLD; WACHTEL, 2003, p. 10).

A ONU, dessa forma, tratou de tentar potencializar a Justiça Restaurativa, que já encontrava adeptos pelo mundo, tendo-se destaque as experiências oriundas do Canadá, Estados Unidos e Nova Zelândia, cada uma com suas peculiaridades, demonstrando o relativismo cultural existente. A Resolução da ONU, portanto, universalizou aquilo que algumas culturas, cada uma à sua maneira, já tratava.

Desse modo, percebe-se, já de antemão, a complexidade de que se reveste a Justiça Restaurativa, que não se resume a uma forma de resolução de conflitos:

Se a Justiça Restaurativa – da forma como a entendemos – ensina e resgata o valor que há na construção de relações justas e éticas, temos que ela coloca na prática o valor justiça em três dimensões: relacional, institucional e social. Seu entendimento, portanto, deve abarcar necessariamente essas três dimensões. A Justiça Restaurativa, portanto, não se limita a uma técnica de resolução de conflitos, mas a um feixe de ações coordenadas (um programa) que prevê metodologias de resolução e transformação de conflitos; bem como, concomitantemente, prevê ações que levem à mudança da instituição onde tais práticas são desenvolvidas; e, ainda, prevê a articulação de “redes locais” em torno dessas ações (MUMME; PENIDO, 2014, p. 76-77).

A Justiça Restaurativa é, também, uma forma de retomar a coesão social abalada pela prática do crime, o que transcende o mero aspecto interrelacional das partes integrantes. Este ponto provém da origem histórica da prática, a que se vincula as sociedades comunais (sociedades pré-estatais europeias e as coletividades nativas). “Nestas sociedades, onde os interesses coletivos superavam os interesses individuais, a transgressão de uma norma causava reações orientadas para o restabelecimento do equilíbrio rompido e para a busca de uma solução rápida para o problema” (JACCOUD, 2005, p. 163). Os mecanismos de punição nessas sociedades não estavam abolidos, mas havia a tendência a que se aplicasse os mecanismos capazes de conter a desestabilização do grupo social como um todo.

Passa, portanto, pela análise de um viés crítico e emancipador da justiça. O papel da vítima é realçado⁸², que passa a ser um agente ativo a ser utilizado na solução criminal e cível das consequências geradas pelo evento danoso, além de se ter um aspecto emancipatório de proporcionar um conhecimento maior acerca do Direito e da forma como o Estado se utiliza das ferramentas legais para a atuação em prol da coletividade.

Assim, a justiça restaurativa, espécie do direito alternativo – também conhecido por ‘direito achado na rua’ por seus críticos –, surge do pluralismo jurídico como um meio alternativo de se pensar e exercer o direito através de uma lógica conciliatória e restauradora, ao invés do litígio e da punição, como sempre foi presenciado nas sociedades modernas, principalmente no âmbito do direito penal (ARAÚJO, 2014, p. 10).

O viés crítico do Direito, portanto, está presente na promoção da Justiça Restaurativa, seja quanto ao Direito Penal, tendo em vista que critica a função da pena e a mera retribuição⁸³, acentuando a discussão sobre quatro elementos: o crime, o criminoso, a vítima e a atuação da justiça criminal; quanto no aspecto processual civil, relacionado à demanda de reparação dos danos causados à vítima e à comunidade, com uma forma mais emancipadora de solução do conflito gerado, proporcionando um meio mais eficaz, principalmente quanto a formação cidadã.

Mylène Jaccoud aduz que:

O movimento de contestação das instituições repressivas surgiu nas universidades americanas e foi fortemente marcado pelos trabalhos da escola de Chicago e de criminologia radical que se desenvolvem na universidade de Berkeley na Califórnia. Este movimento inicia uma crítica profunda das instituições repressivas, destacando principalmente seu papel no processo de definição do criminoso. Ele retoma, entre outras, a ideia durkheimiana, segundo a qual o conflito não é uma divergência da ordem social, mas uma característica normal e universal das sociedades (JACCOUD, 2005, p. 165).

⁸² No âmbito penal, Eduardo Viana ressalta que: “A recuperação da importância da vítima no fenômeno criminal determina não apenas com repercussões criminológicas, mas também dogmáticas. Com efeito, buscando superar o formalismo acrítico tão caro à dogmática, há autores, como SHUNEMANN, que, atentos ao crescente desenvolvimento da vitimologia em relação à sanção e, especificamente, ao processo, começam a falar da possibilidade de uma futura vitimodogmática. Se a referência à vítima nunca foi estranha ao Direito Penal, a vitimodogmática sugere valorar e incorporar os conhecimentos e princípios vitimológicos na delimitação das categorias e figuras delitivas, além de recorrer à influência da vítima na resolução dos problemas dogmáticos, atenuando ou, inclusive, excluindo a responsabilidade penal, em particular no tocante aos crimes patrimoniais” (VIANA, 2013, p. 166).

⁸³ “A Justiça Restaurativa surge como uma alternativa ao paradigma da Justiça Retributiva, tradicional. Ela ingressa em nossa sociedade como um grito de socorro, como um remédio para o mal da violência e como uma forma de promover a paz, a dignidade e restaurar relações. Não resta dúvida a respeito do fracasso do paradigma retributivo, onde o Estado é o protagonista da ação penal, onde se busca um culpado para punir com aplicação de uma pena que cause sofrimento” (SANTOS, 2012, p. 24).

E a autora acrescenta um alerta: “O movimento vitimista inspirou a formalização dos princípios da Justiça Restaurativa, mas não endossou seus princípios nem participou diretamente de seu advento” (JACCOU, 2005, p. 165).

Verifica-se que a Justiça Restaurativa intenta efetivar um anseio de respostas mais criativas para as questões relacionadas a conflitos e violência, de modo que lida melhor com as causas e consequências que ocasionam o dano à outrem.

Percebemos que, em sua essência, a Justiça Restaurativa traz no âmbito de suas dinâmicas e dos princípios sobre os quais se consubstancia a rediscussão sobre o que é justiça e como esse valor pode ser traduzido na melhoria da qualidade de vida de cidadãos que convivem norteados por regimentos, resoluções, leis, convenções (normas externas que impõem de cima para baixo o que é certo e errado, sem deixar claro o valor que as embasa) (MUMME; PENIDO, 2014, p. 76).

Cabe mencionar ainda que Paul MacCold e Ted Wachtel num trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia em 2003 no Rio de Janeiro propuseram uma teoria conceptual de justiça a fim de que os cientistas sociais pudessem pôr à prova os conceitos teóricos e sua validade na explicação e prognóstico das práticas de justiça restaurativa.

Os autores acentuam que a simples punição não considera os fatores emocionais e sociais, principalmente os relacionados aos sentimentos provocados na vítima, de modo que é necessário restaurar o trauma emocional provocado nesta, o que é possível com a Justiça Restaurativa, que procura mais reduzir o impacto dos crimes nos cidadãos do que propriamente diminuir a criminalidade.

A ideia, então, é se voltar para o futuro e para restauração dos relacionamentos, ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa. A justiça convencional diz você fez isso e tem que ser castigado! A justiça restaurativa pergunta: o que você pode fazer agora para restaurar isso? (PINTO, 2005, p. 21)

Nesse sentido, indicam três estruturas conceituais distintas, porém relacionadas, pelas quais a Justiça Restaurativa é composta, cada uma delas explicando o como, o por quê e o quem da teoria de Justiça Restaurativa: a Janela da Disciplina Social, o Papel das Partes Interessadas e a Tipologia das Partes Interessadas.

Com relação à Janela de Disciplina Social assim discorrem:

Todos aqueles que têm um cargo de autoridade na sociedade precisam tomar decisões sobre como manter a disciplina social: pais criando filhos, professores em salas de aula, empregadores supervisionando empregados ou profissionais da justiça respondendo a transgressões penais. Até pouco tempo, as sociedades ocidentais vinham utilizando punições, normalmente vistas como a única forma eficiente de disciplinar aqueles que se

comportavam mal ou cometiam crimes (MCCOLD; WACHTEL, 2003, p. 11).

A Janela de Disciplina Social pode ser representada por uma figura, criada pela combinação de dois fatores: o controle, que limita ou influencia os outros e o apoio, que encoraja ou assiste aos outros.

Figura 1: Representa a Janela de Disciplina Social



Fonte: print screen (MCCOLD; WACHTEL, 2003, p. 11)

Com a combinação de um alto apoio (assistência ativa e preocupação com o bem-estar coletivo), baixo apoio (falta de encorajamento e provisão mínima para necessidades físicas e emocionais), alto controle (delimitação clara de limites e imposição diligente de padrões de comportamento) e baixo controle (padrões vagos ou fracos de comportamento e regulamentos permissivos ou inexistentes) pode-se chegar, segundo os autores, a quatro abordagens à regulamentação do comportamento: punitiva, permissiva, negligente e restaurativa (MCCOLD; WACHTEL, 2003, p. 12).

A abordagem punitiva (alto controle e baixo apoio) tem como ponto negativo a estigmatização das pessoas. Já a permissiva (baixo controle e alto apoio), denominada reabilitadora, tende a fazer uma proteção das pessoas com relação às suas ações erradas. No que se refere à abordagem negligente (baixo controle e apoio) afirma-se uma passividade e indiferença.

A Justiça Restaurativa se relaciona com a abordagem restaurativa, porque ao mesmo tempo em que desaprova a conduta, afirma também o valor intrínseco do transgressor:

A essência da justiça restaurativa é a resolução de problemas de forma colaborativa. Práticas restaurativas proporcionam, àqueles que foram prejudicados por um incidente, a oportunidade de reunião para expressar

seus sentimentos, descrever como foram afetados e desenvolver um plano para reparar os danos ou evitar que aconteça de novo. A abordagem restaurativa é reintegradora e permite que o transgressor repare os danos e não seja mais visto como tal (MCCOLD; WACHTEL, 2003, p. 12).

Assim, vislumbra-se, tomando como base as abordagens à regulamentação do comportamento indicadas pelos autores Paul McCold e Ted Wachtel, que o sistema tradicional hoje é o punitivo, tendo em conta que se tem um controle social amplo, com a previsão de inúmeros crimes e um processo de aplicação sem margem para o diálogo entre vítima e ofensor, e que não fornece apoio algum para o transgressor, muitas vezes o rotulando como um ser que não merece o convívio junto à comunidade, de modo que a chance de sua ressocialização é pequena.

Os estabelecimentos prisionais, nesse sentido, acabam também por estender a punição a extremos, uma vez que os presos são tratados como animais, enjaulados, numa quantidade bem superior àquela que respeitaria a dignidade da pessoa humana. Não se tem espaços para a conscientização e nem para a transformação desses indivíduos em efetivos cidadãos. Infelizmente, acabam por saírem piores do que entraram⁸⁴.

Voltando-se à abordagem dos autores, as expressões NADA, PELO, AO e COM resumem as abordagens: no caso da negligente, NADA se faz pelo transgressor, na permissiva tudo se faz PELO transgressor, já na punitiva as reações são AO transgressor, e na restaurativa o transgressor acaba envolvido COM o transgredido e outros interessados.

A segunda estrutura da teoria dos autores é o “Papel das Partes Interessadas”, que relaciona o dano causado pela transgressão às necessidades resultantes do evento à cada parte interessada, diferenciando os mais afetados dos afetados indiretamente, além das respostas restaurativas que tem de ser realizadas a fim de atendê-las.

A figura abaixo apresentada pelos autores retrata bem o papel que cada uma das partes possui:

⁸⁴ Interessante os comentários de Bauman sobre pobreza e incriminação: “A incriminação parece estar emergindo como o principal substituto da sociedade de consumo para o rápido desaparecimento dos dispositivos do estado de bem-estar. O estado de bem-estar, essa resposta ao problema da pobreza numa época em que os pobres eram o “exército de reserva da mão-de-obra” e se esperava que fossem preparados para voltar ao processo produtivo, não é mais, sob essas circunstâncias alteradas, ‘economicamente justificável’ e é, cada vez mais, encarado como um ‘luxo a que não nos podemos dar’”. O ‘problema’ dos pobres é remodelado como a questão da lei e da ordem, e os fundos sociais outrora destinados à recuperação de pessoas temporariamente desempregadas (em termos econômicos, a reacomodação da mão-de-obra) são despejados na construção e modernização tecnológica das prisões ou outros equipamentos punitivos e de vigilância. **A mudança é mais acentuada nos Estados Unidos, onde a população carcerária triplicou entre 1980 e 1993, alcançando em junho de 1994 o total de 1.012.851 (o crescimento médio foi de mais de 65.000 por ano), onde a parcela mais pobre e negra da ‘classe baixa’ constitui aproximadamente a metade dos sentenciados a um ano e mais de prisão, e onde o aumento sistemático de gastos com a polícia e as prisões segue de mãos dadas com os cortes sistemáticos de fundos e auxílios assistenciais”** (BAUMAN, 1998, p. 79).

Figura 2: Representa o papel das partes interessadas

	Dano	Necessidades	Respostas
PARTES INTERESSADAS PRINCIPAIS			
Vítima(s)	direto	específicas	ativas
Transgressor(es)	direto	específicas	ativas
Famílias+	direto	específicas	ativas
PARTES INTERESSADAS SECUNDÁRIAS			
Vizinhos+	indireto	coletivas	dando apoio
Autoridades+	indireto	coletivas	dando apoio

Fonte: print screen (MCCOLD; WACHTEL, 2003, p. 14)

Um dos papéis dos terceiros, segundo Paul McCold e Ted Wachtel, é fortalecer a vítima, permitindo que ela volte a ter seu sentimento de poder pessoal:

Todas as partes principais precisam de uma oportunidade para expressar seus sentimentos e ter uma voz ativa no processo de reparação do dano. As vítimas são prejudicadas pela falta de controle que sentem em consequência da transgressão. Elas precisam readquirir seu sentimento de poder pessoal. Esse fortalecimento é o que transforma as vítimas em sobreviventes. Os transgressores prejudicam seu relacionamento com suas comunidades de assistência ao trair a confiança das mesmas. Para recriar essa confiança eles devem ser fortalecidos para poderem assumir responsabilidade por suas más ações. Suas comunidades de assistência preenchem suas necessidades garantindo que algo será feito sobre o incidente, que tomarão conhecimento do ato errado, que serão tomadas medidas para coibir novas transgressões e que vítimas e transgressores serão reintegrados às suas comunidades (MCCOLD; WACHTEL, 2003, p. 15).

Conforme se depreende da passagem, o diálogo⁸⁵ é instrumento imprescindível do sucesso do procedimento. As partes interessadas, seja as diretas ou indiretas, cada uma desempenha seu papel de promoção da Justiça Restaurativa em prol de uma punição ao transgressor, mas ao mesmo tempo sua reabilitação.

⁸⁵ “Dessa forma, tem-se a reapropriação dos conflitos sociais por outros meios concernentes à valorização (sic) diálogo, da proximidade da vítima com o agressor, com a participação da família, da comunidade e de ONG’s, visando uma atuação em rede, a fim de promover a segurança e a responsabilidade entre os envolvidos diretamente e indiretamente, em situações que envolvam o crime ou violência. Logo, a função da justiça restaurativa não se esgota na esfera judiciária, mas se exerce sempre que a comunidade se reúne para resolver os conflitos sociais em contextos que refletem o cotidiano” (ARAÚJO, 2014, p. 11).

O modo como o procedimento é conduzido produz, assim, uma maior coesão da comunidade, uma vez que o diálogo que ocorre entre todos os interessados tem de buscar, necessariamente, o entendimento mútuo.

A atitude contemporânea que parece prevalecer é a busca de uma estratégia para combinar o “civil” – direitos individuais, com o “cívico” – deveres para com o Estado responsável pelo bem público. Para isso torna-se necessária a presença de um elemento aglutinador: o *sentimento de pertencimento* a uma comunidade, a uma identidade coletiva, a uma cidade, a uma nação. Esse sentimento constrói-se através de uma educação para a civilidade, resgatando o espírito público que se perdeu na sociedade de mercado. Este espírito público, esta atmosfera de convivência de pessoas livres, precisa ser internalizado com os princípios democráticos, assumindo-os e vivenciando-os na prática concreta da vida em sociedade; afinal, a democracia não é algo pronto, acabado: é uma construção! **A Justiça Restaurativa pode ser um caminho para formar sujeitos de direito capazes de assumir responsabilidades no mundo político, portanto, público.** (grifos nossos) (AMES, 2014, p. 754).

E é por conta disso que se fala na criação de uma capacidade de emancipação social da comunidade e de seus indivíduos, tendo em conta que pela busca delas pela solução do conflito, sem que fiquem inertes, acabam por conhecer melhor a comunidade e formas de trazer mais coesão e pacificidade.

Desse modo, Paul MacCold e Ted Watchtel apresentam a terceira estrutura de sua teoria, que é a tipologia das práticas restaurativas. Para exemplificá-la, eles fazem uso da figura abaixo:

Figura 3: Representa a Tipologia das Práticas Restaurativas.



Fonte: print screen (MCCOLD; WACHTEL, 2003, p. 15)

A figura pode ser explicada da seguinte maneira: de acordo com a participação de cada uma das partes interessadas na Justiça Restaurativa, quais sejam vítima, transgressores e comunidades de assistência, tem-se um procedimento totalmente restaurativo, na maior parte restaurativo ou parcialmente restaurativo. Quando apenas a vítima e o transgressor participam, tem-se um procedimento na maior parte restaurativo, já no caso de apenas um dos grupos de interessados principais participam (como no caso de uma compensação financeira do governo às vítimas), o processo pode ser chamado de parcialmente restaurativo. “O compartilhamento de emoções necessário para atingir os objetivos de todos os que foram diretamente afetados não pode ocorrer através de participação unilateral. O mais restaurativo dos processos requer a participação ativa dos três grupos” (MCCOLD; WACHTEL, 2003, p. 16).

Depreende-se, assim, que quanto maior o diálogo e a participação⁸⁶, mais o procedimento é restaurativo e mais as chances de êxito. Amplia-se, dessa forma, o eixo pelo qual a solução do fato é dada.

Com relação aos modelos básicos de Justiça Restaurativa, podem ser apresentados três: o modelo de conferências familiares (Nova Zelândia e Austrália), o modelo de círculos e o de mediação vítima-ofensor (EUA, Inglaterra, Áustria, Finlândia e Noruega).

No modelo de conferências familiares, originário da Nova Zelândia⁸⁷, o procedimento é dirigido aos jovens que estejam envolvidos em delitos graves, sendo de fundamental importância a participação da família. O grupo participante é formado por: jovem infrator e sua família; vítima e sua família; a polícia, um advogado e um representante do Estado, que normalmente faz o papel do facilitador.

Acolhidos os participantes, o facilitador cede a palavra ao policial, que apresentará o relato dos fatos. Infrator e vítima são ouvidos, seguidos da manifestação dos respectivos acompanhantes. Segue-se um momento em que o infrator e seus familiares se retiram para elaborar, de forma reservada, uma proposta de solução. Após, retornam e apresentam essa proposta na presença

⁸⁶ “A justiça restaurativa é (sic) luz no fim do túnel da angústia de nosso tempo, tanto diante da ineficácia do sistema de justiça criminal como a ameaça de modelos de desconstrução dos direitos humanos, como a *tolerância zero* e representa, também, a renovação da esperança. E promoverá a democracia participativa na área de Justiça Criminal, uma vez que a vítima, o infrator e a comunidade se apropriam de significativa parte do processo decisório, na busca compartilhada de cura e transformação, mediante uma recontextualização construtiva do conflito, numa vivência restauradora” (PINTO, 2005, p. 21).

⁸⁷ “A Nova Zelândia, por exemplo, desde 1989 adota a Justiça Restaurativa (nos tribunais e também nas escolas, substituindo as punições disciplinares), adaptada a partir de modos de resolução de conflitos de sua comunidade aborígene, os maoris, tornando-a o modo oficial e geral de resposta a atos infracionais cometidos por adolescentes. Lá, como aqui, havia grupos étnicos que eram mais encarcerados que os demais. Os maoris, minoria populacional, socialmente discriminada e privada de acesso equitativo a direitos, eram “outros” em relação a um certo grupo dominante. Foi justamente visando criar modelos mais democráticos e justos, que se buscou superar um modelo tradicional de julgamento, à la inglesa, para implementar um modelo participativo, atento às diversidades culturais e sociais e não excludente” (EDNIR, 2008, p. 11).

da vítima e dos demais participantes, objetivando sua concordância. Ao fim o policial também se manifesta sobre a adequação da proposta do ponto de vista legal. Na Nova Zelândia desde 1989 esses processos restaurativos são aplicados na Justiça Juvenil. Desde 2002, foi prevista também a aplicação, em caráter optativo, de processos restaurativos na Justiça Criminal (CAPACITAÇÃO..., 2014, p. 8).

Esse modelo das conferências familiares tem um aspecto dialógico muito forte, tendo em conta que, analisando seu procedimento, verifica-se que além de uma comunicação entre cada um dos lados (se é que se possa dizer que existam lados), quando em conferência, o mecanismo principal de resolução do conflito é a conversa, o entendimento, a restauração daquilo que foi destruído e abalado com a prática da conduta.

O segundo modelo indicado, o de círculos de resolução de conflitos desenvolvido no Canadá tem como origem tradições indígenas norte-americanas e canadenses, que se caracterizava pela reunião da comunidade para se manifestar e propor soluções para o problema.

A principal característica desses encontros está em que a palavra é colocada à disposição dos presentes, de forma sequencial e rotativa. Coloca-se em circulação entre os presentes um objeto (“bastão falador”), que passa de mão em mãos, e cuja posse autoriza o portador a fazer uso da palavra – único momento em que cada pessoa poderá se manifestar, exceção feita apenas ao coordenador do encontro. A cada rodada, os participantes são convidados a manifestarem-se a respeito de um tema diferente. É comum essas etapas aparecerem relacionadas aos quadrantes do círculo, por sua vez indicando etapas rituais de um processo simbólico de transformação (CAPACITAÇÃO, 2014, p. 9).

Esse procedimento tem como foco uma ampliação da participação dos cidadãos na administração da justiça, principalmente quando envolvem casos de jovens indígenas. Se já houver um processo em andamento referente ao caso ele é suspenso até que a questão seja resolvida pelos círculos de resolução de conflitos, que podem efetivamente produzir um acordo e no caso de não o for possível, as contribuições do encontro poderão ser usadas no processo tradicional.

O terceiro modelo básico provém da experiência dos Estados Unidos da América, Inglaterra, Áustria, Finlândia e Noruega. É denominada mediação vítima-ofensor, que envolve encontros principalmente entre a vítima e o ofensor, sob a orientação de um facilitador cujo objetivo é chegar a um consenso sobre a reparação do dano.

Percebe-se, desse modo, que estes três modelos indicados têm como ponto central o diálogo e a mediação. Na busca pela reparação do dano e retribuição do mal causado pelo fato, o entendimento mútuo e a compreensão são os principais instrumentos utilizados,

promovendo-se não somente uma punição e reparação, mas também uma educação em direitos e civilidade.

Os benefícios em relação ao processo tradicional são grandes, tanto com relação a um melhor tratamento da vítima, como também na questão da reinserção e ressocialização do ofensor, uma vez que ele passa a ser um participante ativo do procedimento que conduzirá a sua punição. O agente desestabilizador da paz social passa, assim, a ter uma melhor compreensão da gravidade e consequências de sua conduta, sendo importante a questão da multidisciplinariedade do procedimento, uma vez que diversos segmentos do conhecimento cada um à sua maneira contribuirá para o êxito da Justiça Restaurativa. Exemplo disso é a participação de setores da psicologia, que podem contribuir de maneira significativa numa melhor compreensão das causas e possíveis meios de evitar que novos fatos como os praticados voltem a acontecer.

No Brasil, o procedimento utilizado em geral contempla um conjunto de ações, que podem ser divididas em três eixos. O primeiro é o da formação dos procedimentos restaurativos por parte dos facilitadores, de forma que eles tenham conhecimento para sua utilização tanto preventiva quanto resolutiva, em qualquer ambiente. O segundo eixo foca a mudança institucional, que também envolve a formação de facilitadores, mas que tem um aspecto mais amplo, porque estes devem fazer com a cultura da instituição onde a Justiça Restaurativa ocorra tenha um ambiente propício para o seu desenvolvimento, “ (...) a fim de que a própria estrutura e cultura reinante (invariavelmente hierárquica e excludente) não retroalimente a situação de violência, bem como não manipule os procedimentos restaurativos para manter as relações de poder na instituição; e, ainda, para que a proposta não seja esvaziada e extinta” (MUMME; PENIDO, 2014, p. 77).

Por fim, o terceiro eixo é aquele que se ocupa da criação e fortalecimento da “Rede de Apoio”:

(...) a articulação entre as ‘entidades de atendimento’ local ou regional à proposta de implementação, estabelecendo fluxos e procedimentos que respondam às violações aos direitos fundamentais detectadas nos procedimentos restaurativos, viabilizando encaminhamentos efetivos que deem conta das necessidades desveladas nos referidos procedimentos (sejam das vítimas, dos ofensores ou da comunidade, etc.) (MUMME; PENIDO, 2014, p. 77).

Nesse sentido, o Brasil iniciou suas experiências em Justiça Restaurativa em 2005, nas cidades de Porto Alegre, São Caetano do Sul e Brasília, sendo os projetos pilotos financiados pelo Estado, por intermédio do Ministério da Justiça. Apesar das experiências em geral terem se iniciado em 2005, o “Caso Zero” é datado de 04 de julho de 2002, quando foi

feita uma experiência de aplicação de seus preceitos na 3ª Vara do Juizado Regional da Infância e Juventude de Porto Alegre, num caso envolvendo dois adolescentes. As experiências, desde então, se desenvolveram em escolas, no Judiciário e mais recentemente nas comunidades.

No Estado de Minas Gerais foi lançado em 2012 o “Projeto Básico de Implementação de Justiça Restaurativa no Município de Belo Horizonte”, que será executado no âmbito da Secretaria de Estado de Defesa Social e da Coordenadoria Especial de Prevenção à Criminalidade na Comarca de Belo Horizonte/MG. Tem como foco a promoção de espaços de colaboração das partes envolvidas com o fato delituoso e da comunidade, de maneira a se envolverem na construção de uma resolução pacífica de conflitos junto ao Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte.

Percebe-se, assim, que não são todos os crimes que o projeto contempla, mas apenas aqueles de menor potencial ofensivo. Ressalte-se que na Lei nº 9099/95 há princípios e procedimentos que se assemelham em parte aos da Justiça Restaurativa. Exemplo disso é a orientação baseada nos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade e busca, sempre que possível, da conciliação e transação (art. 2º), além da possibilidade de composição civil dos danos (art. 70).

Cumpre destacar que essa gama de conflituosidades que chegam às portas do Juizado Especial Criminal, embora consideradas de menor potencial ofensivo, possuem na sua origem um contexto que se, desconsiderados de seu histórico, do envolvimento emocional dos envolvidos, conflitos anteriores, aspectos pessoais, sociais e comunitários, podem se repetir, mesmo que uma resposta judicial já tenha sido dada (PROJETO..., 2014, p. 6).

Nesse diapasão, nos conflitos que envolvem delitos de menor potencial ofensivo sua repercussão não fica restrita apenas às partes, de maneira que a sua denominação acaba por levantar um paradoxo: sua lesividade é considerada diminuta, mas seus efeitos transcendem a pequenez.

Quanto ao projeto do TJMG, em 2011 foi publicada a Portaria-Conjunta de nº 221, que “implanta o projeto piloto de Justiça Restaurativa” na Comarca de Belo Horizonte, abrangendo crimes de menor potencial ofensivo abrangidos pela Lei nº 9.099/95 e atos infracionais (Estatuto da Criança e do Adolescente). Ademais, foi assinado um Termo de Cooperação Técnica celebrado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais com o Governo mineiro, o Ministério Público estadual e a Prefeitura de Belo Horizonte.

O referido projeto indica como atores envolvidos, conforme o Termo de Cooperação Técnica assinado, o Governo do Estado de Minas Gerais (Secretaria de Estado de

Defesa Social), o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o Ministério Público de Minas Gerais e a Defensoria Pública de Minas Gerais (PROJETO..., 2014, p. 11). Vislumbra-se, assim, que não há citação, dentre os atores envolvidos, da comunidade, do ofendido e da vítima, o que deixa o projeto com uma faceta muito institucional, afastada da comunidade.

Ao lado da Justiça Restaurativa, o Estado de Minas Gerais também desenvolve, através de um termo de parceria com uma Organização Social de Interesse Público (OSCIP), a denominada mediação de conflitos, que é um método de resolução de conflitos, que desenvolve “(...) instrumentos para a minimização de riscos sociais, em busca da redução das vulnerabilidades e do enfrentamento às violências, trabalho este que vem sendo implementado nas regiões em altas taxas de criminalidade violenta do Estado de Minas Gerais” (COMISSÃO..., 2011, p. 13).

A participação do Instituto Elo na consecução dessa política pública vem ao encontro com a atual conjuntura de procura de maior participação ativa dos cidadãos e de uma democratização mais firme do Estado. O referido Instituto foi criado em 2005, tendo recebido a qualificação de OSCIP pelo Governo Federal em 2006. “Foi fundado por profissionais com experiência na área de desenvolvimento social e atualmente reúne uma equipe interdisciplinar que constrói, desenvolve e gerencia projetos com propósito de contribuir para a construção de elos de autonomia e inclusão dos sujeitos das comunidades envolvidas” (O INSTITUTO..., 2014).

O Programa Mediação de Conflitos levado a cabo pelo Instituto Elo visa “prevenir fatores de riscos e conflitos potenciais e/ou concretos, evitando que estes sejam propulsores de ações violentas e delituosas entre os participantes envolvidos” (COMISSÃO..., 2011, p. 14). Usa-se, portanto, princípios da Justiça Restaurativa, tendo em conta a consideração de que os efeitos de um fato delituoso podem se expandir provocando mais danos, além de considerar as causas sociais de sua origem. No caso do referido programa, faz-se o caminho antecipado: resolve-se o problema antes de que ele possa eventualmente ocasionar um crime.

O referido procedimento visa proporcionar, além do diálogo, da cooperação, da restauração de relações, da responsabilização, três pontos primordiais dentro de uma cultura de acesso à justiça amplo, que são a emancipação, o empoderamento e a autonomia.

A emancipação segundo Miracy Gustin é a:

Capacidade de permanente reavaliação das estruturas sociais, políticas, culturais e econômicas do seu entorno, com o propósito de ampliação das condições jurídico-democráticas de sua comunidade e de aprofundamento da organização e do associativismo como objetivo de efetivação das condições políticas elas mudanças essenciais na vida dessa sociedade para a sua

inclusão efetiva no contexto social mais abrangente (GUSTIN, 2005, p. 198).

É, assim, a capacidade de os próprios membros da comunidade poderem solucionar seus problemas, de entenderem quais são as necessidades locais e o melhor modo de chegar a uma solução, minimizando eventuais danos sociais e econômicos.

Já o empoderamento é o processo pelo qual o indivíduo toma o poder de suas próprias decisões, de modo a gerar um pensamento crítico sobre a realidade social. “O empoderamento comunitário se direciona ao desenvolvimento da capacitação de grupos desfavorecidos para articulação de interesses e participação comunitária, visando à conquista plena dos direitos da cidadania, a defesa de seus direitos e à influência em ações de Estado” (BAQUERO; BAQUERO, 2007, p. 141).

Já a autonomia é a capacidade do indivíduo de fazer suas próprias escolhas, de formular seus objetivos de acordo com as suas convicções e dessa forma traçar quais são as estratégias mais adequadas para atingi-los.

Dessa forma, o processo empreendido pelo Programa Mediação de Conflitos se adequa àquilo que este trabalho propõe, já que une um meio de solução de conflitos dialógico, e que consegue empreender na comunidade uma emancipação, uma autonomia e uma capacidade crítica que os meios tradicionais não o permitem.

Além disso, visa-se no Programa Mediação de Conflitos empreender um projeto único para cada comunidade, ressaltando-se as diferenças socioculturais e permitindo uma maior mobilização e resultados mais efetivos:

O Programa Mediação de Conflitos, implementado nas comunidades como vilas, favelas, aglomerados e bairros periféricos, compreende que a participação comunitária acontece de maneira singular, demonstrando, sobretudo, as formas de organização do capital social local. **Assim, o capital social preexistente em cada comunidade deverá ser reconhecido por meio da concepção específica de sua formação, dadas as variações de cada realidade.** Nesse sentido, sabemos que existem diversas fontes de verificação da constituição de capital social, desde ações que circunscrevem um âmbito mais individual até as ações coletivas. Portanto, para a identificação desse elemento, é necessário conhecer e identificar os grupos representativos em cada região, realizando o Diagnóstico Organizacional Comunitário. O PMC, de forma geral, visa favorecer a mobilização e o fortalecimento desses grupos por meio de pesquisas, diagnósticos e pelas relações constituídas em cada realidade, provocando reflexões sobre a participação comunitária e a diminuição dos dilemas da ação coletiva (grifos nossos) (COMISSÃO..., 2011, p. 26).

Interessante, assim, a concepção que é feita sobre capital social, de modo que para Miracy Gustin, significa “(...) a existência de relações de solidariedade e confiabilidade entre

indivíduos, grupos e coletivos, inclusive a capacidade de mobilização e organização comunitárias, traduzindo um senso de responsabilidade da própria população sobre seus rumos e sobre a inserção de cada um no todo” (GUSTIN, 2005, p. 198). A solidariedade da comunidade é acentuada e difundida com a expansão do programa.

A atuação institucional perpassa, para além da estrutura física, o fornecimento de uma equipe de profissionais, de diversas áreas, que tem um papel de facilitação e articulação, “(...) procurando valorizar as potencialidades locais e levando os envolvidos a refletir sobre a resolução das demandas, qualquer que seja ela a partir de buscas e saídas criativas e adequadas aos dilemas apresentados” (COMISSÃO..., 2011, p. 26).

O Programa Mediação de Conflitos possui tanto um atendimento individual, quanto um atendimento coletivo, além de um eixo de projetos temáticos em que são propostas ações comunitárias que pretendem envolver certo número de famílias ou grupos, a fim de que questões específicas sejam trabalhadas.

Quando a mediação não ocorre, seja no procedimento individual ou coletivo, é feita a orientação às partes, de maneira que saem mais informadas a respeito de seus direitos e deveres, compreendendo meios de emancipação e autonomia.

Percebe-se, portanto, que o Programa Mediação de Conflitos segue a linha da Justiça Restaurativa, no sentido de promover um entendimento sobre o fato delituoso. Quanto ao primeiro, ele antecipa eventuais delitos de forma a solucionar um conflito comunitário que poderia ocasioná-lo. Já a segunda, ocorre posteriormente à ocorrência do fato delituoso, intentando evitar que efeitos ainda mais nefastos ocorram, sendo que ambos os procedimentos são capazes de proporcionar emancipação, cidadania e principalmente acesso à justiça.

Dessa forma, a Justiça Restaurativa segue uma metodologia que promove de forma efetiva um acesso à justiça amplo. Explora-se o conflito gerado pela conduta criminosa de maneira a torná-lo positivo, como um fator de aprendizado:

Mais do que retribuir ou restaurar, a centralidade desta discussão reside no fato de acolher o conflito como algo positivo, em que as pessoas envolvidas em um fato conflituoso, que é inerente à vida cotidiana, seja resolvido por elas mesmas. Para isso, as pessoas precisam ser educadas para essa nova cultura, bem como os profissionais envolvidos nesse processo (AMES, 2014, p. 753).

A Justiça Restaurativa tem, então, a importante função de tornar a característica relacional do ser humano um ponto positivo, de aprendizado, de cidadania, e não simplesmente um fator desencadeador de conflitos. É a construção da consciência da sua

responsabilidade pelo sujeito, de maneira a tornar as relações comunitárias respeitosas e fraternas.

3.3. A Mediação Comunitária

A Justiça Comunitária (ou Mediação Comunitária) e a Justiça Restaurativa são experiências que usam dos princípios adotados neste trabalho, quais sejam: uma cultura de pacificação dialógica com emancipação social.

No presente tópico será debatida a Mediação Comunitária. Esta baseia-se na pacificação de conflitos realizada em contextos de comunidades, principalmente aquelas afetadas por problemas sociais, como a pobreza. O uso de técnicas de mediação serve não somente para restaurar eventuais conflitos ocorrentes entre seus membros, como produz resultados nos campos da democracia e cidadania.

A emancipação social e individual gerada é de grande relevo, isso porque a preparação da comunidade e de indivíduos específicos para desenvolverem a prática leva-os a um melhor entendimento de direitos, resultando em uma despatriarcalização com relação ao Estado, no sentido de que não mais ficam dependentes de políticas sociais para conhecerem seus direitos e modos de reivindicá-los, sendo emancipados a os procurarem e se desenvolverem socialmente. Acaba, portanto, formando cidadãos mais ativos.

O conflito é visto, pois, não apenas como algo necessariamente ruim ou negativo, mas sim como uma oportunidade de crescimento social e pessoal, a fim e que eles sejam superados de uma maneira criativa e solidária.

A enfática defesa da mediação, nestes termos, se assenta na possibilidade que ela representa a um só tempo de educar informar e favorecer a tomada de decisão pelos próprios interessados a intervenção do terceiro (mediador) tem feição facilitadora, informativa, mas não decisória, diferentemente da conciliação e da arbitragem, que são mecanismos pelos quais o terceiro (conciliador ou árbitro) apresenta solução e decide, estando estas, assim, mais próximas da lógica judicial (LEONELLI; MESQUITA, 2004, p. 82).

A Justiça Comunitária representa, igualmente, uma esfera de crescimento do poder da sociedade civil: o poder de dizer o direito, de produzir uma norma jurídica concreta passa a ser atribuição também dela. Representa, portanto, a manifestação do pluralismo jurídico.

Outro dos valores da Justiça Comunitária, principalmente quando instaladas em comunidades carentes e marginalizadas, consiste na superação de certas deficiências históricas, fruto da formação colonial brasileira:

Portugal não tencionava trazer justiça ao povo ou mesmo prestar os serviços mais elementares à sua colônia. Essa desvinculação entre Estado e a população é um tema constante na História brasileira. O direito que existia era dos coronéis, as leis da elite agrária, que eram basicamente uma forma do Direito consuetudinário português do século XVI [...] ‘A estrutura do Estado era fundamentalmente neofeudal e patrimonial, com o poder, de fato, nas mãos das grandes famílias de fazendeiros’. A maior parte da população não tinha voz no governo nem Direitos pessoais. Eram escravos, objetos de comércio. Havia um sistema de repressão constante que somente podia ser sustentado porque a classe dominante, através de seus vínculos comerciais com a Europa, podia manter a força militar e comprar as armas necessárias para controlar a população. No Brasil, ocorreram numerosas rebeliões de escravos, porém o Estado pode sempre eliminá-las, ao menos nas cidades e nas áreas de plantação. Entretanto, o que realmente ocorreu foi uma fuga constante de escravos das fazendas para o interior, onde criaram pequenas comunidades africanas – os quilombos -, ou misturaram-se aos indígenas, ou mesmo aos mulatos, descendentes de portugueses e escravos africanos. Ao longo dos séculos, grandes áreas do Brasil Central foram povoadas com estas pequenas comunidades rurais, em grande parte excluídas das leis das cidades e das economias nacional e internacional (SCHIRLEY, 1987, p. 80-81).

O desenvolvimento da Justiça Comunitária nestes lugares ajuda a superar uma história de subdesenvolvimento e dependência, além da própria ausência do Estado no desenvolvimento de políticas públicas.

José Geraldo de Sousa Júnior fala da questão do poder popular:

Quando se acentua a questão do poder popular, o que se está postulando são as condições e o nível de organização das massas, ou seja, a sua capacidade de autoexercitar a participação e de ser o agente determinante ativo e soberano no encaminhamento de seus interesses e do seu próprio destino. Trata-se, não apenas de definir o maior ou menor grau de exercício direto ou o tipo de instituições representativas, mas, estabelecer formas reais através das quais o povo concretiza e subordina uma efetiva direção do processo histórico de articulação do poder (SOUSA JUNIOR, 1984, p. 136).

O autor aborda, em obra posterior, o denominado “direito achado na rua”, a que alude “a uma concepção de Direito que emerge, transformadora, dos espaços públicos – a rua – onde se dá a formação de sociabilidades reinventadas que permitem abrir a consciência de novos sujeitos para uma cultura de cidadania e de participação democrática” (SOUSA JUNIOR, 2008, p.277).

Essa atuação mais participativa da sociedade civil em seu âmbito mais carente de recursos financeiros e sociais, pode diminuir aquela distância que existe entre ela e o restante da sociedade.

Porque é dominante, a burguesia monopolista internacional e seus aliados locais detém o sistema jurídico e político do Estado e os processos de direção e dominação ideológica e determina as diretrizes gerais da política

de controle social, como sistema de defesa social do próprio capital (SOUSA JUNIOR, 1984, p. 147).

Sem querer entrar nessa discussão se existe ou não uma luta de classes e que o Direito pode ser um dos mecanismos de poder de uma classe dominante sobre a outra, o que se pode entender da passagem de José Geraldo de Sousa Júnior é que há a necessidade de uma participação mais ativa de indivíduos que historicamente foram relegados a uma situação de subordinação, que são aqueles que possuem menos poder financeiro e, principalmente, menos informação.

Esses espaços democráticos e de cidadania criados pela Justiça Comunitária são manifestações de uma necessidade, advinda “da rua”, da própria população que reivindica um espaço de maior atuação dentro da sociedade. Em discussões anteriores neste trabalho, na parte que se tratou do pluralismo jurídico já se indicava: quando o Estado se queda ausente, há uma normatividade que vai surgindo da própria sociedade, que começa a ganhar espaço e cabe ao Estado, se quiser manter o monopólio da produção jurídica, se intrometer nestes espaços passando a ter uma maior regulação.

Neste sentido, a regulação do Estado seria a sua participação no próprio desenvolvimento da Justiça Comunitária, sendo uma atuação mais amena, apenas proporcionando os subsídios necessários ao seu desenvolvimento.

Em termos de pluralismo jurídico, para Boaventura de Sousa Santos uma pluralidade normativa pode ter diversas fundamentações: 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 especificado conflito de classes numa área determinada da reprodução social” (SANTOS, 1987).

O autor estudou uma favela do Rio de Janeiro, resultando em uma tese de doutorado apresentada à Universidade de Yale nos Estados Unidos na década em 1970. Para tanto, ele residiu por um tempo na localidade e acompanhou a rotina dos moradores, principalmente das reuniões das associações de moradores, que muito se assemelhavam a um tribunal.

Eu passei a prestar atenção tanto em prevenção de disputas quanto em solução de disputas, já que a maneira que as pessoas previnem disputas é relacionada às maneiras nas quais as disputas são solucionadas quando elas ocorrem. Enquanto eu concentrava minha pesquisa nos mecanismos de prevenção de disputas e solução de disputas com a Associação de Moradores de Pasárgada eu vim a perceber que esses mecanismos e seu ambiente

institucional forma um sistema legal não oficial o qual eu chamei de direito de Pasárgada (SANTOS, 1977, p. 7).

Sinteticamente, ele afirmou em seu estudo que a autonomia da favela decorria da origem de sua formação, qual seja, a de uma delimitação territorial que não observava o ordenamento jurídico brasileiro vigente. Este fato condicionava o relacionamento estrutural entre a comunidade enquanto tal e o aparato jurídico vigente:

No caso específico de Pasárgada, 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 Pasárgada 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 Pasárgada** (grifos nossos) (SANTOS, 1987, p. 2).

Boaventura de Sousa Santos afirma que a relação entre esses dois Direitos não é simples, devendo ser feita uma análise complexa, que no entanto, permite afirmar uma certa dependência do Direito de Pasárgada para o Direito Oficial (SANTOS, 1987, p. 8).

E não somente havia em Pasárgada um distanciamento com relação à polícia: os tribunais também não eram utilizados pelos moradores para solução dos conflitos.

Para além da polícia (ou em complemento da ação desta), os tribunais constituem o outro mecanismo oficial de ordenação e controle social a que os habitantes de Pasárgada poderiam, em teoria, recorrer para prevenir ou resolver conflitos internos de natureza jurídica. Tal recurso estava, no entanto, igualmente vedado e várias são as razões apontadas pelos moradores mais velhos para tal fato (SANTOS, 1987, p. 8)

Dentre as razões estavam: a) o distanciamento dos advogados e juízes com relação ao atendimento dos interesses das camadas mais pobres; b) o custo dos serviços profissionais dos advogados; c) a ilegalidade de suas situações faziam com que entendessem que a busca pelos tribunais seria não só inútil como também perigosa (SANTOS, 1987, p. 9).

Nesse diapasão, observa-se que na ausência do Estado surge um direito alternativo que concorre com ele, mas que ao mesmo tempo a ele se subordina. Esta subordinação está relacionada a diversos fatores, como: a) a utilização do Direito Oficial como uma base; b) a dificuldade de se valer de meios de fazer os membros da comunidade cumprirem suas regras.

O direito de Pasárgada é um direito paralelo não oficial, cobrindo uma interação jurídica muito intensa à margem do sistema jurídico estatal (o direito do asfalto, como lhe chamam os moradores das favelas, por ser o direito que vigora apenas nas zonas urbanizadas e, portanto, com pavimentos asfaltados (SANTOS, 1988, p. 14).

Assim, com a ausência de serviços públicos básicos em virtude da omissão do Estado, Pasárgada, segundo Boaventura de Sousa Santos, passa a ter certas formas de resolução de conflitos e policiamento paralelos ao fornecido pelo Estado.

A forma de solução de conflitos realizada na comunidade de Pasárgada utiliza muito da retórica e da oralidade, tendo em conta inclusive a ausência de conhecimento por parte das partes e julgadores acerca de um *modus operandi* do procedimento legal (SANTOS, 1977, p. 41).

Pode-se indicar como exemplo dessa criação comunitária de um Direito as favelas do Rio de Janeiro, assim como o fez Boaventura de Sousa Santos. O próprio Estado em suas ações trata esses locais como exceções à presença de regras, onde tudo poderia ser feito à margem da lei: “(...) quando o tema é favela, parece-me que em nosso Estado tudo é permitido, como se pudesse existir locais onde a exceção é regra e esta não carece de autorização judicial e previsão legal” (LOMBA, 2014).

As favelas são, assim, um território onde o Estado se queda ausente e quando promove sua atuação o faz de maneira a violar o Direito⁸⁸. Ana Paula Lomba faz um alerta:

Nunca é demais lembrar que foi em nome da defesa da ordem pública que centenas de “subversivos”, nominados inimigos públicos à época da ditadura militar, foram torturados e mortos. Não há exagero algum na comparação, pois, para muitos, a ameaça da modernidade é a criminalidade que vem da periferia, materializada naqueles jovens pobres acusados de se associarem para comercializar drogas ilícitas, tendo chegado ao lamentável absurdo de receber o rótulo de crime organizado. E na guerra contra o crime vale tudo. Este discurso de defesa social que elege inimigos públicos, verdadeiras encarnações do mal, legitimando ações policiais dissociadas do que prevê a própria lei é uma perigosa armadilha: não existe defesa social, tampouco clamor público, que possa legitimar a ilegalidade. Vale relembrar que o AI5 foi instituído justamente para preservar a ordem e a segurança, em nome da defesa social pretensamente comprometida por um processo subversivo revolucionário (LOMBA, 2014).

Desse modo, os integrantes da comunidade acabam por se sentirem mais seguros com o referencial jurídico que eles próprios criaram, é o surgimento de um direito provindo da própria comunidade. Boaventura de Sousa Santos acentua esse aspecto do receio para com a legalidade oficial quando fala da relação da população de Pasárgada com a Polícia:

A Polícia não tinha delegacias em Pasárgada e, mesmo se as tivesse, é improvável que fossem solicitadas pela população para intervir em casos de

⁸⁸ Segundo Zygmunt Bauman: “Operações policiais, expedições militares, ‘pacificação’ a longo de áreas incômodas são questões dispendiosas, que o contribuinte próspero está tanto menos inclinado a financiar quanto mais distantes de sua casa (e, portanto, menos relevantes para seu próprio bem-estar) elas pareçam ser. A tarefa de manter acuados os ‘pobres globais’ é, assim, a alegação mais adequada para essa desregulamentação, privatização e comercialização da atividade punitiva e de vigilância, que é ainda aplicada apenas fria e cautelosamente no sistema carcerário interno” (1998, p.80).

conflito, e as delegacias policiais nas áreas urbanizadas próximas também não eram chamadas a agir. Quando se pergunta aos moradores mais antigos as razões porque eles não usavam os serviços da Polícia, eles primeiro riem pela surpresa que lhes causa tal pergunta - tão óbvio é a resposta - depois fazem um esforço para expressar o óbvio. Desde os primórdios da ocupação do morro, a comunidade "entendeu" que estava numa contínua luta com a Polícia. Antes de os terrenos de Pasárgada passarem para o domínio público, várias foram as tentativas empreendidas pela Polícia para expulsar em massa os moradores. E mesmo depois disso, a sobrevivência da comunidade nunca esteve garantida, uma vez que se conheciam casos de remoção de favelas construídas em terrenos do Estado. Chamar a Polícia aumentaria a visibilidade de Pasárgada como comunidade ilegal e poderia eventualmente criar pretextos para remoção. Outros fatores contribuíram ainda para que a Polícia fosse vista como um inimigo pelos moradores de Pasárgada. Criminosos, suspeitos, vagabundos e em geral "maus elementos" eram considerados pela Polícia como formando uma considerável proporção da população de Pasárgada (SANTOS, 1987, p. 5).

Esse distanciamento, conforme verifica-se da passagem, está fundado muito no receio de que situações regulares perante o Direito comunitário se percam em virtude de não se adequarem ao Direito Oficial. Além disso, esses indivíduos são marginalizados por grande parte da população, o que gera um enclausuramento dos moradores desses locais.

Verifica-se, assim, que há uma demanda das pessoas por conhecimento, principalmente de direitos humanos e métodos restaurativos de conflitos, sendo papel do Estado proporcionar meios de que os indivíduos consigam ter a capacitação necessárias para poderem utilizar o conhecimento em prol destes objetivos⁸⁹. A função do Estado, nesse caso, é a mais promocional do que patriarcal, tendo em conta que não entregaria uma prestação aos indivíduos sem que lhes dele fosse exigido uma contrapartida. Esta, no caso, é o próprio querer adquirir conhecimento crítico, além do que os resultados da ação dependeriam, em grande parte, da ação decisiva dos próprios integrantes da comunidade.

As pessoas são sujeitos ativos no procedimento de construção das normas/decisões que serão por ela seguidas. Desse modo, possibilita-se por meio da participação, o empoderamento, ou seja, '[...] a busca pela restauração do senso de valor e poder da parte para que esta esteja apta a melhor dirimir futuros conflitos' e a emancipação dos indivíduos, que exercem '[...] sua capacidade de autonomia crítica e de interação dialógica para o julgamento da questão'. Pessoas outrora afastadas dos serviços judiciários conseguem não só o acesso ao direito, mas a participação na construção do mesmo. Nessa perspectiva, tem-se a mediação como propulsora da cidadania e inclusão social. Desperta-se nos indivíduos o cidadão, capaz de intervir/atuar na realidade, e assim, ter acesso/ser incluído na sociedade (DIAS, 2010, p. 54).

⁸⁹ "Pela mediação a comunidade aprende a lidar com técnicas de comunicação construtiva e de relações interpessoais, absolutamente necessárias ao aprimoramento das suas ações quer em relação ao conflito, quer no tocante à emancipação e desenvolvimento sociais" (VASCONCELOS, 2008, p. 111).

As partes deste processo de mediação comunitária são a comunidade e o Estado, com destaque para o fato de que, conforme já acentuado, os grandes protagonistas do processo são as próprias partes envolvidas, ou seja, a própria comunidade. O aparato estatal participa nos seguintes pontos: a) formação dos envolvidos, através de um processo de aprendizagem principalmente de líderes comunitários, sendo que estes sim ajudarão no aprendizado dos demais; b) fornecimento da estrutura física necessária para a consecução dos objetivos.

Boaventura de Sousa Santos acentua o aspecto de participação do Poder Judiciário na implementação desta experiência:

A experiência de justiça comunitária no Brasil está relacionada com o impulso dos tribunais de justiça estaduais em capacitar os membros das localidades mais pobres a prestar a orientação jurídica e dar solução a problemas que não poderiam ser solucionados devidamente no judiciário ou por não se adequarem às exigências formais/probatórias do juízo ou porque na justiça oficial não obteriam uma pronta resposta. A mediação é o meio de solução de conflitos do qual o projeto lança mão. A formação do agente comunitário é contínua, conjugando um período de formação teórica inicial com a prática dos casos que aparecem no cotidiano. Para tanto, os agentes contam com uma assessoria jurídica que os orienta para a solução dos casos apresentados (SANTOS, 2008, p. 52).

Existe, desse modo, uma busca pela capacitação de voluntários do próprio grupo, pelo fato de que além de conhecerem melhor as deficiências e necessidades locais, passam mais confiança para os comunitários, em determinados aspectos, que uma autoridade estatal. “Nesse sentido, embora imparciais em relação ao interesse dos participantes, integram a ecologia local, o que os torna aptos a identificar quais são os valores relevantes para a construção da solução” (MINISTÉRIO..., 2008, p. 58).

Carlos Eduardo Vasconcelos, quando discorre a respeito do programa denominado “Núcleos de Mediação Comunitária”, desenvolvido no âmbito da Gerência de Prevenção e Mediação de Conflitos da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos do Estado de Pernambuco (VASCONCELOS, 2008, p. 110), apresenta uma conclusão sobre o programa, no sentido de que os facilitadores da mediação “(...) devem ser pessoas iguais, qual seja, pessoas comuns da comunidade e com ela identificadas, que se dedicam a ela voluntariamente, na convicção de que, ao agirem como voluntárias, tornam-se mais respeitadas e reconhecidas socialmente” (VASCONCELOS, 2008, p. 117).

Nesse mesmo sentido, o Ministério da Justiça divulgou – por intermédio da Secretaria de Reforma do Judiciário- um relato de experiência do Programa Justiça Comunitária do Distrito Federal, em que descreveu sobre os atores do programa e sua seleção,

partindo do mesmo entendimento do programa pernambucano acima referido: o de que o programa deve ser desenvolvido tendo como atores centrais indivíduos da própria comunidade:

Para que o programa de justiça a ser desenvolvido seja efetivamente comunitário, é indispensável que seus principais operadores sejam integrantes da comunidade na qual se pretende atuar, porque não haveria sentido algum se a abordagem efetivamente comunitária de realização da justiça dependesse da atuação direta de técnicos sem qualquer afinidade com a ecologia local, ou seja, a linguagem e o código de valores próprios (MINISTÉRIO..., 2008, p. 39).

A importância da capacitação dos indivíduos da própria comunidade não consiste apenas no papel que eles desempenharão dentro do processo de mediação comunitária, mas, também, no que diz respeito à sua formação humanística que pode ser usada em suas relações interpessoais, mesmo que não conflituosas.

Tratados, assim, os contornos da Mediação Comunitária e seus agentes, indica-se, agora, quais são os tipos de conflitos que merecem a atenção do programa, isto porque, não são todas as controvérsias que podem ser solucionadas através da mediação extrajudicial, cujo debate já foi objeto de estudo no primeiro capítulo desta dissertação.

Embora existam diversos programas de mediação comunitária no país, pode-se indicar que os casos mais indicados para sua atuação são os dos conflitos familiares⁹⁰ e dos conflitos de vizinhança, tendo em conta que são aqueles que mais afetam a comunidade e que podem servir de estímulo para um diálogo comunitário.

O Ministério da Justiça indica no estudo realizado sobre a experiência do Distrito Federal que a demanda mais significativa até então apresentada era de conflitos familiares:

A análise estatística revela, ainda, que a demanda mais significativa – seja na atividade de encaminhamento sócio-jurídico ou na de mediação – é a que envolve o Direito de Família. Embora ainda não tenha sido realizada uma avaliação externa para a análise destes dados, há uma percepção da equipe multidisciplinar do Programa de que o alto índice de casos familiares se explica por dois fatores. De um lado, a demanda familiar é efetivamente comunitária, somente após quase seis anos de execução. Considerando que esta nova técnica se aplica, com pertinência, a toda e qualquer demanda comunitária, não se limitando às que veiculam conflitos estritamente interpessoais e familiares, acredita-se que, no decorrer dos próximos anos, o

⁹⁰ “O uso da mediação em conflitos familiares mostrou-se extremamente positivo no Canadá e nos EUA, sendo mais satisfatório do que os resultados obtidos nos tribunais. Em meados da década de 1980, a mediação foi aplicada nos setores empresariais para resolver disputas comerciais, deficiências no desempenho e até disputas envolvendo a propriedade intelectual. Atentou-se para a necessidade de se promover um novo método de resolução de conflitos que não abalasse as relações entre os indivíduos nele envolvidos e permitisse um estímulo ao diálogo como meio de encontrar uma boa alternativa para pôr fim à questão. Principalmente no meio comercial, em que interesses se chocam e se aliam constantemente, um método inovador que resolvesse os problemas surgidos mantendo as relações negociais saudáveis era fundamental.” (DIAS, 2010, p. 176).

número de mediações familiares tenderá a diminuir – embora permaneça majoritária, em razão da realidade social – por força do aumento do número de demandas com maior impacto social e comunitário, como, por exemplo, conflitos de vizinhança ou os que envolvam direitos coletivos (MINISTÉRIO..., 2008, p. 113).

Depreende-se dessa passagem que os conflitos que são levados para solução pela mediação comunitária dependem muito de como o programa é conduzido. No exemplo destacado, os conflitos familiares ganharam destaque porque foram os primeiros a terem seu desenvolvimento levado a cabo. A partir do momento em que novos conhecimentos são passados, há a expectativa de que surjam novos tipos.

É uma relação de confiança, uma vez que os indivíduos têm aquele receio inicial, tendo em conta a cultura reinante da pacificação apenas pelo Poder Judiciário. A partir do momento que a suspeita é afastada, há um empenho maior dos participantes na sua utilização.

Ademais, a própria consideração da existência de relatividades culturais é um ponto a se destacar quando da indicação de quais são os tipos de conflitos que mais são resolvidos no âmbito da mediação comunitária.

O que se tem de enfatizar é seu papel de promoção social e emancipação dos indivíduos, levando-os a uma formação cidadã ativa. No que diz respeito aos conflitos familiares, por exemplo, a mediação pode ser um mecanismo eficaz de manutenção das relações abaladas, restabelecendo aqueles vínculos que não podem ser desfeitos com um conflito, tendo em conta as inúmeras consequências advindas. Nem sempre a disputa é tão vigorosa assim que mereça uma sentença que, com o propósito de resolver, pode é piorar a situação, criando uma verdadeira arena de guerra entre as partes.

Com isso não se quer afirmar que o processo judicial é sempre negativo ou que nunca consegue solucionar de uma maneira adequada as situações levadas à sua apreciação. O que se enfatiza são os benefícios maiores da mediação, tendo em vista o seu procedimento, principalmente quando envolve a mediação comunitária. Como visto, nesta os facilitadores da mediação são próprios integrantes da comunidade, e, desse modo, dispõem de dois pontos positivos: a) possuem o conhecimento técnico necessário para a consecução de seu mister; b) adquiram, com a convivência na comunidade, o conhecimento humano necessário para conduzir da melhor maneira a solução do conflito pelas partes.

O sistema judicial tradicional não exerce, em muitos casos, um papel pedagógico, voltado a educar a sociedade para resolver e prevenir seus próprios conflitos. Ao contrário, este sistema continua instigando certa dependência em seus usuários, que, cada vez mais afastados da solução dos litígios, compreendem cada vez menos os procedimentos e técnicas utilizadas para tal solução, o que acaba por gerar, muitas vezes, uma

demanda maior da prestação jurisdicional oferecida pelo aparato judicial (DIAS, 2010, p. 188).

No Brasil, dentre os projetos de Justiça Comunitária pode-se indicar o desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal. O objetivo inicial do programa foi de democratizar a justiça, fornecendo meios para que os cidadãos e a comunidade tivessem a capacidade para gerir seus conflitos com autonomia. Inicialmente o programa foi denominado “Justiça Comunitária”, constituído por dois núcleos em cidades satélites de Brasília (Taguatinga e Ceilândia).

A Secretaria de Reforma do Judiciário inclusive propôs sua transformação em política pública permanente, dada sua importância na redução da pobreza, por meio da equidade econômica e social:

(...) a Secretaria de Reforma do Judiciário propôs a transformação da experiência de Justiça Comunitária, de Brasília, com os aperfeiçoamentos incorporados de outras iniciativas semelhantes, em uma política pública com investimento permanente, a fim de apoiar financeiramente e incentivar institucionalmente projetos de implantação de núcleos de mediação comunitária em todas as regiões do País. **A expectativa é a disseminação de núcleos da Justiça Comunitária como forma de fortalecer a cidadania pela informação e conscientização em direitos e preparação de lideranças comunitárias para atuarem como mediadores de conflitos em suas comunidades. Após a difusão desse projeto, em parcerias com órgãos estatais, em especial da Justiça, e entidades da sociedade civil, esperamos consolidar essa experiência como um efetivo meio de resolução de conflitos, combinando prevenção, diminuição da judicialização e obtenção de maior pacificação social. Com isso, poderemos passar para a fase de massificação do projeto.** (grifos nossos) (MINISTÉRIO..., 2008, p. 11)

A publicação do Ministério da Justiça ressalta o ponto aqui trabalhado: “(...) que a mediação comunitária é uma importante ferramenta para a promoção do empoderamento e da emancipação social” (MINISTÉRIO..., 2008, p. 12).

Essa proposta da Secretaria de Reforma do Poder Judiciário tem o apoio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, que resultou, inclusive, na criação de uma Escola Nacional de Mediação e Conciliação⁹¹.

Na introdução do relato da experiência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal há a apresentação de uma ideia muito coerente com este trabalho:

Em situações de conflito, o Estado substitui a vontade dos cidadãos, a fim de dizer o direito e assegurar a paz social. Sob este padrão, o Estado detém o monopólio do exercício da atividade jurisdicional. Isto não significa afirmar, contudo, que o Estado detenha o monopólio da criação do direito. **Há uma**

⁹¹ Para maiores informações sobre a Escola Nacional de Mediação e Conciliação: <http://moodle.cead.unb.br/enam/>.

parcela da sociedade que, excluída do atendimento jurisdicional, busca fórmulas próprias de resolução de conflitos, criando alternativas para manter o mínimo de coesão social. Esta pluralidade de ordens jurídicas, apesar de ser uma realidade, em geral, não é reconhecida oficialmente pelo Estado. Contudo, a partir do final da década de 70, sobretudo nos EUA, assistimos à emergência de um movimento de resgate dos métodos alternativos de resolução de disputas (ADR's) como instrumento de realização da justiça (grifos nossos) (MINISTÉRIO..., 2008, p. 19).

Desse modo, o próprio programa estatal de promoção de um meio alternativo de solução de controvérsias reconhece que na ausência do Estado em prestar determinado serviço, no caso a prestação jurisdicional, surgem alternativas criadas pela própria comunidade, numa resposta a uma necessidade dela.

Como se percebe, esse projeto de Justiça Comunitária é desenvolvido e tem por iniciativa o Estado, por intermédio do Tribunal de Justiça. Um questionamento que pode surgir é quão comunitário ele é tendo esses dois fatores (quem teve sua iniciativa e quem faz seu desenvolvimento). O relato apresentado pela Secretaria de Reforma do Judiciário tenta responder:

Muito embora a experiência a ser partilhada neste relato tenha sido concebida por iniciativa de um ente estatal, o modelo desenvolvido é comunitário porque, além de contar com membros da comunidade como seus principais operadores, é exatamente na esfera comunitária, onde a vida acontece, que se estabelece o *locus* preferencial de atuação do Programa. Em poucas palavras, é a justiça realizada pela, para e na comunidade. **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 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..., 2008, p. 21).

O referido programa revela uma Justiça Comunitária que não vêm para substituir a prestação jurisdicional oferecida pelo Estado, mas sim para ser uma alternativa para casos específicos, visando a uma justiça social, nos moldes do que se propõe neste trabalho.

O projeto se originou da experiência advinda do Juizado Especial Cível Itinerante do TJDF no período entre 1999 e 2001, que buscava atender as comunidades que tinham dificuldade no acesso à justiça formal. Foi constatado que os cidadãos não tinham conhecimento de seus direitos, acabavam por fazer acordos na maioria dos casos, mas que não representavam seu real interesse, uma vez que tinham o receio de uma futura sucumbência.

Desse modo, foi verificado que havia uma margem de acordo possível, só que não se revestia de um caráter democrático, dada a falta de conhecimento dos indivíduos. Assim, visando a democratização do acesso à informação e ao diálogo, “(...) o clássico ‘operador do Direito’ deveria ceder lugar a pessoas comuns que partilhassem o código de valores e a linguagem comunitária e, desta forma, pudesse fazer as necessárias traduções” (MINISTÉRIO..., 2008, p. 24). Delineado, portanto, um esboço para o futuro Programa de Justiça Comunitária.

Sua criação se deu em 2000, por iniciativa do Tribunal de Justiça do Distrito federal e dos Territórios, em parceria com o Ministério Público Federal, a Defensoria Pública do Distrito Federal, a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília e a Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil, em convênio firmado com a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República.

O programa consiste na seleção de agentes comunitários dentre os membros da comunidade, que são credenciados e passam por uma capacitação permanente junto ao Centro de Formação e Pesquisa em Justiça Comunitária, “(...) onde recebem noções básicas de Direito e formação em mediação comunitária, animação de redes sociais e direitos humanos” (MINISTÉRIO..., 2008, p 25).

A atuação dos agentes comunitários não se faz sozinha, tendo acompanhamento de uma equipe multidisciplinar: advogados, psicólogos, assistentes sociais, artistas, servidores de apoio administrativo, estagiários e um juiz.

Três são os eixos de atuação desses agentes comunitários: educação para direitos (na produção de cartilhas e material didático em linguagem acessível à população), mediação comunitária (em que as partes não somente resolvem seus desentendimentos, como também acabam por terem acesso a uma educação jurídica) e animação de redes sociais, que “(...) refere-se à transformação do conflito – por vezes aparentemente individual – em oportunidade de mobilização popular e criação de redes solidárias entre pessoas que, apesar de partilharem problemas comuns, não se organizam até porque não se comunicam” (MINISTÉRIO..., 2008, p. 26).

Verifica-se, destarte, que o tratamento que o projeto de Justiça Comunitária do TJDF dá ao acesso à justiça não se resume simplesmente a uma solução do conflito, como ocorre no processo judicial. Tendo em vista a carência que se observa nessas comunidades, esse tipo de solução dialógica e democratizante tem um importante papel de emancipação social. Os indivíduos além de terem seus conflitos solucionados, passam a compreender seus direitos, os modos de reivindicá-los e aprendem a ter uma convivência mais harmônica para

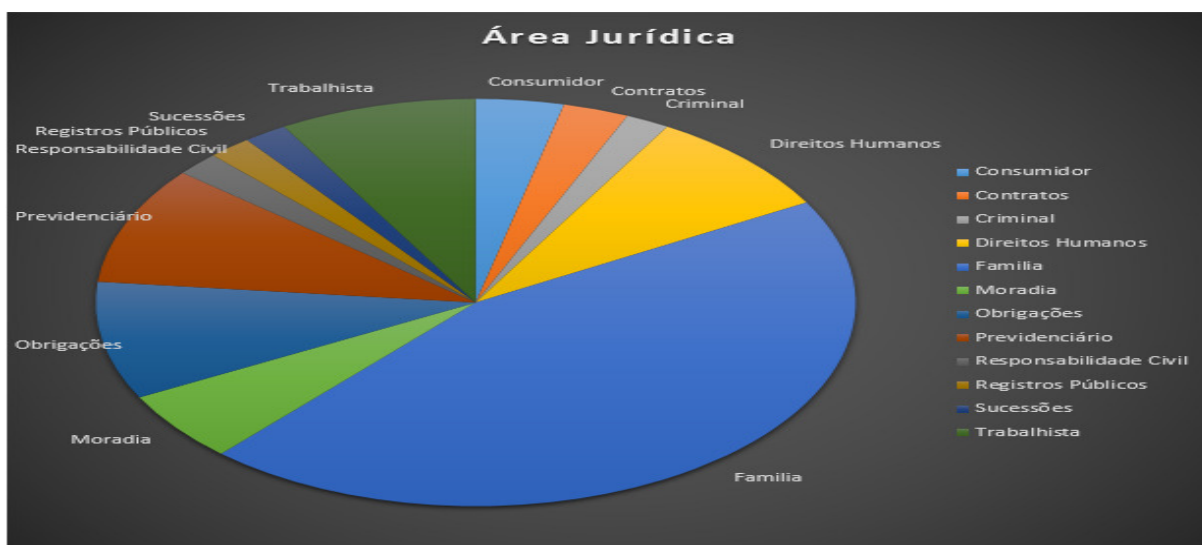
com os demais integrantes do espaço territorial. As redes sociais que se visa formar com o problema, ampliando o alcance contribuem para tornar mais coesa a comunidade. “Ao desenvolver essas atividades, o Programa Justiça Comunitária tem por pretensão a transformação de comunidades fragmentadas em espaços abertos para o desenvolvimento do diálogo, da autodeterminação, da solidariedade e da paz” (MINISTÉRIO..., 2008, p. 26).

O Programa Justiça Comunitária do DF se desenvolve num espaço físico denominado Núcleo Comunitário, que no caso da cidade-satélite de Taguatinga ocorre numa casa, o que acentua o ambiente familiar que favorece o diálogo e o acolhimento. Nesse ambiente há alocação suficiente para o desenvolvimento inclusive de atividades culturais, como teatro. Já o Núcleo Comunitário de Ceilândia está instalado no interior do prédio do Fórum, o que não é muito adequado, porque “(...) quando convidadas a participar de uma sessão de mediação, as partes podem sentir um certo desconforto, quando não desconfiança, de dialogar em um ambiente que, em última instância poderá ser cenário de seus julgamentos” (MINISTÉRIO..., 2008, p. 72).

Com relação às estatísticas do programa, verifica-se os seguintes pontos de destaque: de um total de 3.108 (três mil cento e oito) atendimentos, 484 (quatrocentos e oitenta e quatro) resultaram numa mediação e 2.624 (dois mil, seiscentos e vinte e quatro) num encaminhamento sócio-jurídico (MINISTÉRIO..., 2008, p. 72).

Outra informação importante é no que se refere aos atendimentos por área jurídica:

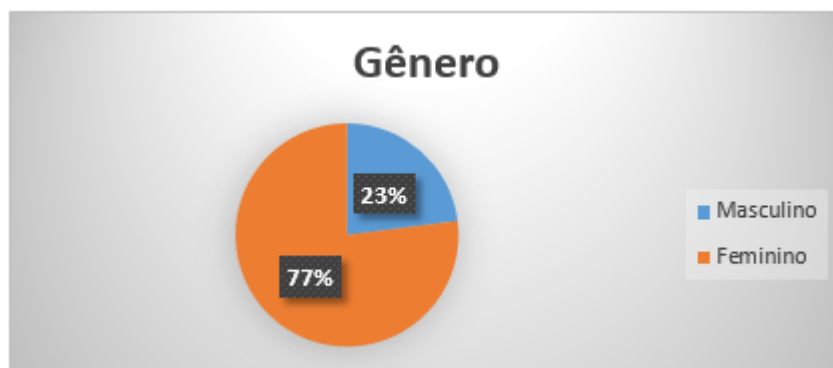
Gráfico 1: Representa a porcentagem de atendimentos por matéria



Fonte: Relatório da experiência da Justiça Comunitária no DF (MINISTÉRIO..., 2008, p. 109)

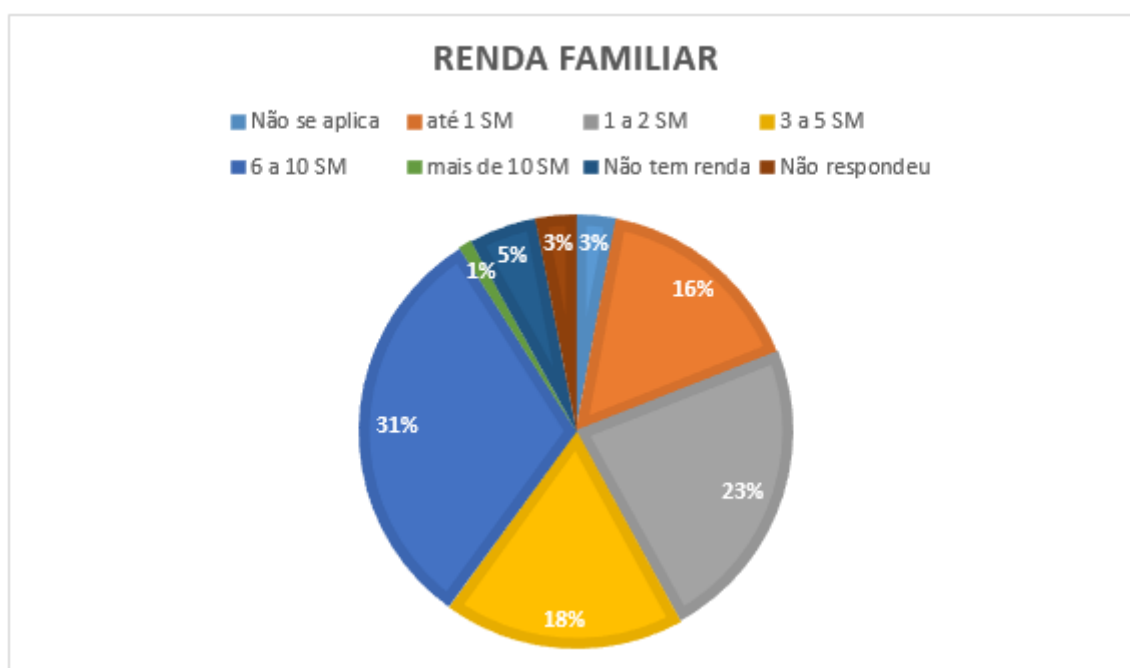
Além desses dados, outros que ajudam a caracterizar qual o perfil dos usuários e das demandas são os referentes ao gênero, à renda familiar e à ocupação:

Gráfico 2: Representa o gênero das pessoas atendidas



Fonte: Fonte: Relatório da experiência da Justiça Comunitária no DF (MINISTÉRIO..., 2008, p. 111)

Gráfico 3: Representa as características de renda dos atendidos



Fonte: Fonte: Relatório da experiência da Justiça Comunitária no DF (MINISTÉRIO..., 2008, p. 111)

Ademais, outros dados estatísticos revelam que a idade que prepondera quanto aos participantes é a entre 24 e 35 anos. Já a escolaridade majoritária é entre os com primeiro grau incompleto e segundo grau completo, cada um com 20% (vinte por cento) do total de participantes (MINISTÉRIO..., 2008, p. 112).

Desse modo, percebe-se que a maior parte dos casos levados ao Programa de Mediação Comunitária do TJDF são resolvidos com o mero encaminhamento jurídico, sendo que a maior parte tem como objeto conflitos familiares. Esses resultados podem ter causa o

fato do programa ainda estar em desenvolvimento, o que demanda um tempo para as pessoas adquirirem confiança quanto ao procedimento e também o tratamento inicial do programa, que foi voltado para a metodologia mais de conflitos de família.

O fator renda também revela que no programa desenvolvido no Distrito Federal o maior percentual (31%) de pessoas que o utilizam têm uma renda considerada não tão baixa: de 06 (seis) a 10 (dez) salários mínimos. Ademais, as mulheres são maioria na busca pelos seus serviços.

São resultados ainda iniciais, mas que já indicam um caminho promissor para a utilização desse programa em uma escala maior na sociedade, possibilitando que comunidades que possuam certas deficiências possam encontrar um caminho de emancipação e solidariedade.

Nesse diapasão, verifica-se que a iniciativa da Mediação Comunitária pode ser um instrumento eficaz de consecução do acesso à justiça amplo, englobando cidadania e emancipação social.

CONCLUSÃO

Vive-se numa sociedade em que as relações travadas entre as pessoas nem sempre são amistosas, o que muitas vezes faz que com que os conflitos de interesse surjam, gerando uma disputa, de modo que esta precisa ser solucionada, faltando saber, então, qual o método a ser usado para atingir tal mister.

Num primeiro momento, em que inexistia um órgão formal ou mesmo uma prática costumeira consolidada, o principal instrumento de solução de litígios era a autotutela. Dessa forma, a solução era dada pelo uso da força, sem que uma razão próxima à justiça fosse alcançada. Mas, concomitante a essa prática, o diálogo também era usado em determinados momentos para a solução de controvérsias, quando da utilização da conciliação e da mediação, meios que produzem um sentimento de maior segurança e de mais pacificidade aos conflitantes.

Nesse diapasão, com desenvolvimento do Estado, este também passou a resolver os conflitos de interesses ocorrentes na sociedade, de maneira que em determinado momento ele assumiu o monopólio dessa atividade, com o que se denominou jurisdição (ainda que hoje alguns autores, como Fredie Didier entendam que jurisdição não se refere apenas ao Estado). Assim, vedou-se em muitos ordenamentos a utilização da autotutela e se restringiu o uso de mecanismos consensuais, como a mediação e conciliação.

Mas nessa tarefa de solução de conflitos o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, não conseguiu lograr o êxito que a população espera dele. Muitos conflitos são solucionados de maneira que a resposta a eles nem sempre agrada as partes, tendo situações em que ambas não ficam satisfeitas.

Vários conflitos exigem também tutelas diferentes, e um processo de tipo único para tutelá-los não é suficiente, havendo a necessidade do desenvolvimento de procedimentos específicos para cada um deles. Por exemplo, conflitos familiares podem ter uma solução bem mais justa se o diálogo entre os próprios interessados o fazer chegá-los a um consenso.

Tem-se que considerar, também, a importância que o acesso à justiça possui para a concretização dos demais direitos, uma vez que é através dele que se pode tutelar tanto a prevenção de uma violação, a reparação ou a sua própria concretização, quando ausente uma atuação, principalmente relacionada ao Estado, que deveria ter ocorrido.

Assim, vive-se um momento de contestação daquilo que está colocado pelo Direito. É um período que se denomina modernidade reflexiva. Diversos foram os autores que trabalharam com tal tema, alguns denominando como pós-modernidade, outros como

modernidade líquida, entre várias denominações. A reflexividade consiste na constante autocrítica e reflexão sobre as decisões tomadas, sobre a coesão social, num movimento que faz com que cada vez mais os atores sociais ganhem importância.

Fala-se, também, na questão da onda neoliberal que avançou na década de 90 do século XX e que produziu diversas consequências sociais e jurídicas. Isso porque, com o advento de um Estado omissivo, e a previsão de um Estado Social muito forte na Constituição Federal de 1988, houve um descompasso que levou a uma demanda muito grande perante o órgão que concretiza, garante e protege os direitos fundamentais, qual seja: o Poder Judiciário.

Dessa forma, ele se tornou o desaguador das lamúrias que a sociedade apresenta, principalmente as relacionadas ao papel do Estado. Começou-se, então, a desenvolver-se uma teoria crítica do Direito e adveio, também, um aspecto pluralista de normatividade, tendo-se experiências de desenvolvimento de um Direito paralelo ao Estado, com destaque para aqueles criados em comunidades carentes, onde o Estado está numa completa ausência.

Passa-se, então, a conceber um novo enfoque para o acesso à justiça, que não se resume apenas ao Poder Judiciário e também não se restringe à mera solução do conflito. Abarca, nesse sentido, a promoção de uma emancipação do indivíduo, a construção de uma cidadania ativa e a democratização.

Dentro desse novo enfoque do acesso à justiça, fala-se no desenvolvimento de uma política de adequação de cada tipo de procedimento a um determinado litígio. É a denominada tutela adequada. Assim, por exemplo, é a preferência pela conciliação e mediação para conflitos em que se pugna pela manutenção de relações é um destes aspectos.

Dessa maneira, o Conselho Nacional de Justiça, através de sua Resolução nº 125 de 2010 promove esse entendimento, seja pautando suas disposições por uma mudança no contexto do Poder Judiciário, seja estimulando o desenvolvimento, inclusive com a participação deste, de meios consensuais de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação.

Ainda com relação à Resolução nº 125 do CNJ, ela também dispõe a respeito da Justiça Restaurativa e da Mediação Comunitária, eixos deste trabalho que concretizam a pesquisa.

A Justiça Restaurativa tem a importância de tratar de uma maneira melhor do conflito gerado com a prática criminosa. Sabe-se que o procedimento tradicional privilegia a punição do infrator, sem que os interesses da vítima sejam devidamente tutelados. Com o

procedimento restaurativo, baseado no diálogo entre as partes, visa-se tornar a ressocialização do infrator mais fácil, produzir um resultado mais satisfativo para a vítima e principalmente evitar que novos conflitos surjam em decorrência desse ato criminoso, promovendo-se uma coesão maior na comunidade, já que esta também atua como interessada.

A Mediação Comunitária também é importante instrumento de promoção do acesso à justiça amplo, isso porque amplia os horizontes da comunidade, fazendo com que os indivíduos passem a ter um entendimento melhor de seus conflitos, haja vista que a formação dos participantes e os ensinamentos que são repassados produzem um grande salto de emancipação social.

Assim, o presente estudo pretendeu demonstrar que quando se fala em meios alternativos de solução de conflitos não se quer dizer que a prestação da tutela jurisdicional será substituída por esses mecanismos, como pode parecer com a interpretação literal do termo “alternativos”. Inclusive, há uma discussão se o termo é ou não correto. O que se quis especificar é que a função exercida pelo acesso à justiça é de extrema importância para que ela seja exercida apenas pelo Poder Judiciário, e de uma maneira tão precária quanto tem sido feita.

Dessa forma, numa compreensão ampla do instituto, é necessário que haja alternativas ao jurisdicionado, que não somente aquela fornecida pelo Estado. Ademais, se se compreende que sua realização não se resume apenas na solução do conflito, mas em outros aspectos, como a emancipação do indivíduo, sua educação jurídica, cidadania e participação social, necessário que haja um procedimento mais democrático e mais próximo dos cidadãos.

Nesse desiderato, a Mediação Comunitária e a Justiça Restaurativa são importantes para consecução desses fins, tendo em conta a maneira como seu procedimento é realizado, os resultados que delas podem decorrer e principalmente a sua inclusão social que é feita. É preciso aproximar a sociedade do Estado de forma a se tutelar melhor os seus interesses.

O acesso à justiça é, assim, mais complexo e mais dinâmico do que muito se considera. Fazer com que todas as suas facetas sejam estudadas e desenvolvidas é um importante instrumento de consecução do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de Almeida. **Teoria Crítica do Direito e o acesso à Justiça como novo método de pensamento**. Disponível em: <http://fcarp.edu.br/fcarp/upload/data/Teoria_critica_direito_acesso_justica.PDF>. Acesso em 24 de set de 2013.
- AMES, Maria Alice Canzi. Conexões entre Justiça Restaurativa e Educação em Direitos Humanos. In: **Temas Aprofundados de Defensoria Pública**. Org. Aluisio Iunes Monti Ruggeri Ré. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.
- ARAÚJO, Tatiana Daré. A (Re) Construção dos Direitos Humanos através da Justiça Restaurativa como Instrumento Jurídico-Político do Reconhecimento. **XI Congresso Luso Afro Brasileiro de Ciências Sociais**. Disponível:http://www.xiconlab.eventos.dype.com.br/resources/anais/3/1308328652_ARQUIVO_justicarestaurativa-conlab.pdf. Acesso em 24 de out de 2014
- ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luis Guilherme. **Processo de Conhecimento**. 6ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BAQUERO, M.; BAQUERO, R. **Trazendo o cidadão para a arena pública: capital social e empoderamento na produção de uma democracia social na América Latina**. REDES, Santa Cruz, v.12, n.1, p. 125-150, jan./abril de 2007
- BARBOSA, Ana Beatriz Nunes. **A importância das técnicas de negociação e a Escola de Harvard**. Disponível em: <<http://www.nbb.com.br/pub/areas03.pdf>>. Acesso em: 07 de set 2013.
- BARROSO, Luis Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Revista **Consultor Jurídico**, 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=16>. Acesso em: 26 de Set de 2013.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 2ªed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. v.2.. São Paulo: Saraiva.1989.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: A busca por segurança no mundo atual.Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2001.

_____. **Confiança e Medo na Cidade**. Traduzido por Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2009.

_____. **Ética Pós-Moderna**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

_____. **Globalização: As Consequências Humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Legisladores e Intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Editora Zahar Editor, 1998.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BELTRAN, Ari Possidônio. **A autotutela nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 1996.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O Direito na Pós-Modernidade. **Revista Sequência**, nº 57, p.131-152, dez. 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BOFF, Rubem José. **Negociação**: Técnicas para a obtenção de resultados. Disponível em: <<http://www.fanap.br/interlink/negociacao.pdf>>. Acesso em: 09 de set de 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BROCHADO, Mariá, ABREU, Décio e FREITAS, Natália. (Org.) **Educação em direitos humanos: uma contribuição mineira**. Belo Horizonte: Ed. UFMG: Proex, 2009.

BURGARELLI, Sueli Rodrigues. Mediação & Psicanálise: O “3” em Questão. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Mediação, Cidadania e Emancipação Social**. A experiência da implantação do centro de mediação e cidadania da UFOP e outros ensaios. Belo Horizonte: Forum. 2010.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a democracia no Brasil. **Revista USP**, São Paulo, v. 21, p. 116-125, mar./abr./maio 1994.

_____. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Teoria do Direito e globalização econômica**. O direito na sociedade complexa. São Paulo: Max Limonand, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de processo**, 1997, n.61.

CAPPELLETTI, Mauro. CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de, 2004, apud SILVA, Alexandre Garrido da; VIEIRA, José Ribas. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, dez. 1996.

CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: Editora Universitária, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.27.

COMISSÃO TÉCNICA DE CONCEITOS DO PROGRAMA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS – CTC – PMC. **Programa Mediação de Conflitos**: uma experiência de mediação comunitária no contexto de políticas públicas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL DA ONU (ECOSOC). Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2002. Regulamenta os princípios básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. **Organização das Nações Unidas**: Agência da ONU para refugiados (UNCHR),

E/RES/2002/12. Disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/46c455820.html>. Acesso em: 01 set. 2014.

CRETELLA JUNIOR, Jose. **Direito Romano**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

CRETELLA NETO, José. **Curso de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4ªed. São Paulo: Martins Fontes, 20027. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponíveis/2/2137/tde-01042008-132345/>. Acesso em: 2013-09-07.

DEMARCHI, Juliana. **Mediação**: proposta de implementação no processo civil brasileiro. 2007. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponíveis/2/2137/tde-01042008-132345/>. Acesso em: 2013-09-07.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Mediação, Cidadania e Emancipação Social**. A experiência da implantação do centro de mediação e cidadania da UFOP e outros ensaios. Belo Horizonte: Forum. 2010.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, vol 1**. 15ªed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. (Trad.) Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fonte, 2003.

EDNIR, Madza; MELO, Eduardo Rezende; YAZBEK Vania Curi. **Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul**. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República: São Paulo, 2008.

EGGER, Ildemar. **Mediação comunitária popular**: uma proposta para além da conflitologia. Tese de Doutorado. Florianópolis: PGD/CCJ/UFSC, Abr/2008.

FAGET, j. **La médiation – Essai de politique pénale**. Ramonville Saint-Agne: Éditions Erés, 1997.

FARIA, José Eduardo de. **O Direito na Economia Globalizada**. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Os desafios do Judiciário. **Revista USP**, São Paulo, v. 21, p. 46-57, mar./abr./maio 1994.

FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. 4ªed. Madrid: Trotta, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de Aceleração do Processo**. 1ªed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GORCZEWSKI, Clovis; TAUCHEN, Gionara. Educação em direitos humanos: para uma cultura da paz. **Revista Eletrônica Educação**, Porto Alegre, v.31,n.1., p.66-74, jan/abr. 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. “Resgate dos direitos humanos em situação adversas de países periféricos”. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, no. 47. 2005 – p. 181-216.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Modernidade versus Pós-modernidade. **Arte em revista**. Ano 5/nº7, 1983.

HALL, Stuart. **A Identidade Cultural da Pós-Modernidade**. Traduzido por: Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora DP&A, 2006.

HAYEK, Friedrich. **O Caminho da Servidão**. 6ª Ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C.; R, DE VITTO, GOMES PINTO, R. org, 2005. **Justiça**

Restaurativa (Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD).

JAMERSON, Fredric. Pós-Modernidade e Sociedade de Consumo. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo nº12, pp.16-26, jun.85.

JR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. **Revista USP**, São Paulo, v. 21, p. 12-21, mar./abr./maio 1994.

MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. **Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa**. Disponível em: <http://gajop.org.br/justicacitada/wp-content/uploads/Em-Busca-de-um-Paradigma-Uma-Teoria-de-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>. Acesso em: 24 de out 2014.

LAPA, Rui Fernando Nunes. **A negociação para solução de controvérsias internacionais no caso Israel/Palestina**. Disponível em: <http://www.ead.fea.usp.br/semead/6semead/PNEE/014PNEE%20-%20A%20Negocia%20E7ao%20para%20Solu%20E7ao.doc>. Acesso em: 09 de set de 2013.

LEONELLI, Vera; MESQUITA, Jerônimo. Direitos Humanos, acesso à justiça e mediação popular. In: **BAHIA ANÁLISE & DADOS**. Salvador, v.14, n.1, p.79-85, jun 2004.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. 2ªed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

LIXA, Ivone .; VERAS NETO, Francinco Q.; WOLKMER, Antonio Carlos (orgs). **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOMBA, Ana Paula. A (I)Legalidade da Busca e Apreensão e as Operações Policiais no Complexo do Alemão e na Vila Cruzeiro – Estado de Direito Para Quem. **Agência de Notícia das Favelas**. Disponível em: <http://www.anf.org.br/a-ilegalidade-da-busca-e-apreensao-e-as-operacoes-policiais-no-complexo-do-alemao-e-na-vila-cruzeiro-%E2%80%93-estado-de-direito-para-quem/>. Acesso em 18 de out de 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. **Revista USP**, São Paulo, v. 21, p. 22-33, mar./abr./maio 1994

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. 2ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. 2ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LUHMAN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é o Direito?** 1ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.

MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa. Trabalho apresentado no **XIII Congresso Mundial de Criminologia**, 10-15 Agosto de 2003, Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.restorativepractices.org/library/paradigm_port.html#top. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**. 5ªed. São Paulo: Manole, 2006.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luis Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINELLI, Dante P., ALMEIDA, Ana P. **Negociação**: Como transformar confronto em cooperação. São Paulo: Atlas, 1997.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**. 4ªed. São Paulo: RT, 2010.

_____. O Contrato entre Luhman e Habermas. In: **Revista de Direito do Consumidor**. V.77, ano 20, Jan-Mar 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Estado, Direitos do Consumidor e Regulação – Em Busca da Racionalidade Normativa do Procon/MG. **De Jure** – Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, v.7. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2006.

Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. **Relato de Uma Experiência**: Programa Justiça Comunitária do Distrito Federal. Brasília: 2008.

MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Mediação e Arbitragem**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MORIN, Edgar. **Cultura de Massas no Século XX: neurose**. Tradução de Maura Ribeiro Sardinha. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. **O Método. 1.A natureza da natureza**. 2ª ed. Editora Europam, 1997.

MUMME, Monica; PENIDO, Egberto de Almeida. Justiça Restaurativa e suas dimensões empoderadoras. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 123, Ano XXXIV, p.75-82, ago. 2014. Quadrimestral.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 5ªed. São Paulo: Editora Método, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8ªed. São Paulo: Editora Método, 2013.

O INSTITUTO ELO. Texto produzido pela equipe técnica da organização e tem apenas caráter informativo. Disponível em: <http://www.institutoelo.com.br>. Acesso em 31 de out de 2014.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? In: SLAKMON, R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. **Justiça Restaurativa**. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD.

Projeto Básico de Implantação de Projeto de Justiça Restaurativa no Município de Belo Horizonte. **Secretaria de Estado de Defesa Social**. Belo Horizonte: 2012. Disponível em: <http://www.institutoelo.org.br/site/files/arquivos/9827fe299f4b53b3f76c24490c7ac353.pdf> Acesso em 30 de out de 2014.

RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera via: la justicia restaurativa. **Revista de Ciencias Penales**. Iter Criminis. Cidade do México: Inacipe, n.13. Abr./Jun 2005.

RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera via: la justicia restaurativa. **Revista de Ciencias Penales**. Iter Criminis. Cidade do México: Inacipe, n.13. Abr./Jun 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUVILLOIS, F. (Dir.). **La société au risque de la judiciarisation**: actes du colloque organisé par la Fondation pour l'innovation politique, nov. 2006/avr. 2007. Paris: LexisNexis Litec, 2008.

ROXIN, Claus. **Fines de la pena y reparación del daño: de los delitos y de a las víctimas**. Tradução espanhola de Julior Maiery Elena Carranza. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente**: Contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. **Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada**. 1987. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura1d.html>. Acesso em 17 out 2014.

_____. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. **Para Uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2008.

_____. **Pela Mão de Alice**: O Social e o Político na Pós-Modernidade. 7ªed. Porto: Edições Afrontamento, 1999.

_____. The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada. Source: **Law & Society Review**. v.12, n.1, autumn, 1977.

_____. Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegómenos e uma concepção pós-moderna do direito. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 28, 1988, p.139-168.

SANTOS, Débora Viera dos. Direitos Humanos e Cultura de Paz: A Justiça Restaurativa como Garantidora dos Direitos Humanos. In: **Justiça Juvenil Restaurativa na Comunidade**: Uma Experiência Possível. Org. Ana Cistina Cusin Petrucci. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, Assessoria de Imagem Institucional, 2012.

SCHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SEMANA Nacional de Conciliação. **CNJ**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/2012/relat%C3%B3rio_final_Conciliacao2012.pdf. Acesso em: 06 nov.2013.

SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al estudio del Derecho**. Mexico: Editorial Porrúa, 2009.

SILVA, Alexandre Garrido da; Vieira, José Ribas. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, dez. 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Direito como liberdade: o Direito achado na rua: experiências populares emancipatórias de criação do Direito**. 2008. 338f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. **Para uma Crítica da Eficácia do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica E(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro. In: GARCEZ, José Maria Rossani (coordenador) – **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1997

TELLES, Vera da Silva. Direitos Sociais: afinal do que se trata?. **Revista USP**, São Paulo, v. 37, p. 34-45, mar./mai. 1998.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Editora Método, 2008.

VIANA, Eduardo. Criminologia. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte? **Revista USP**, São Paulo, v. 21, p. 70-77, mar./abr./maio 1994.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1995, v.2.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Pluralismo Jurídico: nuevo marco emancipatorio em América Latina. In: VILLEGAS, Mauricio Garcia; RODRÍGUEZ, César (Eds.). **Derecho y sociedad em America Latina:** un debate sobre los estudios jurídicos críticos. Bogotá: ILSA/Universidad Nacional de Colombia, 2003.