

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA

CURSO DE MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Flaviana Röpke da Silva

PRODUÇÃO JURÍDICA INFORMAL EM ESPAÇOS DE
SEGREGAÇÃO SOCIAL COMO FORMA DE ACESSO À
JUSTIÇA: Acesso à justiça, univocidade do direito e o pluralismo
jurídico

Vitória

2013

FLAVIANA RÖPKE DA SILVA

PRODUÇÃO JURÍDICA INFORMAL EM ESPAÇOS DE
SEGREGAÇÃO SOCIAL COMO FORMA DE ACESSO À
JUSTIÇA: Acesso à justiça, univocidade do direito e o pluralismo
jurídico

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação
da Faculdade de Direito de Vitória como requisito para
obtenção do grau de mestre em Direito

Orientador Prof. Dr. Daury Cesar Fabris

Vitória

2013

FLAVIANA RÖPKE DA SILVA

PRODUÇÃO JURÍDICA INFORMAL EM ESPAÇOS DE
SEGREGAÇÃO SOCIAL COMO FORMA DE ACESSO À
JUSTIÇA: Acesso à justiça, univocidade do direito e o pluralismo
jurídico

Dissertação apresentada ao programa de Pós-
Graduação da Faculdade de Direito de Vitória
como requisito para obtenção do grau de mestre
em Direito

Aprovada em ----- de ----- de-----

COMISSÃO EXAMINADORA

Profº. Dr. Daury Cesar Fabríz
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Profº Dr.
Membro da Banca

Profº Dr.
Membro da Banca

Vitória

2013

A Deus e à família, pelo amor de que se
perfaz incondicional

AGRADECIMENTOS

A meus pais que, mesmo com a distância física, sempre estiveram presentes nessa caminhada, agradeço pelo amor e apoio incondicionais e constantes.

Aos amigos, agradeço pelo apoio e colaboração sempre carinhosamente demonstrados.

Aos professores do curso, agradeço por toda a dedicação e atenção sempre dispensadas.

À FDV, agradeço pela oportunidade da realização do sonho de tornar-me mestre em Direito.

“O vigia na guarita fortificada é novo no serviço, e tem a obrigação de me barrar no condomínio. Pergunta meu nome e destino, observando os meus sapatos. Interfona para a casa 16 e diz que há um cidadão dizendo que é irmão do dono da casa. A casa 16 responde alguma coisa que o vigia não gosta e faz “hum”. O portão de grades de ferro verdes e argolões dourados abre-se aos pequenos trancos, como que relutando em me dar passagem. O vigia me vê subindo a ladeira, repara nas minhas solas e acredita que eu seja o primeiro pedestre autorizado a transpor aquele portão. A casa 16, no final do condomínio, tem outro interfone, outro portão eletrônico e dois seguranças armados. Os cães em coro param de ladrar de estalo. Um rapaz de flanela na mão abre a portinhola lateral e me faz entrar no jardim com um gesto de flanela (..)

O empregado não sabe que porta da casa eu mereço, pois não vim fazer entrega, nem tenho aspecto de visita. Pára, torce a flanela para escoar a dúvida e decide-se pela porta da garagem, que não é aqui nem lá. Obedecendo a sinais confusos da flanela, contorno os automóveis na garagem transparente, subo por uma escada em caracol e dou numa espécie de sala de estar com pé direito descomunal, piso de granito, parede inclinada de vidro, outras paredes brancas e nuas, muito eco, uma sala de estar onde nunca vi ninguém sentado. À esquerda dessa sala corre a grande escada que vem do segundo andar. E ao pé da grande escada há uma salinha que eles chamam de jardim de inverno, anexa ao pátio onde vivia o fícus. Eis minha irmã de peignoir, tomando o café da manhã numa mesa oval.”

Chico Buarque de Holanda.

RESUMO

O presente dissertação utiliza o método dialético, buscando identificar os principais meios (alternativos e não estatais) de que se vale uma grande massa desprovida econômica, cultural e socialmente para a solução de seus conflitos cotidianos e locais. De igual forma, busca analisar se, nessa prática, é possível se referendar a existência de acesso (efetivo) à justiça, aqui analisado em sua concepção macro e justificado pelas bases do pluralismo jurídico difundido em sede de América Latina. Para tanto, o presente estudo analisa fatos e conclusões pontuais alusivos à pesquisa empírica engendrada por Boaventura de Sousa Santos em favela do Rio de Janeiro, nominada ficticiamente de Pasárgada, contextualizando-os com doutrina atinente aos meios alternativos de solução de conflitos, ao pluralismo jurídico, bem como com a própria concepção hoje existente acerca de acesso (efetivo) à justiça.

PALAVRAS – CHAVE: acesso à justiça; meios alternativos de solução de conflitos, pluralismo jurídico, população marginalizada, direito inoficial.

ABSTRACT

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. CONCEPÇÕES TEÓRICAS ACERCA DO CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA.....	14
2 ACESSO À JUSTIÇA POR MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÕES DE CONFLITO.....	36
2.1 CONCILIAÇÃO.....	45
2.2 MEDIAÇÃO.....	48
2.3 ARBITRAGEM.....	56
3 PLURALISMO JURÍDICO: Noções basilares e sua inserção em sede de Brasil.....	61
3.1 ANTES DO PENSAMENTO PLURAL, A UNIVOCIDADE DO DIREITO.....	61
3.2 PLURALISMO JURÍDICO EM SEDE DE SOCIEDADES PERIFÉRICAS COMO O BRASIL.....	77
4 ACESSO À JUSTIÇA: Da academia à favela – o abismo entre direito previsto e direito visto.....	85
5 O QUE FAZER QUANDO O DIREITO (OFICIAL) NÃO SOBE AO MORRO? Produção jurídica informal como meio de acesso efetivo à justiça	107
CONCLUSÃO	123
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	128
ANEXO I.....	134
ANEXO II.....	136

INTRODUÇÃO

Por séculos o contexto de acesso à justiça fora unicamente disposto como algo linear e convergente para o simples acesso a instituições estatais alusivas ao Poder Judiciário ou ao “sistema de justiça”, como um todo. Assim, buscar a justiça significou, por longos tempos, buscar exclusivamente uma decisão estatal, por vezes distante, destoada e apartada da real necessidade daqueles imersos no conflito.

Como se demonstrará, essa noção de acesso à justiça vem se modificando com o passar dos tempos, contudo, sua visão clássica ainda se faz presente no cotidiano. Essa realidade de mero acesso formal ou, pior, de inacessibilidade efetiva torna-se ainda mais visível quando, ao menos, uma das partes envolvidas no litígio compõe a grande massa subcidadã¹, de desafortunados seja social, política, cultural, seja economicamente.

Para essa massa, grandes são as barreiras para o acesso efetivo ao Judiciário, seja, como se verá, em razão da carência de recursos financeiros, do alijamento social a que foram submetidos, seja, até mesmo, em razão do próprio descrédito que o Estado, principalmente as instituições Policia e Judiciário, possui perante essas comunidades. Traceja-se, neste cenário, a “procura suprimida”² que repousa sobre essa população, como destaca Boaventura de Sousa Santos.

¹Expressão *subcidadania* visualizada a partir da noção que lhe é empregada por Jessé Souza. Nesse sentido, valida a transcrição de algumas de suas palavras a respeito do tema: “Inicialmente, o essencialismoculturalista que articula as noções de personalismo, familismo e patrimonialismo continua hegemônico, seja na dimensão do senso comum seja, na dimensão da reflexão metódica.¹ A partir de um paradigma explicativo semelhante àquele do paradigma *culture and personality*, dominante na sociologia e antropologia americanas da primeira metade do século XX², parte-se de uma perspectiva culturalista sem adequada vinculação com a eficácia de instituições fundamentais, onde a “cultura” é percebida como uma entidade homogênea, totalizante e auto-referida. Seria por conta dessa soberania do passado sobre o presente que nos confrontamos com solidariedades verticais baseadas no favor, subcidadania para a maior parte da população e abismo material e valorativo entre as classes e as “raças” que compõem nossa sociedade”. In (Não) Reconhecimento e subcidadania, ou o que é “ser gente”? n° 59. São Paulo. Lua Nova: 2003, p. 1 disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452003000200003>, acesso em 28/09/2011.

²Conforme o teórico, a referida expressão representa a busca daqueles cidadãos que possuem consciência de seus direitos, mas que se sentem impotentes para reivindicá-los diante de uma violação, seja em razão da “linguagem esotérica”, pela “presença arrogante”, “pela maneira cerimonial de vestir” das autoridades judiciárias, seja por seus “edifícios esmagadores” ou por suas respectivas “labirínticas secretarias” ... E concluiu: “A procura suprimida é uma área da sociologia das ausências, isto é, é uma ausência que é socialmente produzida, algo ativamente construído como não existente. A procura de direitos da grande maioria dos cidadãos das classes populares deste e de outros países é *procura suprimida*”. (Boaventura de Sousa Santos, *n* Para uma revolução democrática da justiça, 3ed, São Paulo: Cortez, 2011, pp. 37-38

Diante desses fatos, essa população busca solucionar seus conflitos locais, mais cotidianos, valendo-se do seio comum, e, assim, de uma estrutura singular e própria, geralmente constituída em sua base por uma Associação de Moradores.

Todos esses fatores têm acabado por contribuir para a inacessibilidade dessa população à justiça oficial, ao direito estatizado, legislado, fazendo com que novos caminhos, inclusive extraprocessuais e extrajudiciais, sejam por ela buscados para a consecução da finalidade “solução de litígios”, caminhos esses que buscam justificação no pluralismo jurídico.

Por meio deste fenômeno, contesta-se, pois, a exclusividade do direito estatal, traçando-se a hipótese da presente pesquisa no reconhecimento de uma pluralidade de ordens jurídicas, verificadas em um mesmo espaço geopolítico de segregação (comunidades faveladas, marginalizadas), as quais permitem produção jurídica informal (frente ao direito oficial), todavia válida como forma de acesso efetivo à justiça.

A utilização do método do múltiplo dialético faz-se, portanto, necessária na abordagem do contexto desta pesquisa, haja vista que a mesma sedimenta-se em análises de questões dinâmicas, contrapostas e em permanentes transformação e evolução. A própria evolução do direito no Ocidente e, assim, dos direitos fundamentais, que possui vertente tangencial neste estudo, remonta à análise da dialética³, posto que pode ser melhor compreendida por meio da metodologia histórico-dialética, haja vista o contexto de conquista balizada em avanços e retrocessos que a mesma se desvela.⁴

Com esteio no pensamento de Enrique Dussel⁵, há, por esse método, a revelação do outro, da alteridade, especialmente daquele outro oprimido que passa a ser visto como sujeito coletivo, com base na teoria da libertação.

³ Esclarece Aloisio Krohling que, etimologicamente, o termo dialética possui origem no verbo grego *dialego*, que, em uma visão clássica, ou, como destaca, em sua “entrada estática”, significa dedução daquilo que vem de uma discussão. Contudo, assinala o teórico que, em um sentido mais originário, dialética quer significar sua “entrada dinâmica” ou de “escolher algo, que também parece ter a característica do diálogo, podendo se referir, nesse contexto, a duas pessoas, a duas realidades ou a dois opostos.” (KROHLING, Aloisio. Direitos humanos fundamentais: diálogo intercultural e democracia. São Paulo: Paulus, 2009, p. 31)

⁴ KROHLING, Aloisio. Direitos humanos fundamentais: diálogo intercultural e democracia. São Paulo: Paulus, 2009. p. 30. Nesse sentido, seja destacado que, mesmo que se utilizando de “outros caminhos e termos”, é a noção dinâmica da dialética utilizada por Boaventura de Sousa Santos, marco teórico deste estudo, para justificar a existência do pluralismo jurídico. (KROHLING, Aloisio, op. cit. pp 60-61).

⁵ Referido teórico desenvolve o que nomina de anadialética. Em suma, apresenta-a como desdobramento da dialética, esta visualizada em seu contexto dinâmico, acrescentando-lhe o dado da realidade latino-americana.

Nesse contexto, a transformação se opera por meio da afirmação da alteridade real, o que confere base para que as múltiplas realidades verificáveis em um mesmo espaço geopolítico, consideradas suas especificidades históricas, políticas, culturais e econômicas, possam ser destacadas e consideradas para fins de válidas produções jurídicas.

Partindo de referidas constatações e tendo por pano de fundo as noções de acesso à justiça, pluralismo jurídico e métodos de solução alternativa de conflitos, busca, portanto, a presente pesquisa, em sua parte inicial, analisar as principais questões teóricas que balizam os contornos do acesso à justiça, destacando desde sua clássica até sua presente e mais alargada concepções, verificando-se-a, nesse último contexto, no e para além de um processo judicial.

Nesse contorno, não somente as práticas jurídico-processuais, como, também, os métodos alternativos de resolução de conflitos, exemplificados por mediação, conciliação e arbitragem, possibilitam a inserção das partes no “campo” do acesso à justiça, lhes permitindo, inclusive, a restauração de relações antes abaladas ou, mesmo, cindidas por ocasião do conflito. Referido contexto será analisado no segundo capítulo.

Diante, portanto, da substantivação do conceito de acesso à justiça, permitido, inclusive, por meios alternativos e extrajudiciais, passa o presente estudo, em seu capítulo terceiro, a contestar a univocidade do direito e, mesmo, do próprio Estado, como pilar e ambiente exclusivos de produção e de aplicação jurídicas. Nesse contexto de insurgência, é apresentado o pluralismo jurídico como vertente teórica possível à justificação de formas jurídicas diversas e multiculturais, aptas a congregarem produção jurídica válida e eficaz.

Em sequência, no capítulo quarto, a partir de uma análise da formação da cultura jurídica brasileira, é, então, desvelado um cenário de segregação, de alijamentos social, cultural, político e econômico em que se assenta essa massa subcidadã, verificando-se os principais entraves existentes para o acesso efetivo dessa população à justiça (estatizada).

(Ver Krohling, Aloisio. Dialética, analética, anadialética e a consolidação histórica dos direitos humanos da mulher no ocidente. *In* Justiça e libertação: a dialética dos direitos fundamentais. KROHLING, Aloisio (org), Curitiba: Editoria CRV 2009, pp 13-35, pp. 25-26.

Como conseqüência, no quinto capítulo, são apontados e analisados os meios de que, então, se vale essa população para a resolução de seus conflitos locais e mais cotidianos, excluídas, desde logo, desse contexto, ações não dotadas de eticidade e não assentadas no valor “justo”, como o são as realizadas no seio do narcotráfico, haja vista que esvaziam a legitimidade do direito que se busca ver alcançado.

Após referidas constatações, à luz das concepções afetas ao pluralismo jurídico em sede de Brasil, busca a presente pesquisa analisar se a realidade observada encontra-se apta a revelar um cenário de acesso à justiça por parte de a analisada população, ainda que pautada em um direito não oficial. Analisa-se, então, o que se fazer quando o direito (oficial) não sobe ao morro⁶?

Nesse contexto, como objetivos específicos e, assim, como questões-problema, busca a presente pesquisa analisar de que meios se valeria essa população para resolver seus conflitos locais mais cotidianos. Parte-se, nesse marco, para os seguintes questionamentos: Estar-se-ia diante de um cenário de acesso à justiça, ainda que não seja ele moldado às bases da produção acadêmica e do direito oficial? Poder-se-ia, nesses casos específicos, propiciar acesso à justiça por meio de um direito inoficial, sendo essa prática justificável pelo reconhecimento de um pluralismo jurídico?

Referido objeto de pesquisa demonstra as relevâncias acadêmica e prática deste estudo, haja vista que, à luz da contestação da univocidade do direito estatal e da análise da questão afeta ao pluralismo jurídico em sede de sociedades periféricas como o Brasil, permitirá a verificação da validade do uso de práticas alternativas de solução de conflitos como forma de justiça efetiva para as contendas cotidianas dessa massa subcidadã.

Para auxílio na consecução do propósito destacado em parágrafos anteriores, é a obra de Boaventura de Sousa Santos utilizada como marco teórico, obra essa, no caso, especialmente destacada por publicações tais como “O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica”, “Para uma revolução democrática da justiça”, assim como outras afetas à temática do pluralismo jurídico.

⁶ Expressão contextualizada como espaço de segregação de uma forma geral, seja ele, ou não, geograficamente caracterizado por morro ou favela.

Na obra destacada é possível, pois, vislumbrar-se um eventual norte justificador dos questionamentos e da hipótese pesquisados neste estudo. Por meio dela, em suma, destaca Boaventura que as sociedades, vistas sob a lente da sociologia, encampam comunidades plurais no que pertine aos aspectos jurídico e judicial, sendo que, em seu seio, o sistema jurídico do Estado “nem sempre é, sequer, o mais importante na gestão normativa do quotidiano da grande maioria dos cidadãos”.⁷

Ao se reconhecer esse sistema plural, apregoa-se também ser possível se emprestar ao direito uma nova roupagem, uma nova forma de se interpretá-lo e de se praticá-lo. Exemplo disso se vislumbra no fato de que o direito de concepção e prática hegemônicas, de caráter elitista e de meio de subjugação e de exclusão sociais acaba sendo submetido à profunda crítica. A mais, a apregoada neutralidade da ciência e das práticas jurídicas é confrontada com uma visão política do direito, que sustenta neste um singular meio de transformação social. Ainda, no plano normativo, o direito-dogma passa a ser revisitado à luz de novos e mais amplos conceitos de justiça social.

Nessa contextura, esse novo modo de se pensar e de se praticar criticamente o direito contesta, pois, a exclusividade do direito estatal, patrocinando a defesa da diversidade de ordens jurídicas em um espaço comum, estas igualmente aptas e válidas à produção e à prática do direito.

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa, Para uma revolução democrática da justiça. 3ed, São Paulo: Cortez, 2011, p. 114

CAPÍTULO I. CONCEPÇÕES TEÓRICAS ACERCA DO CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA

Seja esclarecido que o termo justiça segue concebido por diversas teorias⁸ que lhe emprestam significações distintas, o que dificulta de sobremaneira a estruturação de um conceito unívoco que esboce toda a amplitude da temática.

Consciente desse fato, o presente estudo direciona sua abordagem para uma visão mais geral do tema justiça, concebendo-o sob dois enfoques: justiça enquanto instituição (leia-se, Poder Judiciário) e justiça enquanto valor.

No primeiro enfoque, ao se similarizar justiça e Judiciário, acaba-se por convergir para a conclusão de que o acesso àquela restringe-se ao acesso ao Judiciário. O segundo enfoque, por seu turno, apregoa a visão axiológica de justiça, atrelando o contexto de acesso à justiça ao acesso a uma ordem de valores e a direitos que são fundamentais ao ser humano.⁹

O enfoque perquirido neste trabalho alinha-se ao contexto de *valor* atribuído ao termo justiça, especialmente porque busca analisar a respectiva possibilidade de acesso por meios alternativos ao Judiciário e ao processo judicial, inclusive praticados e moldados à luz de um direito local, eventualmente justificável pelo reconhecimento do pluralismo jurídico.

Analisada, ainda que em termos gerais, algumas das acepções atribuídas ao termo justiça, sejam vistos, a partir de agora, os caminhos para sua obtenção. De há muito, a normatização de direitos e de deveres aos indivíduos, por vezes, acaba por carrear ao Judiciário a necessidade de esse órgão estatal intervir no reconhecimento, preservação ou afirmação daqueles, formando-se, suscintamente, nesse contexto, a noção estrita de acesso à justiça.

⁸ Sejam citadas como exemplos as teorias *platônica* – a justiça como virtude suprema; *aristotélica* – justiça como sinônimo de igualdade, equilíbrio ou proporcionalidade; *cristã* – justiça como obediência à palavra de Deus; e *positivista* – justiça identificada como sinônimo de legalidade, como consagração normativa do direito. SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012, notas 4, 5, 7 e 9, p. 42.

⁹ SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos. p. 42.

Essa concepção, contudo, já se apresentou deveras mais singela. Em sede de estado liberal burguês, por exemplo, eram preconizados os direitos individuais, nominados de primeira dimensão, especialmente aqueles relacionados à liberdade e à propriedade. Ao Estado, aqui analisado sob o foco de sua função jurisdicional, incidia basicamente o dever de preservação desses direitos contra arbítrios de outros indivíduos e, mesmo, do próprio Estado. O direito a uma tutela judicial, o direito ao acesso à justiça limitava-se ao direito de propor ou de responder a uma ação.

Há que se destacar que essa realidade era substancialmente afeta a poucos. O acesso ao Judiciário, nesse marco histórico, era manejado tão somente por aqueles que possuíam condições de custeá-lo. Assim como a igualdade preconizada entre os indivíduos existia unicamente no plano da formalidade, também o acesso à justiça era puramente formal. Ao Estado não cabia “trabalhar” para extinguir ou minimizar diferenças práticas de aptidão das pessoas para buscarem em juízo.

O seguinte asserto bem representa a realidade experienciada:

Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte.¹⁰

De igual forma, também o ensino do direito manteve-se distante do estudo e/ou criticização de questões atreladas ao acesso efetivo à justiça, tais como custeio do litígio, questões essas que sequer eram aventadas como problemas. Assim, tanto a teoria quanto a prática jurídicas perpetuavam tão somente o acesso formal à justiça.

Essa visão formalística tendia, assim, a identificar o direito tão somente como o sistema normativo produzido pelo Estado, com justiça a ser perquirida exclusivamente por meio de o manejo de um processo judicial, com aplicação estrita de normas ao fato.

¹⁰CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. 168p. p. 09.

Havia uma “supersimplificação da realidade, o direito e o sistema jurídico eram olhados exclusivamente em seu aspecto normativo, enquanto se negligenciavam seus componentes reais – sujeitos, instituições e processos e, mais genericamente, seu contexto social.”¹¹

Com o crescimento das sociedades e com o fato de estas tornarem-se cada vez mais complexas, passaram a erigir diversas reivindicações e movimentos de luta no sentido de fazer com que a igualdade até então preconizada apenas no aspecto formal fosse reconhecida de fato¹², ou seja, em seu plano substancial.

Imbuídos nesse pensamento, buscavam os desprestigiados o reconhecimento efetivo de diversos direitos relacionados à igualdade, tais como educação, saúde e moradia, antes praticamente esfacelados para aqueles que não eram “tão iguais a outros”.

Nessa contextura, tem sede o que se nominou de estado social, em que, basicamente, a dimensão de incidência dos direitos passou do plano individual para o coletivo, cabendo ao Estado, e, assim, ao Judiciário, a afirmação dos mesmos. Deixa o Estado sua postura eminentemente passiva para abarcar um *status* ativo, intervindo na economia, na esfera privada de gestão de negócios, na criação de políticas sociais e, bem assim, na busca para tornar substantivo – e não mais meramente formal – o acesso dos indivíduos à justiça.

A concepção de acesso à justiça é, portanto, modificada. Buscar a justiça não mais significava unicamente propor ou responder uma ação. Passou-se a buscar uma tutela, no mais das vezes, afirmativa; passou-se a buscar um fazer estatal no sentido de afirmar um direito antes reconhecido somente em plano fático. “Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos”.¹³

¹¹ CAPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista de processo. São Paulo, ano 19, n. 74, pp. 82-97, abril-junho/1994, p. 82

¹² Pontue-se que a ordem de evolução dos direitos fundamentais / dimensões de direitos aqui destacada tem por base a teoria clássica afeta à temática, especialmente fulcrada em Marshal. Contudo, como verificado no capítulo terceiro, referida evolução em sede de Brasil deu-se em ordem lógica inversa, surgindo primeiramente os direitos sociais, contestada sua natureza de conquista, sendo seguidos pela implantação de direitos políticos e civis.

¹³ CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça. p. 11

No seio das mudanças preconizadas pelo Estado social, o direito ao acesso efetivo à justiça passou a ser progressivamente reconhecido como de importância ímpar, haja vista o acertado reconhecimento de que a titularidade de direitos, sejam eles individuais ou sociais, é destituída de sentido, caso ausentes os meios para sua reivindicação.

É nesse contexto que exsurge a concepção que hoje baliza o conceito, qual seja, a de que o acesso à justiça deve ser visualizado como verdadeiro direito fundamental, como importante meio, ou, melhor, como requisito basilar de um sistema jurídico que se pretenda garantidor, e não apenas, proclamador, de direitos fundamentais a quaisquer pessoas

Nesse sentido, o acesso à justiça não deve ser tão somente preconizado e possibilitado sob o viés do acesso às entidades estatais e, sim, necessita ser viabilizado sob o prisma do que se nominou de “acesso à ordem jurídica justa”. Para tanto, necessário se faz ter em vista que a ordem jurídica e a justiça não são organizadas para uma sociedade abstrata, mas sim para um país que possui específicas características sociais, políticas, econômicas e culturais, as quais não devem ser ignoradas ou abstraídas.¹⁴

Assim, para além de uma justiça conflitiva, contenciosa e adversarial, existe válida uma justiça “conciliatória ou coexistencial”,¹⁵ em que a participação das partes na condução e solução de determinados conflitos revela, por vezes, resultados bem mais eficazes e realísticos do que aqueles obtidos por meio da prolação de uma sentença em um sistema de heterocomposição.

Com base nesse pensamento, válida se apresenta a conclusão realizada por Ricardo Goretti Santos ao cotejar as temáticas justiça coexistencial e acesso à justiça:

A partir das ponderações acima referenciadas, lançamos duas afirmações absolutamente apropriadas ao nosso sentir. A primeira de que as possibilidades de resolução de conflitos não se exaurem nas vias processuais judiciais, de natureza heterocompositiva e de caráter adversarial; enquanto a segunda, de que, em determinadas situações conflituosas, a não adversariedade pode ser mais indicada, dependendo da natureza do objeto da discórdia entre conflitantes, assim como dos interesses, das necessidades e das possibilidades apresentadas pelos mesmos.¹⁶

¹⁴ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In* Participação e processo. GRINOVER, Ada Pellegrini, São Paulo: RT, 1988, pp 128-130.

¹⁵ CAPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. p. 90

¹⁶ SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos..p. 43

A concepção substantiva de acesso à justiça alarga-se “espacialmente”; parte-se para o entendimento de que se faz possível e viável a busca da justiça “para além do processo judicial”. Visualiza-se, portanto, que justiça contenciosa e justiça conciliatória podem e devem coexistir em um mesmo sistema de justiça.

Isso porque conflitos há que, por sua natureza complexa e dinâmica, reclamam a intervenção judicial; todavia, outros existem que, também por sua natureza, justamente de conflitos continuativos (família, vizinhança, dentre outros), reclamam uma intervenção mediada das partes envolvidas no próprio litígio e para os quais a solução alternativa ao judiciário reveste-se na mais indicada.

Essa nova concepção de acesso à justiça que atualmente baliza tanto a teoria quanto a prática jurídicas, inclusive o entendimento preconizado neste trabalho, restou gestada em movimentos e estudos datados do final da década de 1970. Dentre esses, uma obra em particular desponta como clássico, analisando de um ponto de vista universal os diversos movimentos convergentes à facilitação ao acesso (material e efetivo) à justiça: *Acesso à justiça*, de Mauro Capelletti e Bryan Garth¹⁷.

Realizando análises dos aspectos teórico e reformador do tema “acesso à justiça”, propuseram os teóricos referenciados o estudo de temas centralmente direcionados à substantivação do acesso à justiça, os quais serão analisados em linhas seguintes¹⁸, ainda que não em seu esgotamento, buscando-se, quando possível, sua contextualização com o cenário pátrio.

Isso porque, apesar de pontuados em obra que analisa estudos realizados frente às realidades europeia e norte-americana, os entraves computados, obviamente que resguardadas suas peculiaridades, bem se amoldam à realidade brasileira, inclusive a dos presentes dias.

¹⁷ Nesse sentido, ver obra citada, pp 16 – 114.

¹⁸ À guisa de esclarecimento: o delineamento sequencial deste capítulo tem base e encadeamento lógico no pensamento de Capelletti e Garth quando analisaram os movimentos “universais” de acesso à justiça, sendo, portanto, o fio condutor da presente análise, o qual é, todavia, pontualmente cotejado com diversos outros apontamentos afetos à temática.

Esse movimento “universal” de acesso à justiça busca romper com a noção formalista do direito, amoldando-o ou aproximando-o mais de feições inerentes à complexidade da sociedade humana. Não é negada a componente normativa do direito, todavia, esta é visualizada como uma, e não como a única, componente, que deve ser cotejada com outros elementos, como a própria estruturação da sociedade.

Revela, assim, o movimento, uma nuance tridimensional, ou seja:

Uma primeira dimensão reflete o problema, a necessidade ou exigência social que induz à criação de um instituto jurídico; a segunda dimensão reflete a *resposta* ou *solução jurídica*, por sinal uma resposta que, além das normas, inclui as instituições e processos destinados a tratar daquela necessidade, problema ou exigência social; enfim, uma terceira dimensão encara os *resultados*, ou o *impacto* dessa resposta jurídica sobre a necessidade, problema ou exigência social.¹⁹

Obstáculos de natureza econômica, organizacional e processual apresentam-se, assim, como entraves ao acesso efetivo à justiça.

Em termos de entrave econômico, as custas processuais apresentam-se como real e, por vezes, como o primeiro dos entraves ao acesso das partes ao Judiciário. Na maioria das sociedades modernas, as custas de um processo – sejam somente as judiciais, sejam as custas gerais englobando contratação de advogado, por exemplo – são altas, frente à média de renda da população, o que desestimula ou mesmo impede o acesso às vias judiciais.

Em termos de Europa, por exemplo, nos idos de 1975-76, na Inglaterra foi possível verificar que, em cerca de um terço das ações contestadas, os custos totais com a causa superavam o valor da demanda. Na França, para autores com renda mensal de até 1.750 francos, o custo médio de suas demandas equivalia a cerca de 144% de seus ganhos mensais.

Em sede de Brasil e em tempos presentes, a situação de “considerável montante” atrelada ao fator “custas judiciais” não parece tão distinta do cenário acima preconizado.

Um estudo publicado nos idos de 2009, analisando o sistema de custas do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, retratou o sistema básico de custas alusivo a processo que tramite em primeira instância, pontuando que:

¹⁹ CAPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. p. 83

Ao impetrar uma ação o demandante paga 1% do valor da causa referente a taxa judiciária. O valor mínimo da taxa é de R\$ 48,20 (quarenta e oito reais e vinte centavos) e máximo é de R\$ 181,90 (cento e oitenta e um reais e noventa centavos). As custas judiciais no 1º grau são de R\$ 10,60 (dez reais e sessenta centavos), acrescidos dos atos de escrivania, que dependerá também do valor da causa. Este tem como valor mínimo de R\$ 15,00 para causas de até R\$ 256,60 (duzentos e cinquenta e seis reais e sessenta centavos) e de R\$ 1.057,00 (um mil e cinquenta e sete reais) para causas superiores a R\$ 26.050,00 (vinte seis mil e cinquenta reais). O demandante ainda terá que arcar com o valor da citação inicial que é de R\$ 95,90 (noventa e cinco reais e noventa centavos), atos do distribuídos de R\$ 28,60 (vinte e oito reais e sessenta centavos) e, dependendo da demanda, com os atos do contador que, no mínimo, será de R\$ 49,00 (quarenta e nove reais), podendo chegar até o limite de R\$ 476,70 (quatrocentos e setenta e seis reais e setenta centavos). Caso sejam necessários mais de um mandado de citação se pagará por cada mandado acrescido o valor de R\$ 42,40 (quarenta e dois reais e quarenta centavos). Poderá o demandante, também se ver obrigado a pagar atos dos apregoadores e leiloeiros, que variam de 0,5% a 1%, respectivamente, do valor do bem, até o limite de R\$ 537,10 (quinhentos e trinta e sete reais e dez centavos), bem como atos de perito e avaliador.²⁰

Somente a título exemplificativo, o valor mínimo de custas judiciais em primeiro grau de uma demanda naquele Estado (base: valor mínimo para cada ato apontado pela autora), seria de R\$ 247,30, considerando-se apenas um mandado de citação e excetuando-se o cômputo de valores alusivos a atos de apregoadores, leiloeiros, perito e de avaliador. Esse valor corresponde a 53,18%, ou seja, mais da metade do salário mínimo vigente à época de publicação do estudo – 2009; R\$ 465,00.

Em sede de Espírito Santo, analisando-se as custas prévias de primeira instância atualmente praticadas no Tribunal de Justiça desse Estado, por meio de cálculo estimativo²¹, é possível se constatar que uma ação de alimentos, por exemplo, em que se pleiteia valor médio de pensão equivalente a 30% do salário mínimo hoje vigente (R\$ 203,40), cujo valor da causa equivalerá a R\$ 2.440,00, o valor estimado de custas prévias é de R\$ 208,63, ou seja, valor superior ao próprio valor mensal de alimentos pleiteado.

Em outro exemplo, uma ação de mandado de segurança, cujo manejo é constitucionalmente a todos assegurado como forma de se evitar ou de se fazer cessar lesão a direito líquido e certo, com valor de causa equivalente a R\$ 1.000,00, apenas para efeitos fiscais, o valor previsto de

²⁰ NOBRE, Simone Cruz. Os custos legais como filtro para interposição de demanda e acesso à justiça. In Revista Pensar. V. 4. n. 2. Jul/dez 2009. Fortaleza, Universidade de Fortaleza, 2009, pp. 428-429, Disponível em http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/salario_minimo.htm, acesso em 20/11/2012.

²¹ Valores calculados com base em programa disponibilizado no sítio da Corregedoria daquele Tribunal. Para a estimativa, foram considerados os seguintes parâmetros: zona urbana e expedição de ofícios/mandado. Programa disponível em <http://www.cgj.es.gov.br/Internet/codigos/corregedoria/arrecadacao/relatorios/RelValoresEstim.cfm>

custas prévias alcança o montante de R\$ 208,63, o que representa mais de 20% do próprio valor conferido à causa.

Um terceiro exemplo: em sede de reparação de danos em juizados especiais, cujo procedimento isenta o pagamento de custas em primeira instância, uma ação de valor de causa equivalente a R\$ 4.000,00, caso necessite ser submetida ao Colegiado Recursal, acarretará da parte o desembolso médio de R\$ 287,02.

As custas judiciais, portanto, apresentam-se como filtro para o acesso ao Judiciário,. Vê-se, portanto, o próprio Estado contribuindo para a elevação do ônus atribuídos a uma grande parcela da sociedade.²²

Além das custas, o princípio da sucumbência é também destacado como problema atrelado ao custeio do processo, haja vista que, se dificuldades imperam sobre uma das partes para o dispêndio financeiro relativo aos ônus que lhe são característicos, quiçá em relação ao fato de essa mesma parte vir a ser condenada a arcar, também, com os custos da parte adversa.

A associação entre o fator “tempo do processo” – de estada e de saída - e o fator “custas” contribui de modo impar para a minimização do acesso efetivo à justiça. Isso porque a delonga do processo traz efeitos devastadores para aquela parte que, precariamente, pôde custear o início da demanda, mas que, todavia, não mais pode abarcar os custos advindos do “tempo de estada” do processo, o que faz com que, por vezes, desista da causa ou acabe por aceitar acordos em valores bem inferiores aos que, efetivamente, teria direito.

E uma justiça tardia acaba, assim, por se tornar uma justiça inacessível, conclusão que restou, inclusive, sedimentada na Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Individuais, em seu art. 6º, §1º: “a justiça que não cumpre suas funções dentro de um ‘prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível”.²³

Ainda no que respeita aos custos financeiros da demanda (“primeira onda”, conforme expressão utilizada por Capelletti e Garth), não se deve deixar sem análise a questão afeta às

²² NOBRE, Simone Cruz. Os custos legais como filtro para interposição de demanda e acesso à justiça. pp 423-424.

²³ CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça.p.20-21.

“possibilidades das partes”, a esse conceito emprestando-se o significado de que algumas espécies de litigantes, por serem habituais, por serem patrocinados por escritórios especializados, por exemplo, gozam de uma gama de vantagens estratégicas.

Referidas vantagens são de difícil precisão, contudo, arrisca-se na delimitação de algumas de suas espécies. São elas *recursos financeiros, aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa e existência de litigantes habituais e de litigantes eventuais*. Os recursos financeiros encontram-se intimamente relacionados com o acesso ao Judiciário, na medida em que quem dispõe de maiores recursos pode pagar para iniciar um litígio e para se manter em juízo, ou seja, pode custear sem maiores infortúnios tanto a propositura da ação quanto a demora do processo, fato que não ocorre com aqueles (ainda, a maioria) que dispõem de poucos recursos.

Seja aqui aberto um parêntese para asseverar que a assistência judiciária gratuita e a concessão de isenção do pagamento de custas e demais despesas do processo²⁴ minimizam o impacto da vantagem/desvantagem acima apontada, todavia, nem sempre o extirpam, haja vista que é possível que à parte, por esses institutos, seja possibilitado o acesso ao Judiciário, mas, nem sempre, a viabilidade de permanência no litígio.

Além da existência de recursos financeiros, é também disposta como vantagem estratégica a maior percepção de existência de um direito, de sua eventual violação, dos meios existentes para o reparo desse suposto arbítrio, assim como dos meios existentes para a defesa frente a uma ação judicial. Assim como em uma operação matemática de “regra de três”, são as vantagens ou desvantagens diretamente proporcionais ao maior ou menor conhecimento e informação jurídicas que possui determinado indivíduo.

Quanto menor a informação, quanto menor o conhecimento jurídico, quanto menor a “capacidade jurídica pessoal”, menor será sua aptidão para o reconhecimento e para a busca de afirmação de um direito, fato que se verifica, geralmente, em pessoas mais desprovidas de recursos financeiros, de instrução formal, dentre outros aspectos, como o são as pessoas que compõem a massa populacional analisada neste estudo.

²⁴ Esses institutos serão melhor analisados em momento posterior

Verifica-se, nesse contexto, realidade que se aproxima daquilo que Boaventura identifica como procura suprimida²⁵, em que, sumamente, as pessoas marginalizadas, de certo modo, até possuem ciência de seus direitos, todavia, por sua própria condição, sentem-se impotentes para sua procura, para sua efetivação.

Interessante o apontamento de que a destacada falta de conhecimento jurídico muitas das vezes associa-se a outro fator que, igualmente, apresenta-se como barreira ao acesso efetivo à justiça, qual seja: a disposição psicológica para litigar em juízo. As justificativas para esse comportamento humano são diversas, sendo aqui destacadas a complexidade e o formalismo dos procedimentos, a intimidação forjada pelos ambientes e/ou autoridades, e a própria desconfiança para com os advogados, especialmente presente em classes menos favorecidas.

Dados do IBGE relativos ao ano de 1988 e de uma pesquisa realizada na região metropolitana do Rio de Janeiro (1997)²⁶ bem demonstram essa realidade. Com relação à pesquisa do IBGE, do total de pessoas envolvidas em conflitos, apenas 62% recorreram ao judiciário para a busca de solução. Os demais, ou nada fizeram, ou buscaram resolver a contenda “por conta própria”.

Em casos envolvendo crimes de furto e roubo, por exemplo, os motivos alegados para o não recurso ao Judiciário, apontam para o descrédito da Instituição (28%), o temor de represálias (4%) e a recusa para envolvimento com a polícia (9%). A somatória dos dados (41%) concluiu para o fato de que essas pessoas não buscaram o sistema institucionalizado de justiça por nele não acreditarem ou por o temerem. Em casos de agressão física, o percentual de não recursos foi de 45%.

Já na pesquisa realizada no Rio de Janeiro, constatou-se que somente 20% das pessoas recorriam à polícia quando sofriam violação em alguns de seus direitos; os demais não o faziam por temor àquela instituição ou por não crerem nos resultados.

²⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça, 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011, pp. 37-38

²⁶ Ver nesse sentido CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho, 7 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, pp 210-211.

Interessante notar em ambas as pesquisas que o fator grau de escolaridade está diretamente relacionado com o maior ou menor recurso dos cidadãos ao Estado em casos de violação a direitos.

Fechando a tríade de espécies aqui sugeridas está a existência de litigantes habituais frente a litigantes eventuais. Há que se ponderar que aqueles, por encontrarem-se mais frequentemente no sistema judicial, possuem um maior número de vantagens no que respeita ao conceito de acesso à justiça.

Como referidas vantagens, as quais se entende analisadas no que respeita a um ou a ambos os pólos da ação – ativo e passivo, destacam-se:

1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisória; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.²⁷

Partindo para uma segunda “onda” de análises, é de se destacar que, além de questões afetas a recursos financeiros, também problemas alusivos aos interesses difusos²⁸ acabaram por se convolar em entraves ao acesso efetivo à justiça. Não somente em décadas de outrora, mas em tempos presentes, essa constatação, bem como a tentativa de minimização de suas consequências negativas, tomam assento mais constante na pauta de discussões acerca da temática acesso à justiça.

Nas sociedades contemporâneas, as relações de produção e de consumo tornaram-se massificadas, o que fez com que o indivíduo, isolado, restasse incapaz de pugnar, efetivamente, os direitos que lhe são assegurados em áreas como consumo, meio ambiente e relações de trabalho.

Por conseguinte, a natureza desses direitos somada ao viés preponderantemente individualista do processo e ao caráter basicamente financeiro dos interesses postos sob discussão judicial, acaba por fazer com que a defesa judicial de interesses difusos torne-se pouco atrativa.

²⁷ CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça. p. 25

²⁸ Reproduz-se, aqui, a expressão utilizada pelos autores, todavia emprega-se a mesma com a significação atinente ao que, em direito pátrio, se compreende por direitos metaindividuais ou coletivos *latu sensu*.

Capelletti bem sintetiza essa realidade nos dizeres seguintes:

ao individuo isolado inevitavelmente faltam suficiente motivação, informação e poder para iniciar e sustentar processo contra o poderoso produtor ou poluidor. Mesmo que viesse a ocorrer tão improvável fato, o resultado seria totalmente inadequado para desencorajar o transgressor de massa de prosseguir nas lucrativas atividades danosas; o litigante individual seria o “titular” de *insignificante* fragmento do dano em questão. Dai haver-se patenteado que existe aqui nova espécie de “pobreza”, digamos *pobreza organizacional*, que, se não superada, torna de todo ineficiente a proteção judicial²⁹.

Nessa segunda “onda”, buscava-se, pois, empreender ações com vistas à minimização dos problemas oriundos da deficiência na promoção dos direitos metaindividuais, “desemparrados de proteção por legislações, pouco ou nada receptivas a conflitos de dimensões não individuais.”³⁰

Entende-se que o destaque de referida questão como barreira ao acesso à justiça possui respaldo no fato de que com a mínima ou inexistente promoção judicial de direitos difusos, muito se estaria deixando de efetivar em prol de uma coletividade, permitindo-se, assim, que a almejada justiça permanecesse restrita a conflitos eminentemente individuais.

Em um terceiro foco de análise, verifica-se que o sistema de solução de conflitos empreendido pelo judiciário convola-se em apenas uma forma de acesso à justiça e não na exclusiva. Era preciso, pois, alargar o conceito material de acesso à justiça. Nesse sentido, salienta Boaventura que

Na terceira vaga, o movimento de acesso à justiça procura expandir a concepção clássica da resolução judicial de litígios desenvolvendo um conceito amplo de justiça em que os tribunais fazem parte de um conjunto integrado de meios de resolução de conflitos, o que inclui o que se convencionou chamar de ADR (resolução alternativa de litígios)³¹

Como modo de confrontar e minimizar os entraves então verificados, Capelletti e Garth buscaram delinear sugestões e meios para tornar real o acesso de muitos à justiça, principalmente dos mais pobres. A proposta lançada funcionou como mola propulsora a diversas outras ações que, até hoje, sedimentam os esforços para tornar mais efetivo e real o acesso à justiça.

²⁹ CAPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. pp. 84-85.

³⁰ SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos. p. 63

³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa, Para uma revolução democrática da justiça, p. 49

Uma das primeiras soluções praticadas fora a concessão de assistência judiciária aos pobres, aos necessitados, o que Capelletti e Garth nominaram de “primeira onda” de reformas. Nesse contexto, programas foram institucionalizados no sentido de permitir que um grande contingente populacional deixasse de ser invisível ao sistema judiciário simplesmente porque não podia arcar com seus custos.

Em sede de Europa e de Estados Unidos podem ser citados os exemplos seguintes: 1) Alemanha, entre 1919-23: criado um sistema de remuneração, pelo Estado, aos advogados que fornecessem assistência judiciária, a qual, inclusive, se estendia a todos que a pleiteassem; 2) Inglaterra, 1949: criação da *Legal Aid and Advice Scheme* (Lei de Assessoramento e de Patrocínio Jurídico), confiado à Associação Nacional dos Advogados (*Law Society*); 3) Estados Unidos, 1965: A *Office of Economic Opportunity* (OEO) entendeu serem serviços de “ação comunitária” os serviços de assistência jurídica, para a execução dos quais era autorizada a destinação de recursos federais e; 4) França, 1972: “*securité sociale*”: os custos dos honorários passam a ser suportados pelo Estado.

Em sede de Brasil, ações similares foram adotadas, seja, por exemplo, por meio da prestação de assessoria jurídica aos necessitados, por intermédio de órgãos estatais³², seja por meio da criação da lei de assistência judiciária gratuita (1.060/50), até hoje vigente. Destaque-se, inclusive, que a garantia de concessão de assistência judiciária aos necessitados fora, entre nós, alçada a *status* constitucional.

Em seus estudos, a partir dos exemplos verificados, Capelletti e Garth identificaram, basicamente, três sistemas afetos à assistência judiciária gratuita, quais sejam: sistema *judicare*, sistema do advogado remunerado pelos cofres públicos e um terceiro sistema que combinava características dos dois modelos anteriores.

Como forma de mitigar o descompasso existente entre a representação judicial dos que podem custear uma lide e daqueles que não o podem, o sistema *judicare* surge no sentido de conceder assistência judiciária gratuita a todos aqueles que se enquadrem nos limites exigidos por lei para referida concessão. Nesse modelo, advogados particulares constantes de um cadastro

³² Procuradorias Gerais de Justiça, Secretarias de Justiça e Procuradorias Gerais do Estado (v. PASSOS, J.J. Calmon de. O problema do acesso à justiça no Brasil. In Revista de Processo. N. 39, julho-setembro, 1985, pp. 80-81). Em outro marco temporal são instituídas as Defensorias Públicas dos Estados.

prévio são, então, remunerados pelo Estado para fins de patrocinarem as causas de pessoas pobres que, por suas expensas, não poderiam remunerar ditos profissionais.

Reconhecido o mérito de referido sistema, destacam, contudo, Capelletti e Garth que o mesmo saneia o entrave do custo financeiro do processo, mas deixa em aberto outras problemáticas verificadas pelos pobres ao acesso à justiça. Nesse contexto, pontuam que

O *judicare* desfaz a barreira do custo, mas faz pouco para atacar barreiras causadas por outros problemas encontrados pelos pobres. Isso porque ele confia aos pobres a tarefa de reconhecer as causas e procurar auxílio; não encoraja nem permite que o profissional individual auxilie os pobres a compreender seus direitos e identificar as áreas em que podem se valer de remédios jurídicos. (...) Ademais, mesmo que reconheçam sua pretensão, as pessoas pobres podem sentir-se intimidadas em reivindicá-la pela perspectiva de comparecerem a um escritório de advocacia e discuti-la com um advogado particular.³³

Um segundo modelo analisado pelos mencionados teóricos foi o de advogados remunerados por cofres públicos. Originado no programa de serviços jurídicos do *Office of Economic Opportunity* (1965), como eixo de uma verdadeira “guerra” contra a pobreza, o sistema destacado focava a atuação de advogados com vistas à conscientização de direitos e promoção destes. Contudo, diferentemente do que verificado no *judicare*, a atuação neste sistema centrava-se em questões de natureza coletiva, ou seja, vislumbrava o pobre e, assim, seus direitos, enquanto classe e não meramente enquanto indivíduo.

Os advogados encontravam-se sediados não mais em seus escritórios, mas em locais nominados de “escritórios de vizinhança”. Inclinavam-se a conhecer e a reconhecer mais profundamente os reais problemas enfrentados pelos pobres no acesso à justiça (não necessariamente problemas de índole de custo financeiro do processo), buscando ampliar materialmente os direitos daqueles, por meio, por exemplo, do manejo de casos-teste ou de *lobbys* para a modificação da legislação, sempre visualizando o pobre enquanto classe a ser beneficiada pelo resultado das ações empreendidas.

Nesse contexto, inclusive, as ações praticadas por esses escritórios em muito se assimilavam àquelas praticadas pelos já verificados litigantes habituais, externando-se como vantagens reconhecidas para fins de acesso à justiça.

³³CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça. p. 38.

Tal como no *judicare*, esse sistema também revelou falhas, sendo a principal delas apontada como a dependência de apoio governamental ou de setores dominantes da sociedade para a consecução de ações muitas das vezes desencadeadas contra esses próprios entes.

O terceiro modelo identificado congloba um misto de características verificadas nos dois sistemas anteriormente apontados. Surge a partir da identificação de que ambos os sistemas se complementam e de que nenhum deles é completo e se encontra imune a falhas.

Referido sistema permite que os necessitados escolham entre o patrocínio individual por advogado particular ou por equipes de advogados especializadas e mais afeta aos problemas dos pobres enquanto um coletivo. Nesse contexto, interessante o destaque aos exemplos de reformas ocorridas na Austrália, Holanda e Inglaterra, em que, para os fins preconizados por este sistema, foram criados “centros de atendimento jurídico de vizinhança”³⁴, nos quais os problemas para lá carreados buscam ser tratados não somente como assuntos individuais, mas como questões de comunidade.

Esses programas nem sempre foram exitosos em seus inícios, vindo a sofrer aperfeiçoamentos, o que, por si só, não permite a afirmação de que, mesmo assim, tenham se tornado suficientes para o saneamento da totalidade das falhas eventualmente verificadas, bem como para o acesso de todos os pobres à justiça. Em que pese essa assertiva, a concessão de assistência judiciária gratuita aos necessitados convolou-se em um singular avanço no propósito de tornar efetivo o acesso à justiça, aplaudível até os hodiernos dias.

Contudo, não se esgota nela a elucidação dos entraves outrora enfocados. E, ainda, nesse ponto, é necessário ter em mente que a questão da assistência judiciária gratuita deve ser tratada seriamente, de forma a se garantir, por exemplo, quantidade e disponibilidade de patronos condizente com a demanda, a fim de que possa ser efetiva (e não meramente formal) essa garantia.

A segunda “onda” de reformas entendidas como necessárias repousa na maior efetivação do acesso à justiça: representação dos interesses difusos.

Como já destacado, o processo civil, por sua tradição, preponderante ou quase exclusivamente individualista, servia como instrumento para solução de contendas pontuais, inter-sujeitos. Contudo, a realidade que se fazia cada vez mais presente no seio social reclamava atenção,

³⁴ CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça. pp. 44-45

promoção e proteção a direitos que não se vinculavam somente à esfera individual, mas abarcavam toda uma coletividade, determinada ou não.

Assim, algumas ações começavam a se destacar para fins de promoção desses chamados “novos direitos”. Primeiramente, em sede de processo judicial, pontuam-se as reformulações legislativas e jurisprudenciais no que respeita à legitimidade ativa para ações atinentes a direitos coletivos – *lato sensu* – modificação do papel de juízes e de conceitos tradicionais de processo/procedimento, como a citação.

A ação governamental é destacada como o principal método para a representação dos direitos difusos, especialmente em razão da ainda então existente problemática em se reconhecer legitimidade ativa a grupos específicos, mesmo a par das reformas legislativas e de entendimento jurisprudencial preconizadas.

Nesse contexto, ações empreendidas pelo Ministério Público, Agências Públicas Regulamentadoras criadas, também, para a defesa desses direitos, bem como a figura do *Ombudsman* do Consumidor³⁵ configuram-se em exemplos de tentativas estatais para a promoção de direitos metaindividuais.

Contudo, a ação estatal em prol dos direitos difusos nem sempre se faz bem sucedida, especialmente em função de sua limitação técnica, haja vista que a defesa de referidos direitos suscita atuação em diversas áreas do conhecimento, que, nem sempre, são de domínio desses agentes públicos.

Uma segunda técnica possível à promoção dos interesses difusos é identificada na figura do procurador-geral privado. Seguindo na tentativa de alargamento do rol de legitimados ativos, a proposta em voga representa a possibilidade de ação judicial manejada por particulares. Nesse viés, não somente o Estado, mas também particulares poderiam atuar em prol dos direitos coletivos *lato sensu*, ajuizando demandas, inclusive, contra atos do próprio Estado.

Uma terceira técnica verificada é externada pelo nominado Procurador-Geral Organizacional Privado. Semelhante à ideologia que baliza a técnica anterior, esta congloba a existência de *grupos* particulares como legitimados à promoção de interesses difusos, seja originariamente, seja de modo supletivo à atuação estatal.

³⁵ Instituição criada na Suécia, em 1970, com função de expressa representação dos interesses coletivos e fragmentados dos consumidores. Possui análogos em outros países como Noruega e Dinamarca.(CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça. p. 54).

Contudo, apesar da verificável evolução trazida por aludidas técnicas no que respeita à maior difusão dos direitos coletivos desde as últimas cinco décadas, um alerta pontual e significativo tem assento na análise dos teóricos ora invocados: a promoção de direitos metaindividuais vai além do mero reconhecimento de legitimados. É necessário, ainda, que sejam proporcionados meios para sua constituição e para sua atuação efetiva, seja no âmbito governamental, seja na esfera de atuação de grupos particulares.

Por fim, como terceira “onda” de reformas tendentes à melhora no acesso à justiça, Capelletti e Garth enfocam que referida acessibilidade perpassa os limites do Judiciário, sendo igualmente encontrada em medidas extrajudiciais e, não só, sendo também verificada em ações de prevenção e de (re)conhecimento do direito, a par das ações de solução de conflitos.

Nesse contexto, portanto,

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 processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.³⁶

No esteio dessa terceira “onda”, o conceito de acesso à justiça é, pois, ampliado, vindo a doutrina a concebê-lo não somente como restrito ao processo, mas como direito que se exercita também para além das cortes. Em suma, passou a ser possível buscar a justiça no Judiciário ou fora dele, por meios alternativos à judicatura, questionando-se alguns, inclusive, como se verá neste estudo, se esse acesso também poderia se dar por meios alternativos que restam considerados de direito inoficial (não estatal).

Assim, exsurge uma maior preocupação com o alcance social da justiça, o que faz com que sejam pontuadas reformas com vistas à reestruturação de procedimentos e tribunais, à própria modificação do direito substantivo no intuito de se prevenir litígios, à utilização de pessoas leigas atuando como juízes ou como defensores, assim como reformas tendentes à maior adoção de métodos alternativos de conflitos.

Tendo em vista os objetivos propostos na presente pesquisa, deter-se-á, nessa terceira “onda” de reformas, à análise dos métodos alternativos de solução de conflitos no contexto do acesso à justiça, destacando-se, contudo, em sede de reformas judiciária e legislativa, a *criação de procedimentos mais informais e céleres, afetos a determinados tipos de demanda, como o*

³⁶ CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça. pp 67-68

*dos juizados especiais e os tribunais de vizinhança, assim como a nova concepção empregada ao papel do juiz*³⁷.

No que respeita aos procedimentos especiais para pequenas causas, Capelletti e Garth salientam que

A violação dos direitos recentemente obtidos pelas pessoas comuns, tais como aqueles referentes às relações de consumo ou de locação, tendem a dar lugar a um grande número de causas relativamente pequenas contra (entre outros) empresas e locadores. A preocupação crescente para tornar esses direitos efetivos, no entanto, leva à criação de procedimentos especiais para solucionar essas “pequenas injustiças” de grande importância social.³⁸

Assim é que esforços foram (e até hoje são) empreendidos no sentido processar e julgar causas dessa natureza por meio de procedimentos que congreguem segurança jurídica e menor grau de formalismo e complexidade, maior celeridade e menor custo financeiro da demanda.

Destaca-se que grandes são os desafios para que esse mister seja alcançado, especialmente no que respeita à “atratividade” e à confiabilidade desses juizados para as pessoas menos privilegiadas, no intuito de que os direitos a elas proclamados não se percam na simbologia e abstração da norma.

Nesse sentido, além de não representarem uma “justiça cara”, no ponto de vista do custo financeiro da demanda, é necessário que esses juizados sejam também atrativos nos planos físicos e psicológico, ou seja, que os indivíduos comuns sintam-se “à vontade e confiantes para utilizá-los, apesar dos recursos de que disponham aqueles a quem eles se opõem.”³⁹

Em sede de experiência brasileira, atualmente buscam congregiar e efetivar aludidos objetivos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, tanto em esfera estadual, quanto federal. Em que pese a existência de questões que atravancam a consecução de seus objetivos, não se pode olvidar que os Juizados Especiais têm contribuído para a efetivação de direitos para uma considerável parcela da população, para quem os juízos regulares, nem sempre seriam a melhor ou, quiçá, uma opção.

Outra sugestão que aqui se destaca, de melhoria na acessibilidade à justiça, via reforma na administração do sistema estatal, consiste nos, assim nominados, “tribunais de vizinhança”.

³⁷ CAPELLETTI, Mauro e GARTH. Acesso à justiça. pp 94 – 142.

³⁸ CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. op. cit. pp. 94-95

³⁹ Idem. p. 97

Assim como os juizados de pequenas causas, representam eles uma tentativa de aproximação do procedimento com as peculiaridades do litígio que é levado à apreciação estatal.

Buscam a tratativa de conflitos cotidianos, locais, envolvendo indivíduos de um agrupamento de trabalho ou habitação, por exemplo.⁴⁰ Interessante notar que a proposta contida na instalação de referidos centros congloba reformulação do sistema judiciário e adoção de meios alternativos de solução de controvérsias, haja vista que, além de adequar o procedimento à natureza do conflito, buscam inserir a comunidade na condução do caso e na formação da decisão, por meio, especialmente, da conciliação e da mediação.

Seja aqui aberto um parêntese para relatar que aludidos tribunais, ainda que instalados pelo Estado e balizados no direito legislado, em sua essência e em seu propósito, bem parecem se aproximar dos verdadeiros “tribunais” em que se transformam as associações de moradores na pesquisa realizada por Boaventura na obra “O discurso e o poder”, a ser pontualmente analisada no bojo desta pesquisa.

Como derradeiro ponto de reforma do sistema de administração da justiça que aqui se pretende destacar encontra-se a necessidade de o magistrado tornar-se mais ativo⁴¹, mais aberto ao conhecimento das necessidades das partes envolvidas pelo litígio, sendo “um apoio, não um obstáculo, num sistema de justiça basicamente contraditório.”⁴²

Volvendo novamente a análise para o foco pretendido para essa terceira “onda” de reformas – métodos alternativos de solução de conflitos – tem-se que, por esse alargamento da noção material de promoção de justiça, também a concepção de sua acessibilidade tomou maior abrangência.

⁴⁰ No final da década de 1970, um projeto piloto fora desenvolvido pelo Departamento de Justiça norte-americano, com a criação de três Centros Vicinais de Justiça. Propõem-se referidos órgãos a atuarem na facilitação de resolução de acordos locais, bem como a buscarem a restauração de relacionamentos continuados no seio de determinada comunidade. (CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça. p.114).

⁴¹ Um exemplo desse novo modo de atuação de juízes é externado pelo “Modelo de Stuttgart”, adotado pelo processo civil germânico. Referido método congloba, no procedimento, partes, advogados e juízes, envolvidos por um diálogo oral e ativo acerca dos fundamentos fáticos e jurídicos que circundam a causa. Nesse contexto, os juízes, após ouvirem partes e testemunhas, retiram-se para deliberar um esboço de sentença, que, posteriormente, é levado para discussão juntamente com as partes, as quais podem optar por uma solução conciliatória. A tendência nesse procedimento, assim, é que seu trâmite seja mais célere e que as decisões respectivas sejam mais “aceitas” pelas partes (no modelo *Stuttgart*, cerca de 75% dos processos são decididos em seis meses, contra 40% dos que tramitam nos tribunais regulares, bem como representa ele apenas um terço das apelações que seriam normais pelo modelo tradicional de procedimento). CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça. p. 78.

⁴² CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça. p. 77

Essa nova concepção de acesso à justiça também por meios alternativos ao Judiciário não ressoa uníssona, mas vem ganhando largo espaço entre os processualistas, sendo essa a noção de acesso à justiça adotada no presente estudo.

Assim, desde os idos de 1970, Capelletti e Garth já robusteciam essa assertiva assim se manifestando:

que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. (...)

Cada vez mais se reconhece que, embora não possamos negligenciar as virtudes da representação judicial, o movimento de acesso à justiça exige uma abordagem muito mais compreensiva da reforma.⁴³

A possibilidade de utilização de meios alternativos também é preconizada por Kazuo Watanabe, quando salienta que

Conflitos há, normalmente aqueles que envolvem pessoas em contato permanente, como nas relações jurídicas continuativas (v.g. relações de vizinhança, de família, de locação) para os quais a *mediação e a conciliação* são adequados, pois não somente solucionam o conflito com têm a virtude de pacificar os conflitantes. E há outros em que o *arbitramento* é perfeitamente cabível, com possibilidade de amplos resultados positivos.⁴⁴

Nesse contexto, então, são apontados como meios alternativos ao processo judicial a arbitragem, a conciliação e a mediação. Esses métodos específicos serão mais profundamente analisados em capítulo próprio, restando, por ora, breves tracejos acerca de seus enunciados.

O juízo arbitral convola-se em uma instituição antiga fulcrada, suscintamente, em procedimentos, de certo modo, informais, em julgadores com formação técnica ou jurídica, consoante o objeto da demanda e em decisões vinculatórias, passíveis de um número bastante limitado de recursos.

Em sede de Brasil, a arbitragem restou normatizada por meio da lei 9.307/96, tendo, contudo, muitas de suas tentativas de implantação sido frustradas por uma série de infortúnios, inclusive pelo próprio desvirtuamento da função de árbitro. Em que pese esse malogro, a

⁴³ CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça. p. 12 e p. 69

⁴⁴ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. pp. 132-133

arbitragem possui exitosa aplicação no Brasil em casos envolvendo contratos internacionais e marítimos.

O custo da arbitragem é, de certo modo, alto, especialmente porque os honorários do árbitro são custeados pela parte, e não pelo Estado. Todavia, interessante se faz pontuar entendermos que esse custo deve ser analisado como custo real, ou seja, sob a ótica do binômio “custo-benefício” da demanda arbitral, frente ao caso fático e frente aos custos (custas / tempo) da própria demanda judicial.

No que respeita à conciliação, salutar se torna o destaque de que aludido método de solução de conflitos – judiciais ou extrajudiciais - evidencia-se como deveras importante especialmente naqueles casos de prolongado litígio, em que o que intrinsecamente se busca é a restauração dos relacionamentos e não o julgamento de vendedores ou vencidos.

Contudo, em que pese sua singular contribuição para a resolução eficaz de conflitos e para o próprio descongestionamento do Judiciário, necessário se faz que a conciliação seja buscada sem atropelos e sem desalinhos.

No que respeita à mediação, esta pode ser contextualizada pela noção seguinte:

A mediação se desenvolve mediante a intervenção de um terceiro imparcial, sem poderes decisórios, capacitado a permitir que as partes conflitantes (conhecidos sob a designação de mediados), por meio de um trabalho conjunto e pautado no respeito mútuo, no diálogo e na realização de concessões parciais ou totais, descubram, dentre as soluções cabíveis para o conflito, aquela que melhor se adequa ao caso concreto.⁴⁵

Há que se ter em mente, contudo, que a crise no sistema judiciário não é e não pode ser a única mola fundante da engrenagem em que se sustenta a adoção de meios alternativos de solução de conflitos. Não se faz salutar a existência de uma opção de acesso à justiça somente porque outra se demonstra ineficaz.

Deve-se, ao revés, proporcionar á sociedade diversos e viáveis caminhos, a fim de que ela, analisadas as particularidades de cada conflito, opte por aquela alternativa de solução que lhe for mais adequada.

⁴⁵ SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos. p. 94

Sobre o tema, Petronio Calmon acertadamente se manifesta:

não é salutar considerar a apontada crise como fundamento para a difusão de meios alternativos de solução de conflitos. o fato de um determinado mecanismo não funcionar bem, não significa que outro funcione melhor. (...)

é fundamental que sejam aplicadas medidas para aperfeiçoamento da atividade estatal jurisdicional, pois tais medidas alicerçarão a base de sustentação dos denominados meios alternativos. Em outras palavras, para que os meios alternativos sejam eficientes, é fundamental que haja a possibilidade de uma opção idônea entre a solução contenciosa e consensual, o que não ocorre no caso de uma das opções apresentar-se caótica e insuficiente.

⁴⁶

A par das análises realizadas, foi possível se constatar que a noção de acesso à justiça sofreu no correr das últimas cinco décadas evoluções que lhe permitiram encontrar-se mais próxima às realidades vivenciadas no seio social e, assim, mais tendente à efetivação do que à mera simbologia de direitos.

Longe de se propor um conceito unívoco e completo de acesso à justiça, o que se busca no presente momento, até mesmo para fins de entendimentos preconizados em capítulos seguintes, é aduzir que a acessibilidade à justiça transcende o mero manejo da máquina judiciária, rompendo com uma visão puramente formalista.

Buscar a justiça, assim, compreende tanto o ingresso ao Judiciário quanto a permanência nele, com observância de garantias como celeridade, igualdade, eficiência, cooperação, “devido processo” e segurança jurídica, buscando-se, como fim, uma decisão que torne efetivos os direitos postos sob discussão e que, assim, façam existentes naquela relação os pressupostos inerentes ao processo.

Todavia, mais do que buscar a justiça por meio de um processo judicial, o conceito em voga contempla a real possibilidade de as partes se socorrem de métodos alternativos de solução de controvérsias. Trata-se do acesso à justiça por meio ou para além do processo judicial, neste último caso, por adoção de métodos de autocomposição, que suscitam a intervenção mais ampla e direta das partes na condução do caso e na solução do conflito vertente, buscando-se, nessa *praxis*, além da composição, a restauração de relacionamentos de natureza continuada.

⁴⁶ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. Forense: Rio de Janeiro, 2007, pp. 48-49

Verificadas, de modo ainda que sucinto, as noções gerais afetas à expressão acesso à justiça e, nesse contexto, sua íntima relação com métodos alternativos e extrajudiciais de resolução de conflitos, passa-se a identificar a concepção alusiva a alguns desses métodos, para, em sequência, analisar-se a inserção prática desses conceitos no cotidiano dos que aqui nominamos massa subcidadã, ou seja, no seio da população favelada, marginalizada social e economicamente.

CAPÍTULO II. ACESSO À JUSTIÇA POR MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS

Como visto, a utilização de meios alternativos de solução de conflitos se apresenta em tempos atuais como importante aparato para que seja propiciado acesso à justiça, seja porque uma conturbada crise assola o sistema judicial, seja porque conflitos há cuja mais adequada solução é, de fato, encontrada em meios que não uma sentença fruto de um processo complexo, demorado, impessoal e altamente formalista.

Em sede de comunidades marginalizadas como as analisadas neste estudo, os meios alternativos congregam, ainda, mais um ponto de benefício: representam meio mais próximo das realidades de consensualidade, informalidade e concessão experimentadas por esses cidadãos; propiciam o restabelecimento de relações continuadas, como o são a maior parte daquelas rotineiramente firmadas nesse ambiente.

Antes de iniciarem-se os estudos propostos neste capítulo acerca de pontuais meios de resolução de conflitos, imersos na temática do acesso substancial à justiça, válida se torna, até mesmo para fins didáticos, a análise, mesmo que sumária, das origens, ou seja, da própria formação do conflito⁴⁷.

Seja, em tempo, aberto um parêntese para se destacar que, embora se ressalte que, em exatidão, o termo conflito não apresente sinonímia com diversos outros, tais como disputa,

⁴⁷ Nesse sentido, ver SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e prática da mediação de conflitos. Lumen Juris: Rio de Janeiro, pp. 17 – 47.

combate, guerra, tensões, oposição, certo é que a doutrina analisada⁴⁸, por vezes, os apresenta como expressões equivalentes, pelo que poderá o presente estudo referir-se aos mesmos por terminologias distintas (ora como conflito, ora como disputa, por exemplo), todavia sempre apregoando a referidas expressões o mesmo significado.

A tendência é de que muito mais êxito se possa lograr na solução do conflito quando se conhecem suas origens, o contexto de sua formação, principalmente porque há conflitos cujas posições adotadas pelas partes na negociação nem sempre representam a exatidão de seus interesses, de suas vontades, os quais, se maquiados, poderão conduzir a soluções nem sempre eficazes ou, ainda, a “não soluções”.

“O conflito faz parte do nascer e morrer”.⁴⁹ Essa premissa bem reflete o fato de que os conflitos acompanham o ser humano diuturnamente, seja externando-se de modo complexo, seja sobrevivendo por meio de situações bastante simples ou, por vezes, até simplórias.

Na visão de Petrônio Calmon, convergente para o asserto aqui destacado, o agir em consonância com a ordem jurídica instituída configura a pretensão, o exercício de um direito; esse agir, se não impedido, ocasionará a satisfação (situação de harmonia). Caso encontre óbices, estará configurada a insatisfação. Referidos obstáculos podem ser desencadeados por resistência (à pretensão exercida) ou, mesmo, pela própria regulação jurídica, na hipótese de esta impedir a satisfação voluntária. Nessa situação de insatisfação reside, pois, o conflito.⁵⁰

⁴⁸ À guisa de exemplo: Menção ao termo *disputas* (SERPA, Maria de Nazareth. op. cit. p. 47); menção ao termo *conflitos* (CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 29 e SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos. p. 91); menção aos termos *litígios* e *controvérsias* (CALMON, Petrônio. Op. cit. p. 26).

⁴⁹ SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e prática da mediação de conflitos. Lumen Juris: Rio de Janeiro, p. 13. Nesse contexto, complementa a autora: “Além do instinto, predominante no reino animal, o homem é forçado a lidar com a vontade, que é um fator determinado por condicionantes muitas vezes desconhecidos e pela razão que é determinada por características personalíssimas, oriundas do histórico cultural de cada pessoa. Com o instinto, o homem soluciona os conflitos, a exemplo dos animais, usando a força; em face da vontade curva às suas próprias leis psicológicas; com a razão se submete a princípios de moral ou ao direito. (...) O direito, por sua vez, se impõe aos desajustes de interesses e reequilibra o poder dos indivíduos, matando o conflito, propiciando o que é convencionalmente chamado de paz social.” Op. cit. pp. 13-14

⁵⁰ CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. P. 21

Em correlata significação, Christopher Moore destaca estar o conflito presente na história das sociedades desde sua existência. Asserta que

Desde o início da história registrada, temos a evidencia da disputa entre cônjuges, filhos, pais e filhos, vizinhos, grupos étnicos e raciais, colegas de trabalho, superiores e subordinados, organizações, comunidades, cidadãos e seu governo e nações.⁵¹

Podem os conflitos apresentar-se como *externos*, envolvendo outras pessoas ou grupos de pessoas, ou como *internos*, relacionando-se ao próprio individuo conflitante, ou seja, a seus próprios conceitos, valores e sentimentos.⁵²

Essa ultima espécie de conflito, até mesmo por sua natureza de querela interna, é analisada por áreas como a psicologia e como a psiquiatria, não se consolidando em objeto do presente estudo. Os conflitos externos, já que envolvendo diferentes pessoas em torno do objeto conflitante e, assim, passíveis de desencadear eventos no quotidiano social, são, pois, o objeto da análise aqui proposta.

Christopher Moore⁵³ adjetiva os conflitos como *latentes*, *emergentes* e *manifestos*. O vocábulo latente enquadra conflitos caracterizados por tensões que ainda não se desenvolveram por completo, sendo possível que as partes sequer tenham tomado conhecimento de sua existência.

Os conflitos emergentes exararam o (re)conhecimento das partes acerca do problema, sendo, contudo, certo que ainda não se ultimou qualquer tentativa de respectiva solução. Referidos conflitos possuem um potencial para crescer caso não seja implementado um processo para sua resolução. Já o conflito manifesto reside no fato de que as partes encontram-se envoltas em uma disputa ativa e dinâmica, podendo, até, haver começado a negociar, tendo, contudo, chegado a um impasse.

Em que pese os demais dimensionamentos do conflito até então pontuados, entende-se haver em Moore a mais salutar e didática demonstração da dinâmica que encerra o conflito. Trata-se

⁵¹ MOORE, Christopher W. O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2 ed. Trad. Magda França Lopes. Porto alegre: Artmed, 1998, p. 19

⁵² SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e prática da mediação de conflitos. p. 13.

⁵³ MOORE, Christopher W. op, cit. pp 29-30.

de verdadeira gradação de movimentos e de percepções, desde os mais tenros, como verificado no conflito latente, até o próprio ápice da externalização do conflito, quando reconhecido o impasse e manifestada a tensão de interesses.

Válido, nesse contexto, pontuar o cotejo realizado por Petrônio Calmon ao analisar as significações propostas por Carnelutti e por Moore, ressaltando que este, em substância, não haveria inovado, tão somente aprimorado a teoria preconizada pelo mestre italiano. Em seus dizeres, a expressão

conflito de interesses corresponderia aos dois primeiros níveis de conflito apresentados por Christopher Moore, *conflito latente e conflito emergente*, pois nesses não foram ainda tomadas atitudes para a efetivação do interesse. A lide não existe apenas quando há animosidade entre as partes. Embora possa advir de uma simples divergência sobre uma questão de direito ou na valoração de um fato, somente existirá a lide quando tiver ocorrido uma atitude concreta de *pretensão* e outra em sentido oposto, a *resistência*, o que corresponde, pois, ao *conflito manifesto*⁵⁴.

Classicamente, o conflito encontra-se associado à existência de tensão entre indivíduos, os quais buscam a sobreposição de suas posições perante as do outro. Nos dizeres de Maria Nazareth Serpa, o conflito relaciona-se a

um ciclo vicioso de ação e reação no qual uma parte afeta a reação a ação da outra parte que, por sua vez, volta a afetar a primeira e assim por diante. Assim visto, o conflito é um processo dinâmico de inteiração humana e confronto de poder onde uma parte influencia e qualifica o movimento da outra.⁵⁵

Outra concepção de conflito enquanto resultado de tensão e de divergência é capitaneada por Petrônio Calmon, destacando referido teórico, inclusive, que ao Direito cabe sua resolução exclusivamente por força de opção da organização política e social de determinado contexto sócio-político e cultural.⁵⁶

Convergindo para o significado apregoado por Petrônio Calmon, Ricardo Goretti também assinala surgirem os conflitos de tensões geradas por incompatibilidade de interesses não

⁵⁴ CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. p. 24

⁵⁵ SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e prática do conflito. P. 25

⁵⁶ CALMON, Petrônio. Op cit. P. 22. Em nota, o autor refere-se a conceito pontuado por D. PRUIT e J. RUBIN, para os quais “o conflito significa a percepção de divergência de interesses, ou a crença das partes de que suas aspirações atuais não podem satisfazer-se simultânea ou conjuntamente” (V. p. 22, n. 8)

satisfeitos, de frustrações dos indivíduos, em inter-relação, os quais não alcançaram a exata satisfação de seus interesses.⁵⁷

Diversas doutrinas, pois, têm buscado justificar a origem desse movimento e, portanto, justificar a própria origem do conflito, sendo aqui destacadas a *teoria do equilíbrio* (o homem possui necessidade de reequilíbrio psicológico) e a *teoria da congruência* (em situações onde exista correspondência positiva ou negativa de avaliações, também existirá pressão de uma assertiva em relação a outra, movimento este que caracterizará o conflito).⁵⁸

A par das teorias mencionadas, encontra-se a nominada teoria da *dissonância cognitiva* que, em suma, destaca poder ser cada entendimento consoante, dissonante ou irrelevante em relação a outro, o que, por consequência, desencadearia, ou não, o movimento de tensão afeto ao conflito. Apesar de todas as mencionadas teorias serem válidas à explicação do surgimento do conflito, Maria de Nazareth Serpa⁵⁹ destaca que essa última é a que melhor externa o processo psicológico da disputa, cujo conhecimento perfaz-se importante para sua consequente resolução.

Quando os elementos externados pelos agentes encontrarem-se em dissonância, haverá a consagração de um estado de desconforto psicológico, o que faz com que estas busquem, ao máximo, volverem para a consonância. Quanto mais próximas da dissonância, mais próximas as pessoas estarão do conflito.

Por meio do reexame das situações, da racionalização do conflito, da correta (e não distorcida) identificação da fonte da disputa e, mais, por meio do perdão, essa teoria busca uma maior aproximação com o consenso, e, assim, busca a própria resolução do conflito.

Nessa vertente, o terceiro tem fundante papel no processo de resolução; seu papel consiste, primeiramente, em ajudar a aquebrantar as barreiras que envolvem as partes, em ajudá-las a verem o conflito como ele realmente se apresenta; “o espírito que o norteia é o do

⁵⁷ SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos. p. 11. Interessante pontuar que tanto Goretti quanto Calmon, ao tecerem suas primeiras ilações acerca de conflito, destacam a oportuna contribuição de Carnelutti para o tema quando preleciona a teoria do conflito de interesses. (SANTOS, Ricardo Goretti. Op. cit. p. 11 e CALMON, Petrônio. Op. cit. pp. 23-24.

⁵⁸ SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e prática da mediação de conflitos. p. 19.

⁵⁹ Idem. p. 19

entendimento e do perdão, para o qual conclama os participantes, a fim de reformular a disputa numa perspectiva mais real, de mais entendimento.”⁶⁰

Tecidas algumas considerações acerca do surgimento do conflito e do que ele próprio representa, passa-se a análise de sua tipologia, conforme proposta canalizada por Maria de Nazareth Serpa, por se a entender didática e convergente para os fins propostos neste estudo.⁶¹

Os conflitos são, assim, destacados quanto à percepção e manifestação dos mesmos, assim distinguindo-os em verídicos, contingentes, subordinados, “mal atribuídos”, induzidos, latentes, estruturados e falsos.

Os conflitos verídicos apresentam-se de forma objetiva, clara, carecendo de intervenções pontuais, específicas e, nesse contexto, balizadas em critérios objetivos, tais como a intervenção de cunho decisório. Já os conflitos ditos contingentes pautam-se na falta de (re)conhecimento pelos agentes de situações outras que, se adotadas, poderiam reestruturar o equilíbrio antes existente ou, nos dizeres da teoria cognitiva, reaproximar-se do consenso. Essa ausência de (re)conhecimento, por vezes, é desencadeada por fatores de cunho emocional.

O conflito é subordinado (ou deslocado) quando seu real sintoma esconde-se por detrás do conflito manifestado, exteriorizado. O conflito latente apresenta-se como um movimento apto ao desencadeamento do conflito manifesto; representa ele o espaço para a sedimentação de todos os demais conflitos.

Por estruturado, entende-se o conflito que, para assim ser identificado, necessita ser declarado, ou seja, verte-se para aquelas ações verificáveis entre o conflito latente e a exteriorização deste, o conflito manifesto. Por derradeiro, o conflito nominado de falso apresenta-se quando não residem fundamentos para sua existência, fato esse causado, por exemplo, por causas como má percepção e mau entendimento.

Maria de Nazareth Serpa⁶² ainda apresenta outras classificações para o conflito, sendo que o presente estudo ater-se-á ao destaque das seguintes, por entendê-las com maior afinidade ao

⁶⁰ SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e prática da mediação de conflitos. p. 21

⁶¹ SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e prática da mediação de conflitos pp. 34-47

objeto da presente pesquisa: quanto à esfera de atuação do sujeito, quanto à natureza e quanto aos efeitos por eles produzidos.

No que respeita à primeira dessas tipologias, o conflito pode ser intrapessoal (relação interna do agente com seus valores, conceitos, sentimentos) – como já esposto, não se configura em objeto específico da análise ora proposta – interpessoal (externado em relação a outra(s) pessoa(s) que assentam posições antagônicas e, por fim, intragrupoais (quando relacionam grupos, facções específicas como grupos sociais ou de trabalho).

No que é pertinente à sua natureza⁶³, os conflitos alinham-se a dados, interesses, estrutura valor e relacionamentos. São, assim, esquematicamente, dimensionados:

- Conflito de dados: surgem por força de diferentes interpretações ou posicionamentos conferidos a determinados fatos ou matérias.
- Conflitos de interesses: regularmente alinhados a situações em que há escassez do bem pretendido, possuem relação causal com interesses substantivos, afetos a procedimentos ou a questões de cunho psicológico⁶⁴.
- Conflito de estrutura: de manifestação interna nos aspectos social, político e psicológico de uma pessoa ou grupo. Possuem relação causal com comportamentos de índole destrutiva e que ensejam falta de cooperação.
- Conflito de valor: aqui, é empregada análise criteriosa diferenciada para avaliação de ideias e comportamentos (aspectos ligados a estilo de vida, religião), o que conduz a percepções distintas por partes dos agentes ligados ao conflito.
- Conflito de relacionamento: caracterizam-se por antagonismo de visões, de percepções desencadeadas por força de pré-concepções, estereótipos ou situações similares, assim como “em função de comportamentos negativos, repetitivos, grandes e fortes emoções”.⁶⁵

⁶² SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e prática da mediação de conflitos. pp 34-47

⁶³ SERPA, Maria de Nazareth. op. cit. pp 39-41

⁶⁴ “A oposição de interesses surge num conflito interpessoal ou grupal em razão do desejo de minimizar a probabilidade de perda máxima para ambos os lados. (...)É o tipo de interação na qual as soluções são encontradas face ao desencorajamento das partes a não valorizarem questões morais. É necessário realçar que os interesses podem não ser diametralmente opostos. O ganho de uma parte não significa, exclusivamente, a perda da outra.” (SERPA, Maria de Nazareth. Op. cit. p. 40).

⁶⁵ Idem. p. 41.

Quanto aos efeitos produzidos, os conflitos são tipificados em destrutivos e construtivos ou produtivos. Aqueles respeitam ao fato de as partes em conflito não se encontrarem satisfeitas, reequilibradas com o resultado obtido, ao passo que nesses, as partes sentem-se vantajosas e satisfeitas com o resultado do conflito.

No contexto desses últimos, destaca Petrônio Calmon não serem os conflitos um mal em si próprios, considerando-os como

inevitáveis e recorrentes da vida. Têm funções individuais e sociais importantes, proporcionando aos homens o estímulo para promover as mudanças sociais e o desenvolvimento individual. O importante não é aprender evita-lo ou suprimi-lo, ainda que poderia trazer consequências danosas. Ao contrario, diante do conflito, a atitude correta é encontrar uma forma que favoreça sua composição construtiva⁶⁶.

Muito mais do que meras dilação teórica e produção acadêmica, as destacadas classificações possuem importância prática que reside no fato de que, em se conhecendo, em se constatando as reais naturezas do conflito, os verdadeiros interesses em questão, melhor respaldo terão os terceiros intervenientes na condução de seu mister, no intuito de buscarem uma eficaz resolução para aquela disputa.

Analisadas, ainda que sucintamente, a natureza e as origens do conflito, passa-se à análise de alguns dos clássicos meios alternativos aptos para sua solução, quais sejam, conciliação, mediação e arbitragem. Houve opção por esse recorte quanto à tipificação dos meios, por entender-se serem esses os que melhor se aproximam dos objetos propostos no presente estudo.

A matéria em voga é apresentada pela doutrina analisada por diferentes expressões⁶⁷, as quais, se por ventura empregadas neste estudo, cuidarão de idêntica significação.

Antes, pois, de serem pontualmente analisados os métodos, mister serem os mesmos aqui contextualizados como métodos que gravitam em torno de uma modalidade macro de solução

⁶⁶ CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. P. 25.

⁶⁷ ADR (*Alternative Dispute Resolution*); RAD (*Resolución Alternativa de Disputas*); MARC (*Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos*); MASC (*Métodos alternativos de Solução de Conflictos*). Expressões compiladas nas obras de Walsir Edson Rodrigues Junior. (JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues. A prática da mediação e o acesso à justiça. Del Rey: Belo Horizonte, 2007, p. 47 e de SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos, pp 91-92.

de conflitos, qual seja: a autocomposição. A par dela, são apresentadas como soluções para os conflitos a autotutela e o processo.

Aquela, em regra, sagra-se como proibida nas sociedades civilizadas, excepcionados casos pontuais e legalmente especificados.⁶⁸ Já o processo, encerra-se como o meio por excelência de solução de controvérsias, ao menos em sede de mundo ocidental.

Contudo, no porvir de alguns anos, por força de razões já dispostas, as sociedades, com maior ou menor expressão, passaram a orientar a resolução de seus conflitos conforme métodos que não o processo judicial, volvendo para as próprias partes conflitantes a busca pelo encerramento da tensão formada.

Nesse contexto, há que se fazer um destaque: Petrônio Calmon assera sobre a tríade terminológica acima especificada (autocomposição, autotutela e processo), apontando-a como consagrada pela literatura afeta ao tema. Contudo, procede ao que nomina de “pequena adaptação”, apresentando como alternativa ao termo *processo* a expressão *tutela jurisdicional*, por entender que o põe termo ao conflito é, em verdade, a tutela e não simplesmente o meio para seu alcance, que seria o processo.

Assim, conclui ser, tanto o processo quanto a mediação, a conciliação, dentre outros, apenas mecanismos realizadores ou propiciadores, respectivamente, da tutela jurisdicional e da autocomposição, o que o faz remodelar a já mencionada tríade de classificação de meios de solução de conflitos, propondo-a como sendo a seguinte: autotutela, autocomposição e heterocomposição.

Interessante, por fim, pontuar que, tanto os métodos de autocomposição, quanto a arbitragem, considerada heterocompositiva, apregoam não uma justiça meramente formal e, sim, uma justiça reparadora, que se apresenta como mais eficaz, principalmente, para situações em que as relações são continuativas, onde a possibilidade de surgimento de novos conflitos pode ser, assim, um fato não tão esporádico.

⁶⁸ Nesse sentido, ver CALMON, Petrônio. Fundamentos da conciliação e da mediação. pp. 30-33

Acertada, portanto, a lição de Petrônio Calmon ao destacar que

Embora o Estado objetive a pacificação social, logra tão-somente fornecer a segurança jurídica, pois a justiça por ele oferecida não se efetiva em tempo razoável, tem custo elevado, é carregada de tecnicismo e atende apenas aos que logram afastar os diversos obstáculos ao seu acesso. De outro lado, os meios alternativos (tanto os que proporcionam solução autocompositiva quanto os que proporcionam solução heterocompositiva – arbitragem) têm por característica maior proporcionar a justiça restauradora, fornecendo remédio para o dano e para o sofrimento. A justiça reparadora pode se manifestar pela retribuição, restituição, compensação ou perdão. Nelas as partes possuem maior controle sobre seu próprio conflito. Há de se atentar para o fato de que, em alguns conflitos, as pessoas envolvidas continuam e continuarão a se relacionar quotidianamente, o que implica a maior exigência pela justiça reparadora e na insatisfação com a justiça meramente formal, representada apenas pela segurança da decisão. (...) Não se pretende substituir a solução estatal, mas proporcionar à população variadas e adequadas formas de tutela. (...).⁶⁹

Traçados esses assertos, passa-se à análise dos métodos, analisados em espécie. Serão pontuados métodos de autocomposição – conciliação e mediação – assim como de heterocomposição – arbitragem.

2.1 CONCILIAÇÃO

Método clássico de autocomposição, a conciliação apresenta-se como instrumento hábil à busca pela solução do conflito, possibilitando a realização desse objetivo por meio da atuação e participação direta das partes, intervencionadas por um terceiro, na condução dessas tratativas.

Busca-se, portanto, o entendimento entre as partes, então estremecido pela tensão ocasionada pelo conflito. Para a consecução desse intento, um terceiro, imparcial, atua junto às partes podendo orientá-las, mostrar-lhes caminhos de resolução e, mesmo, propor-lhes acordos.

Não se trata este método de novidade do presente século, sendo o mesmo já praticado desde a antiguidade, estando presente em leis da Grécia antiga e na lei das XII Tábulas. O que se verifica, contudo, é a popularização do método, sua maior inserção social, principalmente em sede de Brasil, após iniciada a tendência de deformalização de controvérsias.⁷⁰

⁶⁹ CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. pp. 151-152.

⁷⁰ SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos. p. 111.

Em suma, trata a conciliação de busca por um acordo, de facilitação para a ocorrência do mesmo, balizadas essas ações na intervenção de um particular ou mesmo de um juiz.⁷¹ Nesse ultimo caso, encontram-se as partes sob o alicerce de uma conciliação judicial, realizável no bojo de uma relação processual subsumida à jurisdição estatal.

Nesse contexto, se logram êxito na realização de um acordo, as partes retiram do juiz o ônus de decisão e congregam, elas próprias, essa responsabilidade. Aparta-se o caráter eminentemente adversarial do processo para se trazer à relação então estabelecida os desígnos da autocomposição, aqui externada pela conciliação.

Apesar de bastante direcionado à conciliação endoprocessual, o conceito que lhe outorga Petrônio Calmon apresenta-se como didático e esclarecedor, merecendo aqui ser destacado, podendo ser perfeitamente utilizável também para abarcar situações em que a conciliação se realiza fora do âmbito estatal. Nesse sentido, pontua o teórico:

Conciliação é, pois, um mecanismo de obtenção de autocomposição que, em geral, é desenvolvido pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte ou é fiscalizado ou orientado pela estrutura judicial; e que tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução, tendo por escopo a só solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes.⁷²

Imediatamente, a conciliação busca a pacificação dos conflitos, o desfazimento das tensões formadas entre as partes; contudo, de forma mediata, também possibilita a atuação do direito frente a um caso específico, bem como propicia às partes a realização da justiça que lhes é necessária, especialmente para os casos que envolvem a aqui nominada massa subcidadã, imersa em situações de procura suprimida, para quem, por vezes, os meios tradicionais de acesso à justiça não se mostram efetivos ou adequados.

Nessa contextura, é, pois, possível verificar ser a conciliação apta a abarcar escopos de ordem social, jurídica e política, esses ligados originariamente ao processo judicial. Assim, não se perfaz como falaciosa a afirmação de que a conciliação, como método alternativo de solução de conflitos⁷³, realiza as finalidades antes atreladas apenas ao processo, fato que lhe permite ser opção idônea ao acesso efetivo à justiça.

⁷¹ JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues. A prática da mediação e o acesso à justiça. pp. 47-48.

⁷² CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. P. 144.

⁷³ Nesse contexto, digno de nota e de reflexão o apontamento realizado por Adolfo Bidart ao considerar a conciliação como algo importante por si mesma, com valor próprio e não, meramente, como substitutivo de

No que respeita ao terceiro interveniente, faz-se necessário repisar que o mesmo deve atuar de modo imparcial e passivo, externada essa passividade somente pelo fato de que a ele não cabe proferir decisão sobre o caso, o que não lhe impossibilita uma atuação no sentido de assessorar, aconselhar e de emitir opiniões; ao revés, essas ações são, inclusive, incentivadas e marcam a atuação do conciliador.

Apesar de atrelar-se a procedimentos não tão rígidos e inflexíveis, a conciliação segue etapas básicas, as quais são, neste ponto, destacadas. O dimensionamento dessas etapas possui base na obra de Ricardo Goretti Santos⁷⁴, por se entender que referido autor as apresenta de forma bastante didática, o que se faz interessante para o ponto em questão.

As etapas em comento convolam-se em abertura, prestação de esclarecimento ou manifestação do conflito, criação de opções e acordo. A primeira etapa consiste no acolhimento das partes, apresentação das mesmas, bem como na informação, pelo conciliador, acerca das implicações gerais de um eventual acordo (seu alcance, validade jurídica, sanções para o caso de inadimplemento, dentre outras).

Essa fase inicial, apesar de parecer simplória, denota grande importância, posto que é a partir dela que as partes poderão sentir-se seguras com a conciliação e, assim, mais propícias a entabularem um acordo.

Na fase seguinte, são as partes que prestam seus esclarecimentos acerca do conflito manifesto; quais tensões existem, qual ou quais objeto(s) permeia(m) a controvérsia, o porquê de seu surgimento, dentre outras questões necessárias ao delineamento do conflito que se buscar resolver.

algo, como meio utilizado na falta de algo melhor. Nos dizeres do autor: “No se trata, como a veces se disse, de una ‘justicia alternativa’, aludiendo a la ‘justicia oficial’ como ‘la justicia’. Tampouco de un substitutivo, a falta de algo mejor; lo que pretende, para ciertos casos (especialmente las ‘pequeñas causas’ o los problemas de vecindad, o los inicios de problemas familiares), superar la ‘pesadez’ de los trámites procesales, su duración excesiva, su formalismo exagerado.” (BIDART, Adolfo Gelsi. Conciliación y processo. In Participação e processo. GRINOVER, Ada Pellegrini (org), São Paulo: RT, 1988, p. 258)

⁷⁴ SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos. pp. 113-116

Esta fase se apresenta como pontual para o bom desenvolvimento das seguintes, posto que por meio dela é que se conhecerão o conflito em si e todas as questões a ele relacionadas, com destaque, inclusive, para aquelas não detectáveis diretamente nas manifestações das partes (conflito deslocado ou subordinado, conforme classificação já apresentada).

Nessa contextura, nos dizeres de Ricardo Goretti Santos, cabe ao conciliador nesse segundo momento:

- Desenvolvimento do diálogo entre as partes, mediante o incentivo à conciliação ordenada e, portanto, produtiva;
- Desenvolvimento do processo de cognição do conflito e das reais necessidades das partes, o que se faz a partir da identificação dos interesses (convergentes e divergentes) e das posições em jogo;
- Desenvolvimento (pelas partes e pelo conciliador) de condições para que, na terceira etapa do procedimento, estejam aptas a formular propostas de acordo fundadas na compatibilização de interesses.⁷⁵

Na terceira etapa verifica-se a criação de opções de acordo, que podem ser fruto de deliberação exclusiva das partes ou mesmo de proposta apresentada pelo conciliador, colocada sob a análise dos envolvidos. É nessa fase que a característica de uma interveniência mais ativa do conciliador se faz destacar precisamente.

Na quarta e derradeira fase tem-se a formação ou não do acordo, conforme a conciliação tenha ou não sido exitosa. Uma vez entabulado o acordo, tem fim o impasse então manifestado. O acerto de vontades a que chegaram as partes é, então, reduzido a termo, firmando todos, seu consentimento. Em se tratando de conciliação endoprocessual, esse acordo é, ainda, levado para a homologação pelo magistrado, o que lhe confere *status* de título judicial.

Importante salientar que referidas etapas podem ou não ser desenvolvidas em uma única sessão, conforme verificadas necessidades de adiamento.

2.2 MEDIAÇÃO

Assim como a conciliação, a mediação não se perfaz em método de surgimento recente, podendo sua prática ser verificada em diversas culturas, sejam orientais, sejam ocidentais, e

⁷⁵ SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos. p. 115

mesmo antes do nascimento de Cristo, na então nominada China antiga. A cultura oriental, inclusive, mantém acentuada a prática de métodos autocompositivos de conflitos, chegando, à guisa de exemplo, à representação de cerca de um terço das soluções de conflito no Japão.⁷⁶

Contudo, esse método de solução de conflitos alternativo ao processo não vigora apenas no oriente, vindo abarcar diversos outros contextos espaciais, dentre os quais, por exemplo, os continentes atinentes às Américas e à Oceania.

Em países de cultura ocidental, destaca-se a experiência verificada nos EUA, onde a mediação passou por rápida difusão e ascensão entre as décadas de 1979 e 1980. Pontua-se, nesse contexto, a utilização da mediação em questões afetas às searas trabalhista, familiar, de divergências comunitárias, comerciais, questões de âmbito escolar, questões alusivas a instituições públicas e privadas, criminais, assim como ambientais.⁷⁷

Guardando novamente similitude com a conciliação, a mediação, geralmente, garante a intervenção de um terceiro imparcial e neutro a quem cabe auxiliar as partes no encontro de uma solução voluntária e própria para a resolução da controvérsia que sobre elas reside.

Dai destacar Petrônio Calmon configurar-se a mediação na

Intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável. A mediação se faz mediante um procedimento voluntário e confidencial, estabelecido em método próprio, informal, porém ordenado. (...)

A mediação é, pois, um mecanismo não adversarial em que um terceiro imparcial que não tem poder sobre as partes as ajuda para que em forma cooperativa encontrem o ponto de harmonia do conflito. O mediador induz as partes a identificar os pontos principais da controvérsia, a acomodar seus interesses aos da parte contrária, a explorar formas de ajuste que transcendam o nível de disputa, produzindo uma visão produtiva para ambas.⁷⁸

⁷⁶ SANTOS, Ricardo Goretti. op. cit. pp. 125-126 e CALMON, Petrônio. Fundamentos da conciliação e da mediação. p. 216

⁷⁷ SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos. pp. 127-128. Interessante o complementar destaque de que cerca de 80 % dos acordos obtidos naquele país com a mediação são regularmente cumpridos, o que demonstra o sucesso da utilização desse MASC.

⁷⁸ CAMON, Petrônio. Fundamentos da conciliação e da mediação. pp. 119 e 120.

Em sentido próximo manifesta-se Ricardo Goretti Santos destacando o pensamento de que “a mediação pressupõe a negociação direta ou assistida entre as partes envolvidas no conflito, fato que requer do mediador o domínio de técnicas de negociação”⁷⁹

Apesar de a negociação não consistir em tipo de método alternativo objeto do presente estudo, pontua-se, aqui, sua conceituação, a fim de que melhor seja compreendida a aproximação de noções ora apregoada pelos autores:

Negociação é o mecanismo de solução de conflitos com vistas à obtenção de autocomposição caracterizado pela controvérsia direta entre os envolvidos sem qualquer intervenção de terceiro como auxiliar ou facilitador. É uma atividade inerente à condição humana, pois o homem tem por hábito apresentar-se diante de outra pessoa envolvida sempre que possui interesse a ele ligado. Ao apresentar-se para demonstrar seu interesse (pretensão), é sempre possível que seja atendido, não se caracterizando a resistência, não havendo o que falar em conflito. Em decorrência da aproximação para demonstrar a pretensão, é natural que havendo resistência (constituindo-se, então, o conflito) se inicie imediatamente o diálogo (o que já caracteriza a negociação) com vistas à solução do conflito. Trata-se de prática que pode ser pessoal e informal, fazendo parte da natural convivência em sociedade.⁸⁰

A mediação encerra princípios, dentre os quais alguns configuram propriamente características do método ou mesmo competências que esperadas do mediador. Nessa contextura, consoante identificação tecida por Ricardo Goretti Santos⁸¹, podem ser destacados: a voluntariedade, a autoridade dos mediados, o caráter não adversarial, a imparcialidade, a consensualidade, a confidencialidade e a informalidade / flexibilidade.

Como primeiro dos princípios indicados, a *voluntariedade* exprime a significação de que ninguém poderá ser obrigado a submeter-se à mediação, nem mesmo permanecer em um procedimento de mediação já iniciado, caso esses não se configurem em seus intentos.

Mesmo em legislações em que referido método é externado como “obrigatório”, não há que se falar em perda da voluntariedade, haja vista que o que se perfaz como imperativo é o encaminhamento do caso a um órgão de mediação, contudo, as partes permanecem livres para

⁷⁹ SANTOS, Ricardo Goretti. Op. cit., p. 145. No que respeita às técnicas de negociação mencionadas pelo autor, destaque-se seu apontamento acerca da crescente importância conferida ao método de negociação colaborativa desenvolvido pela Universidade de Harvard (Programa de Negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard), consistente na “utilização de princípios, interesses, opções e critérios objetivos, ao invés de enfatizar as posições, ameaças, barganhas e justificações” (SANTOS, Ricardo Goretti, op. cit. p. 101). A proximidade entre mediação e negociação é também destacada por Petrônio Calmon, op. cit. p. 119.

⁸⁰ CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. p. 113

⁸¹ SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos. pp. 147-156

aceitar ou não essa alternativa, não sendo, por exemplo, obrigadas ao comparecimento na sessão então designada.

Esse fato representa a *autoridade dos mediados* e expressa, assim, o poder de autocomposição conferido às partes na mediação, ainda que interveniadas por um terceiro. Às partes são, portanto, solicitadas concessões recíprocas, no intuito de alcançarem o consenso. Ao mediador é facultada a intervenção para o auxílio na construção de acordos, é repassado o direcionamento das sessões, no entanto, o protagonismo das decisões permanece com as partes.

Por força dessas características, intercambiadas, em verdade, ressalta Ricardo Goretti Santos que

Mediadores e mediados desenvolvem funções específicas e absolutamente complementares, que podem ser identificadas nos dizeres transcritos a seguir. O mediador auxilia as partes a restabelecer a comunicação entre si e avaliar os objetivos, opções e consequências de seus atos, conduzindo a um entendimento que seja satisfatório para ambas. Esse entendimento é alcançado pelas partes, por intermédio da reflexão e de novos vínculos que aparecem, como fruto do diálogo entre as partes, que antes encontrava-se prejudicado; uma comunicação nova permite às partes acordarem.⁸²

Como terceiro elemento identificador, a *não adversariedade* converge para o fato de que, na mediação, deve ser buscado o equilíbrio entre os resultados, apregoando-se a realização de concessões múltiplas ultimando o consenso.

A *imparcialidade*, outro princípio pontuado, além de apresentar-se como princípio em que se esculpe a mediação, encerra característica que deve ser inerente à função do mediador. Nessa contextura, não deve o terceiro atuar no intuito de favorecer quaisquer das partes ou mesmo de possuir interesse no mérito da questão fática negociada.

Contudo, ao requerer um interveniente imparcial, não pugna esse método pela passividade e pela neutralidade absolutas do mediador. Buscando tornar fática essa assertiva, destaca Ricardo Goretti Santos que

o mediador deve preocupar-se com situações de desequilíbrio de poderes entre as partes. E ainda que não possua poderes decisórios sobre a resolução do conflito, deverá recusar-se a

⁸² SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos. p. 149

formalizar acordos quando eivados de vícios de consentimento ou de ilegalidades de todo o gênero.⁸³

Como própria consequência do caráter não adversarial da mediação encontra-se o então relacionado quinto princípio: a *consensualidade*. Este reveste-se no fato de que, por acordos mútuos, as partes buscam a finalização da tensão entre elas formada e, assim, o restabelecimento das relações antes fragilizadas ou seccionadas.

O papel do mediador, nesse ponto, deve ser potencializado, devendo o mesmo trabalhar para a reconciliação dos interesses. Consiste, pois, em tarefa do mediador, a ajuda às partes no exame de seus interesses e necessidades, bem como a negociarem “uma troca de promessas e a definição de um relacionamento que venha a ser mutuamente satisfatório e possa corresponder aos padrões de justiça de ambos.”⁸⁴

Essa característica do mediador e da própria mediação é bem externada nas palavras de Ricardo Gorette Santos:

Sempre amparado nos recursos disponíveis em caso concreto, ou seja, na observância às particularidades da relação conflituosa, o terceiro interventor deve pautar a tarefa de condução de qualquer conflito no compromisso primário com a valorização do fortalecimento ou do restabelecimento da comunicação fragilizada ou interrompida entre os mediados.⁸⁵

O caráter *confidencial* da mediação empresta-lhe o significado de ser sigilosa, respeitando apenas às partes envolvidas (eventuais advogados) e ao mediador o conhecimento acerca do que é desenvolvido em seu procedimento. Essa característica demonstra-se salutar para o próprio desencadeamento de confiança, pelas partes, no método e no mediador.

Por derradeiro, a flexibilidade e a informalidade igualmente norteiam o desenvolvimento da mediação. São os dizeres de Ricardo Gorette Santos, a seguir transcritos, que bem equacionam, respectivamente, ambos princípios.

Tal princípio permite que o processo de mediação se estruture de diferentes formas, bem como que se amolde e se estenda por períodos variados, a depender das particularidades e complexidade de cada conflito, ou seja, dos ditames do caso concreto. A flexibilidade da mediação torna desnecessária a incidência de normas de caráter formal. E é da não vinculação

⁸³ SANTOS, Ricardo Gorette. op. cit. p. 151

⁸⁴ MOORE, Christopher. O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. p. 30.

⁸⁵ SANTOS, Ricardo Gorette. Manual de mediação de conflitos. p. 153

às questões de ordem ritualística, que resulta a incidência de outro princípio: o da informalidade.

A mínima formatação ou vinculação a exigências de natureza formal potencializa a possibilidade de construção de decisões mais criativas e adequadas aos ditames de cada controvérsia.⁸⁶

Ricardo Goretti Santos destaca situações para as quais a prática da mediação é indicada, lembrando-se que, no Brasil, somente conflitos afetos a direitos disponíveis podem ser objeto de referido método.

- Quando há duas ou mais partes ligadas por relacionamentos continuados, que se perpetuam no tempo;
- Quando os conflitantes compartilham de um grau de responsabilidade pelo estado do conflito e, por esta razão, intencionam o controle sobre o resultado do conflito;
- Quando as partes não têm intenção de compor o conflito de maneira adversarial, por preferirem a tentativa prévia do consenso;
- Quando os envolvidos desejam manter a situação de anonimato, privacidade e confidencialidade, por precisarem de oportunidades para desabafar e expor seus posicionamentos;
- Quando as partes não se posicionam em situação de extremado desequilíbrio de poder;
- Quando a origem do conflito decorre de falhas de comunicação entre as partes;
- Quando for privilegiada a minimização de custos e de celeridade na resolução da disputa.⁸⁷

A par dessas indicações, é de destacar que em sede de Brasil, a mediação vem sendo tradicionalmente difundida em seara cível, especialmente nas temáticas do direito de família, contratual e locatícia e em seara empresarial. Além desses, campos como os de direito ambiental e do trabalho, aqueles envolvendo questões escolares e de vizinhança igualmente passam a ser submetidas a procedimentos mediatórios.⁸⁸

Também a prática da mediação informal vem se alargando no Brasil, como a realizável por associações de moradores consoante se analisa, em capítulo próprio, nesta pesquisa.⁸⁹ Ainda que, por vezes, executada sem a observância das técnicas próprias consubstanciadas pela teoria, sendo, portanto, mais aproximada do bom senso, da intuição e das experiências de vida, essa prática mediadora não deve, por si só, ser refutada como experiência válida e

⁸⁶ SANTOS, Ricardo Goretti. op. cit.. p. 155

⁸⁷ SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos. p. 157

⁸⁸ SANTOS, Ricardo Goretti. Op. cit. p. 156

⁸⁹ CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. P. 120. Acerca desse ponto específico, o autor relembra o risco de imparcialidade do mediador ocasionada por força da proximidade com os mediados. Contudo, entendemos que esse alerta deve se fazer presente, no entanto, não se configurando em óbice absoluto para a realização da mediação. Referida proximidade, no caso concreto, deve ser trabalhada com razoabilidade, mesmo porque pode representar ponto positivo para o consenso, na medida em que o mediador, por ser um comum aos mediados, pode perceber com maiores realidade e facilidade, as questões em que se encontram envolvidas as partes. (CALMON, Petrônio, op. cit. p. 120).

idônea, podendo ser, caso necessário, aperfeiçoada conforme as circunstâncias do caso concreto.

Após a análise dos pontos aqui traçados, perceptível se torna o fato de que mediação e conciliação possuem similitudes, as quais aproximam, em certos pontos, os referidos métodos, sem os igualar, haja vista que também encerram características que os diferenciam de modo fundante.

Como pontos de aproximação entre os métodos podem ser destacados a informalidade, a flexibilidade dos procedimentos, autoridade das partes na tomada de decisão, atuação imparcial do terceiro, dentre outros. No entanto, elementos como a indicação de cada método, propósito imediato/principal a ser alcançado, grau de apreciação do conflito e forma de atuação do terceiro tornam esses métodos peculiares e próprios de determinados conflitos em concreto.⁹⁰

Essa conclusão torna-se importante principalmente como “ferramenta” à análise dos meios de que se vale a massa subcidadã destacada no estudo para buscar justiça quando a “justiça estatal” não lhe socorre, por força dos motivos que serão apresentados em capítulo próprio.

Assim, servem esses parâmetros como auxílio na verificação de quais métodos são empregados por essas comunidades (se conciliação, se mediação), assim como se esses são, realmente, os indicados para a melhor resolução do conflito em seu plano de concretude.

No que respeita ao elemento indicação, a conciliação se perfaz como método adequado a situações em que as partes não se encontram ligadas por vínculos de continuidade, como nas relações afetivas, familiares, de trabalho, dentre outras, onde não se requer, portanto, o restabelecimento das relações fragilizadas por ocasião do conflito.⁹¹

A mediação, por seu turno, é indicada, justamente, para relações de trato continuado. Nesse contexto,

⁹⁰ SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos. p. 116

⁹¹ SANTOS, Ricardo Goretti. op, cit. pp 116-117

tem sua indicação recomendada para a condução de conflitos entre indivíduos inseridos em relações qualificadas pela existência de múltiplos vínculos, que, por serem continuadas, não devem ser interrompidas após a resolução de uma controvérsia.⁹²

Da diferenciação acima aposta é possível abstrair o contexto do segundo elemento diferenciador: o propósito principal a ser alcançado tanto pela conciliação, quanto pela mediação. Como naquela não existe uma preocupação maior com a restauração de relações fragilizadas, mesmo porque essas relações, no mais das vezes, não se configurarão em uma segunda oportunidade, é de se destacar que o principal propósito da conciliação reside na celebração do acordo.

O mesmo não ocorre na mediação, em que o propósito imediato encerra o restabelecimento das relações fragilizadas ou seccionadas, antes mesmo da celebração do acordo em si. Para esse método, “o acordo deve ser visado como objetivo secundário, ou seja, como consequência da real comunicação entre as partes”.⁹³

A diferenciação acima exposta externa o terceiro ponto de diferenciação entre ambos os métodos aqui analisados, qual seja, a profundidade de apreciação do conflito. Como na conciliação o que se almeja é o acordo, o aprofundamento quanto às origens do conflito, suas reais motivações, dentre outros aspectos, será bastante perene, superficial, ao contrário do que ocorre na mediação.

Quanto ao último elemento de diferenciação, é de ressaltar o limite de intervenção do terceiro, ou melhor, seu modo de atuação. Na conciliação, o terceiro possui maior participação, sua conduta perfaz-se mais ativa, podendo exarar opiniões acerca do que entende mais vantajoso, formular propostas de acordo, dentre outras manifestações que, contudo, não coloquem em xeque sua imparcialidade.

Ao revés, na mediação, o terceiro atua de forma mais neutra, o que, como já visado, não o torna um ser absolutamente passivo na condução do procedimento. Não lhe é permitida uma atuação tão incisiva quanto à do conciliador, todavia, deve o mediador auxiliar as partes a identificarem os focos da controvérsia, a (re)conhecerem os reais interesses existentes

⁹² Idem. p. 117

⁹³ SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos. p. 118

(principalmente quando esses não se coadunam com as posições manifestadas), a formularem propostas de acordo, bem como a buscarem a restauração dos relacionamentos fragilizados.

3.3 ARBITRAGEM

Assim como os demais mecanismos de solução alternativa de conflitos, ainda que de cunho adversarial, desde as primeiras décadas de 1900, a arbitragem encontrou no Brasil diversos empecilhos à sua efetivação, sendo aqui destacados com tais: a falta de tradição para a utilização de referido instituto, assim como a própria insuficiência ou pouca eficácia de normatização afeta à matéria.

A par das críticas e das resistências, a própria incipiência e pouca efetividade das poucas normas então existentes faziam com que a arbitragem fosse relegada ao verdadeiro abandono. O Código Civil de 1916, assim como os de Processo Civil de 1939 e de 1973, pouco normatizavam sobre a matéria arbitral, sendo que, quando o faziam, regravam-no de modo nada eficaz, o que contribuía para a não alavancagem do instituto.

Nesse contexto, conforme condensa Carmona, a inexistência de disposição legal acerca da cláusula compromissória, assim como a exigência de homologação judicial para o laudo arbitral centravam-se nos dois grandes obstáculos legislativos à efetivação da arbitragem no Brasil.⁹⁴ Uma remodelagem, então, fazia-se premente.

Foi então que, em 1981, surgia o primeiro anteprojeto de lei⁹⁵ afeto especificamente à arbitragem. Atacaram-se, pois, os dois grandes obstáculos acima elencados, firmando-se, para tanto, a equiparação entre os efeitos atinentes à cláusula compromissória e ao compromisso arbitral, assim como a desnecessidade de homologação judicial para o laudo arbitral, sendo esse equiparado a título executivo extrajudicial.

Em que pese, o que nos parece, a salutar preocupação quanto ao aumento da eficácia legislativa do instituto, o referido anteprojeto cunhava-se em imprecisões técnicas, que acabaram por leva-lo ao completo esquecimento.

⁹⁴ Nesse sentido, ver CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96, pp. 22-51.

⁹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit. pp. 22-51.

Nova tentativa de normatização fora desencadeada cerca de cinco anos após. Contudo, ainda que mais aprimorado que o primeiro, esse novo anteprojeto, a exemplo daquele, padecia de inconsistências técnicas, que culminaram com seu arquivamento.

Em 1988, novo anteprojeto⁹⁶ buscou disciplinar a questão da arbitragem no Brasil, por meio de inserções pontuais no Código de Processo Civil vigente à época. No entanto, como assinala Carmona, referida tentativa catalisava algumas impropriedades que, a exemplo das buscas anteriores, faria com que o instituto permanecesse ineficaz.

Duas dessas impropriedades são aqui pontuadas: 1) exigência para que, tanto a cláusula, quanto o compromisso arbitral contivessem, sob pena de nulidade, o objeto do litígio; 2) possibilidade de sujeição do laudo arbitral a recurso de apelação, a ser julgado pelo tribunal de Justiça local.

A justificativa para a impropriedade e, inclusive, para a própria ineficácia das mesmas é, com acerto, atribuída por Carmona, quando assim se manifesta:

Procurou o anteprojeto disciplinar a cláusula compromissória, juntamente com o compromisso, estatuidando que este e aquela poderiam servir para a instituição da arbitragem. O resultado mostrou que não houve atenção e cuidado necessários para a reforma do Código de Processo Civil então pretendida: o art. 1074, na redação sugerida, disporia que tanto a cláusula arbitral quanto o compromisso, deveriam conter, sob pena de nulidade, o objeto do litígio, o que não é razoável, já que a cláusula compromissória estabelece a solução arbitral para litígios **eventuais** e **futuros**, decorrentes de certa relação negocial.

Outro equívoco do anteprojeto – este de natureza grave – resultou da redação que se pretendia dar ao art. 1078, §§1º e 2º, do Estatuto Processual; estabelecia-se ali, de forma surpreendente, que o laudo arbitral poderia estar sujeito a recurso de apelação, que seria julgado pelo Tribunal de Justiça local! Tal dispositivo certamente acabaria por prestar desserviço à causa da arbitragem, ao invés de agilizar e simplificar o procedimento arbitral.⁹⁷

⁹⁶ Idem. pp. 22-51

⁹⁷ CARMONA, Carlos Alberto, Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96, p. 26.

Acerca da possível sujeição do laudo arbitral a recurso de apelação cujo julgamento caberia ao poder judiciário, salutar, ainda, o destaque de Carmona no sentido de que “o dispositivo em questão (art 1078, §§ 1º e 2º) perde de vista o próprio objetivo da arbitragem, ou seja, afastar a intervenção do Poder Judiciário para a solução do litígio. Ademais, deixa de levar em consideração que as partes, se quiserem dispor acerca da possibilidade de revisão, podem instituir um tribunal arbitral recursal; pode também haver na instituição arbitral escolhida pelas partes a previsão de revisão da decisão arbitral, mas sempre dentro do próprio órgão arbitral.” *In* Arbitragem e processo. Op. cit. p. 26, nota 7.

Além das questões atacadas, deixou referido anteprojeto de versar sobre questão já vista como vertente de problema crucial: a homologação judicial (ou desnecessidade desta) do laudo arbitral. Por todos esses fatores, outro caminho não seguiu esse anteprojeto senão o do necessário arquivamento.

O cenário que se ilustrava era, então, o de que esforços de quase uma década teriam sido vãos. Foi, então, que, por iniciativa particular (Instituto Liberal de Pernambuco), em 1991, desencadeou-se a nominada *Operação Arbitrer*⁹⁸, por meio da qual estudiosos da arbitragem no país buscariam aliar experiência prática e conhecimentos acadêmicos, no sentido de elaborar projeto de lei que fizesse ressurgir à prática o então quase abandonado instituto da arbitragem.

Relatado o projeto de lei, este fora encaminhado para aprovação legislativa por apresentação do então senador Marco Maciel. O texto fora debatido, analisado e sujeito a algumas emendas, sendo, finalmente aprovado e convertido em lei nos idos de 1996 (lei 9.307/96).

Após entrada em vigor de referida lei, algumas polêmicas foram-se erigindo, dentre elas sendo aqui destacados o desvirtuamento do instituto por alguns órgãos arbitrais, bem como a própria arguição de inconstitucionalidade da norma, tendo o Supremo Tribunal Federal saneado a questão, entendendo pela constitucionalidade da lei 9.307/96.

A par desse cenário, o que se pôde verificar foi o fato de que não ocorrera uma preferência da população pela arbitragem em detrimento da jurisdição estatal, especialmente no que respeita a questões de menor complexidade, para a solução das quais essa mesma população não passou a socorrer-se da arbitragem, permanecendo sob o esteio do Judiciário.

Contudo, em que pese essas dois assertos de cunho naturalmente “pessimista” para a arbitragem, atualmente, é possível a constatação de que grande parte das polêmicas antes referidas parece ter sido equacionada, vindo o instituto a galgar espaço no cenário brasileiro, especialmente em negociações de cunho comercial.

⁹⁸ Dessa iniciativa passaram a fazer parte, dentre outras entidades, a Associação Comercial de São Paulo, a Associação dos advogados de Empresa de Pernambuco, a FIESP, o Instituto Brasileiro de Direito Processual, bem como professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Faculdade de Direito Candido Mendes. CARMONA, Carlos Alberto, Arbitragem e processo. pp. 27-28

Portanto, como fruto da produção científica, da normatização e da experiência, tanto nacional quanto estrangeira, a arbitragem no Brasil acabou por consolidar-se como técnica, como um método de solução de conflitos por meio da(o) qual há “intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial”⁹⁹

Relacionando a arbitragem com outros procedimentos, em especial, o procedimento judicial, C. Moore assinala que:

A arbitragem é um processo privado em que os procedimentos e, frequentemente, o resultado, não estão abertos ao escrutínio público. As pessoas em geral escolhem a arbitragem devido a sua natureza privada e também porque ela é mais informal, menos dispendiosa e mais rápida que um procedimento judicial. Na arbitragem, as partes quase sempre podem escolher o seu próprio árbitro ou conselho de árbitros, o que lhes dá mais controle sobre a decisão do que se a terceira parte fosse indicada por uma autoridade ou agência externa.¹⁰⁰

Para fins de utilização da arbitragem, basta que as partes sejam capazes, voltada essa qualidade para a aferição da capacidade civil, nos termos da legislação vigente, assim como deve a controvérsia versar sobre questão juridicamente disponível. No que respeita à natureza jurisdicional da arbitragem, a doutrina analisada parece demonstrar-se não uníssona quanto a sua conclusão, existindo quem a tome como própria manifestação jurisdicional, a exemplo de Carmona, assim como há aqueles que defendem sua natureza de, tão somente, um equivalente jurisdicional.

Nesse viés, Carmona, mesmo considerando tratar-se de um debate com implicações muito mais voltadas à seara acadêmica, do que à própria prática, ressalta não mais se tratar a jurisdição de monopólio estatal, asseverando que

a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função de sentença judicial. Sirva, pois, essa evidencia para mostrar que a escolha do legislador brasileiro certamente foi além das previsões de muitos ordenamentos estrangeiros mais evoluídos que o nosso no trato do tema, trazendo como resultado final o desejável robustecimento da arbitragem.¹⁰¹

⁹⁹ CARMONA, Carlos Alberto, Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96, pp. 33 e 51

¹⁰⁰ MOORE, Christopher W. O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. p. 23

¹⁰¹ CARMONA, Carlos Alberto, Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96, p. 46

Em nosso entender, com acerto a posição que trata a atividade arbitral como jurisdicional. De certo, a ampliação do conceito de acesso à justiça permite que, não somente o Estado, mas, igualmente, as partes, por meio de práticas específicas, busquem elas próprias a solução de seus conflitos

Nessas práticas inclui-se a arbitragem que, por respeito a um procedimento e a princípios inerentes ao próprio processo judicial e, mais, á própria ordem constitucional, propicia o surgimento de uma decisão, com força de judicial, que irá solucionar o conflito então desencadeado.

Pode-se dizer que uma das inovações trazidas pela lei de arbitragem foi a de considerar tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral¹⁰² como aptos a excluírem a jurisdição estatal para fins de solução da controvérsia em voga, saneando, assim, uma das grandes celeumas então preconizadas pelos projetos de lei anteriores.

Igualmente, por conferir à decisão arbitral *status* de sentença judicial, a novel legislação equacionou outro grande ponto de entroncamento para a facilitação da utilização do instituto, que residia na necessidade de homologação do laudo que seria, então, produzido por determinado órgão arbitral.

No que respeita ao árbitro, há que se destacar que o mesmo deve atuar com “imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição no exercício de sua atividade, potencializando assim as vantagens clássicas da arbitragem”.¹⁰³ A imparcialidade, uma das características inerentes à atuação desse terceiro chamado a decidir, se questionável, pode, assim como em um processo judicial, ensejar arguições de impedimento ou de suspeição¹⁰⁴,

¹⁰² Nos exatos termos da lei 9.307/96: “Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”; “Art 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.”; “Art 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm, acesso em 30/04/2013.

¹⁰³ CARMONA, Carlos Alberto, Arbitragem e processo. p. 42

¹⁰⁴ “A decisão que acolhe a exceção, com afastamento do árbitro, espelha decisão íntima, que não está sujeita a controle algum; já a rejeição da exceção merece outro tratamento: se o árbitro não reconheceu sua parcialidade, o procedimento arbitral terá normal prosseguimento, podendo a parte que se julgar prejudicada levantar a questão após a prolação da sentença, através da demanda de que trata o art. 33”. In CARMONA, Carlos Alberto Carmona, Arbitragem e processo, p. 42.

apresentáveis ao próprio árbitro ou ao presidente do Tribunal arbitral ao qual aquele se encontra vinculado.

O procedimento arbitral, por seu turno, não se apresenta fechado, rígido e inflexível. Pode ser amoldado consoante acordo entre as partes, sempre em prol do maior êxito no atingimento de seus intuitos, devendo, contudo, ter observância obrigatória a princípios como contraditório e ampla defesa, igualdade entre as partes e convencimento motivado/racional do julgador.

CAPÍTULO III. PLURALISMO JURÍDICO: Noções basilares e sua inserção em sede de Brasil

3.1 ANTES DO PENSAMENTO PLURAL, A UNIVOCIDADE DO DIREITO

A mais recente identificação do direito positivado (início nos séculos XVII e XVIII), ao menos em sede de direito ocidental, externa-se preponderantemente balizada na tríade burguesia, capitalismo e ideologia liberal-individualista. Nesse contexto, sedimentou-se um paradigma jurídico convergente para o monismo, para a univocidade do direito (produzido e aplicado unicamente pelo Estado), para a estabilidade das relações e, assim, para a segurança jurídica, bem como para a racionalidade formal.

Antes de o direito, inclusive, a própria ciência, nesse mesmo marco histórico, já se apresentava cunhada em racionalidade, buscando apartar-se de outras formas de conhecimento considerados não científicos, quais sejam: o senso comum e os estudos humanísticos. Em suma, toda a forma de conhecimento que não se assentasse nos princípios epistemológicos e nas regras metodológicas da ciência moderna não poderia, portanto, ser considerada conhecimento¹⁰⁵.

Retornando à análise da tríade acima pontuada, tem-se que, no que respeita à burguesia (mercantil), há que se destacar, em síntese, que esta ascende como classe social detentora dos meios de produção e, por essa condição, busca adequar a ordem normativa a seus interesses,

¹⁰⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Vol I. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2011, pp. 60-61.

legitimando, com isso, um sistema de normatividades. Com o intuito de obter segurança e estabilidade para suas relações, normatiza de modo genérico, abstrato e racional.

A lei abstrata e genérica, produzida e aplicada unicamente pelo Estado consoante os interesses hegemônicos das classes dominantes, torna-se o único espaço de produção jurídica reconhecida pelo direito moderno.

Acerca dessa asserção, pontual é o comentário tecido por Wolkmer:

(...) o Direito moderno não só se revela como produção de uma dada formação social e econômica, como, principalmente, edifica-se na dinâmica da junção histórica entre a legalidade estatal e a centralização burocrática. O estado moderno atribui a seus órgãos, legalmente constituídos, a decisão de legislar (Poder Legislativo) e de julgar (Poder Judiciário) através de leis gerais e abstratas, sistematizadas formalmente num corpo denominado Direito Positivo. A validade dessas normas não se dá pela eficácia e aceitação espontâneas da comunidade de indivíduos, mas por terem sido produzidas em conformidade com os mecanismos processuais oficiais, revestidos de coação punitiva, provenientes do poder publico. Distintamente das formas pré-modernas e pré-capitalistas, dominadas pela legitimidade carismática, o Estado Moderno consagra agora a legitimidade jurídico-racional, calcada na despersonalização do poder, na racionalização dos procedimentos normativos e na convicção de uma “obediência moralmente motivada”, associada a uma conduta correta. Nesse processo de legitimação, a ordem jurídica, além de seu caráter de generalização e abstração, adquire representação formal, mediante a legalidade escrita. A lei projeta-se como o limite de um espaço privilegiado, onde se materializa o controle, a defesa dos interesses e os acordos entre os seguimentos sociais hegemônicos. (...) Naturalmente, o moderno Direito Capitalista, enquanto produção normativa de uma estrutura política unitária, tende a ocultar o comprometimento e os interesses econômicos da burguesia enriquecida, através de suas características de generalização, abstração e impessoalidade. Sua estrutura formalista e suas regras técnicas dissimulam as contradições sociais e as condições materiais concretas.¹⁰⁶

No que respeita ao capitalismo, e para bem compreender-se a questão ora proposta, tem-se a pontuar o destaque de Wolkmer¹⁰⁷ para o fato de que, ainda que registrada a inexistência de uma uniformidade conceitual para a temática, dois posicionamentos devem ser destacados, quais sejam: 1) o capitalismo é reconhecido como modo de produção de mercadorias que implica uma serie de fatores que abrangem as forças produtivas, as formas de apropriação dos meios de produção, assim como as relações sociais (norte marxista). O capitalismo, nesse contexto, não coisifica somente um sistema de produção de bens, mas, também, a própria força humana de trabalho, que se transforma em objeto de troca via binômio capital-trabalho.

¹⁰⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura no direito. 3. Ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001, pp. 48-49.

¹⁰⁷ Asserções destacadas pelo autor com base em pensamentos de Marx e Weber. Nesse sentido, ver WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura no direito, pp 31-46.

2) Capitalismo compreendido como um processo racional de uma vida organizada, bem assim como marca civilizatória da sociedade moderna (norte weberiano).

Seja por uma ou por outra lente, certo é que o capitalismo possibilitou e solidificou a ascensão da burguesia enquanto classe detentora dos meios de produção e, assim, da riqueza, do poder político e das formas (oficiais) de cultura, o que, como visto, desencadeou sua estreita relação com a normatividade e juridicidade reconhecidas no Estado Moderno.

Interessante, nesse ponto, que seja aberto um parêntese com a finalidade de se explicitar as asserções realizadas por Boaventura de Sousa Santos acerca do que demonstra como períodos do capitalismo¹⁰⁸. As assertivas a seguir dispostas, por certo, avançarão os marcos temporais e históricos ora especificados (séculos XVIII e XIX), contudo, sem prejudicar a análise macro proposta.

Isso porque a identificação dos períodos de desenvolvimento do capitalismo, em cotejo com as respectivas identificações do Estado e do Direito, auxiliarão na compreensão dos *status* social, político e jurídico vigentes nessas épocas, e, assim, dos próprios paradigmas societal e jurídico da modernidade.

Os períodos destacados são, assim, identificados como o do capitalismo liberal, verificado do início até as derradeiras três décadas do século XIX; o do capitalismo organizado, verificado desde o final do século XIX até as duas primeiras décadas do período pós-guerra; o do capitalismo desorganizado, vigentes desde meados do século XX, precisamente na década de 60, até os tempos atuais.

No primeiro período, sumamente, esse era o cenário verificado: a figura de um povo soberano transmuda-se para a figura do Estado-nação detentor da soberania e, também, propiciador da liberdade que reclamava o capitalismo (intervenção estatal mínima nos meios de produção, resguardo das liberdades individuais e da propriedade, dentre outros aspectos que denotam esse momento histórico).

¹⁰⁸ Nesse sentido, ver SANTOS, Boaventura de Sousa. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Vol. I. pp. 139-164.

A vontade geral é substituída pela vontade da maioria, vontade essa verificada, contudo, única ou predominantemente no seio das elites dominantes. O Direito aparta-se de princípios éticos, tornando-se “instrumento dócil da construção institucional e da regulação do mercado”¹⁰⁹.

Como confluência desse pensamento, tem-se o surgimento do positivismo na seara da ciência moderna e, assim, do positivismo, igualmente, na seara jurídica¹¹⁰, o que desencadeia um processo de redução do desenvolvimento da sociedade ao desenvolvimento do capitalismo. Busca-se, assim, blindar a racionalidade contra qualquer ingerência de irracionalidades não – capitalistas; tudo o que não se fazia balizado pelo e no capitalismo não era quisto, não era considerado pela ciência ou pelo Direito.

O positivismo assenta-se no binômio conhecimento x regulação, sendo ambas características de origem sistemática. O conhecimento externa-se pela cognição das regularidades observadas (é regular aquilo que está conforme os preceitos dominantes), ao passo que a regulação denota-se pelo controle efetivo sobre a produção e a reprodução dessas regularidades observadas.

A junção do conhecimento e da regulação, nesses parâmetros, desencadeia a ordem positivista eficaz, fulcrada na certeza, na previsibilidade (ajustadas ao conhecimento) e no controle (ajustada á regulação). O capitalismo, especialmente o de *status* liberal, reclama previsibilidade e controle social, conquistáveis mediante o reinado de uma ordem jurídica positiva.

O direito vigente é, portanto, um direito racional. A dominação que a ele se faz inerente é legitimada por um sistema racional de leis, imersas em generalidade e abstração, emanadas de um Estado (administração) profissional e burocrático, aplicadas universalmente balizadas em uma justiça de racionalidade lógico-formal. Funciona o direito, dentre outros aspectos, como fonte de legitimação e de regulação dos interesses hegemônicos do capitalismo.

O cientificismo e o estatismo apresentam-se, nesse contexto, como marcas do direito e como preponderância dos princípios do Estado e do mercado. A autonomia e universalidade do

¹⁰⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit. p. 140.

¹¹⁰ Idem. pp 141-145

direito exurgiam sedimentadas na distinção entre Estado e sociedade, bem como na especificidade funcional do Estado (noção de unidade do Estado).

Na distinção preconizada entre sociedade civil (entre, mercado, portanto) e Estado, as relações estabelecidas no seio daquela eram concebidas como auto-reguladas, ao passo que a este, ao Estado, cabia propiciar essa auto-gestão, essa autonomia.

Para tanto, e retornando à noção do direito como direito estatal e, assim, como regulação dos interesses capitalistas dominantes, há que se destacar que essa autonomia necessária ao período de capitalismo liberal fora crucialmente propiciada por meio de normatizações advindas do direito privado, complementada por benesses fiscais, monetárias e financeiras, tendentes a corrigir alguns já verificáveis desequilíbrios resultantes das imperfeições do mercado.

Nesse contexto,

Considerava-se que o direito privado, o foco privilegiado do cientificismo e do positivismo jurídicos, estava desvinculado de qualquer conteúdo político ou social e era capaz de libertar as relações sociais dos vínculos e hierarquias do antigo regime. Tinha como objetivo assegurar a reprodução de um mercado competitivo, capaz de se auto-equilibrar, através de liberdades negativas, enquadramentos jurídicos apropriados, mas supletivos e mecanismos que garantissem o cumprimento dos contratos. O direito administrativo organizava o distanciamento cotidiano dos aparelhos do Estado relativamente aos cidadãos e concentrava-se nos mecanismos que reproduziam esse distanciamento, sobretudo através de uma nítida demarcação dos limites de intervenção do Estado.¹¹¹

Contudo, ao final do século XIX, essas promessas engendradas pelo capitalismo liberal estavam distantes de serem a todos efetivamente elásticas. A propagada libertação da dominação havida no regime anterior foi realmente experienciada por poucos; as hierarquias permaneciam, não mais entre soberanos e súditos, mas entre a burguesia e camponeses, artesãos, ou seja, entre uma pequena parcela que detinha os poderes político, jurídico e econômico e aqueles subjugados a esses poderes.

Nessa contextura, as desigualdades sociais e econômicas fizeram-se crescentes e não mais podiam ser colocadas à margem da atuação estatal. A distinção entre sociedade civil e Estado não mais se fazia tão estanque, posto que o alargamento do direito ao voto e a organização

¹¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Vol I, p. 146.

dos interesses de setores da sociedade (organizações patronais e operárias) propiciaram a essas organizações adentrarem no cenário político, antes dominado exclusivamente pela burguesia e pelos partidos oligárquicos.

A centralização do capital, a proliferação do monopólio de mercado às custas do subjugo da competitividade convergiram para uma expressiva expansão do princípio do mercado. A sua proclamada auto-regulação mostrou-se, com isso, deficitária, necessitando o Estado, por vezes, atuar de modo mais ingerente, saneando as intempéries de episódios de desequilíbrio econômico.

Em meio a essa transição de fatores, é, então, verificado o segundo período do capitalismo: o do capitalismo organizado¹¹². Transformou-se, pois, a tônica sobre a qual se desenvolvia o capitalismo. De auto-regulação e de quase total falta de ingerência governamental, o capitalismo passou a alicerçar-se em ações bem mais interventivas por parte do Estado, de modo a tentar-se, com isso, o resgate, ainda que mínimo, de algumas das promessas alavancadas no período precedente.

A primeira dessas ações pôde ser efetivada por meio de uma gestão pública da economia, dada à crescente complexidade do capitalismo. Essa ação se justifica por duas motivações. A primeira delas reside no fato de que o Estado necessitou intervir diretamente no mercado como forma de buscar um maior (re)equilíbrio de forças entre os elementos capital e trabalho, bem assim como forma de minimizar os efeitos degradantes advindos do monopólio de mercados, da extinção real da competitividade.

A segunda motivação reside no fato de que o Estado constatou sua (possível) disponibilidade/dispensabilidade para atender aos próprios interesses industriais, ante a complexa e ampla infra-estrutura criada pelas empresas, proporcionando, à guisa de exemplo, sistema educativo com vistas ao aperfeiçoamento e especialização de mão-de-obra e políticas de pleno emprego.

¹¹² SANTOS, Boaventura de Sousa. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Vol. I. pp 145-153.

Outra ação estatal a se destacar nesse momento é a de intervenção com vistas a minimizar os impactos negativos advindos das desigualdades sociais afloradas. Ingerência nas relações de salário e de consumo coletivo, fixação de salários mínimos, políticas visando à segurança do emprego, pagamento de subsídios e indenizações para os trabalhadores, prestação de saúde e de educação pelo governo foram algumas das medidas concretas adotadas pelo Estado como forma de perquirir o objetivo acima pontuado.

Referidas medidas, referidas formas de o Estado gestar a relação entre capital e trabalho acabaram por desencadear uma nova forma política consubstanciada no que se nominou de Estado-providência. Desenvolve-se, pois, o capitalismo organizado (segundo período) sobre as bases de uma novel forma de o Estado atuar acerca de conceitos como liberdades e autonomia.

Esses elementos, típicos do primeiro período do capitalismo, especialmente referendados por liberdades negativas e por auto-regulações, passam a ser cunhados e aplicados em equilíbrio com conceitos tais como solidariedade, justiça e igualdade, marcos desse novo momento experienciado pelo capitalismo.

Ou seja, em tese, não são incompatíveis, por exemplo, as teorias afetas à autonomia e à igualdade, na medida em que a possibilidade de o próprio mercado se regular não impossibilite um mínimo de igualdade substancial aos indivíduos, estejam ou não eles no ápice do sistema. Tarefa árdua a de equilibrar referidos conceitos, mas que necessitava ser implementada.

Verificado, nesse período, que as diversas promessas cunhadas no capitalismo liberal se tornaram deficitárias, buscou-se, nesse novo marco do desenvolvimento, aquilatar ao menos duas promessas mais factíveis e exequíveis, quais sejam: distribuição mais justa dos benefícios sociais e o desenvolvimento de um sistema político e relativamente democrático.

As consequências desse novo contexto para o direito foram bastante significativas. Aos ramos tradicionais até então vigentes (especialmente direitos civil, constitucional e administrativo) alinharam-se outros como o direito econômico e o do trabalho, todos com a “missão” de interligarem os campos público e privado do direito, atenuando, assim, a divisão antes estanque e enfaticamente propagada entre Estado e sociedade civil.

Por seu turno, os ramos clássicos do direito, como o administrativo e o constitucional, foram revisitados, de forma a se permitir que aquele, por exemplo, não mais somente dissesse acerca da burocratização e da profissionalização do Estado, mas que igualmente permitisse o regramento para fins de materialização de direitos sociais.

Essas ramificações do direito passaram a ser concebidas como um “terreno de intermediação e negociação entre interesses e valores sociais conflitantes”¹¹³, sendo que o produto mais destacável dessa evolução no modo de se produzir e de aplicar o direito fora a concepção dos direitos de terceira geração, conforme classificação preconizada por T. H. Marshall.

Acerca, inclusive, da evolução dos direitos fundamentais, é interessante que, nesse ponto, seja aberto um parêntese para se destacar que, no Brasil, essa ordem de surgimento deu-se de modo distinto daquele preconizado por Marshall na Inglaterra, fato que, na visão de José Murilo de Carvalho¹¹⁴, acabou por influenciar na própria identificação da cidadania brasileira.

Na visão clássica dos direitos fundamentais¹¹⁵, portanto, os direitos civis, políticos e sociais desenvolveram-se segundo uma ordem tanto cronológica, quanto lógica. Os direitos civis, avistados no século XVIII, precederam aos políticos, surgidos no século seguinte, havendo, no século XX, o destaque para os direitos sociais. Referidos direitos evoluíram como objeto de conquistas, daí a identificação da sequência também lógica: com base no exercício dos direitos civis, especialmente das liberdades, foi que se reivindicou o exercício de direitos políticos, os quais, dada a inserção então permitida, propiciou o surgimento de direitos sociais.

Em sede de Brasil, contudo, essa tríade afigurou-se em reverso, como uma pirâmide invertida. Nesse contexto, os direitos sociais precederam aos demais, como fruto de verdadeira doação de governos populistas e não de conquistas populares¹¹⁶. Cooptavam-se possíveis insurgências

¹¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Vol I, p. 149.

¹¹⁴ CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho.

¹¹⁵ Ver, nesse sentido, José Murilo de Carvalho. A cidadania no Brasil: o longo caminho – parte introdutória.

¹¹⁶ Acerca dessa constatação, destaca José Murilo de Carvalho que “o período de 1930 a 1945 foi o grande momento da legislação social. Mas foi uma legislação introduzida em ambiente de baixa ou nula participação política e de precária vigência dos direitos civis. Este pecado de origem e a maneira como foram distribuídos os

contrárias; a própria redução de direitos civis e políticos em prol de direitos sociais fora acatada, mantendo-se linear a popularidade do governo, principalmente em virtude da cultura da população, especialmente da população pobre.

Operou-se o clientelismo, a supervalorização e dependência do Executivo – afigurava-se, portanto, verdadeira “estadania”¹¹⁷ em contraste com a cidadania.

Volvendo novamente os olhares sobre a evolução do modo de se pensar o direito, salutar se faz o apontamento de que a incursão do direito por entre práticas sociais possibilitou-lhe uma dupla leitura, a princípio, um pouco antagônica, sem que, em verdade, o seja. Isso porque, em uma primeira análise, o direito, na medida em que se inseria nas práticas sociais a cuja regulação e instauração visava, mais se distanciava do Estado.

Nesse contexto, passava-se a perceber o direito não só como utilizável pelo Estado, mas servível a contextos não e até contra estatais. Princípios éticos e políticos foram reaproximados da seara jurídica. Fora, então, possível, à guisa de contextualização, novamente fazer-se emergir a percepção social do direito.

Em uma segunda leitura, é o direito externado por bases estatais, na medida em que se juridicizam práticas sociais, sendo impostos enquadramentos jurídicos pelo Estado nos mais distintos campos sociais: família, vida local, comunidade, trabalho, dentre outros.

Em suma, portanto, nesse segundo período vistado, por força da deficiência ou inalcanço de suas promessas originárias, bem como por força do surgimento de outras organizações não tradicionais nos centros de poder, passa o capitalismo a “requerer” um maior (re)equilíbrio entre a relação capital / trabalho, precisamente nos marcos alusivos ao monopólio de mercados e ao crescente aumento das desigualdades sociais, fatos esses que convergem para uma maior intervenção estatal no mercado e, assim nas práticas sociais.

Essa nova forma política segue nominada como Estado-providência¹¹⁸. Nele, relativizam-se as divisões clássicas entre Estado e sociedade civil, assim como os espaços ocupados pelas

benefícios sociais tornaram duvidosa sua definição como conquista democrática e comprometeram em parte sua contribuição para o desenvolvimento de uma cidadania ativa.” (Cidadania no Brasil: o longo caminho, p. 110)

¹¹⁷ Expressão cunhada por José Murilo de Carvalho para destacar a cultura mais voltada para o Estado do que para a própria representação popular. (Cidadania no Brasil: o longo caminho, p. 221.)

searas dos direitos público e privado, permitindo-se uma interligação entre ambas e, assim, entre os valores e interesse sociais.

No terceiro período¹¹⁹, o capitalismo desenvolve-se sob a denominação de capitalismo desorganizado. Aludida desorganização, ao contrário do que possa parecer significar não reside no fato de o capitalismo, em sua fase atual, não se encontrar organizado, sistematizado. Ao revés, essa expressão está a significar que as formas típicas desenvolvidas no segundo período encontram-se gradualmente dissolvidas ou reconstituídas a níveis de coerência mais tênues, o que congrega a desnaturação das antigas formas organizativas.

Exemplo disso assenta-se na própria falibilidade, para a época atual, das duas promessas do capitalismo, engendradas no segundo período de seu desenvolvimento. Ao invés de maior distribuição de recursos/benefícios e de implantação de um sistema estável e mais democrático, o que se verifica nesse momento histórico do terceiro período são as (ainda) crescentes desigualdades sociais, aumento drástico da pobreza, deslegitimação do estado facilitador, surgimento de novas formas de exclusão social, máculas verificadas nos processos de participação e de representação popular, dentre outras questões.

Em termos de mudanças estruturais na tônica dos segundo e terceiro períodos, o que mais fortemente se verifica são modificações nos princípios do mercado e do Estado. No que respeita ao primeiro princípio, tem-se que

O crescimento espetacular dos mercados mundiais juntamente com a emergência dos sistemas mundiais de produção e de agentes econômicos transnacionais, minou a capacidade do Estado para regular o mercado ao nível nacional. A industrialização do Terceiro Mundo, a expansão internacional da subcontratação e dos contratos de franquia, bem como a ruralização da

¹¹⁸ Expressão originariamente ligada ao governo de Bismarck, na Prússia no final da década de 80 do ano 1800. Desvela situação que, “por meio de legislação social, a comunidade assume responsabilidade na promoção do bem-estar, material, físico e psicológico do cidadão individual (...) O Estado-providência é considerado como um prestador de serviços sociais (segurança social, saúde, educação, habitação)”. A expressão ora destacada é, atualmente, atrelada à expressão *welfare-state*, de origem inglesa, cunhada nos idos de 1930, consagrada nos Estados Unidos em 1949 e, daí por diante, universalmente utilizada. Procede da expressão alemã *wohlfahrtstaat*, criada para referenciar a política de seguros sociais outrora gestada por Bismarck. (v. CASTELA, Antonio e SILVA, Carlos Nunes. Globalização e estado-providência: tendências e desenvolvimentos recentes na europa. Trabalho desenvolvido no centro de estudos geográficos da Universidade de Lisboa, no âmbito do Projecto de Investigação nº SSPS/C/PLC/2608/96 – *Poder Local e Políticas Sociais: subsidiariedade e parceria na segurança social*, com o apoio do JNJCT/MSSS, publicado no III Congresso de Geografia Portuguesa. Porto, setembro de 1997, Edições Colibri e Associação Portuguesa de Geografia, Lisboa, 1999, pp 343-350, p. 343, disponível em http://www.apgeo.pt/flies/secoin44/1258367122_INFORGEIO_12_13P343a350.pdf).

¹¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Vol. I. pp. 153-164.

indústria, tudo se conjugou para destruir a configuração espacial da produção e da reprodução nos países centrais.¹²⁰

No que é pertinente ao princípio do Estado, certo é que a colocação em cena de questões como neoliberalismo e operações multinacionais de empresas e de organizações internacionais possibilitou ao Estado a minimização do protagonismo no sistema mundial.

Por esse novo panorama, instrumentalizado por práticas como desregulação, privatização e coparticipação nos custos, busca o Estado, se assim se pode nominar, sociabilizar a promoção do bem-estar. Ou seja, busca o Estado, nessa transmutação de figuras típicas dos primeiro e segundo períodos do capitalismo, diminuir sua responsabilidade sobre a produção do bem-estar social.

Contudo, é de pontuar o destaque alusivo ao fato de que a diminuição do protagonismo do Estado frente à promoção dos direitos e valores sociais não fez enfraquecer sensivelmente a burocracia que lhe é afeta, ocasionando o enfraquecimento da administração pública.

Nesse sentido, asserta Boaventura de Sousa Santos:

O facto de, na maioria dos países, a degradação do desempenho social do Estado não lhe ter diminuído significativamente o peso burocrático faz com ao crescente enfraquecimento e ineficácia da administração pública venha juntar-se o crescente autoritarismo de um semi-número de burocracias desajustadas, cada uma exercendo seu micro-despotismo sobre cidadãos cada vez mais impotentes e politicamente incapazes.¹²¹

Como ponto a se destacar encontram-se as atuais críticas apostas contra a grande juridicização do campo social experienciada no desenvolver do segundo período. As críticas balizam-se, preponderantemente, no fato de as atuações estatais, nesse contexto, engendrarem verdadeira “colonização da sociedade”, justificada a expressão pela conclusão de que a submissão de fatos da vida, concretos e contextualizados, à monetarização, à burocratização abstratas e, assim á regulação pelo direito “destrói a dinâmica orgânica e os padrões internos de autoprodução e de auto-reprodução das diferentes esferas sociais (economia, família, educação, etc)”¹²².

¹²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit. p. 154.

¹²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Vol I, p. 155.

¹²² SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit. p. 158.

Fechando as incursões aqui realizadas acerca da tríade burguesia-capitalismo-liberalismo, tem-se a pontuar algumas asserções atinentes à ideologia liberal-individualista. Historicamente, o liberalismo surge como uma nova concepção de ser e de agir aliada aos interesses e valores da burguesia, especialmente no que respeita às lutas dessa classe contra o feudalismo aristocrático-fundiário. Além desse referencial, de certo modo, revolucionário, o liberalismo traz em si, igualmente, a legitimação (ou a busca por esta) das novas potencialidades de riqueza então desenvolvidas, permitindo-se, com isso sua justificação racional.

Em princípio, o estigma de liberdade total preconizado espalha-se por diversas searas: política, filosófica, econômica, social, religiosa, dentre outras. Preconiza-se, portanto, uma ética altamente individualista e liberal, tanto para a burguesia capitalista quanto para seus aliados menos favorecidos.

Contudo, quando o capitalismo atinge sua fase industrial, a burguesia, já elite econômica, assenta-se, também, como elite política e, assim, assume postura de que nem todos são tão iguais e/ou tão livres. Nesse contexto, a teoria liberal alinha-se à prática na medida e nos limites desejados pela burguesia, afastando os menos privilegiados da participação política e da auferição da riqueza econômica produzida. Encontrava-se, portanto, a burguesia, “denegando a distribuição social da riqueza e excluindo o povo do acesso ao governo”¹²³.

Os três elementos apontados contribuíram, portanto, para o subjugo do direito à univocidade e, assim, ao monismo de ordem estatal. De fato, uma elite burguesa dominante econômica e politicamente, alicerçada no capitalismo e fulcrada no ideal liberal-individualista, ao que recorria para a justificação de seus interesses, necessitava que uma única ideologia e que uma única normatividade fossem observadas, para fins de manutenção de seu poder e da hegemonia instaurada.

Para a consecução desse objetivo, nada mais salutar do que convergir a produção jurídica para a unicidade de paradigma, o que, em termos fáticos, convolou-se no surgimento do monismo jurídico estatal como paradigma jurídico da modernidade.

¹²³ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura no direito, p. 38.

A evolução do monismo jurídico no ocidente observou o que, didaticamente, se pode seccionar em três fases ou ciclos¹²⁴. A primeira fase identificada desencadeou-se historicamente entre os séculos XVI e XVII, um pouco antes, portanto, da ascensão da burguesia, séculos XVIII e XIX, recorte histórico-temporal destacado neste início de capítulo. No entanto, a antecedência de marcos temporais justifica-se e, em verdade, vem a demonstrar a existência, ainda que, talvez, de modo mais incipiente que nos séculos seguintes, das tentativas de libertação do autoritarismo do Estado absolutista e do poder da aristocracia.

Nesse contexto, busca a burguesia convergir e subordinar a produção jurídica ao interesse dos detentores do poder político, reduzindo, assim, o Direito ao Direito Estatal. Para a explanação desse fenômeno de univocidade jurídica estatal, recorre o presente estudo aos ensinamentos de Wolkmer¹²⁵ que sedimenta em Hobbes a própria formação do monismo jurídico estatal.

Nessa contextura, é Hobbes identificado como o precursor teórico da univocidade do direito e de este como consagrado tão somente ao Estado, assinalando o Direito como Direito do soberano e, bem assim, reduzindo esse Direito estatal ao Direito legislativo.

Em conclusão à temática, referenciando a obra *Leviatã*, Wolkmer assim se manifesta em interessante asserto:

no capítulo dedicado às leis civis, em cujo texto define que toda lei “consiste na declaração ou manifestação da vontade de quem ordena”. Toda lei é uma ordem que não pode ser contrariada à razão. Ao distinguir a lei civil, que é escrita, da lei natural, Hobbes proclama, entretanto, que “toda as leis, escritas ou não, recebem toda sua força e autoridade da vontade do Estado”. De outra parte, Hobbes desvaloriza os preceitos consuetudinários e o Direito dos Juízes, procurando maximizar a relevância das leis civis, estatais, definidas pela imposição e vontade de um soberano, que não se encontra sujeito a essas mesmas leis escritas, tendo o poder de fazê-las e revogá-las.¹²⁶

No segundo ciclo identificado, a lei, a normatização estatal não mais exsurge como vontade do Soberano, mas como produto dos interesses das elites capitalistas. Modificam-se as “personagens”, contudo a tônica do enredo permanece como sendo a de o Direito estatal ser ditado conforme os interesses dominantes.

¹²⁴ Nesse sentido, ver WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. pp 49-66.

¹²⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura no direito. p.50.

¹²⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. op. cit. pp. 50-51

O pensamento jurídico que ecoa nesse marco histórico assenta-se, em um primeiro momento, em bases jusnaturalistas, cuja ideologia defensora de um ideal eterno e universal mostrou-se, em verdade, falseada e apta a “camuflar” os verdadeiros interesses da classe burguesa, na medida em que os ideais de universalidade, de igualdade, de liberdade e de fraternidade cravaram-se, para a maioria, em bases unicamente teóricas e formais.

Retira-se do Príncipe o *status* de soberano repassando-se essa singular característica ao Estado-Nação. Nesse marco, ascende-se a burguesia e sistematizam-se racionalmente as legislações por meio da codificação, o que reduz o Direito à legislação proveniente do Estado, modificando-se, assim, a base do pensamento jurídico dominante para a dogmática positivista.

Encontra-se, portanto, a marcar esse segundo ciclo de desenvolvimento da teoria monista do direito o pensamento de redução, ainda que gradativa, do direito estatal ao direito positivado; não mais vige a noção de que somente o direito produzido pelo Estado é direito, mas que apenas o é o direito positivo (direito positivo estatal).

Evoluindo para uma terceira fase, o direito, além, ou melhor, ao invés de ser reduzido à produção do Estado, é com este equiparado, enquanto ordem jurídica, ou seja, o Estado encampa o Direito em determinando nível de ordenação, na constituição de um todo.

O formalismo dogmático, a cientificidade extremada do direito são marcos dessa fase, sendo a mesma, nesse contexto, cunhada sobre as bases da teoria pura do direito, com assento em Hans Kelsen. Nesse viés, portanto,

O terceiro grande momento do estatismo jurídico ocidental alcança a culminância no formalismo dogmático da Escola de Viena, representada basicamente pela “teoria pura do Direito”, de Hans Kelsen. A concepção kelseniana de “entidade jurídica estatal” reflete um “mundo monista formado por uma serie de ordenamentos subordinados a uma hierarquia de graus sucessivos (...) de extensão e eficácia decrescentes, desde o ordenamento internacional até ao Estado, às entidades autárquicas, às pessoas jurídicas públicas, às fundações, etc. para lá da simples coação, a identidade do Estado e do Direito permite considerar o Estado essencialmente como a ordem jurídica politicamente centralizada. A “proposta” científica de Kelsen descarta o dualismo Estado-Direito, fundindo-os, de tal modo que o Direito é o Estado e o Estado é o Direito Positivo.¹²⁷

Por essa concepção, ao menos em tese, há uma interligação factível entre Estado e direito, na medida em que aquele legitima seu poder (e sua coerção, sua força) por meio da validade e da

¹²⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura no direito, p.58.

eficácia “emprestadas” pelo Direito, assim como este adquire força (inclusive coercitiva) por meio do respaldo que lhe confere o Estado.

Por derradeiro, o quarto ciclo vivenciado pelo desenvolvimento do monismo jurídico assentase em meados de 1900, especificamente nas décadas de 60 e de 70, correlacionando-se com a crise experienciada pelo anteriormente destacado capitalismo de segundo período e, bem assim, pela crise sofrida pelo Estado-providência.

O desenvolvimento de referidos ciclos do monismo jurídico acabou por sedimentar alguns princípios em torno dessa temática, os quais são, aqui, destacados. O primeiro deles reside no princípio da estatalidade que, em suma, reflete a noção propagada pelo positivismo, no sentido de que somente pode ser considerado sistema legal e, assim, direito, aquele posto positivamente pelo Estado, de modo que não existe direito nem para além do Estado, nem mesmo apartado dele.

Referida concepção, antecipe-se, convola-se em uma das premissas contestadas pelo pluralismo jurídico, haja vista que, grosso modo, por esse modelo paradigmático, é possível reconhecer a existência de juridicidade também em manifestações não assentadas no direito estatal e no aparato estrutural por ele gestado.

Em sequência, destaca-se o princípio da unicidade, para o que o direito da modernidade consagra-se como sistema único de normas tendente a regular, em mesmo espaço-tempo, determinada comunidade nacional organizada, interligada. Assim, a lei, de produção exclusivamente estatal, convola-se no único direito, no único sistema normativo aceito em um determinado Estado nacional.

Outra característica principiológica destacada repousa no fato de que somente à positividade é possível outorgar ao Direito elementos como certeza, segurança, previsibilidade e cientificidade, nuances que lhe seriam elementares.

Por derradeiro, encontra-se a racionalização a complementar os princípios ora destacados, apregoando-se a esse vocábulo a significação jurídica de ser ele “pressuposto essencial para a

correta compreensão dos aspectos normativos, institucionais e decisoriais do moderno direito ocidental.”¹²⁸

O paradigma jurídico da modernidade, ou seja, a legalidade estatizada, genérica e universal, contudo, não mais se fazia suficiente para socorrer as demandas que se avolumavam. A confluência de questões sociais e políticas alinhando matérias jurídicas era cada vez mais presente no cenário global, especialmente em países de (semi)periferia. Não podia, mais, o direito apartar-se de outros contextos e encastelar-se em pirâmides de estrita legalidade estatal. Esse era (é) um modelo em processo de falência, em que pese o fato de essa visão estatal normativista não haver perdido sua hegemonia.

Uma conclusão tecida por Wolkmer bem assenta esse cenário de crise paradigmática:

O projeto jurídico positivista, descartando as análises de domínio da prática política e das relações sociais, encastelou-se em descrições meramente descritivo-abstratas e em mecanismos mecanicistas, assentadas em procedimentos lógico-linguísticos. Isso significa que, embora a dogmática jurídica estatal se revele, teoricamente, resguardada pelo invólucro, da cientificidade, competência, certeza e segurança, na prática intensifica-se a gradual perda de sua funcionalidade e de sua eficácia. É por essa razão que se coloca a inevitável questão da crise desse modelo de legalidade. Por assim dizer, a crise do monismo jurídico estatal vem refletindo o constante “(...) desajustamento entre as estruturas sócio-econômicas e as instituições jurídico-políticas.” Nessa propalada crise do modelo jurídico vigente, há que se destacar, como quer José E. Faria, sobretudo “(...) o colapso do individualismo jurídico, o esvaziamento de um Direito burguês edificado em torno da concepção do direito subjetivo e a crescente dificuldade de se definir, em contextos sociais estratificados e estruturalmente diferenciados, combinatórias exequíveis entre legitimidade política e eficácia normativa”.¹²⁹

¹²⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura no direito, p.63.

¹²⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura no direito, p.59.

Assim, busca o Direito um novo paradigma, busca assentar-se em um novo modo de ser pensado, produzido e aplicado, com vistas à minimização da crise que o margeia, especialmente no que respeita à efetivação de acesso à justiça por uma grande massa de desafortunados.

Uma das opções trazidas pela doutrina, com destaque para Boaventura de Sousa Santos, convola-se na emergência de um paradigma não mais sedimentado na univocidade do Direito, mas sim, no reconhecimento de formas jurídicas plurais, aptas à produção jurídica.

3.2. PLURALISMO JURIDICO EM SEDE DE SOCIEDADES PERIFÉRICAS COMO O BRASIL

A destacada crise no monismo jurídico centralizador acabou por aflorar insurgências contra a absoluta redução do direito ao dogmatismo positivista. Assim é que, desde os primórdios do século XX, se inicia a busca por um novo referencial, por uma nova direção que atenda aos anseios da modernidade.

Descrevendo a essência dessa verificação de insuficiência do paradigma tradicional do Direito, destaca Boaventura de Sousa Santos que

Ainda que sob a égide de um sistema jurídico visto como unívoco e totalizante, as alternativas ensaiadas inauguram espaços de alteridade na forma de pensar, reproduzir e praticar o(s) direito(s).

Essa diversidade sóciojurídica opera transformações de diferentes dimensões. No âmbito epistemológico, o direito cientificizado, privilégio de poucos especialistas, é depurado por um novo senso comum jurídico. O caráter elitista do direito, em sua concepção e prática hegemônicas e o seu papel como mecanismo de dominação de classes, de diferenciação, de hierarquização e exclusão social é submetido a profunda crítica. A suposta neutralidade da ciência e práticas jurídicas é posta em causa e confrontada e confrontada com uma concepção política do direito que vê neste um importante instrumento de luta e de transformação social. No âmbito normativo, o direito dogmático é reinterpretado à luz de critérios amplos de justiça social.¹³⁰

O pluralismo (res)surge como paradigma alternativo, como modelo possível à nova concepção que se pretende ver abarcando o Direito nesses novos tempos. Para tanto, como norteia Wolkmer, deve o pluralismo jurídico

¹³⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução Democrática da justiça. P 113

Ser visualizado tanto como fenômeno de possibilidades e dimensões de universalidade cultural, quanto como modelo que incorpora condicionantes inter-relacionados (formal e material) adequado às especificidades e às condições históricas de micro e macro sociedades políticas.¹³¹

Transpondo a asserção destacada para a realidade de países de periferia como o são os da América-latina, inclusive o Brasil, certo é que o pluralismo a eles relacionados deve pautar-se em características gestadas na participação societária, sendo, assim, concebido dentro “de uma redefinição da racionalidade e uma nova ética, pelo refluxo político e jurídico de novos sujeitos, os coletivos”¹³², e, igualmente, buscando uma redefinição das novas necessidades perquiridas e a própria reorganização da sociedade (descentralização normativa centro-periferia / Estado – sociedade).

Em antagonismo à univocidade e centralização do monismo, verifica-se, pois, o pluralismo a externar uma diversidade de campos sociais detentores de especificidades próprias que não se reduzem, mas coexistem entre si.

Nesse contexto, robustece-se a conclusão acima traçada com o ensinamento de que para se compreender outras culturas jurídicas, especialmente as não ocidentais e não modernas, posto que radicalmente distintas, em sua maioria, não se faz bastante a consciência de originalidade de seus sistemas e estruturas específicos, mas tem-se como necessário ir mais além nessa cognição, é preciso conhecer as próprias visões e horizontes dessas culturas.¹³³

Há, portanto, a projeção do múltiplo, do plural, alicerçado na interpretação diatópica. Por meio dela, pretende-se descobrir

essas distintas culturas jurídicas, radicalmente diferentes, reunindo-as em um diálogo que permita a emergência de um mito no elo que se pode formar para entrar em comunicação e que propicie a compreensão de um mesmo horizonte de intelegibilidade, em que esse horizonte seja de uma só cultura jurídica (diatópico: que atravessa o *topos* (lugar) para alcançar o mito do qual este é a expressão).¹³⁴

Em outros dizeres, a hermenêutica diatópica desvela a concepção de que os *topoi* de uma determinada cultura não são completos, podendo ser complementados pelos de outra cultura distinta, justamente por meio de um processo dialógico. Nesse diálogo intercultural, não deve

¹³¹ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico fundamentos de uma nova cultura no direito. P. 170

¹³² WOLKMER, Antonio Carlos, op. cit. p. 171

¹³³ KROHLING, Aloisio. Direitos humanos fundamentais: diálogo intercultural e democracia. p. 80.

¹³⁴ KROHLING, Aloisio. op. cit. pp. 80-81.

haver imposições de valores, superposições ou imposições de pensamentos, nem tão pouco a redução das praticas sociais a um contexto único. Ao revés, deve ser ele sustentado em uma aprendizagem calcada na dialogicidade, no respeito, na alteridade.¹³⁵

Atente-se para o fato de que o presente estudo refere-se a uma nova concepção do pluralismo jurídico (novíssimo pluralismo jurídico¹³⁶), gestado em um constitucionalismo transformador, em um constitucionalismo com vértice da base para o topo da hierarquia politico-social, em que excluídos buscam o campo de atuação politica para além dos marcos liberais existentes, balizados em novos legalidade, regime político e subjetividades individuais e coletivas.

Para registro, as precedentes concepções do pluralismo consagram-se, primeiramente, no pluralismo clássico¹³⁷ (estudos empíricos empregados em sociedades coloniais aonde se verificam a autonomia e a relação entre duas ordens jurídicas distintas – colonizador e colonizado) e, secundamente, no novo pluralismo jurídico (estudos balizados em uma teia de legalidades interrelacionadas).

Com foco no que preleciona Wolkmer¹³⁸, há que se atentar para o destaque de certos princípios em que se assenta a noção geral de pluralismo. Configuram-se eles na autonomia, participação, descentralização, localismo, diversidade e tolerância.

No que respeita á autonomia, há que se atentar para a existência de um poder intrínseco a sustentar os sujeitos de direito (movimentos coletivos, associações profissionais, econômicas, religiosas, comunitárias, familiares, etc), tanto diante do Estado quanto diante dos próprios interesses individuais ou coletivos dos integrantes desses movimentos.

¹³⁵ Idem. p.118

¹³⁶ Nesse sentido, ver SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução Democrática da justiça. p 113-118.

¹³⁷ No entender deste estudo, o direito de Pasárgada – analisado no ultimo capitulo – assenta-se, originariamente, em um pluralismo jurídico de ordem clássica. No entanto, esse mesmo direito analisado conforme as atuais praticas sociais, condensa elementos como nova produção jurídica, interculturalidade, existência de sujeitos sociais legitimados, praticas emancipatórias, fatores esses que, presentemente, permitem sua verificação enquanto expressão do nominado novíssimo pluralismo jurídico.

¹³⁸ Nesse sentido, ver WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura no direito., pp. 174-177

A descentralização desvela a necessidade de repasse, de deslocamento da tônica unitária e formalista das instituições para uma visão local e fragmentada das mesmas. Esse princípio, em sua noção, acaba por desencadear dois outros: o localismo e a participação.

A diversidade congloba-se, igualmente, em elemento fundante do modelo plural, haja vista que se perfaz como intrínseca ao pluralismo, na medida em que se apregoa a existência de diversos e distintos campos e corpos sociais, elementos dispares, distintos, desiguais, todavia, que não se reduzem entre si, não se subjugam a apenas uma unicidade aceitável, ao revés, coexistem entre si.

Esse princípio, assim como verificado em momento anterior, também encerra outro elemento do pluralismo, aqui analisado em aspecto geral: a tolerância. De certo, se há diversidade, se há, por conseguinte, concorrência de necessidades e conflitos de interesses, e se, nesse contexto, se deseja a convivência mútua e harmoniosa desses elementos, há que se apregoar a tolerância, a atuação humana pautada na indulgência e na moderação.

O pluralismo, enquanto modelo jurídico, deve encontrar-se, assim, comprometido com a atuação de novos sujeitos coletivos, de novos atores/movimentos sociais, bem como com a efetivação de necessidades humanas básicas e com o reordenamento do espaço político com vistas a uma maior participação e descentralização comunitárias.¹³⁹

Nesse contexto, gesta-se, portanto, a tônica central do presente estudo: Possibilidade de se reconhecer às comunidades segregadas legitimidade para uma produção jurídica válida e eficaz, tanto no que respeita ao suprimento do direito Estatal, por força de sua ausência ou por seu distanciamento das questões locais, quanto ao que atine à própria emancipação dessas comunidades, calcada na busca por satisfação de suas necessidades basilares, perquirida por meio de uma participação efetiva no processo político democrático.

Esses novos sujeitos configuram-se em uma pluralidade de subjetividades distintas que perceberam, justamente nessa heterogeneidade, a força da atuação conjunta e a necessidade de respeito ao que não é conforme a padronização implementada pelo capitalismo de ordem liberal.

¹³⁹ Nesse sentido, ver WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico fundamentos de uma nova cultura no direito. pp 233 - 261

Nesse contexto, esses sujeitos buscam deixar de lado a passividade para portarem-se de modo atuante, livre, participativo, com vistas à modificação de sua condição histórico-social. O elemento “novo” dessa expressão, assenta-se, pois, não na figura humanística desses sujeitos ou em uma classificação tradicional sua quanto a gênero, sexo ou cor, mas, sim, no novo modo de (auto)percepção e de atuação dessa coletividade.

Na busca de uma identificação exemplificativa desses sujeitos, especialmente para a realidade da América Latina, o Instituto Histórico Centro-Americano de Manágua e a Conferência de Puebla destacaram o surgimento desses novos movimentos sociais¹⁴⁰, dentre os quais, por dois exemplos de classificação, encontra-se a população abrangida pelo recorte do presente estudo: 1) marginalizados dos aglomerados urbanos, subúrbios, favelas, carentes de condições materiais básicas de (sobre)vivência; 2) organizações comunitárias, associações voluntárias e movimentos sociais reivindicativos de direitos.

Especialmente para o caso brasileiro, é de se destacar o que preleciona Boaventura de Sousa Santos¹⁴¹, trazendo como exemplificação de novos sujeitos coletivos/novos movimentos sociais as comunidades eclesiais de base (CEBs), o novo sindicalismo urbano e rural, o movimento feminista, dentre outros.

Reconhecida, então, a legitimidade de o sujeito coletivo, este busca atuar de modo a implementar necessidades humanas essenciais, nessa contextura identificada a própria garantia fundamental de acesso efetivo à justiça. Destaque-se que a concepção aqui empregada ao termo *necessidades* não se limita ao significado *carência, privação*, mas alcança uma sinonímia genérica que respeita ao sentimento, à intenção consciente que motiva um comportamento para fins de aquisição de um bem, material ou não, considerado essencial.

¹⁴⁰ “Na medida em que os novos movimentos sociais são encarados, quer como detentores de uma nova cidadania apta a lutar e a fazer valer direitos já conquistados, quer como nova fonte de legitimação da produção jurídica, nada mais natural do que equipará-los à categoria de ‘novos sujeitos coletivos de direito’. Sendo assim, cabe frisar que a presente designação para os movimentos sociais não implica, de forma alguma, qualquer alusão ou aproximação à mítica abstração liberal-individualista de ‘sujeito de Direito’, própria do velho paradigma do formalismo legal positivista.” (WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico fundamentos de uma nova cultura no direito. P. 240).

¹⁴¹ Nesse sentido ver SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de alice: o social e o político na pós-modernidade*, 9ed. São Paulo: Cortez, 2003, pp. 257-270.

Ainda nessa linha de pensamento, há que se pontuar que as necessidades a serem consideradas não se restringem a necessidades sociais ou materiais, mas contemplam necessidades existenciais (de vivência), de subsistência e também culturais.

De certo, até mesmo por força da construção teórica havida acerca das necessidades fundamentais, a noção a elas empregada concentrou-se no fluir dos anos, basicamente, na identificação de carências experimentadas em razão da desigual evolução econômico-social, principalmente dos países da periferia.

Contudo, especialmente nos tempos atuais, não há como se prescindir da análise dessa temática a eventual existência de necessidades de ordem cultural, religiosa, étnicas e políticas, as quais necessitam ser respeitadas e saneadas, compondo, assim, a tônica de luta e de emancipação almejada por esses novos sujeitos.

Fechando a análise da tríade antes avocada, tem-se que para que esses novos sujeitos alcancem a satisfações de suas necessidades humanas fundamentais, necessária se faz a reordenação política do espaço público, atrelando-se esse cenário a noções de comunidade, de participação, de descentralização e de poder local.

Como se poderá observar no capítulo quarto, é praticamente inexistente no Brasil uma tradição democrática de descentralização e de participação das comunidades locais. A sociedade acabou por remanescer sob o subjugo de um Estado centralizador e de relações políticas cunhadas no apadrinhamento, no clientelismo e na hegemonia dos interesses dominantes.

Assim é que a própria noção de comunidade que está a assentar esse contexto de reordenação aparta-se das noções que lhe foram empregadas entre os séculos XVIII e XX (noção estática de comunidade, sujeitos de direito abstratos que apenas, aparentemente, se faziam participativos, mas que, em verdade, encontravam-se apenas a relacionar-se com políticas não autênticas, que não deixavam de ser implementadas pelo Estado, de forma clientelista e cooptativa)¹⁴².

¹⁴² Acerca desse contexto, seja a ele novamente relacionado o cenário de baixa ou de quase inexistente participação ou conquista na implementação dos direitos fundamentais no Brasil, em especial, dos direitos sociais. Diferentemente da ordem de evolução classicamente verificada em outros países, no Brasil, os direitos

A visão comunitária em que se busca assentar o pluralismo é, portanto, a de uma coletividade social detentora de características comuns, singulares e de uma identidade própria que, em meio a diversas relações pulverizadas entre consenso e dissenso, interliga-se por um espaço geográfico, por ideologias e por necessidades comuns.

Essa novel noção comunitária congrega em si o remodelar da noção de cidadania, que deixa de ser formal e abstrata, sedimentada na representação pelo voto, para tornar-se dinâmica, congregando uma relação constante entre os sujeitos e entre esses e o Estado, objetivando-se, com isso, a satisfação de suas necessidades e o reconhecimento efetivo de seus direitos.

À medida em que são ampliadas as noções de cidadania e, assim, de participação desses novos sujeitos, o espaço político unificado e homogêneo antes essencialmente ocupado por entidades como partidos políticos e sindicatos acaba por ceder lugar a uma série de práticas coletivas sedimentadas em associações comunitárias, instituições culturais, comunidades religiosas de base, dentre outras, o que faz gestar novos ares de democracia participativa.

Nesse contexto, Wolkmer assinala que

Mais do que nunca, em estruturas periféricas como a brasileira, marcadas por uma cultura autoritária, centralizadora e excludente, impõe-se identificar, como indissociável no processo de reordenação do espaço comunitário, a construção de uma verdadeira cidadania aliada ao desenvolvimento de uma democracia participativa de base que tenha como meta a descentralização administrativa, o controle comunitário do poder e dos recursos, o exercício dos mecanismos de co-gestão e autogestão setorial/local/municipal e o incremento das práticas de conselhos ou juntas consultivas, deliberativas e executivas.¹⁴³

Buscam-se, assim, a reordenação das práticas políticas do espaço público, a descentralização, a concreta participação comunitária, especialmente no poder local, a possibilidade de autogestão comunitária e de co-gestão sociedade / Estado, assim como o estabelecimento de uma relação dinâmica entre sujeitos e entre esses e o poder público, não como forma de subjugo ou de assistencialismo, mas como reflexo de cooperação coletiva e de emancipação.

fundamentais surgiram como uma pirâmide invertida, traçados com marcas de cooptação, clientelismo e populismo, fato que, de certo modo, contribuiu para o refreamento de uma cidadania ativa no país. Nesse sentido, sejam revistas especialmente as notas de nºs 110 e 111 deste estudo.

¹⁴³ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico fundamentos de uma nova cultura no direito. pp. 254-255.

Nesse contexto, vislumbra-se a atuação emancipatória estreitamente relacionada com a necessidade de se pensar o direito criticamente¹⁴⁴. Essa forma de se pensar o direito possui o condão de despertar a autoconsciência de subjetividades oprimidas, de libertar o sujeito de sua condição histórica de excluído, de alijado, revelando, assim, o grau de alienação e de automação em que se encontra imerso esse sujeito, especialmente em se tratando de realidades de países periféricos.

Assim é que aqui se sustenta que a convergência entre as noções de obrigação política horizontal e de participação social efetiva na formação da vontade geral é o que sedimenta a formação de uma nova cultura política, assim como, por conseguinte, a instituição de “nova qualidade de vida pessoal e colectiva assentes na autonomia e no autogoverno, na descentralização e na democracia participativa, no cooperativismo e na produção socialmente útil.”¹⁴⁵

A análise conjunta das expressões “nova qualidade de vida pessoal e coletiva”, “descentralização”, “democracia participativa”, “produção socialmente útil”, “autonomia” e “autogoverno”, destacadas da asserção acima, representam, no entender desse estudo, as características basilares em que se assentam duas importantes nuances do pluralismo em sede de juridicidade, as quais convergem para a análise do questionamento-foco desta pesquisa: válida produção jurídica, mesmo que não gestada na normatividade estatal e emancipação dos grupos historicamente excluídos.

Nesse contexto, em sede de realidade periférica, o pluralismo jurídico gesta a coexistência dialógica de diversas culturas e, assim, de distintas normatividades assentadas em práticas autônomas e autênticas que são eficaz e validamente reconhecidas pela comunidade da qual emergem. Essas práticas podem ou não ser reconhecidas pelo Estado, pelo Direito dito oficial.

Uma conclusão externada por Wolkmer, bem dimensiona a realidade ora apontada:

A ineficácia das instancias legislativas e jurisdicionais do clássico Direito Moderno (capitalista, liberal e formalista) favorece a “expansão de procedimentos extrajudiciais e praticas normativas não-estatais” exercidas por subjetividades sociais que, apesar de, por vezes, oprimidas e inseridas “na condição de ‘ilegalidades’ para as diversas esferas do sistema

¹⁴⁴ Nesse sentido ver WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao pensamento jurídico crítico. 6 ed, rev e atual. São Paulo: Saraiva. 2008, pp 200 – 210.

¹⁴⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade, p. 263.

oficial, definem uma forma plural e emancipadora de legitimação. (...) Os centros geradores de Direito não se reduzem mais tão-somente às instituições oficiais e aos órgãos representativos do monopólio do Estado Moderno, pois o Direito, por estar inserido nas práticas e nas relações sociais das quais é fruto, emerge de diversos centros de produção normativa”.¹⁴⁶

De igual forma, busca o pluralismo a emancipação, o que, nos dizeres de Boaventura de Sousa Santos,

implica a criação de um *novo senso comum político*. A conversão da diferenciação do político no modo privilegiado de estruturação e diferenciação da política social tem como corolário a descentração relativa do Estado e do princípio do Estado. A nova cidadania tanto se constitui na obrigação política vertical entre os cidadãos e o Estado, como na obrigação política horizontal entre cidadãos. Com isto, revaloriza-se o princípio da comunidade e com ele a ideia da igualdade sem mesmidade, a ideia de autonomia e a ideia de solidariedade.¹⁴⁷

A conclusão que se obtém nesse marco revela-se pelo fato de que o reconhecimento do pluralismo jurídico em sede de Brasil caminha a passos apequenados, não sendo essa uma tarefa fácil, especialmente quando essa tentativa de mudança é gestada em quase dois séculos de univocidade jurídica.

A relativização ou desmistificação da noção consolidada de que só se configura em Direito aquilo que provém do Estado não se dará sem maiores enfrentamentos da temática e mesmo sem as tarefas de se (re)pensar o Direito. Contudo, essa realidade não deve consistir em motivação ou em justificativa para que não se busque uma concepção mais ampla e plural de nossa juridicidade.

CAPÍTULO IV. ACESSO À JUSTIÇA: Da academia à favela¹⁴⁸ – o abismo entre direito previsto e direito visto

A análise das formações do povo brasileiro, assim como da cultura, especialmente a jurídica, e da cidadania brasileiras bem denotam a existência de um verdadeiro abismo existente entre

¹⁴⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. Revista Sequencia, n. 53, dezembro/2006, pp 113-128, p. 121.

¹⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade, pp. 277-278.

¹⁴⁸ As expressões “academia” e “favela” representam, no contexto deste tópico, respectivamente, os espaços de produção e aplicação do direito oficial e de segregação social, não se restringindo, portanto, à literalidade de seus conteúdos e, assim, unicamente aos ambientes acadêmico e de ocupação geográfico-espacial constituído pela favela.

direito previsto e direito visto, ou seja, entre direito legalmente consagrado e entre direito efetivamente realizado. Há um direito produzido e executado na academia, mas que “não sobe à favela”. Nesse contexto, surge uma grande massa em prol da qual não são efetivados os direitos mais básicos, a quem o Estado-juiz materialmente sequer se apresenta.

A evolução histórico-política do país é quem apresenta possíveis justificativas para a conformação dessa realidade, haja vista que nossa cultura externa-se como materialização das condições destacadas pela história e pela política, bem como pelas contradições sócio-econômicas, traduzidas pela hegemonia das classes dominantes, adeptas do individualismo liberal e entrelaçadas ao elitismo colonizador e à legalidade lógico-formal.

Esse contexto hegemônico de uma minoria alheada do real contexto social macro e preocupada com a justificação – pelo direito e pela política - e com a perpetuação de seus próprios interesses é bem retratada por Raimundo Faoro na obra “Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro”, especificamente nos dizeres seguintes:

O grupo, a comunidade restrita e selecionada, provê a sociedade de sua concepção de mundo, unificando as tendências e as correntes em curso numa constelação coerente de ideias, sentimentos e valores. Estamento será seu conceito, quer se denomine elite, classe dirigente, classe política, *intelligentsia*. Aproxima-se, nos extremos casos de fechamento sobre si próprio, da casta, sem tocar no tipo social. Em consequência de sua estruturação autônoma, desdenhosa do contato íntimo das categorias sociais que atuam na base pirâmide, tem caráter escolástico, acadêmico, no sentido de se alhear dos problemas concretos da vida e da sociedade. Preocupa-se mais em preservar sua unidade de pensamento, numa sistematização nem sempre dogmática, do que com a reelaboração teórica dos fatos, da história própria. Seu pensamento político será de caráter abstrato, voltado para doutrinas universais, sufocado no idealismo das fórmulas. Esta minoria – outrora criadora, outrora responsável pelo destino de uma nação – anestesiada pelo seu êxito, incapaz de se renovar, perde o compasso e o ajuste com novas forças sociais.¹⁴⁹

Destaque-se que não é pretensão deste estudo analisar em profundidade o contexto assinalado, mas verificá-lo de modo a permitir extrair das bases de sua formação o que se entende como principais condicionantes da formação da massa subcidadã destacada na pesquisa.

¹⁴⁹ FAORO, Raimundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. rev. São Paulo: Globo, 2001. p.113.

São os ensinamentos de Darcy Ribeiro¹⁵⁰ que balizam este introito e, assim, uma rápida compreensão acerca da formação do povo brasileiro. Nos dizeres do referenciado teórico, “surgimos da confluência, do entrecchoque e do caldeamento do invasor português com índios silvícolas e campineiros e com negros africanos, uns e outros aliciados como escravos”.¹⁵¹

As palavras do autor, à primeira vista, aparentemente fortes, bem revelam a mescla de características raciais e de noções culturais distintas, cunhadas na formação do povo brasileiro, na formação do novo-velho povo brasileiro.

Novo porque surgido como nova etnia nacional, diferenciada culturalmente, mesmo que, em principio, não totalmente, de seus matizes formadores; novo porque baliza uma estrutura societária diferenciada, especialmente no que respeita à questão econômica assentada em um revisitado escravismo e em uma forma específica de servidão, tomada aqui sua relação com o mercado mundial; novo, ainda, pela alegria e pela vontade de felicidade que se perfazem como características de um povo marcado por disparidades sócio-econômicas que, a muitos, negativamente afetam.

Velho, contudo, porque se inaugura como um provedor da colônia, que não existe por si só, mas para gerar lucros aos que dominavam o mercado mundial. Assim é que a sociedade e, bem assim, a cultura brasileiras surgem entre traços novos e velhos, marcadas por características singulares, todavia ainda amarradas, em gênese, à matriz portuguesa.

Novamente remontando às asserções de Darcy Ribeiro¹⁵², é possível verificar que, além do encadeamento de uma “história nacional”, também a organização estrutural do país foi-se edificando desde os marcos do período colonial. Cidades e vilas contrastavam-se em um cenário que conformava novas e velhas posturas, todas, contudo, gestadas em marcas do processo civilizatório europeu de traço ocidental.

¹⁵⁰ Nesse sentido, ver RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil. 2ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, em específico, pp. 19-26. e 193-227.

¹⁵¹ RIBEIRO, Darcy, op. cit. p. 19

¹⁵² RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil. 2ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, pp. 193-227.

A população brasileira, entre as décadas de 20 e 60 do ano de 1900 praticamente decuplicou, acompanhando o crescimento da cidade e do campo - este solidificando-se consoante a ótica latifundiária agrário-mercantil - e, assim, a expansão dos processos urbanizatório e industrial.

No final desse século, o que se verificava era a continuidade do aumento populacional, contudo margeado por uma urbanização caótica, sensivelmente despertada pelo êxodo rural. A esse fato, acresça-se a exportação de europeus para o Brasil em algumas décadas anteriores. Nesse cenário, era factível a redução das oportunidades de trabalho, assim como o déficit prestacional de serviços urbanos.

Nesse contexto, solidificou-se uma massa “sem lugar” no sistema produtivo do país, que, sem poder ser exportada, como o fez a Europa, necessitava ser redistribuída no país. Nessa contextura, realidades como desemprego generalizado, deficitária ou inexistente prestação de serviços públicos e destacável violência urbana carregaram ao cenário nacional uma experiência caótica.

Uma das consequências diretas desse infeliz cenário urbano fora o desencademaneto do processo de favelização. Situando residências em morros ou nas periferias de cidades aonde essa geografia era ausente, essa massa buscava assentar moradia e sobrevivência, imersa, contudo, em recorrentes ações governamentais tendentes ao desassentamento.

Esse cenário bem revela as nuances da estratificação social erigida no país. Desde o período colonial, alguns poucos detém o poder econômico, político, dominam as tradições culturais, ao passo que uma grande massa (sobre)vive conforme as regras que mantém atuante essa esquematização.

Fazendo-se alusão a dois institutos de direito civil, propriedade e usufruto, é possível referendar que esses poucos senhores da elite, ao revés de, como o deveria ser para toda população, apenas usufruírem da riqueza nacional, terem uso e gozo desta, dela se apropriam como verdadeiros e únicos titulares, sonogando aos (tantos) demais uma participação, uma fruição regular e justa dessa mesma riqueza.

Referida estratificação social, representada como um funil invertido, assenta-se em bases racionais resultantes de “sua montagem como negócio que a uns privilegia e enobrece,

fazendo-os donos da vida, e aos demais, subjuga e degrada, como objeto de enriquecimento alheio”.¹⁵³

Nesse viés, ressalta-se o abismo então existente entre as classes que formam o ápice e as bases da sociedade brasileira, destacando-se que

as classes ricas e pobres se separam umas das outras por distâncias sociais e culturais quase tão grandes quanto as que medeiam entre povos distintos. Ao vigor físico, à longevidade, à beleza dos poucos situados no ápice – como expressão do usufruto da riqueza social – se contrapõe a fraqueza, a enfermidade, o envelhecimento precoce, a feiura da imensa maioria – expressão da penúria em que vivem. Ao traço refinado, á inteligência – enquanto reflexo da instrução – aos costumes patricios dos cosmopolitas dominadores, corresponde o traço rude, o saber vulgar, a ignorância, os hábitos arcaicos dos dominados.¹⁵⁴

De certo, algumas das características físicas e intelectuais apontadas à massa pelo autor em sua asserção encontraram certa e singela modificação, para melhor, com o fluir dos anos. Todavia, remanesce aos tempos atuais a essência da diferenciação traçada, a qual assenta entre um abismo alguns poucos que tudo possuem e os muitos com que pouco sobrevivem.

Partindo-se, especificamente, para a análise da formação da cultura jurídica no Brasil, buscase no colonialismo o seu marco norteador. Nesse diapasão, antes de se pontuar, especificamente, o *modus operandi* do Direito vigente à época, salutar serem traçados, ainda que minimamente, pontos da história colonial, haja vista que ambas temáticas encontram-se intimamente entrelaçadas.

Tendo como foco o modo de produção e a formação da sociedade na época colonialista, é possível a visualização de que o Brasil tornou-se o “braço” agrário-produtivo de Portugal, gerando produtos tropicais que eram adquiridos e comercializados, exclusivamente, pela Metrópole no cenário europeu. Por essa “visão/lente” de cunho eminentemente “monárquico”, o Brasil-Colônia existia para Portugal e em função dele (típica relação rei-súdito/servo).

Assim, o Brasil tornou-se um latifúndio extrativo, edificando-se como sociedade agrária, existindo em função da (e para a) “Grande Metrópole” portuguesa. Esses pontos marcantes

¹⁵³ RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil, pp. 212-213

¹⁵⁴ RIBEIRO, Darcy. op. cit., pp. 210-211

de exploração econômica e social, como se verá mais adiante, irão influenciar, de sobremaneira, as organizações política e judiciária do país.

No que é pertinente à organização política da colônia, “patrimonialismo” e “burocracia” acabaram por convolar-se em palavras-chaves desse cenário. Além de transportar a realeza para o Brasil, Portugal para cá também transpõe todas as práticas organizacionais engendradas em seu Estado, amplamente impregnadas de aristocracia, de extrema valorização patrimonial e de burocracia.

Recorre-se, novamente, aos dizeres de Faoro para bem ilustrar essa realidade que marcou o período colonial do Brasil:

A colonização é negocio seu, dentro do quadro marítimo e universal, sob o controle financeiro da Coroa, com os ramos, que lhe sugavam o tutano, espalhados por toda a Europa. Sobre as capitanias, avultava o protetorado do Soberano, pronto, ao menor sinal de desvio, a anular, com uma penada, o contrato escrito e a palavra empenhada. Muitos anos correrão antes que os potentados rurais ganhem substancia e consciência para romper as correntes, lance sempre adiado, veleidade de alguns séculos, veleidade cortada pela manutenção, na Independência, da velha Coroa, americanizada, mas não nacionalizada. Tudo volta às origens dentro de uma estrutura secular: os navios que trouxeram os donatários e os colonos não trouxeram um povo que transmigra, mas funcionários que comandam e guerreiam, obreiros de uma empresa comercial, cuja cabeça ficou nas praias de Lisboa.¹⁵⁵

Destacam os autores que analisam esse período da história (autores analisados neste estudo) que o poder, no Brasil, surgiu sem identidade e totalmente dissociado da sociedade como um todo. Nesse contexto, destaca-se que a metrópole lusitana, encontrando-se alheia a manifestação e à vontade da população nativa, instaurou extensões de seu poder real na colônia, implantando um espaço institucional que evoluiu para a montagem de uma burocracia patrimonial legitimada pelos donatários, senhores de escravos e proprietários de terras.

Interessante, nesse tracejo histórico, que seja aberto um parêntese para destacar o modo como essa dominação senhorial, elitista, especialmente sobre os negros escravos ou, mais adiante, sobre os negros libertos, acabou por ocasionar, desde então, um rechaço dessa população a uma classe verdadeiramente marginalizada e excluída da real participação no processo de construção política do país.

¹⁵⁵ FAORO, Raimundo. Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro. pp 142-143

Entre a transição Monarquia/República, manifesta e factível era a hostilização praticada em desfavor da camada mais pobre da população, predominantemente de raça africana. Destaca Chalhoub, por exemplo, que capoeiristas e bicheiros (práticas culturais) eram perseguidos, assim como destruídos os cortiços em que a massa pobre (e quase maciçamente negra) conseguia fixar sua moradia.¹⁵⁶

Segundo as lentes dominantes, essa “massa negra” ou deveria ser maciçamente doutrinada conforme os ditames da “elite branca” ou deveria ser afastada do centro de poder, como escória ou, ainda, como ato de prevenção a possíveis insubmissões indesejáveis ao governo.

A população negra (negros libertos) era percebida como largamente despreparada para a vida em sociedade, necessitando, antes, ser “educada para o bem”. Entre a classe política da época reinava, pois, o ideário de que a escravidão havia legado aos tempos futuros uma nação de “libertos inconscientes” que deveriam, a partir de então, ser integrados à sociedade como trabalhadores livres.

Se a alternativa da doutrinação para a vida em sociedade não era alcançada, restava somente afastar, alijar do espaço social aquilo que atrapalha, que enfeia, que amedronta, que polemiza, que periclita a manutenção da ordem instituída.

Foi imbuído nesse contexto, por exemplo, que nos idos de 1857, funcionários ligados ao Ministério da Justiça viram-se diante do seguinte impasse: O que fazer com a quantidade de escravos libertos que ainda se encontravam depositados na casa de Correção? Chamado a opinar, o administrador do aludido estabelecimento correicional “descobre”, então, uma solução “altamente conveniente”: remover os sujeitos (ou objetos) do problema para o Espírito Santo.

Enviar os africanos para longe da cidade, do centro de poder, de decisão e de formações política e cultural seria uma forma de castigá-los por seus maus comportamentos e, mais (talvez, principalmente), seria uma forma de manter fora dos muros que cercam a *polis* aquilo que se tem por indesejado.

¹⁵⁶ Nesse sentido, ver CHALHOUB Sidney. Medo branco de almas negras: escravos, libertos e republicanos na cidade do rio. Revista Brasileira de História, v. 8, n 16; mar/ago 88; São Paulo, pp. 83/105.

A escravidão, inclusive, ressalta José Murilo de Carvalho, contribuiu negativamente para a formação da cidadania brasileira¹⁵⁷ conformando, assim, a constituição de uma massa que, anos após anos, fez-se alijada dos centros urbanos, dos centros de decisão, de poder, de cultura, de economia, de educação.

A estrutura social havida em épocas de escravidão e de grandes senhores de terra bem sedimenta a asserção acima destacada. Os escravos não aspiravam quaisquer direitos, sejam civis, sejam sociais, sequer eram considerados sujeitos, mormente sujeitos de direito; como coisa/propriedade que eram, sujeitavam-se aos “mandos e desmandos” do senhor sem qualquer previsão que relativizasse esse subjugo.

Entre senhores e escravos existia uma parcela da população considerada livre, mas que, igualmente, não experienciou verdadeiramente os frutos da cidadania. A eles eram relegadas quase todas as condições para que fruissem os direitos a eles relacionados. Acabavam por permanecerem subjugados também aos senhores, não na qualidade de cativos, como os escravos, mas como dependentes de segurança, de trabalho, e de moradia.

Os próprios senhores, apesar de livres e de a eles ser, mais expressivamente, garantida a efetivação de direitos, não podem ser considerados verdadeiros cidadãos, posto que aos mesmos faltava a noção de igualdade. Nos limites de suas terras, exerciam o seu poder, conforme suas próprias regras. “O poder do governo terminava na porteira das grandes fazendas (...) não existia de verdade um poder que pudesse ser chamado de público, isto é, que pudesse ser a garantia da igualdade de todos perante a lei”¹⁵⁸

Contudo, frise-se que nem toda tentativa de expurgo fora exitosa. Vários negros libertos conseguiram permanecer na cidade (Rio de Janeiro) e, em seus entrelaços, “fundaram” uma cidade própria. Ela, “possuidora de suas próprias racionalidades e movimentos, que solapou a instituição da escravidão, sem nunca confluir para qualquer projeto ou delírio disciplinador. Foi contra essa cidade, negra, arredia, alternativa que a Republica se voltou ...”¹⁵⁹

¹⁵⁷ Nesse sentido, ver CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho. pp 19-25.

¹⁵⁸ CARVALHO, José Murilo. Cidadania no Brasil: o longo caminho. pp 21-22

¹⁵⁹ CHALHOUB Sidney; Medo branco de almas negras: escravos, libertos e republicanos na cidade do rio, p. 87

Essa “cidade própria”, aos poucos, tornou-se sinônimo de “cidade de suspeitos”, em que a desconfiança passou a determinar os “olhares de fora” para quem os negros eram sempre suspeitos.

Exemplo desse etiquetamento pode ser visualizado nas dicções do Código de Posturas da cidade do Rio de Janeiro de 1830 e de 1838. Estas codificações, como relata Chalhoub previam, respectivamente, à guisa de exemplo: i) a proibição de que donos de casas de negócios consentissem na presença, em suas portas, de pessoas cativas, por mais tempo que o necessário para a realização das compras e ii) recomendação aos donos de tavernas para impedirem o “ajuntamento de mais de quatro escravos” em seus estabelecimentos.¹⁶⁰

Ingênua seria esta passagem se nela não fosse avistado, também, o olhar que o “asfalto” hoje deposita sobre as favelas ou comunidades de periferia. O que predomina nesse cenário, ainda que passados quase dois séculos, é a desconfiança fundada, simplesmente, na cor da pele e no local de moradia.

Quase que como uma certeza cartesiana, assim como outrora, hoje persiste no ideário social a seguinte “equação”: negro + pobre (favelado/suburbano) = criminoso. Esse “extrato” nada mais representa do que a conseqüência da exclusão e do alijamento político e cultural que sofreu a população negra, no Brasil, ainda que tida como “liberta”

Volvendo novamente os olhares sobre o decurso histórico aqui proposto, tem-se que, em razão da forte exploração comercial e social, bem como da automática transposição da estrutura política da Metrópole para a Colônia, sem preocupação com qualquer prévia moldagem à realidade nela verificada, fatalmente, a produção jurídica não poderia seguir por outros caminhos que não aqueles “pavimentados” por Portugal.

Nesse contexto, a normatização, à época, não fora produzida no Brasil, mas sim importada dos matizes europeus, especialmente portugueses¹, assim como toda a estrutura e organização do Judiciário que aqui se forma reproduzem cópias autênticas daquelas praticadas em terras lusitanas.

¹⁶⁰ CHALHOUB Sidney; op. cit., p. 91

Seja aqui aberto outro parêntese para destacar que a magistratura, juntamente com a institucionalização de cursos superiores em Direito, como adiante se verá, constituíram importantes fatores para a consolidação da ideologia da coroa portuguesa.

Os magistrados, inclusive, eram os que melhor “desempenhavam esse papel”, haja vista que apresentavam coesa convergência de elementos intelectuais, ideológicos e práticos favoráveis ao estatismo lusitano. Possuíam eles a experiência da aplicação da lei e a carreira que exerciam lhes fornecia elementos adicionais de treinamento para o exercício do poder público.

A consolidação desse ordenamento formalista e dogmático estabeleceu-se calcada, primeiramente, em fontes jusnaturalistas e, posteriormente, numa exegese positivista, todavia, repise-se, sempre obstinada à expansão do absolutismo do reinado português.

A história registra, contudo, um pequeno foco de “juridicidade nativa”, balizada em práticas indígenas e quilombolas, informais e, de certo, não oficiais, as quais, contudo, não foram suficientemente consideradas na criação e aplicação do contingente normativo da época.

Destaque-se que, até mesmo os magistrados e aqueles que irão manejar a engrenagem burocrática à época implantada, inicialmente e por consideráveis décadas, são exclusivamente de origem portuguesa. Um fato que chega a ser lúdico, de conteúdo relativamente simples e quase não captado pelos “holofotes historiográficos”, narrado por Wolkmer em História do Direito no Brasil, bem retrata esse incontestado subjugo do Direito no Brasil (e, assim, da cultura jurídica que já se formava) aos incontáveis desígnos de Portugal.

Trata-se de um fato relacionado à criação do primeiro Tribunal de Relação no país, em 1587, espécie de “segunda instância” do Judiciário, a quem cabia o julgamento de recursos e de embargos manejados contra as decisões dos juízes singulares, primeira instânciaⁱⁱ. Todavia, aludido Tribunal sequer iniciou seu funcionamento, haja vista que o navio que traria os dez ministros nomeados pela coroa portuguesa para atuarem no referido órgão não conseguira zarpar de Portugal.

O distanciamento da magistratura instituída no Brasil com a realidade local chega ao cume de ser, inclusive, “normatizado”, haja vista que o exercício da judicatura era regido por

normas que objetivavam coibir os magistrados de um maior envolvimento com a população local, mantendo-os equidistantes e leais a Portugal.

No entanto, torna-se salutar o destaque de que, no Brasil, o norte burocrático e racional do Judiciário, engendrado por Portugal, acabou por entrelaçar-se com critérios afetos a parentesco, apadrinhamento e suborno.

Desse contexto, é possível então concluir que essa mesclagem entre burocracia e relações pessoais acaba por marcar fundamentalmente o desenvolvimento de nossa cultura jurídica institucional, que, desde os idos coloniais até os dias atuais, demonstra incontestáveis traços de apadrinhamento, suborno e de aplicação do “sabe com quem está falando?”¹⁶¹ sendo, portanto, em função desses “critérios”, acessível a uma pequena parcela privilegiada da população.

Seguindo um pouco mais na historicidade jurídica brasileira, verificamos que, tanto no Império, quanto na República, a substância das já traçadas práticas colonialistas permaneceu incólume, tendo sido modificados, quiçá, tão somente seus atores.

Dissecando um pouco essa assertiva, será aqui aberto um parêntese para analisar a contribuição ofertada à cultura jurídica nacional por meio da criação dos cursos de Direito no país, bem como pela “confeção” de um considerável arcabouço jurídico-normativo. Aludidos fatores são visualizados com o advento da independência do país, momento em que o liberalismo torna-se a figura-chave na busca de progresso e modernização.

A educação superior, privilégio quase privativo das elites, tornou-se, fundamentalmente, um considerável elemento de unificação e de manutenção da ideologia da coroa portuguesa em nossas terras. O sistema educacional constituído no Brasil, como um todo, desde a época colonial, tem por matizes bases alienígenas e o prestígio às elites.

Aludido sistema, ordenado maciçamente pela Campanha dos padres Jesuítas, impôs-se completamente alheio à realidade vivida no período colonial, possibilitando, assim, que

¹⁶¹ ... o “sabe com quem está falando?” seria como o racismo e o autoritarismo: algo que acontece entre nós por acaso, sendo dependente apenas de um “sistema” implantado pelos grupos que detêm o poder. Roberto Damatta, in Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6 ed. Rio de Janeiro. Rocco: 1997, p. 185

culturas nativas fossem mitigadas e, mesmo, esmagadas, substituídas pela cultura alienada do sistema educacional então vigente.

Válidos, aqui, os destaques realizados por Teixeira e Almeida¹⁶² em artigo que analisa a educação brasileira existente no período colonial:

É lícito destacar que a alienação, sem dúvida, caracterizava o ensino jesuítico. A sua tendência internacionalista, inspirada por uma ideologia religiosa católica, manteve-se, todo tempo, alheia às fronteiras políticas (Sodré, 1994). Conservado à margem, servia simplesmente à ilustração de alguns espíritos ociosos (Romanelli, 1997).

Além da alienação, também a falta de criticismo e de fomentação da pesquisa destacam-se como marcas do início do sistema educacional no Brasil. A formação do pensamento crítico, o desenvolvimento da ciência não interessavam nem ao Estado, nem à igreja.

Assim, percebe-se que a educação brasileira teve sua gênese não em uma estrutura formadora, mas, sim, em um ambiente de verdadeira catequização, que proporcionou que fossem forjados e, cada vez mais, afirmados a submissão e o domínio político. Os interesses do sistema, em verdade, convergiam para um único ponto: a manutenção da ordem. Nessa contextura, o processo de ensino jesuíta mostrava-se totalmente voltado às elites.

Constatando essa predominância elitista, destacam Almeida e Teixeira:¹⁶³

(...) Os padres acabaram ministrando, em principio, educação elementar para a população índia (sic) e branca em geral (salvo as mulheres), educação média para os homens da classe dominante, parte da qual continuou nos colégios preparando-se para o ingresso na classe sacerdotal, e educação superior religiosa só pra esta última.

O povo, as camadas não pertencentes aos estratos dominantes foram completamente alijados do processo educacional (e, assim, da formação política e cultural), sendo as elites o público alvo desse sistema jesuítico, haja vista que a formação tornara-se um importante meio de ascensão social.

A mais, além de auxiliar na perpetuação de uma classe dominante, o processo de ensino vigente à época “alimentava uma cultura intelectual transplantada, alienada e alienante.”¹⁶⁴

¹⁶² ALEMIDA Jerusa da Silva Gonçalves e TEXEIRA Gilson Ruy Monteiro; A educação no período colonial: o sentido da educação na dominação das almas. Trilhas, v.1, n.2, 2000, Belém, pp 38/47, p. 38

¹⁶³ ALMEIDA e TEIXEIRA, A educação no período colonial: o sentido da educação na dominação das almas, p.42.

A política de educação transferiu-se, rapidamente, da catequese indígena para a formação intelectual das elites, “tornando-se instrumento eficaz na construção das estruturas de poder da colônia. Casaram-se, assim, portanto, a grande propriedade, o mandonismo e a cultura transplantada, expandida pela ação pedagógica dos jesuítas.”¹⁶⁵

Mesmo com a saída/expulsão destes do território brasileiro, a educação permaneceu como “instrumento de submissão” das classes dirigentes, chegando aos tempos da independência colonial destituída de qualquer organização escolar.

Volvendo, novamente, o olhar sobre o ensino superior no país, constata-se que o mesmo forja-se em verdadeira homogeneidade, que advém como fruto, inclusive, da própria estrutura desse patamar de ensino, cujas fontes emanaram, primeiro, exclusivamente, de uma universidade portuguesa, a Universidade de Coimbra e, após, de apenas dois outros cursos jurídicos criados no Brasil, um em São Paulo e o outro em Recife.

Por vários anos não se permitiu criação de universidades em outras províncias, justamente para que fosse mantida a coesão e homogeneidade do conhecimento, altamente conservador e reprodutor da ideologia do reino português.

Parafraseando Paulo Freire¹⁶⁶, durante décadas, nosso ensino superior, com destaque para o ensino jurídico, externou verdadeira “educação bancária” (se é que ainda hoje assim não o faz), em que, seja por meio do ensino coimbrão, seja nos idos dos cursos de São Paulo e de Recife, apenas se depositavam conhecimentos pragmáticos que interessavam à manutenção da hegemonia de Portugal e, após, era “retirado um extrato” por meio do qual se observava a mera repetição de conceitos alienígenas, sensivelmente apartados da realidade local.

¹⁶⁴ ALMEIDA e TEIXEIRA, op. cit. p. 42

¹⁶⁵ Idem. p. 44

¹⁶⁶ Em lugar de comunicar-se, o educador faz “comunicados” e depósitos que os educandos, meras incidências, recebem pacientemente, memorizam e repetem. Eis aí a concepção “bancária” da educação, em que a única margem de ação que se oferecem aos educandos é a de receberem os depósitos, guardá-los e arquivá-los. In *Pedagogia do oprimido* 17ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 107 (formatação digital da obra, acesso por http://www.mda.gov.br/portal/saf/arquivos/view/ater/livros/Pedagogia_do_Oprimido.pdf, em 29/09/2011)

A cultura jurídica do Império produziu, assim, um tipo próprio de intelectual, politicamente disciplinado pela ideologia estatal e formatado para concretizar e controlar o aparato da burocracia administrativa.¹⁶⁷

Sem maiores preocupações com o conteúdo, buscava-se a conclusão do curso, o diploma de bacharel. Com isso, também se dava a obtenção de uma verdadeira “carta de recomendação” para o exercício de um emprego público e, assim, da manutenção da hegemonia governante.

Tamanha era a busca pelo bacharelado em Direito que se denota dos escritos de Sergio Buarque de Holanda que, no século XVII, mais de cem estudantes colavam grau anualmente na Universidade de Coimbra, com a finalidade de obterem empregos públicos, sem nunca haverem estado em Coimbra.¹⁶⁸

Foi apenas com o fluir de anos, que aos cursos jurídicos institucionalizados no país foi possível desenvolver conhecimento e, assim, cultura jurídica um pouco mais amoldados às realidades do espaço nacional, todavia, continuando a atender os interesses e as necessidades do governo que aqui se formava e, assim como outrora, alijando as necessidades e realidades da massa populacional pobre e sem expressão.

A formação do arcabouço jurídico nacional foi, aos poucos, dissociando-se da literalidade do direito alienígena, como se pode observar, por exemplo, por meio da edição do Código Criminal do Império de 1830, que representou um avanço quando comparado aos processos cruéis preconizados pelas Ordenações Filipinas, de origem portuguesa, vigentes por décadas no país.

Todavia, a positivação de normas mais afetas à realidade nacional em muito pouco alterou a realidade de alijamento político e social de uma grande massa, como é possível observar, por exemplo, no texto da Constituição de 1824, consagrada como assumidora de um teor liberal-conservador, expurgando traços mais radicais e democráticos e projetando preceitos legais que se transformavam em simples ilusões discursivas.

¹⁶⁷ ADORNO, Sérgio. Os aprendizes do poder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 91

¹⁶⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil, 26ed. São Paulo. Companhia das Letras: 1995, 220p. p. 157.

Aludido contexto normativo assegurava liberdades, previa direitos, todavia, ao mesmo tempo, mitigava-os ou anulava-os, ao passo que se constituíam como passíveis de serem suspensos. De igual modo, a igualdade suscitada (formalmente) no texto constitucional, acabava por ser remetida à existência material de desigualdades entre os indivíduos.

Como foi possível observar, a formação da cultura jurídica no Brasil “nasce” e, por décadas, consolida-se por bases jurídicas alienígenas, advindas da coroa portuguesa, fazendo com que o direito pátrio não fosse pensado, mas, tão somente, importado e reproduzido, sem qualquer preocupação com sua adequação às realidades e necessidades da população local.

Desse modo, ao menos no processo de colonização, não é possível referendar-se, sem receio de equívocos, a existência de uma cultura jurídica do Brasil, enquanto produção real, originária. Ao revés, verifica-se, tão somente, a existência de uma cultura jurídica no Brasil, importada de matizes lusitanos e que, destacadamente, contribuiu para a criação, inclusive nos presentes dias, de textos normativos que, apesar de “nacionais”, parecem reproduzir realidades e necessidades não locais, apartando de sua real destinação e efetivação vários dos “brasis” que compõem a nação.

Nesse contexto, são destacadas algumas palavras de Sergio Buarque¹⁶⁹, até como pano de fundo para uma reflexão da realidade presente:

A imagem de nosso país que vive como projeto e aspiração na consciência coletiva dos brasileiros não pôde, até hoje, desligar-se muito do espírito do Brasil imperial; a concepção de Estado figurada nesse ideal não somente é válida para a vida interna da nacionalidade, como ainda não nos é possível conceber em sentido muito diverso nossa projeção maior na vida internacional. Ostensivamente ou não, a idéia que de preferência formamos para o nosso prestígio no estrangeiro é a de um gigante cheio de bonomia superior para com todas as nações do mundo. (...)

Modelamos a norma de nossa conduta entre os povos pela que seguem ou parecem seguir os países mais cultos, e então nos envaidecemos da ótima companhia. Tudo isso são feições bem características do nosso aparelhamento político, que se emprenha em desarmar todas as expressões menos harmônicas de nossa sociedade, em negar toda a espontaneidade nacional.

A convergência dos fatos até então delineados volve a atenção para a conclusão disposta no início deste tópico, desvelando, assim, a formação de um “direito previsto”, mas, até os dias atuais, por vezes, sequer “visto” por grande parcela da população.

¹⁶⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de, Raízes do Brasil. p. 177.

Verifica-se, assim, a formação ou o surgimento de um grande contingente que não se vê materialmente representado e abarcado nas (e pelas) ações estatais (Estado, aqui, concebido no sentido lato de suas funções instituídas).

Aludida constatação faz-se bem expressa pelos assertos, até mesmo poetizados, de Faoro:

O poder- a soberania nominalmente popular – tem donos, que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre. (...) A cultura, que poderia ser brasileira, frustra-se no abraço sufocante da carapaça administrativa, trazida pelas caravelas de Tomé de Sousa, reiterada na travessia de D. João VI, ainda o regente de dona Maria I, a louca, dementada pelos espectros da Revolução Francesa. (...) O fermento contido, a rasgadura evitada gerou uma civilização marcada pela veleidade, a fada que presidiu ao nascimento de certo personagem de Machado de Assis, claridade opaca, luz coada por um vidro fosco, figura vaga e transparente, trajada de nevoas, tocada de reflexos, sem contorno, sombra que ambula entre as sombras, ser e não ser, ir e não ir a indefinição das formas e da vontade criadora. Cobrindo-a, sobre o esqueleto de ar, a túnica rígida do passado inexaurível, pesado e sufocante¹⁷⁰.

Nesse viés, essa grande massa acabou sendo “vitimizada” por um verdadeiro *apartheid* social, em que suas diversidades e sua pluralidade não são consideradas, em que não lhe são garantidas, sequer, as necessidades básicas de vivência.

Nem o direito instituído, nem as entidades estatais organizadas, dentre elas, destaque-se o Executivo e o Judiciário, são, no mais das vezes, verdadeiramente aptos (ou encontram-se politicamente ou economicamente interessados) para traçarem um diálogo eficaz com essa população no sentido de (re)conhecerem seu cotidiano, suas necessidades e, a partir desses matizes, buscar implementar direitos.

Nesse quadro de “despreocupação”, de “desinteresse pontual” das classes dominantes e do governo, essa massa pobre estabelece-se, espacialmente, por vezes, distanciada dos grandes centros produtores e circulantes das riquezas das cidades, ou, ao revés, aglutinada em um mesmo espaço geográfico que esses pólos, todavia separada pelos limites impostos pelos “enclaves fortificados” (Caldeira, 2000). Co-existem espacialmente, mas encontram-se amplamente separados se visualizados no plano social.

¹⁷⁰ FAORO, Raimundo. Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro. pp 837-838

Enfim, encontram-se à margem da “lista de prioridades” da sociedade dominante e do Estado, justamente, porque, como já constatado, foram aliados da formação da cultura jurídica e política deste país.

Em linhas gerais, analisando o tracejo realizado por alguns dos autores que, ainda que sucintamente, se debruçam sobre o tema¹⁷¹, percebe-se que falta a essa população tudo ou quase tudo.

Em um contexto de vários direitos, não possuem direito à moradia digna de habitação, por vezes, sequer à moradia, à prestação dos serviços públicos de caráter mais essencial como saúde, educação, cultura, abastecimento regular de água, esgotamento sanitário, pavimentação de ruas, transporte público, segurança, dentre outros.

Assim, a previsão de um extenso rol de direitos constitucionais fundamentais acaba por ser diuturnamente confrontada com a falta de vagas nas escolas públicas ou com as intermináveis filas para matrícula, quando essas vagas chegam a ser disponibilizadas. Ainda, com a falta de um mínimo atendimento pelos órgãos que integram o Sistema Único de Saúde ou com um salário mensal que mal cobre as despesas com moradia e alimentação, dentre outros fatores.

Destaca-se, neste contexto, pontuação firmada por Caldeira, analisando a população da região de periferia de São Paulo, no sentido de que esse contingente fora negligenciado, haja vista que não puderam contar com algum programa de financiamento para aquisição de moradia. Os poucos programas criados para a consecução desse fim acabaram por serem destinados/redirecionados à população ocupante da classe média,

A realidade constatada em São Paulo não se difere daquela visualizada na maioria das médias e grandes cidades do país, em que programas habitacionais populares ou não existem ou vêm a existir somente em épocas eleitorais, sendo “abandonados” após a realização do sufrágio, ou, até existem formalmente, mas não caminham ou caminham a apequenados passos.

¹⁷¹ Caldeira (2000), Boaventura (1988) e Zaluar (1994)

Por força do alijamento social, muitos desses moradores buscam unir-se em formação de associações comunitárias, com o fito de, ao menos no plano local, buscarem mitigar os males que lhes assolam.

Conforme destaca Zaluar (1994), criam times de futebol, grupos de capoeira, buscando, com isso, socializar os moradores, principalmente os jovens, assim como inculcar em seu cotidiano sentidos de valor e confiança próprios.

Outra grave consequência desse alijamento reflete-se no fato de que, por inúmeras vezes, a pobreza acaba sendo automática e incontestavelmente associada à criminalidade. Por morarem em favelas, por exemplo, muitos candidatos a empregos são, de pronto, dispensados da concorrência ou, ainda, por viverem nessas comunidades e serem de cor negra já são suficientemente considerados “suspeitos”.

Em suma, essas pessoas, simplesmente, por viverem em morros, favelas, bairros de classe baixa são estereotipados como marginais, como criminosos, são considerados bandidos antes mesmo de o serem.

Esse estigma cravado no modo de se ver essas pessoas pode ser analisado em paralelo com a teoria criminológica do *labeling approach* ou teoria do etiquetamento (etiquetagem). Nela, o *status* social define o desvio e o desviante. Nas palavras de Alessandro Barata:

Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinqüente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle da delinqüência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como “delinqüente”. Nesse sentido, o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob esse ponto de vista, tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.¹⁷²

Desse quadro ilustrativo e focando no objetivo ‘acesso efetivo à justiça’, é de se verificar que se a tantos não eram (são) efetivamente garantidas quicá condições de sustento mínimo, de

¹⁷² BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. Trad. SANTOS, Juarez Cirino dos. Rio de Janeiro. Revan – Instituto Carioca de Criminologia: 2002, 256p., p. 86.

educação primária, de trabalho, de moradia, não o seria, também, materialmente efetivada a garantia de acesso à justiça e, assim, por conseguinte, uma de suas balizas, a garantia de assistência judiciária aos necessitados, já preconizada desde a Constituição Federal de 1934.

Apesar de o texto constitucional prever a criação, pela União e pelos Estados, de órgãos específicos para a promoção da assistência judiciária aos necessitados, o que se verificava entre meados e final de 1900 era uma contínua margem de desassistidos, bem como uma parca organização estatal objetivando o revés desses fatos.

Destaca-se que referida promoção de assistência judiciária era ofertada em alguns Estados por órgãos atrelados à Secretaria de Justiça, em outros pela Procuradoria Geral do Estado ou mesmo pela Procuradoria Geral de Justiça, com possibilidade de atuação supletiva da OAB. Todavia, a assistência fornecida por esse micro-sistema institucional atuava de modo deficitário e/ou ineficiente. A oferta era inexpressiva frente a uma demanda que se avolumava.

Nessa contextura, destaca acertadamente Calmon de Passos como obstáculos de acesso, dessa massa, à justiça (aqui identificado estritamente como acesso ao Judiciário) os seguintes principais entraves: instrução deficiente, baixo índice de politização, estado de miserabilidade ou grave hipossuficiência econômica.¹⁷³

Todas essas marcas, bem como o tratamento dispensado pelo Estado e, também, pelas classes dominantes, faz com que essa população conceba o Estado, aqui destacando-se as figuras da Polícia e do Judiciário, de modo totalmente distinto, por que não dizer antagônico, daquele que essas instituições deveriam lhes representar, em virtude de suas funções institucionais.

Por vezes, o Estado é concebido como algo distanciada da realidade em que vivem, por outras, é concebido como “inimigo”, como “privilégio de ricos”, como legitimador de impunidades.

¹⁷³ PASSOS, J.J. CALMON. O problema do acesso à justiça no Brasil. p. 83

Constata-se, nesse cenário, o que Boaventura nomina de *procura suprimida*. Conforme o teórico, a referida expressão representa a busca daqueles cidadãos que possuem consciência de seus direitos, mas que se sentem impotentes para reivindicá-los diante de uma violação, seja em razão da “linguagem esotérica”, da “presença arrogante”, da “maneira cerimonial de vestir” das autoridades judiciárias, seja por seus “edifícios esmagadores” ou por suas respectivas “labirínticas secretarias”. E conclui:

A procura suprimida é uma área da sociologia das ausências, isto é, é uma ausência que é socialmente produzida, algo ativamente construído como não existente. A procura de direitos da grande maioria dos cidadãos das classes populares deste e de outros países é *procura suprimida*.¹⁷⁴

Aliada à concepção que essa massa populacional acaba por nutrir sobre os órgãos atrelados ao sistema jurídico institucionalizado, é de se pontuar também em desfavor do crédito daqueles, especialmente do Judiciário, a existência de características como alta especialização, burocracia e sistematização, as quais carregam como consequências a padronização, a impessoalidade de procedimentos, a lentidão, bem como a própria falta de eficácia e/ou de efetividade na aplicação da lei em determinados litígios¹⁷⁵.

Zaluar¹⁷⁶, por exemplo, quando analisa o cotidiano de moradores de um bairro pobre da cidade do Rio de Janeiro e suas concepções sobre polícia e judiciário, traz à luz constatações no sentido de que a polícia se convola em “fábrica de bandidos”, por força de sua atuação junto às classes populares ou, ainda, é vista como arbitrária tanto na efetivação de algumas prisões (“provas plantadas”), assim como na indicação do delito supostamente cometido.

No que respeita ao Judiciário¹⁷⁷, o mesmo é visualizado como uma instituição injusta, que legitima a impunidade, que somente penaliza alguns, que adere à corrupção e que permite a prática de diversos subterfúgios protelatórios de tramitação processual.

¹⁷⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça, pp. 37-38.

¹⁷⁵ SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação comunitária como meio de tratamento de conflitos. In *Pensar: Revista de Ciência Jurídica*. Vol. 14. n. 2. Julho-dezembro/2009. Fortaleza. Universidade de Fortaleza, 2009, p. 274

¹⁷⁶ ZALUAR, Alba, *Condomínio do diabo*. Rio de Janeiro. Revan e Editora UFRJ: 1994, 275p.

¹⁷⁷ Nesse contexto, ver ANEXO II. Pesquisa realizada em todos os Estados do Brasil, tendo sido entrevistadas 2.770 pessoas: Em uma variação de 0 a 10, o resultado da pesquisa apurou atribuição de nota 4,55 para o Poder Judiciário brasileiro.

Nesse contexto, salutar se faz a citação de duas conclusões a que chegou Zaluar ao analisar alguns dos depoimentos prestados acerca da concepção da instituição policial:

“a imagem da polícia como aquela que persegue os trabalhadores, que os humilha, que pede suas carteiras de trabalho por nenhuma razão, apenas por mera suspeita ou pouca desconfiança, que os espanca se tentam reagir com dignidade, enfim uma criatura e uma criadora de repressão. (...)”

A imagem da polícia como verdadeira agência onde se indica a compra de impunidade, que continua na trajetória judicial do processo penal. Isso fica por conta da idéia, bastante generalizada entre os favelados, de que a polícia tem ‘convivência’ com o crime organizado. (...) ¹⁷⁸

Essa imagem de “polícia não confiável” também vem demonstrada por meio do resultado de pesquisa de opinião realizada pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), tendo como “campo” o Brasil.

Da totalidade do quantitativo entrevistado, 68,38% não confiam plenamente nos serviços das polícias estaduais. O percentual reúne as respostas “não confia” e “confia pouco”. ¹⁷⁹

Há que se acrescentar nesse contexto a considerável quantidade de “mortes por resistência” engendradas pela polícia como fruto da “truculência e da violência policial baseada em preconceitos biológicos e morais e em discursos demonizantes e estigmatizantes que a sustentam” ¹⁸⁰

Nesse sentido, destaca Alexandre Miguel França:

Os números de “autos de resistência”, quando a técnica policial afirma que ocorre morte por resistência do opositor, que dão conta de 1260 mortes em 2007 e 1066 mortes até novembro de 2008 (...) ¹⁸¹

¹⁷⁸ ZALUAR, Alba, Condomínio do diabo. p. 94

¹⁷⁹ V. ANEXO I. Dimensionando alguns dados da pesquisa, apurou-se que, na região sudeste, em média, somente 3% da população dos respectivos Estados possui muita confiança em suas polícias. Na região centro-oeste, 75% dos moradores da região disse ter muito medo de serem assassinados. O maior nível de insegurança foi registrado no nordeste, onde 85,8% dos entrevistados afirmaram ter muito medo de serem mortos.

¹⁸⁰ FRANÇA, Alexandre Miguel. O medo como forma de controle: o caso dos “meninos impossíveis” de Passárgada, 2009, 15 p. p. 2, disponível em [http://www.ram2009.unsam.edu.ar/GT/GT%2037%20E2%80%93%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20y%20Antropolog%C3%ADa%20en%20las%20C3%81reas%20de%20Derechos%20Humanos.%20Seguridad%20P%C3%ABlica%20y%20Comun/GT37%20-%20Ponencia%20\(FRAN%C3%87A\).pdf](http://www.ram2009.unsam.edu.ar/GT/GT%2037%20E2%80%93%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20y%20Antropolog%C3%ADa%20en%20las%20C3%81reas%20de%20Derechos%20Humanos.%20Seguridad%20P%C3%ABlica%20y%20Comun/GT37%20-%20Ponencia%20(FRAN%C3%87A).pdf), acesso em 30/09/2011

¹⁸¹ FRANÇA, Alexandre Miguel, op. cit. p 2

Além dos adultos, também muitas das crianças que compõem essa massa subcidadã, mesmo com um pouco mais ou menos de uma década de vida, já visualizam a polícia de modo totalmente distinto daquele que consagra sua função institucional. É também Alexandre Miguel França que traz a bojo alguns relatos no sentido aqui traçado:

Também tem polícia que mata gente inocente eles acham que só porque alguns meninos pintam o cabelo de louro é porque é bandido não é assim que tem que ser o mundo.
 (...)
 Os policiais fazem operações e saem entrando na casa das outras pessoas.
 Eu acho que a polícia tinha que botar atrás das gradios bandido não eles matam pessoas inocentes.
 Na minha opinião eu acho que as polícias estão muito agressivas (...) ¹⁸²

Por meio de aludidas análises é possível observar que a visão que se tem daqueles órgãos e instituições que, por definição constitucional, possuem o *múnus* de proteger, efetivar direitos, resguardar garantias fundamentais, de agir com imparcialidade, transparência e probidade acaba por se convolar na percepção de que os mesmos, ao revés, despertam na massa da população estigmas de ineficiência, medo, impunidade, inacessibilidade e privilégios.

Essa assertiva somente vem referendar o fato de que um Direito que, desde o início de sua existência histórica é pensado, produzido e aplicado monopolicamente pelo Estado, apresentando-se maciçamente como fruto dos interesses e necessidades das classes dominantes, apartando de sua essência as diversidades sociais, étnicas e culturais, somente poderia contribuir para a criação desse abismo entre “direito previsto” e “direito visto”, bem como para a formação desse antagonismo no modo de as classes sociais mais baixas conceberem o Estado.

Conclui-se, assim, que, a partir do momento em que o Estado, com especial referência ao Judiciário, volver eficazmente seu olhar sobre as reais necessidades, diversidades e especificidades dessa população e, mais, vislumbrá-la não sobre o aspecto individual, mas coletivo, reconhecendo-a como sujeito dotado de juridicidade, é que se engendrarão caminhos para o estabelecimento de uma ordem efetivamente plural e, assim, poderão ser galgados os passos para o encurtamento do abismo existente entre “direito previsto” e “direito visto”.

¹⁸² Idem. p 13

Todos esses fatores têm acabado por contribuir para a inacessibilidade dessa população à justiça oficial, ao direito legislado, fazendo com que novos caminhos sejam buscados para a consecução da finalidade “solução de litígios”. E quais caminhos seriam esses? De que meios se valeria essa população para resolver suas querelas? Quem ou que órgãos, efetivamente, os socorreria quando da busca da tutela almejada/necessária? Estar-se-ia diante de um cenário de acesso à justiça, ainda que não seja ele moldado às bases da produção acadêmica e do direito oficial? Poder-se-ia, nesses casos específicos, propiciar acesso à justiça por meio de um direito inoficial? Estaria o pluralismo jurídico a justificar essas práticas?

Em suma, abre-se o questionamento que intitula a presente pesquisa: então, o que fazer “quando o direito (oficial) não sobe ao morro”?

CAPÍTULO V. O QUE FAZER QUANDO O DIREITO (OFICIAL) NÃO SOBE AO MORRO? Produção jurídica informal como meio de acesso efetivo à justiça

Para se buscar responder aos questionamentos acima lançados, necessária se faz, precipuamente, a seguinte delimitação: nem toda ação ou manifestação não-estatal é justa e ética e, assim, legitimada¹⁸³. Aludida delimitação faz-se necessária na medida em que nem toda ação existente no seio de uma comunidade marginalizada como meio de solução de contendas pode ser considerada válida à luz do que aqui se propõe como concepção de acesso à justiça.

Isso porque manifestações há, especialmente no seio do narcotráfico, para fins de solução de querelas, as quais, contudo, balizam-se em ações injustas, não éticas e não representativas das reais necessidades daquele grupo social. Em outros dizeres, há movimentos ou grupos sociais que não se identificam com as ações, interesses e necessidades do povo marginalizado e oprimido, os quais, por sua vez, possuem a legitimidade de suas ações

¹⁸³ “nem toda manifestação legal não-estatal e nem todo `direito` aí produzido pode ser justo, válido e ético, pois um corpo social intermediário ou grupo dirigente qualquer pode criar regras perversas, objetivando atender interesses contrários à comunidade, expressando diretamente intentos de minorias identificadas com o poder, a dominação, a ambição, a exploração e o egoísmo”. SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação comunitária como meio de tratamento de conflitos, p. 275.

questionada, haja vista que, no destaque de Spengler, “a ausência de eticidade e do valor ‘justo’ esvaziam a legitimidade desse direito”¹⁸⁴

Referidas manifestações não compõem os meios alternativos e não-estatais de que se vale essa população para buscar acesso à justiça, tal como concebido no contexto do estudo que ora se projeta. O que aqui se propõe como meio alternativo (ao direito oficial) de resolução de conflitos praticado por essas comunidades consiste na adoção de ações dotadas de justiça, convergentes com os anseios gerais da população e que visam à restauração ou a manutenção dos relacionamentos afetados com as controvérsias.

Para auxílio na consecução do propósito destacado em parágrafos anteriores, é a obra de Boaventura de Sousa Santos utilizada como marco teórico, obra essa, no caso, especialmente destacada pela publicação “O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica”,

Antes, porém, de serem analisados os principais traços empíricos carreados por referida obra, necessário se faz analisar alguns critérios ou elementos gerais alusivos às práticas informais de produção jurídica, os quais nortearão as análises e as conclusões alusivas ao foco deste trabalho.

Há, precipuamente, assim, que se analisar a existência (ou não) de legitimidade desses novos sujeitos coletivos, desses novos movimentos sociais para atuarem enquanto sujeitos de uma nova prática emancipatória e, mesmo, de uma nova produção jurídica (de base, local). Em seguida, há que se analisar acerca de suas ideologias, se as mesmas comportam uma congruência que as valide, já que muitos desses movimentos apresentam-se heterógenos, fragmentados e com reivindicações específicas.

Volvendo ao primeiro ponto de análise, e tendo em foco os elementos centrais que guarnecem o pluralismo jurídico, há que se analisar a legitimidade dos movimentos sociais atrelando-a à possibilidade de esses sujeitos atuarem de forma emancipatória, de forma libertadora, buscando uma releitura das práticas sociais, políticas e jurídicas a partir das bases, bem como buscando a satisfação de suas necessidades fundamentais, sejam essas

¹⁸⁴ SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação comunitária como meio de tratamento de conflitos. P. 275

carências materiais, sejam necessidades alusivas ao próprio reconhecimento e respeito às diversidades e singularidades étnicas, religiosas, culturais, dentre outras.

Os dizeres de Wolkmer a seguir transcritos bem sedimentam essa ponderação:

nada mais correto do que atribuir legitimidade àquelas novas identidades histórico-sociais capazes da ruptura e da construção de um outro paradigma do “social”, do “político” e do “jurídico”. Adquirem legitimidade os sujeitos sociais que, por sua ação libertadora, edificam uma nova cultura social de base, cujos direitos insurgentes são a expressão mais autêntica da satisfação das carências e das necessidades humanas fundamentais.

(..)

Com isso, excluem-se da legitimidade aqueles movimentos sociais não identificados com as ações civis e políticas justas, e com os interesses do povo excluído, oprimido e espoliado, bem como aqueles grupos associativos voluntários que não questionam a ordem injusta e a estrutura de dominação.¹⁸⁵

Analisados os critérios base para a verificação da legitimidade de referidos movimentos sociais, seja repisado que nem toda a produção jurídica não oficial engendrada por esses sujeitos pode ser afiançada com o *status* da validade.

Nesse contexto, normas, regras que não se coadunem com a vontade geral do grupo, que não se pautem em critérios de justiça e de eticidade, que se externem por condutas perversas e arbitrárias, que conformem ou mascarem formas de dominação, de coerção, ainda que eventualmente produzidas por esses sujeitos, não podem ser validadas e justificadas pelo pluralismo jurídico.

Assim, o alcance da legitimidade para esses sujeitos coletivos encampa práticas que externem os valores de justiça e ética consagrados por aquela comunidade, vista, nesse contexto, como um todo, como um organismo dinâmico e atuante. Esses critérios, por sua vez, não devem ser aferidos consoante o formalismo que impera sobre a verificação da legitimidade no âmbito do direito positivado (oficial), mas verificados conforme as práticas e valores sociais consensados por determinada comunidade.

O segundo elemento a ser verificado – ideologias comuns – reside no fato de que, apesar de geralmente heterogêneos em sua constituição, esses grupos sociais congregam a mesma inacessibilidade efetiva às garantias materiais e à juridicidade provenientes do Estado, bem como nutrem idêntica percepção ao que respeita às “matérias” Estado e justiça oficial.

¹⁸⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. p. 321

Assim, comungam de mesmas ideologias, de mesmos propósitos de luta e de emancipação, bem como da mesma necessidade de uma produção jurídica mais assentada em suas reais necessidades humanas fundamentais. Nessa contextura, “esta identidade de propósitos justifica a ação dos movimentos sociais heterogêneos na instituição de uma cultura político-jurídica insurgente que rompa com a cultura autoritária, centralizadora e tradicional”.¹⁸⁶

Após analisadas a legitimidade dos movimentos sociais e a validade de suas ações, justificada pela congruência de seus propósitos, necessário, ainda, o destaque de um terceiro elemento chave para a análise da validade de uma produção jurídica informal justificada no pluralismo jurídico¹⁸⁷. Trata-se do elemento sanção.

A sanção, como destacado quando da análise do monismo estatal, sedimentou-se como a força que concederia verdadeira eficácia às normas jurídicas. Esta, apresentada como “qualidade” inerente exclusivamente ao Estado, se ausente em uma norma, acabaria por provocar o esvaziamento de seu conteúdo coercitivo, propiciando, assim, o seu descumprimento, a sua ineficácia.

Em sede de pluralismo jurídico, essa concepção passa a não imperar. Em casos de produção jurídica informal, especialmente em comunidades faveladas, não há que se falar do atrelamento dessa normatividade a um conteúdo sancionatório, tal como idealizado e instituído pelo Estado. Ou seja, dificilmente se conseguirá – via Poder Judiciário – uma ordem de despejo por falta de pagamento de aluguel, por exemplo, para uma locação firmada por “proprietário” de um imóvel situado em local de favela, haja vista que este, apesar de haver construído a edificação, de ser, pela comunidade, reconhecido como titular do bem, reside, como tantos, em local que, sequer, se encontra escriturado no registro de imóveis competente.

Contudo, a inexistência de sanção cunhada sob os moldes estatais não retira dessa nova cultura jurídica a respectiva força de aceitação. Isso porque há que se pensar o comando

¹⁸⁶ WOLKMER, Antonio Carlos Wolkmer. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. pp. 322-323

¹⁸⁷ Nesse sentido, ver WOLKMER, Antonio Carlos, op cit. pp 325 a 335.

sancionador não mais em seu caráter puramente coercitivo e repressor, mas como reflexo de possibilidades para a prevenção, a compensação, para o prêmio e para a retórica.

Fomentam-se, portanto, a força e a eficácia normativas e a própria regulação social por meio de sanções naturais balizadas principalmente na retórica¹⁸⁸ de cunho persuasivo (sugestões, reprimendas, censuras, etc), muito utilizada no ambiente de vizinhança (como se verá mais adiante no ambiente de Pasárgada, analisado por Boaventura), nas medidas compensatórias como a determinação de prestação de serviços à própria comunidade ao qual está inserido ou mesmo, na suspensão ou perda do *status* social ocupado, podendo se chegar, mais drasticamente, à própria expulsão (definitiva ou temporária) daquela determinada comunidade.

Passa-se, então, a analisar as asserções até aqui dispostas em conjunção com alguns traços da cultura jurídica identificada por Boaventura de Sousa Santos em Pasárgada (obra “O discurso e o poder”), a fim de cotejar a tônica dos fatos então externados, com vistas à delimitação das respostas aos questionamentos-foco traçados neste estudo.

Na obra destacada é possível, pois, vislumbrar-se um eventual norte justificador dos questionamentos pesquisados no estudo projetado. Por meio dela, em suma, destaca Boaventura que as sociedades, vistas sob a lente da sociologia, encampam comunidades plurais no que respeita aos aspectos jurídico e judicial, sendo que, em seu seio, o sistema jurídico do Estado “nem sempre é, sequer, o mais importante na gestão normativa do cotidiano da grande maioria dos cidadãos”.¹⁸⁹

Ao se reconhecer esse sistema plural, apregoa-se também ser possível se emprestar ao direito uma nova roupagem, uma nova forma de se interpretá-lo e de se praticá-lo. Exemplo disso se vislumbra no fato de que o direito de concepção e prática hegemônicas, de caráter elitista e de meio de subjugação e de exclusão sociais acaba sendo submetido a profunda crítica.

¹⁸⁸ “A retórica como estratégia de regulação estrutura-se na produção de novas formulas cunhadas mediante persuasão e na difusão de sugestões preventivas aceitas voluntariamente pelas partes. Assim, o discursos retórico substitui as formas de sanção instrumentalizadas pela coerção física, funcionando como uma modalidade de imposição normativa expressada por mecanismos de indução ou pressão psicológica. Trata-se, portanto, da introdução de um modelo de regulação social que descaracteriza a sanção da ideia tradicional de um mecanismo de repressão, vinculando-a às praticas discursivas socializadas, centradas na cooperação dialógica entre subjetividades individuais e coletivas”. (WOLKMER, Antonio Carlos Wolkmer. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. pp. 328-329).

¹⁸⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa, Para uma revolução democrática da justiça, p. 114

A mais, a apregoada neutralidade da ciência e das praticas jurídicas é confrontada com uma visão politica do direito, que sustenta neste um singular meio de transformação social. Ainda, no plano normativo, o direito-dogma passa a ser revisitado à luz de novos e mais amplos conceitos de justiça social.¹⁹⁰

Esse novo modo de se pensar e de se praticar criticamente o direito contesta, pois, a exclusividade do direito estatal, patrocinando a defesa de diversidade de ordens jurídicas em um espaço comum, estas igualmente aptas e válidas à prática do direito.

Nesse referido contexto e, atrelando-o ao objeto desta pesquisa, especialmente com foco na obra “O discurso e o poder”, vê-se que, como consequência de uma parca ou inexistente assistência material do Estado, inclusive de sua função jurisdicional, ou de verdadeiro descrédito e desconfiança dessa instituição – Judiciário – logra aquela população buscar a justiça para seus conflitos, a solução para suas querelas no próprio seio da comunidade.

Nessa *praxis* convergem as ações para as associações de moradores, sendo revelada nesse ato a tônica de se recorrer a um comum, a alguém que conheça a realidade levada à discussão, a alguém que seja respeitado e inspire confiabilidade no meio.

Acerca desse ponto relata Boaventura que:

a intervenção da associação de moradores neste domínio visa constituir como que um *ersatz* da protecção jurídica oficial de que carecem. A associação de moradores transformou-se, assim, gradualmente, num *fórum* jurídico, à volta do qual se foi desenvolvendo uma prática e um discurso jurídicos – o direito de Pasárgada.¹⁹¹

Apesar de deveras mais informais que os procedimentos adotados nos tribunais, os procedimentos esculpidos pelas associações de moradores revelam organização, divisão de “competências”, oportunidade de contraditório e de ampla defesa, produção de uma decisão que recomponha o relacionamento afetado, dentre outros fatores, os quais nos levam a ponderar a existência de válida produção jurídica local, balizada em elementos do pluralismo jurídico, e, assim, de efetivo acesso daquela população à justiça que o caso específico requer.

¹⁹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa, op. cit. p. 113

¹⁹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. p. 14

As associações comunitárias apresentam-se, nesse contexto, como exemplos de novos sujeitos coletivos ou de novos movimentos sociais, tal como analisados no capítulo de número três. Nessa condição, externam-se como sujeitos que buscam a emancipação daqueles que congregam o seio comunitário, que atuam como representação da vontade geral e que lutam pela satisfação material das necessidades humanas fundamentais de tantos que foram alijados dos centros de produção e de distribuição de bens e riquezas.

Em termos de ambiente apto à produção jurídica informal, essas associações atuam, basicamente, segundo duas “competências”: ratificação de relações jurídicas e resolução de conflitos. No que respeita à primeira linha, válido se torna destacar a atuação preventiva da associação, na medida em que informa e esclarece sobre a natureza e conteúdo da relação jurídica firmada, dotando-a, assim, de uma fonte autônoma de segurança.¹⁹²

Acerca dessa atuação de cunho preventivo, interessante se torna a narração do procedimento tal como observado por Boaventura:

Quando dois ou mais moradores desejam celebrar um contrato (ou estabelecer entre si qualquer outra relação jurídica), podem vir avistar-se com o presidente da associação de moradores. Vêm normalmente acompanhados por familiares, vizinhos ou amigos, alguns dos quais servirão de testemunhas. As partes explicam os seus propósitos ao presidente e este. Depois de as ouvir, interroga-as até se considerar esclarecido sobre a natureza e legitimidade da relação jurídica, o seu objeto, a firmeza e autonomia da vontade das partes, e sobretudo a seriedade do compromisso para cumprir as obrigações reciprocamente assumidas. O teor do contrato é então elaborado presidente, por vezes com base num texto preparado pelas partes. Em certo tipo de contratos (por exemplo, contratos de arrendamento), é comum o recurso a fórmulas de rotinas semelhantes às usadas nos contratos do mesmo tipo celebrados perante o direito oficial. Depois de dactilografado, o documento é lido perante os presentes e assinado pelas partes (depois de manifestarem o seu acordo com o estabelecido) e por duas testemunhas. O documento é então carimbado com o carimbo da associação e arquivado, sendo distribuídas cópias às partes.¹⁹³

No que respeita à resolução de conflitos, um processo é desencadeado, seguindo, em suma e em regra, o seguinte procedimento – de certo modo, flexível:

a parte queixosa apresenta o caso na associação perante o presidente que, de seguida, a interrogará de modo a certificar-se da natureza e seriedade do conflito e da competência da associação para resolver, quer da competência em razão da matéria – o conflito diz respeito a direitos sobre terrenos ou habitações – quer da competência territorial – o terreno o a habitação, objeto do conflito, situa-se no interior de Pasárgada. O caso será aceite se o presidente, para além da fixação da jurisdição da associação, se certificar, pelas perguntas e

¹⁹² SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit. pp. 15-16

¹⁹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. pp. 15-16

pelo conhecimento directo que muitas vezes tem do caso, que a petição do queixoso tem um mínimo de razoabilidade e não tem propósitos desonestos. A outra parte é então convidada por escrito a vir à associação, numa data fixada, “para tratar de assunto de seu interesse”. Dependendo do conhecimento directo que tiver do caso, o presidente pode entretanto visitar o local onde se gerou o conflito. A comparência das partes na reunião para discussão e julgamento da causa é por vezes problemática e varias medidas podem ser tomadas para assegurá-la. As partes vêm, normalmente, acompanhadas por amigos, parentes ou vizinhos que podem ou não participar na discussão. A discussão, por vezes animada, é orientada pelo presidente que, no final, profere a decisão.¹⁹⁴

Observa-se do disposto que, apesar de singelo, frente à processualística civil, o procedimento instituído pela associação de moradores guarda pontos de similitude com os ritos procedimentais legislados pelo Estado, merecendo destaque a observância da boa-fé processual (“*de modo a certificar-se da natureza e seriedade do conflito ... que a petição do queixoso tem um mínimo de razoabilidade e não tem propósitos desonestos*”), delimitação de competências – material e territorial - (“*da competência da associação para resolver*”), bem como a observância do princípio da cooperação, relacionado, aqui, com fato que muito se assemelha à realização de inspeção judicial (“*o presidente pode entretanto visitar o local onde se gerou o conflito*”).

Acerca do procedimento, destaca-se constatação realizada por Boaventura quando da análise daquele e, especialmente, do que nominou “discurso jurídico em Pasárgada”.¹⁹⁵ Pontuando a forte influência da retórica sobre o direito ali “praticado / produzido”, o mencionado teórico salienta que as decisões então cunhadas não emergem da incidência unívoca de normas gerais sobre casos concretos, e, sim, afluem da aplicação gradativa, provisória e reversível de um *topoi*ⁱⁱⁱ, que vai se especificando à medida em que o mesmo se envolve, por meio da argumentação, com a factibilidade da situação sob análise.

Os *topoi* estruturantes do discurso jurídico em Pasárgada externam-se pelo equilíbrio, justiça, cooperação e pelo *topos* do bom vizinho. Busca-se, progressivamente e por aproximações, contruir-se uma decisão que seja aceita por todos, partes e vizinhos – comunidade.¹⁹⁶

¹⁹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. op cit. p. 16

¹⁹⁵ Em tópico nominado “O discurso jurídico em Pasárgada”, o autor analisa a forte influência da retórica na formação de todo o contexto, assim destacando a incidência daquela na decisão, no objeto do conflito, no processo, na linguagem, no silêncio e nas coisas. O presente estudo, no entanto, não realizará a análise dos mencionados pontos de observação, à exceção de um sucinto enfoque na decisão, com vistas a destacar seus limites de coerção.

¹⁹⁶ Nesse sentido, ver SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder. pp. 17-23

Referida decisão condensa-se, assim, em uma conclusão, assumindo, desse modo, no destaque de Boaventura, o formato de mediação. Busca-se que não haja “vencedores” vs. “vencidos” / “subjugados”, inclusive, pela própria natureza de cedência e de ganho recíproco do contexto em que se assenta o processo. É de se destacar, igualmente, a constatação da precária coercibilidade de que se cingem essas decisões, balizada sua exequibilidade quase que fundamentalmente apenas na cooperação de todos os envolvidos.

Acerca do direito produzido em Pasárgada, e, assim, do discurso jurídico em que o mesmo se assenta, tecem-se, portanto, algumas constatações que servem de norte para a presente análise. Dentre outros motivos, em função do distanciamento material entre a realidade dessas comunidades e o “direito do asfalto”, há escassa utilização das leis, do direito oficial e, em contrapartida, considerável utilização de *topoie* de instrumentos alusivos à retórica.

A produção jurídica ali experienciada assenta-se, basicamente, na mediação, havendo maximização do poder de persuasão do discurso e, assim, aumento no potencial de adesão à decisão. Não se verifica uma separação estanque entre os elementos da vida e aqueles externalizados no litígio (“verdade real” vs “verdade formal”), como ocorre no direito estatal.

O objeto da controvérsia não é, necessariamente, delimitado no início das tratativas e, nem mesmo, de forma irredutível, podendo ser construído no desenvolver do procedimento, inclusive porque, como já analisado, casos há em que a real motivação da controvérsia não é sempre externada pelas proposições das partes. Essa realidade, apesar de obstaculizada pela processualista oficial, é, de certo modo, salutar para a realidade vivenciada nesses casos, principalmente porque se refere a relações de trato continuativo, com são as comunitárias.

O pensamento jurídico calcado nessas atividades é autônomo no que respeita à dogmática jurídica. Evidencia-se por traços do que há de comum, cotidiano e, mesmo, vulgar no ambiente em que é vivenciado. A informalidade, portanto, norteia tanto o pensamento, a linguagem, quanto os ritos adotados. Há singela institucionalização, diferentemente do se verifica com o direito estatal.

A atuação jurídica em Pasárgada não se reveste de um caráter puramente impessoal, o que, inclusive, na conclusão de Boaventura, “colidiria com o princípio da interação social numa sociedade dominada por relações primárias de face a face”¹⁹⁷.

No entender deste estudo, essa característica não impessoal da atuação jurídica não impede a validação da produção ali experimentada. A certa pessoalidade, pelo que se constata, não representa a atuação para a vitória de uma parte em detrimento da derrota de outra. Representa, em verdade, a proximidade, o conhecimento com a realidade que é levada a debate; a pessoalidade se apresenta sobre vivências experienciadas e não sobre os sujeitos que as experimentam, em si, o que possibilita a essa atuação tornar-se mais eficaz e aceita no seio comunitário.

Por derradeiro, verifica-se que os meios coercitivos do “direito de Pasárgada” são extremamente simplórios e vulneráveis, frente a coerção empreendida pelo direito estatal. Busca-se a observância ao direito ali produzido por meio da cooperação das partes; quando essa é faltosa, recorre-se, então, aos poucos meios de força de que dispõem, quais sejam: as ameaças (externa-se como exemplo o recurso à autoridade policial, que, em concretude, é pouco utilizado, em função do próprio distanciamento dessa população com a polícia e, mesmo, como forma de não se deslegitimar a própria atuação precedente da associação na resolução do conflito).

Contudo, mesmo diante da realidade constatada em Pasárgada, como verificado em capítulo anterior, tem-se que a tônica emprestada à sanção pelo pluralismo jurídico revela-a não mais, necessariamente, como marco de coerção, mas como elemento preventivo. Há que se pensar o comando sancionador não mais em seu caráter puramente repressor, mas como reflexo de possibilidades para a prevenção, a compensação, para o prêmio e para a retórica.

Nessa contextura, são, portanto, fomentadas a força e a eficácia normativas e a própria regulação social por meio de sanções naturais balizadas principalmente na retórica¹⁹⁸ de

¹⁹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. p. 53.

¹⁹⁸ “A retórica como estratégia de regulação estrutura-se na produção de novas formulas cunhadas mediante persuasão e na difusão de sugestões preventivas aceitas voluntariamente pelas partes. Assim, o discurso retórico substitui as formas de sanção instrumentalizadas pela coerção física, funcionando como uma modalidade de imposição normativa expressada por mecanismos de indução ou pressão psicológica. Trata-se, portanto, da introdução de um modelo de regulação social que descaracteriza a sanção da ideia tradicional de um mecanismo de repressão, vinculando-a às praticas discursivas socializadas, centradas na cooperação dialógica entre

cunho persuasivo (sugestões, reprimendas, censuras, etc), as quais podem ser validamente empregadas nessas comunidades, externando-se, por exemplo, por medidas compensatórias como a determinação de prestação de serviços à própria comunidade ao qual está inserido ou mesmo, na suspensão ou perda do *status* social ocupado, podendo se chegar, mais drasticamente, à própria expulsão (definitiva ou temporária) daquela determinada comunidade.

Por derradeiro, há que se trazer a bojo o fato, devidamente assinalado por Boaventura, de que muitos dos conflitos por ele analisados emergem de situações cujo “direito material” em questão, assim digamos, não encontra respaldo no direito oficial. Isso porque, à guisa de exemplo, tratam-se de questões afetas à propriedade de imóveis (elaboração de termo de contrato de compra e venda de imóveis, como visto), sem que, oficialmente, exista circundando aquelas partes, propriedade de referido imóvel, nos moldes estatuídos pela legislação oficial.

No entanto, mesmo irregulares ou, até mesmo, nulas frente ao direito oficial, destaca-se que referidas manifestações, dentro da comunidade, são válidas e produzem plenos efeitos, são legais e, sob esse manto – o da legalidade – são vividas por seus membros.¹⁹⁹

Há, portanto, a verificação de existência de uma “sub cultura” jurídica nessas comunidades, que se procura validar por meio das bases do pluralismo jurídico.

A realidade verificada por Boaventura de Sousa Santos, em Pasárgada, nos idos de 1970, especialmente com relação à produção jurídica por meio de associação de Moradores, é, na atualidade, ratificada, conforme se observa de constatações advindas de pesquisa empírica realizada também em contexto de espaço de segregação na cidade do Rio de Janeiro – nominado ficticiamente de favela Matrix.²⁰⁰

subjetividades individuais e coletivas”. WOLKMER, Antonio Carlos Wolkmer. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. pp. 328-329).

¹⁹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. p.14

²⁰⁰ TERRA, José Maria Barreto Siqueira Parrilha. A contribuição para os direitos fundamentais do pluralismo jurídico das representações sociais da favela de matrix na cidade do rio de janeiro. Vitória, 2012. Dissertação apresentada para conclusão do curso de mestrado em direitos e garantias fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, FDV.

Com a passagem de quatro décadas, pontua-se que no contexto observado em Matrix houve mudanças tanto no que respeita ao cerne dos conflitos – não mais somente de vizinhança ou fundiários, mas que passam a abarcar questões como aquelas afetas a bens, direito de família, direito laboral e penal – quanto na própria estruturação da relação geopolítica tendente à resolução do conflito.

Há, portanto, uma mudança na estrutura geopolítica de Matrix, posto que se observa a inserção do comércio de entorpecentes do local na seara conflitiva, a par da presença da associação de moradores. Nesse cenário, volve esse “agente” sua solução para contendas afetas, por exemplo, a crimes de roubo e furto, em que a violência é componente estruturante, determinando, por consenso punitivo consuetudinário, a aplicação de “sete madeiradas” em cada mão da pessoa sujeito do crime, punição essa geralmente executada por um dos que realizam o que comercio de entorpecentes.²⁰¹

Inobstante o relato acerca dessas passagens, há na visão desse estudo, como já destacado, que ações como as que oriundas do narcotráfico no intuito de resolução de contendas não se sustentam como produção jurídica válida para o contexto que aqui é construído.²⁰² Não abarcam essas ações elementos como justiça, eticidade e alteridade, os quais se apresentam como necessários à validação da promoção de justiça.

A mais, a atuação do comércio (ou dos comerciantes) de entorpecentes, apesar de, em Matrix, aproximar-se da ação de verdadeiras “instituições”, igualmente não se podem convolar nos aqui destacados sujeitos coletivos de juridicidade e, assim, em entes legítimos à representação comunitária e à produção de Direito, posto que, dentre outros fatores, suas ações nada possuem de libertárias ou de emancipatórias à população local.

Mesmo consciente desse cenário paralelo demonstrado em Matrix, mantém o presente estudo a concepção de que esses espaços de segregação encontram-se aptos à produção jurídica informal válida como forma de acesso à justiça, sendo essa realidade justificada pela tônica do pluralismo jurídico.

²⁰¹ TERRA, José Maria Barreto Siqueira Parrilha. op. cit. pp 68 e 70.

²⁰² O autor da dissertação em voga identifica na atuação local desses comerciantes as componentes estruturais do direito, destacadas por Boaventura de Sousa Santos. Ousamos dele, nesse ponto, discordar, repisando que não verificamos juridicidade nessas ações, nem, tão pouco, produção jurídica informal que possa ser validada pelas bases do pluralismo jurídico. As razões desse nosso pensamento seguem apresentadas neste marco do estudo.

Fundamenta-se essa conclusão pelo destaque de que, mesmo em tempos atuais, essas comunidades desvelam produção jurídica em diversos espaços-tempo, seja o familiar, seja o de mercado, com, por exemplo, a regulamentação de serviços de transportes na favela, seja o da comunidade – com a delimitação de regras para a utilização do campo de futebol da comunidade - seja o espaço-tempo da comunidade, desvelado propriamente na produção jurídica por meio da associação de moradores.²⁰³

De igual sorte, a retórica é ainda importante componente estruturante do direito produzido nesses espaços de segregação, como ainda constatado em Matrix.²⁰⁴

Dos fatos dispostos, é possível verificar que há no seio dessas comunidades, tanto Psárgada, quanto Matrix, produção jurídica informal, sedimentada em bases do pluralismo jurídico, apta a efetivar direitos e a permitir aos que compõem o seu seio acesso efetivo à justiça.

Isso porque, respeitadas as singularidades dos sujeitos individuais, esses *locus* são vistos como coletividades que congregam bens, valores e aspirações comuns. Nessa esteira, buscam a satisfação de suas necessidades humanas fundamentais, não somente de carências materiais, mas, igualmente, das necessidades de ordem cultural, social, étnica, dentre outras.

Buscam, assim, sua inserção nos contextos social e político não por meio de práticas assistencialistas ou paliativas, mas por intermédio de um efetivo reconhecimento de suas condições humana, produtiva e cultural. Buscam, nesse contexto, atuar de modo dinâmico, participativo, fatores que lhes propiciam tanto a emancipação quanto uma produção jurídica convergente para as realidades vivenciadas no seio comunitário.

Observam-se, nesses cenários, a presença de elementos como inacessibilidade ou ineficácia do direito estatal para fins de acesso efetivo à justiça, *procura suprimida*, busca de acesso à justiça por meio de produção jurídica local, informalidade de procedimentos, utilização de métodos alternativos de solução de controvérsias, valores comuns e próprios do ambiente, atuação de sujeitos coletivos de juridicidade e utilização de retórica.

²⁰³ TERRA, José Maria Barreto Siqueira Parrilha. A contribuição para os direitos fundamentais do pluralismo jurídico das representações sociais da favela de matrix na cidade do rio de janeiro, p. 73.

²⁰⁴ TERRA, José Maria Barreto Siqueira Parrilha. op. cit. p. 67.

A conjugação desses elementos bem externa a tônica do pluralismo jurídico dimensionada neste estudo, o que converge para a conclusão de que essas comunidades, agregando os conceitos de justiça e eticidade, valem-se da realidade e dos valores locais como forma de possibilitar uma produção jurídica que a elas se faz necessária.

Essa produção jurídica, mesmo que considerada inoficial com vistas ao paradigma do monismo estatal, ainda dominante, é, contudo, apta à promoção do acesso à justiça, devendo ser validada pelas bases do pluralismo jurídico, podendo ser praticada em cooperação com a normatividade estatal.

Para tanto, e à luz do que preleciona Boaventura de Sousa Santos²⁰⁵, necessário se faz que a normatividade estatal e que a própria noção de justiça e, assim, a postura e a estrutura judiciárias – o que nomina de reforma democrática da justiça - sejam remodeladas. Isso porque, não se fazem bastantes tão somente modificações no direito subjetivo ou na processualística a fim de se tornar mais efetivo o acesso à justiça. É preciso que a própria justiça a que se busca acesso seja remodelada.

São necessárias, para tanto, a formação de novas culturas jurídica e judiciária, nova formação acadêmica, nova e permanente formação das carreiras jurídicas, implantação de modelos de gestão judiciária mais eficazes e democráticas, validação do pluralismo jurídico, implantação de novos mecanismos para fins de acesso efetivo à justiça, assim como aprimoramento e expansão dos já existentes (por exemplo, MASC).

Por óbvio, essas modificações propostas demandam tempo e enorme vontade política. Não se modifica sem fluxo de considerável tempo e sem maiores traumas e resistências, por exemplo, uma cultura jurídica linearmente formada e solidificada, como visto, desde os idos do Brasil colônia.

Contudo, aludidas constatações não devem servir de barreira, nem mesmo de incontestado impedimento para que se busquem meios viáveis e eficazes de acesso material à justiça, especialmente à população foco do estudo.

²⁰⁵ Nesse sentido, ver SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. pp. 33-40

Em suma, tem-se que uma vez efetivamente inacessível o Judiciário para a massa aqui destacada, por força dos motivos delineados neste estudo, busca ela a resolução de suas querelas, de seus conflitos, surgidos em comunidade, no próprio seio social. Balizada, pelo que se constatou, em questões afetas à confiabilidade, respeito, experiência e vivência na comunidade, essa massa passou a buscar a associação de moradores como forma resolutória de conflitos de ordem local.

Seja auxiliando na formalização de relações jurídicas já consensadas, sendo, efetivamente, julgando litígios que exsurtem do convívio social, a associação de moradores é “erigida” ao *status* de fórum ao qual recorrem aqueles que necessitam de tutela e, nesse contexto, reconhecida como próprio sujeito coletivo de juridicidade.

Vislumbra-se, nesse ato, típico retrato de busca por justiça, de acesso à justiça em sua concepção ampla, de busca por resolução do conflito. Ainda que essa tutela não venha do Estado, emerge sedimentada em bases do pluralismo jurídico que a ela conferem validade.

Por óbvio, essa prestação não carrega todas as formalidades atinentes ao direito estatal, mas, no entender deste estudo, pode ser canalizada para a realidade dessas comunidades. O que é, em gênese, prestação jurídica? Nada além de uma “entrega do direito”, do que a entrega de uma tutela, de uma resposta àqueles que suscitam.

Ora, nesse contexto, o que é o agir das associações de moradores senão uma resposta, uma entrega de tutela, de uma decisão tendente à resolução de um conflito? Quando os moradores socorrem-se desse *fórum*, levam a ele seus problemas, submetem-se a um procedimento que exala respeito a garantias processuais primordiais como contraditório, ampla defesa, publicidade e razoabilidade; estão, em verdade, tendo acesso à justiça, ou seja, acesso àquilo que, para eles, trará, efetivamente, a resolução daquela contenda.

Assim, claro que sem pretensões de esgotamento, é possível referendar-se como válida, mesmo que “intra-muros”, mesmo que para aquele cotidiano, a prática jurídica instituída no seio dessas comunidades e, como tal, identificá-la como promotora de acesso à justiça.

A seguinte asserção externada por Wolkmer bem expressa a conclusão ora disposta, pelo que se pede vênha para que seja transcrito todo seu conteúdo:

Na presente contemporaneidade, num cenário de exclusões, opressões e carências, as práticas emancipatórias e insurgentes das novas identidades sociais (múltiplos grupos de interesses, movimentos sociais, corpos intermediários, redes de intermediação, organizações locais e transnacionais, ONGs) revelam-se portadoras potenciais de inovadoras e legítimas formas de fazer política, bem como fonte alternativa e plural de produção jurídica.

A ineficácia das instâncias legislativas e jurisdicionais do clássico Direito estatal Moderno favorecem “a expansão de procedimentos extrajudiciais e praticas normativas não-estatais”, exercidas dialogicamente e consensualizadas por sujeitos sociais que, apesar de por vezes oprimidos e “inseridos na condição de ‘ilegalidade’ para as diversas esferas do sistema oficial, definem uma forma plural e emancipadora de legitimação [...] Os centros geradores de Direito não se reduzem mais tão somente às instituições e aos órgãos representativos do monopólio do Estado Moderno, pois o Direito, por estar inserido nas praticas e nas relações sociais das quais é fruto, emerge de diversos centros de produção normativa.

As novas exigências globalizadas e os conflitos em espaços sociais e políticos periféricos, tenso e desiguais, torna, presentemente, significativo reconhecer, na figura dos novos movimentos sociais, uma fonte legítima de engendrar práticas descentralizadas de justiça alternativa e direitos emergentes, bem como viabilizar práticas legitimadoras de resistência ao desenfreado processo de desregulamentação e desconstitucionalização da vida.²⁰⁶

De certo, não se pretende com este estudo - e nem é essa a noção em que se assenta o pluralismo jurídico praticado no Brasil - expurgar o direito oficial dessas comunidades, nem mesmo, a qualquer custo, subverter a ordem jurídica oficial.

Ao revés, busca-se com ele – e por meio dele – pontuar, ainda que singelamente, que diversas comunidades, como as aqui analisadas, encontram-se validamente estruturadas conformes seus valores, suas origens, suas especificidades, seus sistemas de justiça e, assim, aptas à produção jurídica válida, ainda que não assentada no paradigma dominante o que, por si somente, não lhe retira o condão de promoção de acesso substancial á justiça.

Um Estado que garanta como preceito fundamental o acesso universal à justiça, justiça essa conferida, igualmente, a todos, não pode permanecer inerte frente ao fato de a mesma proclamada justiça chegar à academia, mas não subir à favela.

Contudo, até que esse abismo de acessibilidade seja extinto ou, ao menos minorado, não é de se tolerar que sejam absoluta e precariamente extirpadas tentativas, como as aqui destacadas, de essas comunidades marginalizadas empreenderem acesso á justiça.

²⁰⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao pensamento jurídico crítico. 6 ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. pp 211-212.

Conclui-se, assim, que, a partir do momento em que o Estado, com especial referência ao Judiciário, volver eficazmente seu olhar sobre as reais necessidades, diversidades e especificidades dessa população e, mais, vislumbrá-la não sobre o aspecto individual, mas coletivo, reconhecendo-a como sujeito dotado de juridicidade, é que se engendrarão caminhos para o estabelecimento de uma ordem efetivamente plural e, assim, poderão ser galgados os passos para o encurtamento do abismo existente entre o acesso à justiça esculpido, para todos, no ordenamento e aquele, efetivamente, alcançado.

CONCLUSÃO

Como verificado no estudo, buscar a justiça significou, por longos tempos, buscar exclusivamente uma decisão estatal, oriunda de um processo judicial geralmente de natureza litigiosa, por vezes distante, destoada e apartada da real necessidade daqueles imersos no conflito.

Essa noção de acesso à justiça vem, contudo, se modificando com o passar dos tempos. É ela alargada para abarcar o contexto de acesso efetivo à justiça no e para além de um processo judicial, fato que se verifica, por exemplo, com a adoção de meios alternativos de solução de conflitos como a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Contudo, essa visão clássica de acesso à justiça ainda se faz presente no cotidiano. Essa realidade de mero acesso formal ou, pior, de inacessibilidade efetiva torna-se ainda mais visível quando, ao menos, uma das partes envolvidas no litígio compõe a grande massa subcidadã, de desafortunados seja social, política, cultural, seja economicamente.

Para essa massa, verificou-se que grandes são as barreiras para o acesso efetivo ao Judiciário, seja pela carência de recursos financeiros, pelo alijamento social a que fora submetida, em grande parte, em razão do modo hegemônico e elitista de formação da cultura jurídica do país, seja, até mesmo, em razão do próprio descrédito que o Estado, principalmente as instituições Polícia e Judiciário, possui perante essas comunidades.

Diante da realidade então constatada, observou-se que passam essas comunidades a buscar novos caminhos para a consecução da finalidade “solução de litígios”, vindo mesmo a se utilizarem de meios de resolução de controvérsias ditos de direito inoficial.

A partir desse contexto, questionou-se, portanto: quais caminhos seriam esses? De que meios se valeria essa população para resolver suas contendas locais e mais cotidianas? Estar-se-ia diante de um cenário de acesso à justiça, ainda que não seja ele moldado às bases da produção acadêmica e do direito oficial? Poder-se-ia, nesses casos específicos, propiciar acesso à justiça por meio de um direito inoficial, sendo essa prática justificável pelo reconhecimento de um pluralismo jurídico?

Como primeira conclusão, insurge-se o presente estudo contra a univocidade do direito, ou seja, contra a redução do direito ao dogmatismo estatal, contra a exclusividade de produção e de aplicação jurídicas pelo (e no) Estado. O direito estatizado deve ser compreendido como uma, e não como a única das formas de acesso à justiça.

Nesse contexto, verifica-se que o paradigma jurídico da modernidade, ou seja, a legalidade estatizada, genérica e universal, não mais se faz suficiente para socorrer as demandas que se avolumam. A confluência de questões sociais e políticas alinhando matérias jurídicas é cada vez mais presente no cenário global, especialmente em países de (semi)periferia. Não pode, mais, o direito apartar-se de outros contextos e encastelar-se em pirâmides de estrita legalidade estatal. Esse era (é) um modelo em processo de falência, em que pese o fato de essa visão estatal normativista não haver perdido sua hegemonia.

Assim, busca o Direito um novo paradigma, busca assentar-se em um novo modo de ser pensado, produzido e aplicado, com vistas à minimização da crise que o margeia, especialmente no que respeita à efetivação de acesso à justiça por uma grande massa de desafortunados.

Emerge-se, nessa contextura, um paradigma não mais sedimentado na univocidade do Direito, mas sim, no reconhecimento de formas jurídicas plurais, aptas à produção jurídica. Concebe-se, assim, o pluralismo jurídico, gestado em um constitucionalismo transformador, em um constitucionalismo com vértice da base para o topo da hierarquia político-social, em que excluídos buscam o campo de atuação política para além dos marcos liberais existentes, balizados em novos legalidade, regime político e subjetividades individuais e coletivas.

Tracejando esse contexto com o cenário verificado em Pasárgada (e, atualmente, em Matrix), buscando-se, com isso, o enfrentamento das questões-problema aduzidas neste estudo, foi possível verificar, ainda que com sede em conflitos locais e cotidianos, a salutar utilização de meios alternativos de resolução como a mediação e a conciliação, coordenada por associações de moradores, no equacionamento de contendas, bem como na própria orientação e prevenção quanto a novas disputas.

Foi, pois, possível, vislumbrar, nesses atos, mesmo que informais, típico retrato de busca por justiça, de acesso à justiça em sua concepção ampla, de busca por resolução do conflito. Ainda que essa tutela não venha do Estado, emerge de um órgão a quem fora, “por costume comum”, incumbida à função de “prestação jurídica.”

Respeitadas as singularidades dos sujeitos individuais, aquele *locus* é visto como uma coletividade que congrega bens, valores e aspirações comuns. Nessa esteira, buscam aquelas comunidades a satisfação de suas necessidades humanas fundamentais, não somente de carências materiais, mas, igualmente, necessidades de ordem cultural, social, étnica, dentre outras.

Buscam, nesse contexto, atuar de modo dinâmico, participativo, fatores que lhes propiciam tanto a emancipação quanto uma produção jurídica convergente para as realidades vivenciadas no seio comunitário.

Como já destacado, observa-se nesses cenários a presença de elementos como inacessibilidade ou ineficácia do direito estatal para fins de acesso efetivo à justiça, *procura suprimida*, busca de acesso à justiça por meio de produção jurídica local, informalidade de procedimentos, utilização de métodos alternativos de solução de controvérsias, valores comuns e próprios do ambiente, atuação de sujeitos coletivos de juridicidade e utilização de retórica.

A conjugação desses elementos bem externa a tônica do pluralismo jurídico dimensionada neste estudo, o que converge para a conclusão de que essas comunidades, a par dos conceitos de justiça e eticidade, valem-se da realidade e dos valores locais como forma de possibilitar uma produção jurídica que a eles se faz necessária.

Essa produção jurídica, mesmo que considerada inoficial com vistas ao paradigma do monismo estatal, é, contudo, apta à promoção do acesso à justiça, devendo ser validada pelas bases do pluralismo jurídico, podendo ser praticada em cooperação com a normatividade estatal.

Para tanto, necessário se faz que a normatividade estatal e que a própria noção de justiça e, assim, a postura e a estrutura judiciárias sejam remodeladas. Isso porque, não se fazem bastantes tão somente modificações no direito subjetivo ou na processualística a fim de se tornar mais efetivo o acesso à justiça. É preciso que a própria justiça a que se busca acesso seja remodelada.

São necessárias, para tanto, a formação de novas culturas jurídica e judiciária, nova formação acadêmica, nova e permanente formação das carreiras jurídicas, implantação de modelos de gestão judiciária mais eficazes e democráticas, validação do pluralismo jurídico, implantação de novos mecanismos para fins de acesso efetivo à justiça, assim como aprimoramento e expansão dos já existentes.

Por óbvio, essas modificações demandam tempo e enorme vontade política. Não se modifica sem fluxo de considerável tempo e sem maiores traumas e resistências, por exemplo, uma cultura jurídica formada e solidificada linearmente e “de cima para baixo”, como visto, desde os idos do Brasil colônia.

Contudo, aludidas constatações não devem servir de barreira, nem mesmo de incontestado impedimento para que se busquem meios viáveis e eficazes de acesso material à justiça, especialmente à população foco do estudo.

Em suma, tem-se que uma vez efetivamente inacessível o Judiciário para a massa aqui destacada, por força dos motivos delineados neste estudo, busca ela a resolução de suas querelas, de seus conflitos, surgidos em comunidade, no próprio seio social. Balizada em questões afetas à confiabilidade, respeito, experiência e vivência na comunidade, essa massa passou a buscar a associação de moradores como forma resolutória de conflitos de ordem local.

Seja auxiliando na formalização de relações jurídicas já consensadas, sendo, efetivamente, julgando litígios que exsurtem do convívio social, a associação de moradores é “erigida” ao *status* de fórum ao qual recorrem aqueles que necessitam de tutela e, nesse contexto, como próprio sujeito coletivo de juridicidade.

Vislumbra-se, nesse ato, típico retrato de busca por justiça, de acesso à justiça em sua concepção ampla, de busca por resolução do conflito. Ainda que essa tutela não venha do Estado, emerge sedimentada em bases do pluralismo jurídico que a ela conferem validade.

Por óbvio, essa prestação não carrega todas as formalidades atinentes ao direito estatal, mas, no entender deste estudo, pode ser canalizada para a realidade dessas comunidades. O que é, em gênese, prestação jurídica? Nada além de uma “entrega do direito”, do que a entrega de uma tutela, de uma resposta àqueles que suscitam.

Ora, nesse contexto, o que é o agir das associações de moradores senão uma resposta, uma entrega de tutela, de uma decisão tendente à resolução de um conflito? Quando os moradores socorrem-se desse *fórum*, levam a ele seus problemas, submetem-se a um procedimento que exala respeito a garantias processuais primordiais como contraditório, ampla defesa, publicidade e razoabilidade; estão, em verdade, tendo acesso à justiça, ou seja, acesso àquilo que, para eles, trará, efetivamente, a resolução daquela contenda.

Assim, claro que sem pretensões de esgotamento, é possível referendar-se como válida, ao menos, “intra-muros”, ao menos, naquele cotidiano, a prática jurídica instituída no seio dessas comunidades e, como tal, identificá-la como promotora de acesso à justiça.

Um Estado que garanta como preceito fundamental o acesso universal à justiça, justiça essa conferida, igualmente, a todos, não pode permanecer inerte frente ao fato de a mesma proclamada justiça chegar à academia, mas não subir à favela.

REFERÊNCIAS

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

ALEMIDA Jerusa da Silva Gonçalves e TEXEIRA Gilson Ruy Monteiro. **A educação no período colonial: o sentido da educação na dominação das almas**. Trilhas, v.1, n.2, 2000, Belém

BARATA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3 ed. Trad. SANTOS, Juarez Cirino dos. Rio de Janeiro. Revan – Instituto Carioca de Criminologia: 2002, 256p

BIDART, Adolfo Gelsi. **Conciliacón y processo**. In Participação e processo. GRINOVER, Ada Pellegrini (org), São Paulo: RT, 1988.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: Crime, segregação e cidadania em são Paulo**. trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Edusp, 2000.

----- **Direitos Humanos ou “privilégios de bandidos”?** In: Novos Estudos CEBRAP. n. 30. São Paulo: 1991, p. 162-173.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Forense: Rio de Janeiro, 2007

CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. 168p

CAPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça**. Revista de processo. São Paulo, ano 19, n. 74, pp. 82-97, abril-junho/1994.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96**, 2ed, rev., atual. e ampl., Atlas: São Paulo, 2004

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial.** 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2006.

-----**Cidadania no Brasil: o longo caminho,** 7 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

CASTELA, Antonio e SILVA, Carlos Nunes. **Globalização e estado-providência: tendências e desenvolvimentos recentes na Europa.** publicado no III Congresso de Geografia Portuguesa. Porto, setembro de 1997, Lisboa: Edições Colibri e Associação Portuguesa de Geografia, 1999, pp 343-350, disponível em http://www.apgeo.pt/flies/secoin44/1258367122_INFORGEO_12_13P343a350.pdf. Acesso em 04/09/2013.

CHALHOUB Sidney. **Medo branco de almas negras: escravos, libertos e republicanos na cidade do rio.** Revista Brasileira de História, v. 8, n 16; mar/ago 88; São Paulo

DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro.** 6 ed. Rio de Janeiro. Rocco: 1997

FAORO, Raimundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.** 3 ed. rev. São Paulo: Globo, 2001

FRANÇA, Alexandre Miguel. **O medo como forma de controle: o caso dos “meninos impossíveis” de Passárgada,** 2009, 15 p. p. 2, disponível em [http://www.ram2009.unsam.edu.ar/GT/GT%2037%20E2%80%93%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20y%20Antropolog%C3%ADa%20en%20las%20C3%81reas%20de%20Derechos%20Humanos,%20Seguridad%20P%C3%ABlica%20y%20Comun/GT37%20-%20Ponencia%20\(FRAN%C3%87A\).pdf](http://www.ram2009.unsam.edu.ar/GT/GT%2037%20E2%80%93%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20y%20Antropolog%C3%ADa%20en%20las%20C3%81reas%20de%20Derechos%20Humanos,%20Seguridad%20P%C3%ABlica%20y%20Comun/GT37%20-%20Ponencia%20(FRAN%C3%87A).pdf), acesso em 30/09/2011

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido,** 17ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 107 (formatação digital da obra, acesso por http://www.mda.gov.br/portal/saf/arquivos/view/ater/livros/Pedagogia_do_Oprimido.pdf, em 29/09/2011).

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A conciliação extrajudicial no quadro participativo.** In Participação e processo. GRINOVER, Ada Pellegrini (org), São Paulo: RT, 1988.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**, 26ed. São Paulo. Companhia das Letras: 1995, 220p.

KROHLING, Aloisio. **Dialética, analética, anadialética e a consolidação histórica dos direitos humanos da mulher no ocidente.** In Justiça e libertação: a dialética dos direitos fundamentais. KROHLING, Aloísio (org), Curitiba : Editoria CRV 2009, pp 13-35.

-----**Direitos humanos fundamentais: diálogo intercultural e democracia.** São Paulo: Paulus, 2009.

JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues. **A prática da mediação e o acesso à justiça .** Del Rey: Belo Horizonte, 2007.

Lei 9.307/96. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm, acesso em 30/04/2013.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos.** 2 ed. Trad. Magda França Lopes. Porto alegre: Artmed, 1998

MORAES, Ana Paula Bagaiolo e JUNIOR, Gladstone Leonel da Silva. A cidadania e a evolução dos direitos fundamentais no brasil. Revista de Estudos Juridicos da UNESP. Disponível em <http://periódicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/344/340>, acesso em 04/09/2013.

MORAES, Humberto Peña de. **A assistência judiciária pública e os mecanismos de acesso à justiça no estado democrático.** In Participação e processo. GRINOVER, Ada Pellegrini (org), São Paulo: RT, 1988

MORELLO, Augusto Mario. **El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación.** In Participação e processo. GRINOVER, Ada Pellegrini (org), São Paulo: RT, 1988

NOBRE, Simone Cruz. **Os custos legais como filtro para interposição de demanda e acesso à justiça.** In Revista Pensar. V. 4. n. 2. Jul/dez 2009. Fortaleza, Universidade de Fortaleza, 2009, pp. 428-429, Disponível em http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/salario_minimo.htm, acesso em 20/11/2012.

Pesquisa IPEA (Anexo I) Disponível em <http://www.ipot.com.br/pesquisa-opiniao/pesquisa-aponta-que-30-confiam-na-policia/>, acesso em 22/07/2011

Pesquisa IPEA (Anexo II) Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6165&Itemid=75, acesso em 22/07/2011

PASSOS, J.J. Calmon de. **O problema do acesso à justiça no brasil.** In Revista de Processo. N. 39, julho-setembro, 1985

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do brasil.** 2ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

RODRIGUES, Walter Piva. **Assistência judiciária, uma garantia insuficiente.** In Participação e processo. GRINOVER, Ada Pellegrini (org), São Paulo: RT, 1988

ROUANET, Luis Paulo. **Positivismo jurídico versus justiça social?** In Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia. PISSARRA, Maria Constança Peres e FABBRINI, Ricardo Nascimento (coord.) São Paulo: Atlas, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, 115p.

-----**Para uma revolução democrática da justiça,** 3ed, São Paulo: Cortez, 2011,

-----**Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Vol I.** 8 ed. São Paulo: Cortez, 2011, pp. 60-61.

-----**Pela mão de alice: o social e o político na pós-modernidade,** 9ed. São Paulo: Cortez, 2003

SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Lumen Juris: Rio de Janeiro

SILVA, Jeanne. **Sob o ju(o)go da lei: confronto histórico entre direito e justiça**. Uberlândia: EDUFU, 2006.

SOUZA, Jessé. **(Não) Reconhecimento e subcidadania, ou o que é "ser gente"?*** n° 59. São Paulo. Lua Nova: 2003, p. 1 disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452003000200003>, acesso em 28/09/2011.

SPENGLER, Fabiana Marion. **A mediação comunitária como meio de tratamento de conflitos**. In Pensar: Revista de Ciência Jurídica. Vol. 14. n. 2. Julho-dezembro/2009. Fortaleza. Universidade de Fortaleza, 2009

TERRA, José Maria Barreto Siqueira Parrilha. **A contribuição para os direitos fundamentais do pluralismo jurídico das representações sociais da favela de matrix na cidade do rio de janeiro**. Vitória, 2012. Dissertação apresentada para conclusão do curso de mestrado em direitos e garantias fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, FDV. Disponível em [http://mestrado.fdv.br/dissertacoes/Dissertacao - Jose Maria.pdf](http://mestrado.fdv.br/dissertacoes/Dissertacao_-_Jose_Maria.pdf), acesso em 09/09/2013.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In Participação e processo. GRINOVER, Ada Pellegrini (org), São Paulo: RT, 1988

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010

-----**Humanismo e cultura jurídica no brasil**. WOLKMER, Antonio Carlos (org). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, 280p.

-----**Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 6 ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

-----**Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura no direito**. 3. Ed, São Paulo: Alfa-Omega, 2001

----- **Pluralismo Jurídico, direitos humanos e interculturalidade.** Santa Catarina: Revista Sequência, n. 53, (UFSC), dez/2006, pp. 113/118.

ZALUAR, Alba, **Condomínio do diabo.** Rio de Janeiro. Revan e Editora UFRJ: 1994, 275p,

ANEXO I

Reportagem analisando pesquisa de opinião realizada pelo IPEA acerca da concepção da população brasileira sobre as polícias estaduais²⁰⁷:

“Pesquisa aponta que 30% confiam na polícia

Os serviços policiais do país não são confiáveis, de acordo com a opinião dos brasileiros. Uma pesquisa do Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) divulgada ontem mostra que 68,38% não confiam plenamente nos serviços das polícias estaduais.

O percentual reúne as respostas “não confia” e “confia pouco”. A região em que a percepção dos moradores é mais negativa é a Sudeste. Em média, só 3% da população desses Estados têm muita confiança em suas polícias.

Já a região Centro-Oeste foi a que apresentou o maior índice de respostas positiva: 41% da população confia ou confia muito nos serviços de segurança. Ainda assim, a maior parte dos moradores da região disse ter muito medo de ser assassinada: 75%.

Nesse quesito, o maior nível de insegurança foi registrado no Nordeste, onde 85,8% dos entrevistados afirmaram ter muito medo de serem mortos.

No Sudeste, que registra o menor índice de homicídio doloso do país: 16,43 homicídios por 100 mil habitantes, 78,4% dos habitantes disseram ter muito medo do assassinato.

De acordo com o relatório, a sensação de segurança pode não condizer com a realidade dos Estados. Na região Sul, por exemplo, onde a sensação é a mais alta do país, a taxa de homicídio doloso é próxima à média nacional, e o gasto com segurança pública e o número de policiais por habitante estão abaixo da média nacional.

²⁰⁷ Disponível em <http://www.ipot.com.br/pesquisa-opiniao/pesquisa-aponta-que-30-confiam-na-policia/>, acesso em 22/07/2011

Além disso, “o número de investimentos e de efetivos policiais não necessariamente se traduz em baixas taxas de criminalidade, e a diminuição das taxas também não se reflete imediatamente na sensação de segurança” da população, afirma o documento.

O exemplo dado é o da região Centro-Oeste, onde “se encontra a maior disponibilidade de policiais em relação ao número de habitantes e o mais alto índice de confiança nas polícias, mas com uma taxa de homicídios dolosos acima da média nacional.”

ANEXO II

Reportagem analisando pesquisa de opinião realizada pelo IPEA acerca da concepção da população brasileira sobre o poder Judiciário²⁰⁸:

“18/11/2010 09:39

PORTAL CORREIO: Ipea: Judiciário ganha nota 4,55

De 0 a 10, o brasileiro deu nota 4,55 para o Judiciário. Foi o que revelou a nova ferramenta do Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (Ipea): o Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS), divulgado ontem e que levou em consideração a opinião de 2.770 pessoas de todos os Estados.

O quesito que recebeu a pior nota foi "honestidade dos magistrados" (1,17) seguido de "rapidez na decisão dos casos" e "imparcialidade dos magistrados", que tiveram nota 1,18.

Entre os fatores que provocaram a avaliação negativa está a demora na resolução dos casos e a grande quantidade de processos acumulados.

Foram avaliados seis pontos: rapidez na decisão dos casos, facilidade no acesso, baixo custo para que todos os cidadãos possam defender os seus direitos, capacidade de produzir decisões boas, honestidade dos integrantes da justiça e capacidade de punir os que se envolvem em casos de corrupção, além da imparcialidade da Justiça, decorrente de sua capacidade de tratar todos de maneira igual.

A honestidade dos integrantes da Justiça é a que apresenta a pior avaliação (1,18), junto com as dimensões da imparcialidade no tratamento dos cidadãos e da rapidez na decisão dos casos. Logo em seguida estão o custo (1,45) e a facilidade no acesso (1,48). Mais bem avaliada, embora com média de 1,60, vem a capacidade de produção de boas decisões e de resolução dos conflitos de forma justa.

²⁰⁸ Disponível em

http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6165&Itemid=75, acesso em 22/07/2011

Para a maioria dos entrevistados, a justiça trata de forma diferenciada as pessoas, dependendo da classe social, sexo e etnia. As regiões em que a população deu as melhores notas para o judiciário foram a Região Centro-Oeste (5,30) e Norte (5,27).

A região onde a população deu a melhor nota foi o Sudeste, com média 4,07. A pesquisa ainda mostrou que os autores de ações judiciais costumam fazer uma avaliação pior da Justiça (média de 3,79) que os réus (média de 4,43). Os que nunca tiveram experiência na Justiça avaliaram o sistema com média de 4,96.”

ⁱⁱⁱ O autor destaca que utiliza a expressão grega de preferência relacionando-a a seus possíveis equivalentes em português, quais sejam, tópicos, pontos de vista, lugares comuns. O faz tendo em vista à complexa evolução semântica por que aqueles têm passado. SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder. p.17.