2

Notas introdutórias sobre o Acesso à Justiça

2.1

Um Panorama doutrinário do Acesso à Justiça

2.1.1

Há um Conceito Unívoco de “acesso à justiça”?

A questão do acesso à justiça, não obstante ter merecido louvável reconhecimento desde o começo do século XX na Alemanha e na Áustria, teve seu verdadeiro *boom* com o pós guerra e a eclosão, nas constituições das democracias ocidentais, dos chamados “novos direitos”, quais sejam, aqueles direitos que dizem respeito a temáticas sociais, coletivas, difusas.

Fazendo uma visita instigante a este panorama dos “novos direitos” e do acesso à justiça, Boaventura de Sousa Santos revelou o seguinte:

“Foi, no entanto, no pós guerra que esta questão explodiu. Por um lado, a consagração constitucional de novos direitos econômicos e sociais e sua expansão paralela à do Estado-Providência transformou o direito ao acesso efectivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e económicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores. Daí a constatação de que a organização da justiça civil e em particular a tramitação processual não poderiam ser reduzidas à sua dimensão ética, socialmente neutra, como eram comum serem concebidas pela teoria processualista, devendo investigar-se as funções sociais por elas desempenhadas e em particular o modo como as opções técnicas no seu seio veiculavam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagónicos (interesses de patrões ou de operários, de senhorios ou de inquilinos, de rendeiros ou de proprietários fundiários, de consumidores ou de produtores, de homens ou de mulheres, de pais ou de filhos, de camponeses ou de cidadãos, etc, etc.)”.⁷

Com efeito, o acesso à justiça traz ínsita a problemática da igualdade.

Sobre igualdade e acesso à Justiça, assim se posicionou Luís Guilherme

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da justiça* in *Revista Crítica de Ciências Sociais*. nº 21. Coimbra: novembro de 1986, p. 125

Marinone:

“ Quando as democracias passam a se preocupar com a realidade, deixando de lado o amor pelo simples reconhecimento das liberdades políticas dos cidadãos, surgindo, então, os direitos sociais e econômicos, os desiguais passam a ser tratados de forma desigual. (...) Hodiernamente, porém, o direito de igualdade quer significar direito de igualdade de oportunidades. No nosso caso, a igualdade de oportunidades de acesso à justiça”.⁸

Para um estudo mais acurado da matéria, cumpre, inicialmente, tecer considerações até mesmo sobre a denominação “Acesso à Justiça”. Afinal de contas, o que ela representa?

Sobre a expressão assim comentou Horácio Wanderley Rodrigues:

“A expressão em comento é deveras vaga, ensejando que a doutrina a ela ofereça dois sentidos, válidos e não excludentes, atuando em complementariedade. O primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à Justiça e acesso ao Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica de expressão justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano”.⁹

Não obstante a propagada vagueza e amplitude semântica da expressão “acesso à Justiça”, da exemplar definição aqui transposta duas lições podem ser extraídas. O pleno acesso pode ser estudado tanto sob um viés acentadamente formal e mais frio, tomando por base tão somente o enquadramento da prestação oferecida pelo Poder Judiciário, como também pode avançar para pesquisas de ordem mais valorativa, adentrando em meandros axiológicos indispensáveis para a obtenção de legitimidade e vitalidade ao Direito.

Sendo o pleno acesso um direito fundamental do cidadão, inexorável se torna a tomada de providências urgentes para tornar tal assertiva realmente eficaz. Assim sendo, resta notável que o acesso está longe de ser mera transposição burocrática das regras e procedimentos no Judiciário com o ajuizamento de uma ação.

A viabilidade a um pleno acesso à Justiça exige mais do que palavras de ordem e expressões simbólicas. Superar a mera apologia de retóricas enfadonhas e metanarrativas contrafáticas vira obrigação quando se pretende aquilatar como é

⁸ MARINONI, Luis Guilherme. *Novas linhas do processo civil- o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: RT, 1993, p. 23

⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Acesso à Justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p.29

possível transformar as aspirações de um verdadeiro acesso à Justiça em realidade.

Importante explicar que, por mais que mudanças na ordem legislativa se façam necessárias, não é com a simples inflação de leis que será obtido o verdadeiro acesso. Por mais leis que existam, sempre restará espaço a ser percorrido para que a efetividade das normas seja concretizada. Este distanciamento entre o colimado pelo texto legal e a plano fático, o *dever ser* e o *ser* precisa ser cuidadosamente investigado.

Mais frustrante ainda é constatar que a idéia de Justiça total e um idílico sonho de perfeição da ordem jurídica é utopia. Neste diapasão, cumpre expor advertência de Júlio César Tadeu Barbosa:

“O ideal de uma justiça absoluta está além de qualquer experiência histórica, e desta maneira pode-se deduzir que é impossível determinar cientificamente o que seja justiça. Em outras palavras, não é possível conceituar-se o ideal de uma justiça absoluta baseando-se na experiência e em argumentos tão somente racionais. Neste sentido, por mais paradoxal que possa parecer, o ideal de justiça absoluta é irracional, pois a ciência dita pura não pode verificar os princípios fundamentais relativos ao que seja justo ou injusto”.¹⁰

Discorrer sobre Justiça em tempos hodiernos é ter coragem de rumar contra correntes de universalismos artificiais e retóricas falaciosas de matizes ocidentais. Em instantes de embates ferrenhos nos meandros filosóficos se ainda estaríamos vivendo uma Modernidade tardia ou já adentramos na Pós-Modernidade e no momento no qual o multiculturalismo exige novos contornos para idéias de tolerância e convivência menos conflituosa entre indivíduos de elevada alteridade, torna-se equivocado caminhar em padrões metafísicos inatingíveis e ideologicamente manipuláveis acerca da temática atinente à Justiça.

Se queremos acesso à Justiça, cabe indagar: QUE JUSTIÇA? A Justiça convencional, abstrata, impoluta e intocável ou um conceito mutante de Justiça, adaptado às contingências sociais e à necessidade de convivências harmônicas em espaços que procuram o bem comum, mas não podem extirpar completamente manifestações individuais?

Por essas e outras, nega-se a ingenuidade de tentar firmar um quadrante único e irretocável sobre Justiça. O que aqui se imagina é justamente o contrário, qual seja, a destruição do mito e o firmamento do paradigma do acesso à Justiça

¹⁰ BARBOSA, Júlio César Tadeu. *O que é justiça*. 4ª edição. Abril Cultural: Brasiliense, 1984, p.8

além dos horizontes tradicionais. A Justiça de comunidades marginais não deixou de ser Justiça apenas porque os brados histriônicos do discurso oficial assim o querem.¹¹

Fazendo denúncia virulenta contra a estatização dos padrões de Justiça, Roberto Aguiar apontou que “ademais, a idéia de justiça dos dominantes tem a característica de se tornar tradição na medida em que se cristaliza no direito oficial vigente nas sociedades repressoras e opressoras”.¹²

A construção de um conceito de Justiça pelas classes dominantes cria um detestável círculo vicioso, uma vez que o julgador meramente dogmático, muitas vezes (“nem sempre...”) até de forma inconsciente, sem se aperceber de seu nefasto papel, reproduz o conhecimento já estabelecido, propagando conceitos elaborados, em verdade, por uma minoria elitista, eternizando, por conseguinte, o *status quo* dominante.

Lamente-se que mesmo juristas reputados como mais avançados incorrem em visões demasiadamente abstratas e com pretensões universalizantes criticáveis. Nesta mazela restou, por exemplo, o bravo Volnei Ivo Carlin, um dos ícones do movimento do Direito alternativo no início dos anos 90. Sobre Justiça, assim se posicionou o jurista:

“ E ser justo é julgar conforme a escala de valores comumente admitida pela sociedade em certa época, de tal maneira que a decisão seja reconhecida como boa pelo maior número de pessoas. Julgar contra a consciência popular pode constituir um ato injusto, como o é a de interpretação da lei distanciada da época vivida”¹³

Questionando o posicionamento acima esposado, cumpre indagar o seguinte: é possível uma delimitação objetiva e absolutamente controlável daquilo

¹¹ Sobre o não acatamento da padronização de um *standard* hegemônico sobre acesso à Justiça, José Ribas Vieira nos aponta a seguinte saída: “ *A problemática dos Direitos do Homem suscitada por nossas sociedades mostrou a imperiosidade de refletirmos mais a respeito de determinados pontos vinculados à defesa da pessoa. Isto é, a necessidade de definir e assegurar o Estado de Direito e o acesso à justiça como proteção jurídica. Entretanto, antes de prosseguirmos com maior detalhamento dessas categorias, há algumas questões necessárias para serem respondidas por nós. O Estado de Direito e a noção de justiça não representam concepções estritamente vinculadas às denominadas sociedades avançadas que não significariam uma imposição de base jurídica ‘colonial’ aos nossos países?*” in VIEIRA, José Ribas. *Estado de Direito e acesso à Justiça: uma contribuição para o debate dos direitos humanos no Brasil*. in *Direitos humanos- um debate necessário*-vol. 02. Organizador: Antônio Carlos Ribeiro Fester. São Paulo: Brasiliense, 1985.p. 85

¹² AGUIAR, Roberto A. R. *O que é justiça- uma abordagem dialética*. 2ª edição. São Paulo: Alfa Omega, 1987, p. 17

¹³ CARLIN, Volnei Ivo. *O juiz e sua consciência: o que é ser justo?*. Jurisprudência catarinense, Florianópolis, v. 12, n. 45, p. 49, jul./set. 1984

que é efetivamente a “consciência popular”? Como mensurar taxativamente toda a paradoxal escala de valores admitidos nas complexas sociedades contemporâneas? Como dizer o que é tido como bom para um maior número de pessoas sem desconsiderar as manipulações da opinião pública¹⁴ comumente engendradas pelos agentes estatais, pelas elites, pela mídia e pelos formadores de opinião hodiernos?

Assim sendo, é vital desconstruir conceitos uníssonos de Justiça!

Quanto à recorrente insistência na tese da inexistência de unicidade do conceito de Justiça, nos socorremos inicialmente nos ditames de Hans Kelsen. Inobstante as polêmicas em torno do acerto ou não de sua acepção neutra de uma “Teoria Pura do Direito”¹⁵ e os questionamentos sagazes acerca da plausibilidade da norma fundamental como pilar justificativo de seu conjunto normativo teórico, Kelsen tratou como poucos da temática da Justiça. Lançando tal discussão no campo daquilo que nominou como “política judiciária” (Kelsen era altamente refratário à inserção de valores e acepções morais no âmago da “ciência” do Direito), Kelsen ainda se revela um parâmetro notável em seara de hermenêutica jurídica.

Confirmando isto, lapidar ensinamento de Kelsen aponta o seguinte:

“ Se a Justiça é tomada como critério da ordem normativa a designar como Direito, então as ordens coercitivas capitalistas do mundo ocidental não são de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal comunista do Direito, e a ordem coercitiva comunista da União Soviética não é também de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal de Justiça capitalista. Um conceito de Direito que conduz a uma tal conseqüência não pode ser aceito por uma ciência jurídica positiva”.¹⁶

Kelsen rebelou-se contra a perspectiva de sempre regular-se a Justiça com caráter definitivo, através de juízos racionais universais. O discurso hegemônico pode ser rebatido, pasmese, através até mesmo dos ditos de um autor reputado como neokantiano e freqüentemente lançado nos canteiros dos liberais e dos

¹⁴ Sobre as manipulações possíveis com a idéia de Justiça, muita válida é a lição de Lédio Rosa de Andrade: “ *Portanto, os julgadores tradicionais quando se trata de beneficiar algumas classes, sem alterar a estrutura social e econômica do Brasil, não possuem o menor receito de colocar a justiça sobre a lei. O inverso não é verdade*”. In ANDRADE, Lédio Rosa. ANDRADE, Lédio Rosa. *Juiz alternativo e Poder Judiciário*. São Paulo: Acadêmica, 1992. p 109

¹⁵ Para Kelsen, não cabe à ciência do direito aquilatar o que justo. Segundo o autor, a teoria pura do direito deve se firmar independente das particularidades conteudísticas de cada contexto histórico-geográfico. Nota-se em tal construção o quão os ensinamentos weberianos ecoaram nas principais teorias de Kelsen.

¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad: J. Baptista Machado. Martins Fontes: São Paulo, 1998. p. 54

iluministas.

O que se procura afiançar aqui é a total inutilidade de procurar firmar o termo Justiça em um campo isento de oscilações de opiniões¹⁷. Não é factível trabalhar com uma concepção sobre o justo sistemática, exaustiva e não contraditória. O absoluto nunca combina com o justo. Algo é justo ou injusto dependendo do padrão psico-moral do indivíduo que acredita na existência de uma norma de justiça apropriada para si e para o mundo que o circunda.

Em um instante de ataque ao Jusnaturalismo, Kelsen conseguiu identificar, com precisão, o engodo em torno da mitificação racional objetiva do termo Justiça:

“ Essa pretensão de objetividade é particularmente evidente quando a idéia de justiça surge sob a forma de ' Direito natural'. Segundo a doutrina do ' Direito natural' , a norma de justiça é imantente à natureza- a natureza do homem ou a natureza das coisas- e o homem pode apenas apreender, mas não criar ou influenciar essa norma. A doutrina é uma ilusão típica, devida a uma objetivação de interesses subjetivos”¹⁸.

O debate sobre Justiça pode mesclar até postulados de autores marcadamente pós-modernos com as considerações kelsenianas sobre Justiça. Neste sentido, trazemos à colação Zygmunt Bauman:

Sabemos, pela meticulosa e perspectiva análise histórica conduzida por Barrinton Moore Jr., que ao mesmo tempo que ' as massas' (mais comumente, a parte não-filosófica da população) não fazem idéia, ou na melhor das hipóteses fazem uma idéia vaga, da noção abstrata de ' justiça como tal', elas tendem a reconhecer infalivelmente um caso de injustiça. Em oposição ao que a lógica do vocabulário sugere, ' injustiça' é a noção ' positiva', enquanto ' justiça' é a negativa. É a injustiça que parece ser a noção primária da ética popular, sendo a ' justiça' a unidade marcada, um derivado, na oposição. A justiça aqui tem sentido unicamente como a inimiga (e postulada vencedora) da injustiça, sendo esta o único ' elemento' conhecido na experiência.”¹⁹

Milhares podem ser os padrões de Justiça. Trata-se de uma questão que

¹⁷ Lapidar na exposição acerca do quão a idéia de justiça é volátil e passível de contextualizações diversas conforme for o grupo que se apodera do termo, eis o seguinte trecho de Roberto Aguiar: “ *A justiça é o dever-ser da ordem para os dirigentes, o dever-ser da esperança para os oprimidos. Podendo também ser o dever-ser da forma para o conhecimento oficial, enquanto é o dever-ser da contestação para o saber crítico. Assim, a palavra justiça abarca várias significações. Mas o mais correto seria dizer que realidades opostas, contraditórias e conflitivas usam da mesma palavra para exprimir seus projetos e suas justificações, já que, sob o mesmo nome de justiça, encontramos concepções que se contradizem, que se anulam, não podendo nunca subsistirem juntas, por representarem pólos em conflito a nível de infra e superestrutura*”. In AGUIAR, Roberto. op. cit. p. 15

¹⁸ KELSEN, Hans. “*Teoria Geral do Direito e do Estado*” .Trad: Luís Carlos Borges. Martins Fontes: São Paulo, 1998, p. 68

¹⁹ BAUMAN, Zygmunt in *O mal estar da pós modernidade* . Trad: Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Revisão técnica: Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 75

exige tolerância hermenêutica. Explicou Foucault que isso “ (...) refere-se a que a interpretação será sempre, sucessivamente a interpretação de ‘quem’?; não se interpreta realmente: *quem* propôs a interpretação. O princípio da interpretação não é mais do que o intérprete?”²⁰

Convencer os atores jurídico-sociais acerca da inutilidade de ignorar-se a personalidade nos parâmetros da Justiça não é uma tarefa das mais tranquilas. Impende narrar que até mesmo o Supremo Tribunal Federal, a mais “augusta” corte judicial brasileira, incorre no lugar comum de negar a multiplicidade de sentidos da Justiça. No início dos anos 90, o então Presidente do STF, o Ministro José Néri da Silveira declarou que “ (...) os juízes não têm autoridade, segundo a ordem constitucional, para desprezar a lei- escrita e válida- e criar uma norma nova para o caso concreto, conforme sua concepção pessoal de Justiça”.²¹

Censurar juízes que abusam na discricionariedade de seus decisórios não é errado. Contudo, pregar que apenas a ordem legal é detentora dos primados de Justiça revela-se um equívoco tão grave quanto perder-se de vista que concepções pessoais de Justiça não são necessariamente conflitantes com a lei escrita. Muito ao contrário, em certos casos, pode-se resgatar a lei de objetivações indevidas que desvirtuam seus reais fins.

A tentativa, não só com o acesso à justiça, mas com vários institutos do Direito de obter-se um conceito único de validade universal não é novidade. Sobre isto, assim se manifestou Hart:

“Estas afirmações aparentemente paradoxais não foram contudo feitas por visionários ou por filósofos profissionalmente interessados em duvidar das expressões mais simples do senso comum. São o resultado de prolongada reflexão sobre o direito, feita por homens que foram, antes de mais nada, juristas, ocupados profissionalmente, quer com o ensino do direito, quer com a sua prática, em alguns casos ocupando-se com a aplicação do direito como juízes. (...) Projetam uma luz que nos faz ver muito do que estava escondido no direito; mas a luz é tão brilhante que nos cega para o restante e assim nos deixa sem uma visão clara do todo. Há um estranho contraste entre este debate teórico infundável e a aptidão com que a maior parte dos homens cita, com facilidade e confiança, exemplos de direito, se tal lhes for pedido”.²²

As observações expendidas neste tópico são importantes para fincar como

²⁰ FOUCAULT, Michel. *Nietzsche, Freud e Marx: theatrum filosoficum*. Trad. de Jorge Lima Barreto. 4ª ed. São Paulo: Princípio, 1987, p.22

²¹ José Neri adverte juízes. *Zero Hora*. Porto Alegre, 31 out. 1990, p. 40

²² HART, Herbert L.A. “*O conceito de direito*”. Trad: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 6

baliza deste trabalho a idéia de que, a despeito das boas construções sobre acesso à Justiça, não há como firmar sobre o tema uma teorização definitiva. A discussão sobre o acesso, longe de verdades e mentiras, é contextual, receptiva a pluralidades e deve ser manejada na fixação de consensos mínimos, nunca na inútil busca de um modelo perpétuo.

2.1.2 Enfoques histórico-culturais

Nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos é completamente imune à crítica. Não é lugar comum parafrasear Nelson Rodrigues e dizer que “toda unanimidade é burra”.

Como e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam? Esta cáustica pergunta não deve deixar de ser norte dos apontamentos aqui traçados. Nesta perspectiva, vale trazer à baila prodigiosa contribuição de Cappelletti:

“Não devemos resistir aos nossos invasores; ao contrário, devemos respeitar seus enfoques e reagir a eles de forma criativa. Através da revelação do atual modo de funcionamento de nossos sistemas jurídicos, os críticos oriundos de outras ciências sociais podem, na realidade, ser nossos aliados na atual fase de uma longa batalha histórica- a luta pelo acesso à Justiça.”²³

Atitude inteligente é a de recusar-se a aceitar as coisas como imutáveis. Só assim, torna-se possível fixar efetivos e não meramente alegóricos os direitos do cidadão comum.

A temática do acesso à Justiça traz consigo, *a priori*, uma necessidade de mudança no ensino e no estudo do Direito Processual Civil, de maneira que tradicionalismos e formalidades excessivas de outrora sejam superadas em nome dos fins que marcam o exercício da jurisdição. O acesso à justiça é o ponto central da hodierna processualística instrumental. Em verdade, esta mutação que o acesso à justiça demanda não se restringe apenas à seara processual do Direito, atingindo o Direito Material, a dogmática clássica, a Filosofia e a Teoria do Direito.

Interessava à uma concepção liberal de Estado, de mitigada interferência nas questões sociais, que a jurisdição estatal permanecesse inerte. Interligado a este panorama vigorava o mito da neutralidade e de uma imparcialidade estatal que apenas servia como camuflagem da apropriação do aparato estatal por

²³ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. revisão e tradução de Ellen Nortfleed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 08

minorias burguesas. Nesta perspectiva de Estado, a igualdade era considerada tão somente um elemento formal, um ornamento de declarações legislativas despidas de eficácia²⁴.

As sociedades cresceram, aumentaram sua complexidade. Cenários de pluralismo e multiculturalismo importam em novas conformações do tecido social. Há obrigatoriedade de uma transformação radical na enunciação legal de direitos, na tutela jurisdicional destes direitos e na forma de exercício dos mesmos.

Neste diapasão, as sociedades modernas são forçadas a deixar para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direito”, típicas do Positivismo excessivamente carregado de retórica liberal do final do século XVIII, século XIX e início do século XX. É irrefreável o movimento no sentido de reconhecer deveres sociais dos governos estatais e das classes mais abastadas em prol dos necessitados.

O primeiro reconhecimento explícito do dever do Estado de assegurar igual acesso à justiça veio com o Código Austríaco de 1895. Previsões também no artigo 3º, § 2º e o artigo 24, §3º da Constituição Italiana de 1948 e no Artigo 6º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais consolidam a cogência de uma atuação positiva do Estado para asseguramento do gozo de direitos sociais, coletivos e difusos básicos. O movimento constitucionalista pós guerra também é marcado por tal preocupação, qual seja, não apenas proclamar, mas sim dar concretude a direitos que amparem, por exemplo, o trabalho, a saúde, a segurança, a educação, o meio ambiente.

Advertência importante diz respeito ao fato de que os juristas precisam reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais e também que as cortes judiciais não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada, havendo mecanismos informais menos custosos, despidos de maiores burocratizações, mais céleres e harmônicos do que a jurisdição convencional. Por certo, mais do que uma disputa frívola entre a esfera estatal e instâncias informais pelo monopólio da jurisdição, deve haver um consórcio de forças entre estas duas

²⁴ A superação do dogma de igualdade meramente formal é fundamental até para que sofisticadas metodológicas da Nova Hermenêutica e da Teoria da Argumentação sejam difundidas com profusão e não fiquem restritas ao hermetismo do mundo acadêmico. Sem igualdade, impossível haver debate. A discussão na seara argumentativa só se torna algo factível se vier acompanhada da “paridade de armas” entre os litigantes.

dinâmicas para que o pleno acesso avance. Com isto, o processualista contemporâneo precisa ampliar sua pesquisa para além dos tribunais e utilizar os métodos de análise, por exemplo, da Sociologia, da Política, da Psicologia, da Economia.

2.1.3

Mauro Cappelletti e as Ondas Renovatórias do Acesso

O estudo sobre o acesso à Justiça não pretende criar ícones únicos e heróis eternos. Muitos contribuíram e vários ainda vão contribuir para a busca do pleno acesso. Contudo, é impossível falar em acesso à Justiça e não mencionar, de forma recorrente, o nome de Mauro Cappelletti.

Não obstante aponte, com corajoso realismo, barreiras para o acesso, Cappelletti não se furtou de vislumbrar um quê de iluminismo em sua perspectiva sobre a matéria. O apontamento das ondas renovatórias aponta um autor que, embora não creia na utopia da perfeição do absoluto acesso, está apto para ininterruptamente pensar melhorias, aprimoramentos e correção de equívocos em tal sistemática.

Assim sendo, em ordem cronológica, Cappelletti apontou três ondas renovatórias para o acesso à Justiça, todas merecedoras de enfoque minudente na presente exposição.

A primeira onda renovatória de Cappelletti, qual seja, a assistência jurídica gratuita, tem um destinatário imediato: os pobres, justamente aqueles que mais carecem de favorecimentos legais para litigarem em parelhas condições com litigantes mais afortunados.

Sem grandes esforços sociológicos, é fácil constatar que nas economias do mercado os advogados tendem a reforçar um bacharelismo liberal no qual ficam propensos a se mostrar mais engajados justamente com os interesses das elites dominantes, servindo de fiéis escudeiros na batalha pela manutenção do *status quo* vigente. Não é à toa que, em geral, advogados mais experientes e reputados como mais competentes preferencialmente advogam justamente para os mais ricos, ou seja, aqueles que efetivamente podem se dispor a pagar honorários advocatícios mais vantajosos. Nesta conjuntura, por óbvio, resiste deplorável menoscabo e ojeriza à advocacia altruísta aos hipossuficientes.

Mister ponderar que medidas simples não redundam na profilaxia desta mazela. Não basta ao Estado apenas criar mecanismos de remuneração para advogados que se prestem a atuar em prol dos carentes. Sem sofisticções e a mesclagem de esquemas diversos de prestação jurisdicional gratuita aos pobres, as limitações qualitativas e quantitativas no que tange ao acesso dos mais necessitados permanecerão vigentes.

O sistema de remuneração de advogados pelo Estado tem primitivos registros na Alemanha, entre 1919 e 1923, sendo certo que colimava-se uma assistência judiciária gratuita extensiva a todos que dela precisassem. O fiasco da Constituição da Weimar e a ascensão do regime nazista na Alemanha liquidaram este beneplácito estatal.

Na Inglaterra, no ano de 1949, com o *Legal Aid and Advice Scheme*, foi confiado à *Law Society*, associação nacional dos advogados, o estabelecimento de uma reforma nos programas de assistência judiciária, de maneira que os advogados não deveriam ficar apenas responsáveis pelo mero aconselhamento jurídico, mas também pela assistência nos processos.

Entretanto, só nos anos 60 pode-se dizer que a assistência judiciária gratuita passou a constar no topo da agenda de reformas judiciárias, algo que simboliza uma mudança substancial em relação aos padrões estatais liberais de outrora. A imponência do movimento constitucionalista pós guerra reforçou a importância da implementação pelo Estado de uma pauta contundente de direitos sociais e de um amparo mais robusto de comportamentos estatais que beneficiassem as grandes massas de excluídos da ordem econômica liberal.

Cappelletti estudou, em suma, dois modelos de assistência judiciária gratuita, destacando virtudes e vicissitudes em ambos e, ao fim, sugeriu uma terceira via que nasça da fusão dos destes dois modelos.

O sistema *judicare* foi implementado com mais rigor nos anos 70 na França, Inglaterra, Holanda e Alemanha Ocidental. Consiste na modalidade de prestação de assistência pelo Estado na qual advogados particulares são remunerados pelo Estado para atenderem aos mais carentes. O escopo é nobre: conferir ao litigante mais pobre a mesma assistência judiciária obtida por aquele que pode pagar um advogado.

Em alguns países, como a Inglaterra, nos primórdios de implementação de tais programas houve inclusive a razoável preocupação de dar oportunidade no

sentido do litigante pobre escolher seu advogado na lista de causídicos que haviam aderido a esta iniciativa estatal. A não imposição de um advogado ao mais pobre proporciona mais intimidade e confiança na relação entre cliente e causídico, algo primordial na busca de mecanismos que facilitem a inclusão social daqueles ressentidos em buscar o amparo jurisdicional. Contando com pessoas de sua confiança, é óbvio que os mais carentes terão menos pudores em relação aos ambientes hostis da Justiça convencional e a lógica nem sempre inteligível da burocracia judiciária.

Não obstante tais avanços, o sistema *judicare* não passa incólume de críticas. Se, por um lado, desfaz a barreira do custo, por outro giro, aponta-se que fez pouco para ir na raiz dos problemas, ou seja, realmente atacar as barreiras que dificultam o acesso do mais carente. O pobre precisa, além do advogado, de alguém que o auxilie até a descobrir as possibilidades que tem para demandar, posto ser parvo de conhecimentos jurídicos. Assim sendo, o habitual é os mais pobres se utilizem, em regra, do sistema *judicare* apenas para demandas comuns nas searas tradicionais do Direito de Família ou no Direito Penal, não reivindicando seus novos direitos, por exemplo, na seara consumerista e ambiental.

Diga-se ainda que o sistema *judicare*, apesar das boas intenções, não consegue total aproximação do pobre, normalmente pessoa simplória e arredia, e a classe dos advogados, em geral social, cultural e geograficamente afastada da plebe.

Além disto, o sistema *judicare* não está aparelhado para ações coletivas em favor dos pobres, se cingindo apenas a demandas individuais, o que faz com que o sistema *judicare* não afaste o fosso entre pobres e ricos.

O segundo modelo de assistência judiciária gratuita objeto de conjecturas é o sistema de advogados remunerados pelos cofres públicos. Neste modelo o grande exemplo são os Escritórios de vizinhança implementados nos EUA nos anos 60. Os mais carentes são atendidos por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses dos pobres, não só individualmente, mas também enquanto classe, com o uso freqüente de casos-teste e atividades de *lobby* dos interesses dos mais pobres junto às mais altas instâncias judiciais. Os escritórios de vizinhança, localizados em comunidades pobres, são pequenos e acolhedores, contando com advogados trabalhando em equipes. Este trabalho

nesta conjuntura pode fazer com que os advogados conheçam melhor os problemas típicos dos pobres, bem como se presta a conferir às pessoas mais consciência de seus direitos, sem a frieza e a estranheza que normalmente permeiam o acesso do pobre a um advogado.

Assim como tem vantagens, o segundo sistema tem seus flagelos. Trata-se de um modelo no qual os advogados, embora imbuídos de louvável nobreza, acabam sendo contaminados por certo estrelismo e tendem a adotar posturas judiciais muito agressivas. Isto, por certo, gera depreciativa estigmatização de tais advogados e dos programas aos quais estão vinculados. Nota-se também uma exagerada atenção apenas aos casos-teste, de maior repercussão (justamente aqueles que conferem estrelato aos causídicos e ao programa) e certo desleixo com relação a causas pequenas e litígios individuais. Fora isto, há um excesso de paternalismo e laços estatais que tornam tais programas muito subservientes às vontades dos governantes de plantão, de maneira que, em dado instante, os programas podem sofrer frenagens se colidentes com os anseios do Estado ou de seus apadrinhados. Por fim, há que se frisar a própria impossibilidade de recursos governamentais suficientes para manutenção em alto nível destes programas, de maneira que nem todos os necessitados conseguem o devido amparo dos advogados remunerados pelos cofres estatais.

A adoção dos modelos *judicare* e de advogados remunerados pelos cofres públicos em combinação revela-se a via mais salutar. Os modelos combinados aumentam o leque de escolha dos indivíduos, que podem optar entre os serviços personalizados de um advogado particular e a capacitação especial dos advogados de equipe.

Apesar das benesses advindas pelo aprimoramento da assistência judiciária gratuita, o acesso à justiça não se restringe a esta onda. É necessário que haja um grande número de advogados dispostos a exercer trabalhos nesta natureza, um número que pode até exceder a oferta, especialmente em países em desenvolvimento. Em função disto, ocorre a obrigatoriedade de que existam grandes dotações orçamentárias para tais programas e isto nem sempre tem se mostrado uma das prioridades dos orçamentos estatais. A conseqüência maléfica desta conjuntura é o desvirtuamento de uma boa proposta, já que sem remuneração adequada, os serviços jurídicos para os pobres tendem a ser pobres

também.²⁵

A segunda onda renovatória diz respeito à representação em juízo de direitos difusos e coletivos. O processo antes era visto apenas como um assunto entre duas partes, sem destacados espaços para inserção de coletividades e grupos grandiosos em discussões judiciais. Isto, em verdade, nada mais é do que o reflexo, no Direito Processual, do individualismo como marca registrada de concepções liberais nas ciências jurídicas.

Com efeito, a substituição processual permitindo que um ente, em nome próprio, represente em juízo os direitos de grandes massas, gera uma autêntica revolução no direito processual, fazendo com que o processo tradicional, antes refratário à defesa de direitos coletivos e difusos abra espaço para uma nova ordem de tutela dos direitos das massas.

Com isto, por óbvio, as normas acerca de legitimidade, procedimento e atuação dos juízes, que não abarcavam as demandas de interesses difusos e coletivos, tiveram que sofrer radical transformação.

Como nem todos os titulares de interesses difusos e coletivos podem estar em juízo, é preciso que haja um representante adequado para agir em benefício da coletividade. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão judicial deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que não tenham tido a oportunidade de ser ouvidos em juízo. Desta forma, a visão individualista do devido processo legal está cedendo lugar à uma concepção coletiva.

Inobstante tais avanços, é preciso denunciar que a ação governamental no sentido de fomentar atuações neste sentido revela-se extremamente tímida. Ainda mostra-se difícil superar a relutância tradicional em conferir legitimação a indivíduos ou grupos para atuarem em defesa de interesses coletivos e difusos.

É triste constatar que tanto em países do *common law*, quanto em países do sistema romano germânico, as instituições governamentais que deveriam se esmerar na tutela dos interesses coletivos e difusos são opacas neste sentido.

Configura-se como indispensável que exista qualificação técnica em áreas não jurídicas dos corpos que se propõe a defender direitos difusos e coletivos.

²⁵ Sobre o tema, assim comentou Donald Armelin: “A assistência judiciária somente poderá atender integralmente os reclamos sociais, se e quando estiver estruturada convenientemente e contar com número suficiente de advogados e defensores públicos, em condições de atender a pletera de serviços que lhe são cometidos”. in ARMELIN, Donald. *Acesso à justiça*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. volume 31. p. 181

Desta maneira, seria fundamental que tais entes tivessem à sua disposição sofisticados recursos humanos nas áreas da medicina, contabilidade, urbanismo, questões afetas ao meio ambiente, à informática, etc....

Perguntar não ofende: a qualificação técnica metajurídica é algo comum nos quadros dos entes que defendem em juízo direitos coletivos e difusos? Como tais entes estarão preparados para litígios contra grandes conglomerados econômicos que ofendem direitos de grandes massas, mas, em juízo, possuem grande arsenal técnico para fazer valer suas alegações de inocência?

Uma saída razoável talvez seja reconhecer a fragilidade de órgãos estatais na defesa de direitos difusos e coletivos, bem como ter em mente que tais órgãos são extremamente suscetíveis à influência de grupos de pressão organizados, atributo que grupos privados nascidos de movimentos sociais podem se desvencilhar. Logo, a sociedade civil organizada deve assumir papel de destaque na tutela dos interesses em massa, sendo fundamental que a legislação seja benevolente na permissão de legitimidade para tais grupos atuarem em juízo.

Logo, é preciso reconhecer o papel essencial dos grupos privados na tutela de interesses difusos e coletivos, justamente porque podem mitigar as carências das ações governamentais. Todavia, pode subsistir problema no sentido de que tais grupos nem sempre são realmente organizados e fortalecidos para assumir esta conotação. Verifica-se, portanto, a necessidade de recursos econômicos e maior especialização tecnológica para que a ação destes grupos seja mais eficaz. Além disto, é preciso um processo de maturação da própria sociedade civil, muito apregada a paternalismos estatais e pouco disposta a mover-se por conta própria na consecução de seus interesses.

Talvez um razoável exemplo da possibilidade de êxito destes grupos privados na tutela de direitos difusos e coletivos está nos Estados Unidos. As *class action* e as ações de interesses coletivos admitem que um litigante represente toda uma classe de pessoas numa determinada demanda, evitando os custos de uma organização permanente. O poder de barganha dos membros destas classes é reforçado pela ameaça concreta de milionárias indenizações para aqueles que violam direitos do consumidor, direitos na seara ambiental, direitos relacionados à saúde de algumas coletividades, etc.... Com o esquema de honorários condicionais, *ad exitum*, em demandas milionárias é financeiramente compensador para advogados patrocinarem tais causas, o que justifica o esforço e dedicação especial

dos causídicos em tais processos. Além disto, os meios de comunicação por vezes se mostram propensos a divulgar com boa profusão ações deste estilo, de maneira que destinam grande cobertura para tal pauta, influenciando diretamente a opinião pública.

É preciso dizer que as *class action* também tem limitações e imperfeições. Há exigências de especialização técnica, experiência, força de *lobby* e recursos financeiros para litígios desta ordem. Desta forma, apenas grupos permanentes e não classes efêmeras conseguem sucesso na promoção de tais ações.

No fim, a melhor alternativa continua sendo a mesclagem de sistemas. Assim sendo, onde já existam grupos particulares que sejam efetivamente representativos, eles devem ser mantidos e receber o apoio governamental necessário (sem ingerência abusiva, frise-se). Em alguns casos, especialmente quando os interesses difusos não puderem ser devidamente representados por grupos privados, a advocacia pública será mais adequada.

A terceira onda renovatória faz alusão ao novo enfoque do acesso à Justiça e tem, em verdade, um alcance mais amplo do que apenas o enfoque na assistência judiciária e na tutela de interesses difusos, até porque engloba perspectivas das duas primeiras ondas renovatórias e procura aprimorá-las. Ao mesmo tempo, trata-se de uma idéia vaga, semanticamente indeterminada, podendo dar azo a muitos simbolismos e figuras retóricas despidas de concretude. Logo, o esforço para saber o que de “novo” realmente é interessante para o acesso, sem, contudo, fechar as portas para outras possibilidades que só o tempo e as contingências sociais poderão ditar, exige muita argúcia do estudioso de acesso à Justiça.

É preciso, em um primeiro instante, centrar atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Este estudo certamente não é de matiz meramente jurídica, necessitando de arsenal metodológico da Filosofia, da Sociologia, da Antropologia, da Psicologia, dentre outros saberes.

Embora seja lugar comum, não deixa de ser válido registrar que há grandes dificuldades de tornar efetivos os novos direitos aos pobres e consumidores, bem como não se resolve a questão da efetividade apenas com advogados e “boas intenções”. Exigem-se novos mecanismos procedimentais que tornem tais direitos exequíveis.

Desta forma, é preciso meditar sobre o sistema judiciário e torna-se indispensável pensar em um extenso rol de reformas. Tais reformas devem alterar procedimentos, legislações substantivas²⁶ e a própria estrutura dos Tribunais.

Cabe advertir que se caracteriza como algo fundamental na adaptação do Direito Processual aos novos tipos de litígios levar em conta a inumerável diversidade de tipos de demandas. Um processo nunca é totalmente igual ao outro, de maneira que as soluções dadas para um litígio podem ser completamente inócuas para o outro. Alguns processos têm na sua natureza a peculiaridade de exigirem soluções rápidas, sob pena de perecimento do direito e perda do objeto, ao passo que outras ações só podem comportar decisões escorreitas com menos afobação e mais primor na dilação probatória.

Apreciar com esmero os contrastes entre litígios de repercussões coletivas e individuais é medida útil para corrigir vícios procedimentais que são comuns na condução pasteurizada de processos.

As partes em litígio também devem ser levadas em consideração. Elas podem ter relacionamentos prolongados e complexos ou apenas contatos eventuais. Aparece, portanto, a necessidade de aprimorar a mediação para preservar relacionamentos respeitáveis. Imagine-se, por exemplo, uma longa demanda entre vizinhos ou familiares em estado de ferrenha beligerância. Encontrar formas de evitar a reiteração de agressões mútuas configura-se como indispensável para a manutenção de certo grau de serenidade no litígio. A tensão das partes pode até contaminar o juiz que, envolto em uma grande polêmica, pode optar por decisões precipitadas, movidas apenas por volatéis emoções. Há ainda o risco, em diapasão contrário, do magistrado, diante de tal conjectura de litígio, ser até o responsável pela maior morosidade processual, simplesmente porque teme enfrentar o cerne dos pontos controvertidos do processo. Para tal espécie de

²⁶ É recorrente a idéia de que basta editar leis para todo e qualquer problema na ordem social. Tal tendência, em verdade, demonstra uma tentativa vã de onipresença do legislador e até torna fugaz o processo legislativo. A inflação de leis torna o ordenamento confuso, caótico, repleto de antinomias, ininteligível aos olhos do cidadão comum. Pior ainda é que, ao invés de melhorar a questão da efetividade, acaba tornando-a mais complicada, porque nem sempre as novas leis conseguem o propósito de serem efetivas. Há ausência de aparato estatal para cumprir os ditames legais e até mesmo ausência de aceitabilidade social diante de leis que nem sempre reproduzem as aspirações de bem comum e são apenas remendos oportunistas. Novas legislações devem sempre existir, mas não em profusão exagerada e com enfoque pontuais, fruto de ampla discussão social e aptas para possuir mecanismos que garantam sua efetividade. Leis substantivas no que diz respeito ao acesso à Justiça devem sempre ter como foco a prevenção de litígios e a criação de critérios que informalizem e facilitem a solução de demandas.

magistrado, a tática de procrastinar o litígio com despachos estéreis revela-se eficiente nesta perspectiva de fuga.

Mister ressaltar que merece devida atenção a observação no que tange as diferenças de poder de barganha e experiência em litígios entre as partes. O litigante habitual, economicamente mais poderoso e socialmente mais influente, leva incontáveis vantagens sobre a outra parte. Possui, por exemplo, mais capacidade de reconhecer um direito, custear pequenas causas, encaminhar casos-teste com o escopo de criar precedentes favoráveis, controlar o cumprimento de leis e até fazer *lobby* para alterar legislações que não lhe sejam favoráveis.

Com o ecletismo e a abertura epistemológica que lhe é peculiar, Cappelletti não deixou suas ponderações adstritas à Justiça convencional e também defendeu o incentivo de mecanismos privados e informais de solução de litígios, temática que será objeto de conjecturas mais agudas com os estudos sobre Boaventura de Sousa Santos, bem como ao longo de toda esta dissertação.

2.1.4

O pluralismo jurídico e os contributos para o acesso de Boaventura de Sousa Santos

Um dos mais inquietantes e reveladores estudos sobre Acesso à Justiça vem da Sociologia do Direito²⁷. Boaventura de Sousa Santos, autor português de prestígio na Sociologia, na Filosofia, na História e na Antropologia, é nome também comum nos bons estudos jurídicos, principalmente naqueles que procuram fugir do lugar comum das retóricas excessivamente “modernas” e das promessas estatais despidas de efetividade. Boaventura é um destes autores que efetivamente colocou “o dedo na ferida”, e não se furtou de denunciar o quão ideológico e ilusório o Direito convencional pode se apresentar, principalmente quando colima manter privilégios de castas burguesas e perpetuar a exclusão social de massas .

A grande projeção nos meios acadêmicos das obras de Boaventura revela até um agradável desvio de foco nas perspectivas zetéticas acerca do Direito. Até metade do século XX os estudos sociológicos a respeito do Direito se fundavam

²⁷ Segundo os bons estudiosos da área, entre eles o próprio Boaventura de Sousa Santos, a Sociologia do Direito só ganhou ares de ciência social, isto é, virou ramo especializado da Sociologia Geral depois da Segunda Guerra Mundial, criando um objeto específico para si, com ligações, mas autonomia em relação à dogmática jurídica e a filosofia do direito.

demasiadamente em aspectos normativo substantivistas, com destaque, por exemplo, para as considerações de Erlich²⁸, ícone da Escola do Direito Livre, e defensor das idéias do “direito vivo” e da “criação judiciária do direito”. Com Boaventura, essa conjuntura intelectual sofreu contundente alteração. No século XX, os anos 60 marcam maior consideração no estudo de questões processuais e institucionais do Direito. Galgou projeção a pesquisa sobre mecanismos de prevenção e resolução dos conflitos, deslocando-se atenção menos para a norma em si e mais para dimensões processuais e organizacionais do Direito, abordando-se, por conseguinte, lutas protagonizadas por grupos sociais, as disparidades no acesso e a crise da administração da justiça.²⁹

Certamente, uma das obras primas de Boaventura e que aqui será ponto de detidas reflexões é “O Discurso e o Poder- Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica”, publicado no Brasil pela Sérgio Antonio Fabris Editor. Esta obra retrata uma realidade dos anos 70, mas que, não obstante as alterações de conjuntura da comunidade pesquisada, ainda pode ser um grande referencial para a temática do acesso à Justiça. Boaventura foi sagaz o bastante para, realizando uma comparação entre o Direito estatal oficial e a ordem jurídica paralela de uma favela do Rio de Janeiro (a qual apelida de “Passargada”), demonstrar pontos de ineficiência, contradição e dominação capitalista no Direito estatal e a reação de comunidades carentes, as quais, relegadas da ação estatal, abdicam do Direito oficial e passam a adotar práticas menos formais, contudo mais fulcradas no consenso e nas contingências destas comunidades. Embora o “direito” informal de tais comunidades possa parecer rudimentar e ilegítimo, a conclusão é que o atingido por tal nível de jurisdição se sente muito mais satisfeito com o funcionamento de seu sistema jurídico do que os afetados pelas diretrizes burocráticas e institucionalizadas da Justiça convencional.³⁰

²⁸ Embora na nota anterior tenha sido feita uma referência sobre o Pós Segunda Guerra como marco inicial de consolidação da Sociologia do Direito, insta dizer que uma respeitável corrente de sociólogos defende que Erlich, no início do século XX, foi o inaugurador de tal disciplina. Sem menosprezar o fausto da obra de Erlich, o fato é que, em termos de refinamento metodológico e especificidade na escolha dos objetos de pesquisa, a Sociologia do Direito se firmou como um saber notoriamente autônomo realmente no Pós Segunda Guerra.

²⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10ª edição. São Paulo: Cortez, 2005, p. 165

³⁰ Em outro texto, Boaventura ratifica tal postura: “*Vem surgindo, por outro lado, em alguns setores, uma autêntica justiça alternativa, como nas favelas do Rio de Janeiro, onde foi detectada até mesmo a existência de um direito inoficial. Nos bairros dessas favelas verificou-se que a*

Perfilhando o pensamento de Boaventura com os contributos de Antônio Carlos Wolkmer, é possível avançar ainda mais no trabalho de desmistificação do discurso jurídico unitário estatal. Emblemático neste sentido é a seguinte passagem de Wolkmer:

“ Aceitar a politização de idéias e das instituições jurídicas significa superar todo e qualquer viés metodológico representado pelo historicismo legal de cunho formalista, erudito e elitista. (...) Deixando de lado a concepção elitista de cultura- associada à acumulação de conhecimentos, à uniformidade de padrões transmitidos e à racionalidade individualista- busca-se introduzir a noção de cultura à práxis humana e às manifestações intelectivas da consciência criadora de um povo. Pode-se, com efeito, particularizar uma certa prática de cultura, atribuindo maior significado à cultura popular ou à erudita, à cultura das classes subalternas ou das classes dominantes”³¹.

Boaventura lançou o ponto inaugural de sua crítica com base naquilo que pode ser considerado como um desvirtuamento da análise das estruturas e das funções do Direito na sociedade. A primeira grande condenação pode ser lançada quanto à ausência de verdadeira interdisciplinaridade nos estudos do discurso e da argumentação jurídica, tendo em vista o divórcio entre Sociologia, Antropologia e Filosofia do Direito.

Consectário grave disto é a ignorância e o preconceito em relação às formas não convencionais de Direito³². A pretensão recorrente de exprimir o Direito sempre em metanarrativas despreza micrologias e singularidades de espaços que, além de não se adaptarem aos padrões jurídicos elitistas, são solenemente desprezados pelos atores estatais. A criação de um Direito próprio,

Associação de Moradores passou a funcionar como verdadeira instância de resolução de conflitos entre vizinhos, o que pode permitir a conclusão de que o Estado contemporâneo não tem o monopólio da produção jurídica, ou mesmo da distribuição da justiça”. in SANTOS, Boaventura Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. op.cit.p. 131

³¹ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 02/03

³² Nos estudos de Boaventura é possível encontrar outros casos nos quais há contornos de pesquisas que, tais como o dele, abordarem a temática do pluralismo jurídico e de conjunturas jurídicas extra-estatais: “*Os estudos de Evans-Pritchard (1969) no Sudão, de Gulliver (1963) e Saly Moore (1970) na África Oriental, de Gluckman (1955) e Van Velsen (1964) na África Ocidental tiveram um impacto decisivo no desenvolvimento da sociologia do direito. Deram a conhecer formas de direito e padrões de vida jurídica totalmente diferentes dos existentes nas sociedades ditas civilizadas; direitos com baixo grau de abstração, discerníveis apenas na solução concreta de litígios particulares, direitos com pouca ou nula especialização em relação às restantes actividades sociais; mecanismos de resolução dos litígios caracterizados pela informalidade, rapidez, participação activa da comunidade, conciliação ou mediação entre as partes através de um discurso jurídico retórico, persuasivo, assente na linguagem comum. Acima de tudo, estes estudos revelaram a existência na mesma sociedade de uma pluralidade de direitos convivendo e interagindo de diferentes formas*”. in SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. op.cit.p. 175

com linguagem, regras, formas e mecânica de decisões particularizadas reflete até mesmo a obrigatoriedade de criar um mecanismo de regulação de convivência diante do ocaso e da opacidade do Direito estatal. Rejeitados pelo “grande pai Estado”, estes órfãos precisam lutar por sua sobrevivência.

Embora se confesse em vários instantes de suas obras simpático às teorias marxistas, Boaventura, como todo grande pensador, teve abertura e maturidade o bastante não só para criticar as narrativas oficiais, mas também denunciar erros e omissões da perspectiva sociológica marxista. Para Boaventura, a teoria marxista também foi pouco hábil em reconhecer o pluralismo jurídico e o direito em áreas marginais. Uma passagem cativante de Boaventura neste sentido é a seguinte:

“ No que diz especificamente respeito ao discurso jurídico, a sociologia positivista do direito considera-o pouco controlável pelos métodos da razão técnica que constituem a base da sua cientificidade, enquanto a sociologia marxista tende a ver nele um objeto teórico de extracção idealista não compreensível nos seus próprios termos e apenas explicável à luz da crítica da ideologia. Para ambos os paradigmas sociológicos, o discurso jurídico é uma marginal ao estudo das estruturas de poder e do controle social na sociedade contemporânea e como tal pode ser deixada ao domínio da especulação filosófica. Em meu entender, a teoria sociológica do direito e, muito em especial, a teoria marxista, terá de vencer os tabus e as divisões de trabalho teórico tradicionais, sob pena do esquecimento do direito e de não avançar para além das generalidades grosseiras e dos slogans politicamente eficazes, mas teoricamente pouco consistentes e pouco elucidativos”.³³

Antes de uma mais consistente análise sobre os motivos para este equívoco e as formas de corrigir aquilo que podemos qualificar como uma “miopia do saber jurídico” (enxergar somente aquilo que está próximo), urge tecer considerações sobre os auspícios da tópica e da retórica no Direito, pedágios para conseguirmos o intento que nos propusemos.

O que hoje ganhou relevada projeção como a “Teoria da Argumentação”, propagada com efusão por autores como Neil MacCormik e Robert Alexy, consiste em um resgate do modo de pensar tópico ou retórico. Tal “ressureição” ocorreu com mais impacto na Europa pós 2ª Guerra Mundial, abarcando várias disciplinas, não só o Direito. Um dos grandes responsáveis por este retorno foi Theodor Viehweg, crítico atroz da lógica formal e dos excessos da concepção cartesiana de ciências.

³³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder- ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. 2ª reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 05

Apesar de hoje sofrer contundentes críticas³⁴, a obra de Viehweg apresenta como vantagem a necessidade de exigir raciocínios onde não cabem fundamentações conclusivas, bem como explorar aspectos do diálogo que permanecem ocultos sob uma perspectiva fundada apenas na lógica tradicional.

Destaque também merece Chaim Perelman, outro “escafandrista” dos estudos da retórica, pensador com sensibilidade fina o bastante para levar a razão para campos além das ciências empíricas, transportando tais padrões para áreas como a Filosofia e o Direito. Os argumentos retóricos não estabelecem verdades “evidentes”, mas sim descortinam o razoável em certas decisões. Perelman trabalhou muito com a perspectiva do auditório e da necessidade de uma argumentação persuasiva, convincente, galgando adesão pelo bom manejo da razão e da linguagem adotadas no auditório, nunca pela utilização de qualquer forma de violência física ou psicológica.

A concepção tópico-retórica, com efeito, é uma resposta ousada às tentativas de enquadrar o Direito como ciência presa no dogmatismo e em um sistema fechado de racionalidade tecno-jurídica. Os padrões de ciência que só se sustentam com verdades absolutas, sempre passíveis de demonstração, representam o caos da Modernidade. O saber tópico retórico quando retorna a Aristóteles e foge dos silogismos simplistas e das deduções puramente lógicas em nome da construção de um conhecimento que se sustenta em bases de razoabilidade e plausibilidade termina por se consolidar em um lugar mais distante do fiasco contrafático.

A linguagem tópico retórica tem no seu âmago uma abordagem democrática do Estado e do Direito, uma vez que só pode ser realizada neste tipo de conjuntura. É inimaginável o debate argumentativo em Estados totalitários. Dessa maneira, é inegável que tal vertente surge como uma terceira via entre a pseudo aparência científica de teses do cientificismo tradicional e o recurso à truculência para fazer vencer opiniões por quem não consegue justificar suas opções. O viés tópico retórico traz consigo a relativização dos dogmas de verdade e a sapiência de observar com atenção o auditório para o qual o discurso é canalizado.

³⁴ Os críticos de Viehweg o acusam de ser muito vago, exagerar na contraposição entre pensamento tópico e pensamento sistemático, ter concepções ingênuas e vazias de Justiça e não fornecer critérios mais sofisticados para a adoção do inventário de tópicos.

As vantagens do método retórico tópico são evidentes. Contudo, nem por isso esta perspectiva deixa de apresentar vícios.

Embora libertário e democrático, tal método, na prática, também foi mais adotado pela ação estratégica e manipuladora do discurso iluminista “moderno”. As confusas “luzes” do discurso democrático ocidental parecem querer iluminar o mundo todo, mas os holofotes estão voltados apenas para as comunidades centrais. As periferias apenas visualizam o clarão ao longe. Permanecem, em verdade, abandonadas na escuridão.

Há, portanto, um grande ponto de interrogação sobre a amplitude do método tópico retórico. Se o campo de argumentação só se voltar para sistemas oficiais e localidades abarcadas pela ação estatal, será certamente apenas mais uma nova forma de violência, na qual os gritos e desmandos são substituídas pela coerção com as palavras. Importa saber a quem isto interessa e como os segregados do banquete do racionalismo convencional podem se organizar e reagir.

Neste ponto, fundamental trazer consistente crítica retirada da obra de Manuel Atienza sobre Perelman e o âmbito de adoção da retórica. O nome de Boaventura e sua trajetória pluralista são mencionados nesta consideração:

“ Finalmente, o fato de Perelman situar o centro de gravidade do discurso jurídico no discurso judicial, e, em particular, no discurso dos juízes das instâncias superiores, supõe a adoção de uma perspectiva que distorce o fenômeno do Direito moderno (se se prefere do Direito dos Estados pluralistas, quer dizer, dos Estados capitalistas democráticos), na medida em que atribui ao elemento retórico- ao aspecto argumentativo- um peso maior do que ele realmente tem. Boaventura de Sousa Santos tem razão ao sustentar que o fator tópico-retórico não constitui uma essência fixa e nem caracteriza exclusivamente o discurso jurídico. O espaço retórico existe em outros espaços: o espaço sistêmico (digamos, o discurso burocrático) e o espaço da violência. (...) o Direito do Estado moderno se caracteriza por tender a apresentar um nível mais elevado de institucionalização da função jurídica e instrumentos de coação mais poderosos, com o que o discurso jurídico ocupa, em suma, um espaço retórico menor”.³⁵

A lúdica perspectiva comparativa de Boaventura foge justamente deste perigo ao traçar um quadro de análise do direito oficial e do “direito” provindo das favelas. As localidades marginais, distantes do discurso racionalista estatal, precisam criar mecânicas próprias de subsistência organizacional, com versões retóricas próprias e Boaventura captou muito bem isto.

³⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito- teorias da argumentação jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Landy, p. 87.

Tendo clarividência para entender o quão tal opção representa um enriquecimento para que se lance um olhar efetivamente democrático para o fenômeno jurídico, José Ribas Vieira assim se expressou:

“ A democratização da Justiça apresenta um significado para nós na medida em que se volte, dentro de um ponto central, na busca de uma nova forma de legitimidade e de uma atuação mais política. Isto é que, de concreto, se subordine a uma soberania popular e coloque a seu serviço. Fora esse dado fundamental, é imperioso estruturar um projeto político viabilizando novas formas de recrutamento e de uma participação de uma Justiça não togada”.³⁶

Na rica temática de estudos de Boaventura, destaque para as associações de moradores que não se furtaram de servir como instâncias facilitadoras da resolução dos conflitos corriqueiros do cotidiano das favelas. Nas favelas, assim como “no asfalto”, também ocorrem embates provindos de relações de família, relações de vizinhança, conflitos de terra, querelas relacionadas à locação, embates com base em temáticas consumeristas. Ingênuo será aquele que pensar em total anomia das áreas marginalizadas e o império completo da barbárie e do caos. A opinião pública, conhecedora dos movimentos de violência e dos abusos do tráfico de drogas, mazelas deploráveis das quais os guetos, favelas e regiões marginais efetivamente padecem, geralmente ignora que tais espaços podem se mobilizar e implementar dinâmicas de sobrevivência pautadas no consenso e na informalidade muito mais construtivas do que o Direito tradicional.

Vital para compreender este processo é recorrer à seguinte lição de Boaventura:

“ O direito de Pasárgada é um direito paralelo não oficial, cobrindo uma interação jurídica muito intensa à margem do sistema jurídico estatal (o direito do asfalto, como lhe chamam os moradores das favelas, por ser o direito que vigora apenas nas zonas urbanizadas e, portanto, com pavimentos asfaltados). Obviamente, o direito de Pasárgada é apenas válido no seio da comunidade e sua estrutura normativa assenta na inversão da norma básica (grundnorm) da propriedade, através do qual o estatuto jurídico da terra de Pasárgada é consequentemente invertido: a ocupação ilegal (segundo o direito do asfalto) transforma-se em posse e propriedades legais (segundo o direito de Pasárgada). Efecutada esta inversão, as normas que regem a propriedade no direito de asfalto podem ser selectivamente incorporadas no direito de Pasárgada e aplicadas na comunidade”.³⁷

³⁶ VIEIRA, José Ribas. *O Judiciário e a democratização adiada: alternativas*. In *Lições de Direito Alternativo 2* – Organizador Edmundo Lima de Arruda Jr. São Paulo: Acadêmica, 1992. pp. 116-117

³⁷ SANTOS, Boaventura Sousa. “*O discurso e o poder- ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*”. op.cit. p. 14

A passagem final do trecho em comento demonstra inclusive a não total revogação do direito estatal nas instâncias marginais. O que ocorre, em verdade, é apenas a inserção de tal dinâmica jurídica num quadro de subsidiariedade, cedendo lugar principal para o fórum jurídico pelas comunidades segregadas.

O direito informal das favelas é detentor de diversas peculiaridades que explicam seu êxito. Sem a pretensão de esgotar todo o variável e contingente elenco de causas deste sucesso, vale tecer prudentes comentários sobre o tema.

Uma das características mais interessantes do discurso jurídico do direito nas favelas reside no fato das decisões não saírem do processo dedutivo lógico da aplicação de normas codificadas ao caso concreto. O direito das favelas é refratário a isto até pelo simples fato de não ser taxativamente codificado. As decisões saem fruto de um processo dialogal de negociação, mediação e ampla compatibilização da carga argumentativa dos litigantes. Trata-se, portanto, de decisão que é mais facilmente aceita pelas “partes” e pelo aquilo que Boaventura chama de “auditório relevante”³⁸ (a começar pelos vizinhos e parentes que seguem de perto o caso), de maneira que cria um alto teor de persuasão que mitiga a rejeição por alguns dos envolvidos da execução do decidido.

Sem a pretensão de ficar preso a maniqueísmos, ainda assim é preciso dizer que é esta, sim, é a boa retórica, a retórica branca. No direito das favelas, a construção retórica do processo de decisão condiciona a própria decisão, ao contrário do direito oficial no qual a retórica negra oculta ideologias de classe e pactos draconianos.

A estrutura da resolução de conflitos no direito das favelas, com efeito, assume ares de mediação. Demonstrando as vantagens da mediação se comparadas com a tradicional “adjudicação” (termo usado para designar as sentenças definitivas com resolução de mérito e sucumbência), Boaventura assim se expressa:

“Porque a estrutura do processo se condensa na conclusão, a decisão tende a assumir a forma de mediação. Ainda que uma das partes possa ser mais vencedora do que outra, o resultando nunca é de soma-zero, ao contrário do que sucede na forma de adjudicação (vencedor/vencido), que é hoje largamente dominante nos sistemas jurídicos oficiais dos estados capitalistas (se não mesmo do estado moderno, em geral). A estrutura da mediação é a topografia de um espaço de mútua cedência e de ganho recíproco. Deve, no entanto, distinguir-se a

³⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. “*O discurso e o poder- ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*”. op.cit. p. 18

mediação da negociação. A negociação é uma estrutura decisória em que o juiz/árbitro (a “terceira parte” em linguagem da antropologia jurídica), quando existe, é mera correia de transmissão de uma sequência de propostas e contra-propostas das partes com vista à convergência possível. Ao contrário, na mediação o juiz desempenha um papel activo e constitutivo, no qual se tece a distanciação que lhe permite afirmar-se como sede da decisão, ainda que se trate de uma distanciação precária, na medida em que aspira à sua auto-negação na adesão das partes, isto é, no acto pelo qual as partes fazem sua a decisão. A mediação é, de algum modo, o termo médio entre a adjudicação e a negociação”.³⁹

Resta claro que a mediação é capaz de impedir o oceano de distância entre o conflito real e o conflito transcrito no processo, separação que domina o Direito estatal e que até faz, para muitos, o Direito processual convencional como ciência maldita. Cumpre frisar que esta modalidade retórica de informalidade e decisões menos traumáticas para os envolvidos só é possível em comunidades que, de fato, acatem a reprodução do fenómeno jurídico fincado em máximas de cooperação.

Vários podem ser os inconvenientes da adjudicação. Uma das reticências ao uso indiscriminado deste modelo decisório vem de Lédio Rosa Aguiar:

“ Os movimentos sociais organizados encontram, nas decisões judiciais tradicionais, um forte obstáculo, pois os interesses dos sindicatos dos posseiros, de grupos minoritários discriminados, dos escritórios de advocacia popular e dos pobres em geral, destoam das pretensões dos detentores do poder, aqueles que elaboram o Direito oficial.”⁴⁰

A decisão judicial tradicional, muitas vezes, apenas impede a continuação de um conflito, sem, entretanto, eliminar o âmago da litigância. Decisões desta ordem acabam, por vezes, mantendo as iniquidades da ordem social estabelecida⁴¹.

Corolário desta mentalidade é o seguinte posicionamento do trio Ada

³⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. “*O discurso e o poder- ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*”. op.cit. p. 21

⁴⁰ ANDRADE, Lédio Rosa. *Juiz alternativo e Poder Judiciário*. op.cit.p. 76

⁴¹ Nesta esteira, para enriquecer o debate, urge trazer à baila as ponderações de Marilena Chauí sobre o contorno ideológico opressor do Direito estatal: “ *Através do Estado, a classe dominante monta um aparelho de coerção e de repressão social que lhe permite exercer o poder sobre toda a sociedade, fazendo-a submeter às regras políticas. O grande instrumento do Estado é o Direito, isto é, o estabelecimento das leis que regulam as relações sociais em proveito dos dominantes. Através do Direito, o Estado aparece como legal, ou seja, como ' Estado de Direito' . O papel do Direito ou das leis é o de fazer com que a dominação não seja tida como uma violência, mas como legal, e por ser legal e não violenta deve ser aceita. A lei é direito para o dominante e dever para o dominado. Ora, se o Estado e o Direito fossem percebidos nessa sua realidade real, isto é, como instrumentos para o exercício consentido da violência, evidentemente ambos não seriam respeitados, e os dominados se revoltariam. A função da ideologia consiste em impedir essa revolta fazendo com o que o legal apareça para os homens como legítimo, isto é, como justo e bom. Assim, a ideologia substitui a realidade do Estado pela idéia de Estado (...)* in CHAÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 15 ed. São Paulo: Brasiliense, 1984, pp. 90-91

Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio de Araújo Cintra:

“Vai ganhando corpo a consciência de que, se importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista”⁴²

O direito das comunidades segregadas, diferente do discutível gosto pela “erudição” na lingüística do direito oficial, não tem pudor de utilizar-se de expressões popularescas e senso comum. Desta maneira é evidente que forma-se um arcabouço jurídico mais inteligível.⁴³ Clichês, provérbios, slogans, ditos populares e referências públicas são utilizadas não como ornamentos de discurso, mas sim como justificacões para decisões que conseguem aderência do auditório. Tais expressões, portanto, adquirem conotação de verdadeiros *topoi*.

A linguagem “jurídica” das comunidades segregadas pode, em ocasiões especiais, seletivamente implementar termos da linguagem jurídica oficial, sem contudo ficar preso a hermetismos. É importante ter em conta que até o auditório do direito da favela é diferenciado, uma vez que não se trata de uma linguagem adstrita apenas a iniciados. Nas contendas de tal fórum não só participam os litigantes, mas também vizinhos, parentes, agregados, líderes comunitários, uma gama de atores com expressiva diversidade cultural. Os termos do debate devem sempre ser entendidos por todos os participantes e a pompa de discursos estilosos pode até gerar estigmatização e antipatia. Os participantes certamente sentirão desconforto com aqueles que colimam a vitória na argumentação manipuladora, vazia de conteúdo dialógico.

Com tudo o que se afirma, não se quer negar que eventualmente o direito na favela não tenha tecnicismos. Contudo, trata-se de uma linguagem técnica “popular”, que não gera distância e ruptura com os envolvidos na contenda.

A sofisticação comunicacional da linguagem no direito das comunidades segregadas é tanta que até o “silêncio” é objeto de conjecturas por parte de

⁴² CINTRA, Antônio Carlos Araújo *et al.* *Teoria geral do processo*. 7 ed. . São Paulo: RT, 1990, p. 29

⁴³ Entende Marione que “ a democratização da justiça, na verdade, deve passar pela democratização do ensino e da cultura, e mesmo pela democratização da própria linguagem, como instrumento de intercâmbio de idéias e informações. Enquanto não ocorrer a democratização da linguagem será difícil a realização do tão decantado e falado direito à liberdade de expressão”. in MARINONE, Luís Guilherme. *Novas linhas do processo civil- o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. op.cit.p. 48

Boaventura. Neste sentido, cumpre mencionar trecho no qual o pensador lusitano apresenta a postura do presidente da associação de moradores na mediação de um litígio:

“ O silêncio do presidente, ao dar às partes o controle da fala, dá-lhes também a ilusão do controle do discurso. Na realidade, o facto de o silêncio não ser específico e de, portanto, o presidente, através dele, não manifestar preferência por qualquer área de conhecimento ou de ignorância, cria um certo vazio ou confusão direccional no discurso que as partes procuram compensar ou ultrapassar, falando. Em suma, a terceira parte sabe que quanto menos perguntar mais sabe”.⁴⁴

No direito das comunidades segregadas o objeto do conflito não é estanque e uniforme como o do direito oficial. Pode até ocorrer que, no meio da discussão, em função de dificuldades no encontro de soluções harmônicas, o processo retorne, sem maiores atropelos formais, ao “zero”, com a busca de outras vias argumentativas para definição do objeto litigioso, pretensão das partes e, por conseguinte, busca do consenso. Inimaginável, portanto, que na tentativa de resolução de conflitos, ocorra o indeferimento de produção de provas ou de inquirições sob a máxima “está fora do objeto da causa”, afirmação típica no processo do Direito tradicional. Não há, portanto, um critério inequívoco que permita aguda distinção entre aquilo que é matéria relevante e o que irrelevante. A apresentação do objeto de conflito pelas partes é apenas um ponto de partida. A proposta inicial pode ser alargada ou limitada. Não há maiores óbices para reconvenções e pedidos contrapostos dos envolvidos no pólo passivo. Na verdade, até a distinção entre pólo ativo e pólo passivo em tais contendas não é uma demarcação escorreita. Não é muito apropriado falar em “autores” e “réus” dentro de uma retórica jurídica na qual o objeto do conflito pode ser negociado e construído durante todo o processado. Desta maneira, o conflito certamente poderá atingir questões que não foram objeto de inicial articulação pelos envolvidos, mas que surgiram no calor do debate. Assim é possível ir até as raízes do conflito, passo importante para o encontro de uma solução definitiva e não apenas uma profilaxia temporária para a beligerância das partes.

Outro enfoque curioso é atinente à ausência de rígida cisão entre questões explícitas e questões implícitas no direito das comunidades segregadas. Na verdade, quanto maior a identificação social entre os participantes do discurso,

⁴⁴ SANTOS, Boaventura Sousa. *O discurso e o poder- ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. op.cit. p. 40

torna-se menor o espectro de explicitação da fala.

Salutar também destacar uma distinção favorável da retórica das formas entre o processo do Direito estatal e o do direito informal das favelas. No processo estatal, forma e conteúdo nunca se confundem, bem como não há congruência entre processo e substância. Esta herança weberiana não atinge com tanta força o processo no direito das comunidades segregadas.

Conforme já ressaltado, o “direito do asfalto” é usado apenas subsidiariamente para resolução de conflitos na área de abrangência do direito das comunidades segregadas. Há, em verdade, uma aquisição seletiva de formalismos do processo tradicional, escolha feita sempre com alto grau de flexibilidade e totalmente refratária a padronizações.

Neste contexto, as formas e os requisitos processuais acabam por ter um caráter verdadeiramente instrumental, pretensão que os manuais do Direito oficial almejam, mas não conseguem efetivar na prática. Com efeito, as formas só são usadas no direito das comunidades segregadas na medida em que concretamente podem contribuir para uma decisão reputada justa pelos envolvidos. Logo, ninguém acaba prejudicado em sua pretensão única e exclusivamente em razão do não cumprimento de formalidades ou requisitos processuais.

Refletindo muito bem tal contexto, Boaventura explica esta mecânica da seguinte forma:

“ Esta falta de uniformidade, que pode surpreender ou mesmo escandalizar quem a veja com os olhos etnocêntricos do direito oficial, não é, no entanto, caótica. É determinada pelas exigências normativas e de segurança, que vão se definindo ao longo do processo de prevenção ou de resolução dos conflitos. (...) o recurso ao formalismo, em tais circunstâncias, só tem lugar para dar cobertura a uma decisão substantiva sobre o mérito da causa”⁴⁵

O vazio do procedimentalismo estatal cria uma confusa e neurótica autopoiese do processo judicial, que, indevidamente, exagera ao tentar legitimidade por si próprio. Com isto, o procedimento judicial estatal acaba várias vezes descontextualizando a problemática jurídica e isolando as partes do todo social. Isto funciona como um abominável filtro de neutralização política da lide.

A já mencionada ausência de codificação no direito da favela faz com que este não incorra na ilusão do direito estatal de crer em fetiches como o de que a

⁴⁵ SANTOS, Boaventura Sousa. *O discurso e o poder- ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. op.cit.p. 31

força normativa dos textos legais vem simplesmente do conteúdo neles inserido. O discurso jurídico do direito da favela se utiliza de mais *topoi* e menos da lei, de maneira que se mostra mais flexível e maleável diante das necessidades de constituir diferentes soluções negociais para contendas. A excessiva profissionalização e burocratização das instituições jurídicas estatais advém do hermetismo da dogmática legal, vulnerabilidade da qual o direito das comunidades segregadas não padece.

O discurso jurídico não estritamente legalístico revela-se mais próximo do cotidiano comum dos envolvidos em uma demanda, bem ao contrário da retórica estatal. Uma interação jurídica mais informal viabiliza que o objeto do litígio no direito das favelas abra mais espaço para argumentações, cobrindo, por conseguinte, áreas que o direito estatal não consegue chegar.

A proximidade entre o agente que propaga o discurso e os envolvidos na disputa torna o direito das comunidades segregadas detentor de linguagem mais acessível e de mais baixo grau de profissionalização das funções jurídicas. Isto, em termos de celeridade, desburocratização e custos, constitui um ganho considerável. Não bastasse isto, há mais aderência ao auditório relevante e a possibilidade de decisões mais legítimas se maximiza. Novamente recorrendo a Boaventura, urge trazer para comento a seguinte constatação:

“ (...) enquanto o direito estatal tende a ser severo no que respeita ao formalismo e indulgente no que respeita ao conteúdo ético- já que se atribuem consequências substantivas de monta a violações formais mínimas, enquanto a transgressão ética no domínio civil tem de atingir grande gravidade antes de poder ser controlada- no direito de Pasárgada é a tendência inversa que predomina”⁴⁶.

O direito oficial dos Estados capitalistas tem alto grau de institucionalização. Daí que a função jurídica nesta conjuntura adquire alto grau de especificidade, com elevada especialização das profissões jurídicas e rigidez espartana na divisão de trabalho. Inegável que neste ambiente o formalismo e o legalismo, que nem sempre são necessariamente lesivos, atinjam graus abusivamente acima do tolerável. Mais sério que isto talvez seja ter em mente que tal arquétipo não dá conta de dirimir toda a conflituosidade inerente à complexidade dos tempos contemporâneos.

⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder- ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. op.cit.p. 46

A conseqüência desta exacerbada institucionalização é a inevitável discrepância entre o direito estatal formalmente vigente e o socialmente eficaz, algo que, na sociologia jurídica norte americana representa a dicotomia *law books/law in action*.⁴⁷

Também virulento em constatação sobre a inefetividade da narrativa jurídica estatal, Wolkmer assim se posiciona:

“Na medida em que a historiografia tradicional (liberal-burguesa) passa a ser mera disciplina de justificação da ordem legal imperante e da acumulação de conhecimentos para a chamada ‘cultura superior’, sem fins úteis para com a realidade, a História do Direito perde sua significação, e entra em constante descrédito, constituindo-se campo do saber de pouca utilidade, acabando, seus pressupostos, por sucumbir numa crise de eficácia”.⁴⁸

O direito das comunidades segregadas, com baixíssimo grau de institucionalização, alça elogiáveis patamares de democracia participativa, na medida em que a participação dos envolvidos no exercício das tarefas relativas à resolução de conflitos é mais importante do que severos critérios de hierarquia das funções jurídicas.

Outra questão merecedora de pausadas reflexões diz respeito às técnicas de coercibilidade do direito estatal e do direito das comunidades segregadas.

A produção jurídica oficial dos Estados de Direito capitalistas contemporâneos tem a seu dispor um robusto aparelho coercitivo que se arvora de detentor do monopólio da violência legítima. Na verdade, é preciso dizer que a coerção está no âmago da idéia de fazer do Direito um zeloso instrumento de dominação e controle social no estado capitalista. A “repressão preventiva”, o discurso da violência, o desmantelamento de tudo aquilo que o aparato estatal define como “transgressão da legalidade” fazem do discurso jurídico oficial um severo disciplinador de consciências. Frise-se que este processo nem sempre é visível, haja vista ser mascarado por técnicas de ocultação dos seus fins que fazem parecer extremamente natural o funcionamento de tal engrenagem. Há, com efeito, por trás disso tudo uma opulenta consolidação de relações de classes na sociedade, de maneira que os conflitos permaneçam “domesticados” sob o prisma dos interesses de dominação política das castas abastadas que reproduzem este

⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. op.cit, p. 163

⁴⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. op.cit. p. 17

sistema.

Já o direito das comunidades segregadas tem instrumentos de coerção bem menos expressivos. Contudo, o caráter de ocultação de ideologias dominantes deixa de existir, bem como o recurso ao aparato estatal para reforçar estratégias de coerção só se dá em último caso. Em verdade, em tal ordenamento a lógica da força bruta só é manejada no caso de total fracasso da dinâmica do consenso e da cooperação.

Um panorama sintomático das grandiosas vantagens das instâncias informais de Justiça é traçado por Ada Pellegrini Grinover:

“ (...) a justiça tradicional se volta para o passado, enquanto a justiça informal se dirige para o futuro. A primeira julga e sentencia; a segunda compõe, concilia, previne situações de tensões e rupturas; exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo”⁴⁹

Uma conclusão que se chega com estas ponderações sobre diferenças entre institucionalização e coerção entre as esferas jurídicas oficial e da favela nos faz novamente recorrer a Boaventura, que chega a uma sábia constatação: a amplitude do espaço retórico do discurso jurídico varia na razão inversa do nível de institucionalização da função jurídica e do poder dos instrumentos de coerção ao serviço da produção jurídica.⁵⁰

Apesar de todas estas produtivas perspectivas sobre a informalização da Justiça, uma última advertência não pode ser omitida. Boaventura também foi hábil o bastante para reconhecer que excessos e conjunturas indevidas podem fazer com que a informalização, ao contrário do que se colima, até prejudique o acesso. Em cenários de disparidade, manipulação e desigualdade entre os atores litigantes, a informalização pode até servir como forma de aumentar a opressão sobre os mais frágeis. São muitas as possibilidades do manejo pelos mais “espertos” de técnicas sutis de coerção, que, aplicadas rotineiramente, tendem a ser lesivas aos que tiverem menos poder social e limitada aptidão negocial. Explorando melhor isto, cumpre trazer ao debate o seguinte trecho da obra de Boaventura:

“ Nos casos em que os litígios ocorrem entre cidadãos ou grupos de poder sócio-

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A conciliação extrajudicial no quadro participativo in Participação e processo*. RT, 1998. p. 283

⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder- ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. op.cit.p. 59

econômico parificável (litígios entre vizinhos, entre operários, entre camponeses, entre estudantes, etc.) a informalização da justiça pode ser um genuíno factor de democratização. Ao contrário, nos litígios entre cidadãos ou grupos com posições de poder estruturalmente desiguais (litígios entre patrões e operários, entre consumidores e produtores, entre inquilinos e senhorios), é bem possível que a informalização acarrete consigo a deterioração da posição jurídica da parte mais fraca, decorrente da perda das garantias processuais e contribua assim para a consolidação das desigualdades sociais; a menos que os amplos poderes do juiz profissional ou leigo possam ser utilizados para compensar a perda das garantias, o que será sempre difícil uma vez que esses tribunais informais tendem a estar desprovidos de meios sancionatórios eficazes. A título de exemplo, refiro que após a criação do tribunal de habitação em Nova Iorque destinado a resolver de modo expedido, informal e desprofissionalizado, os conflitos entre inquilinos e senhorios, o número de despejos aumentou. Os inquilinos tinham deixado de contar com expedientes processuais utilizados pelos advogados para sustentar ou desencorajar o despejo”.⁵¹

2.2

Os obstáculos a serem transpostos na trajetória do acesso à justiça

Muito cuidado deve permear o uso panfletário de expressões que parecem querer dizer muito, mas, analisadas friamente, nada conseguem firmar. O simbolismo de alguns termos esconde ideologias de manipulação de opiniões e mitigação do índice de revolta das massas contra as imperfeições e elitismos do sistema jurídico.

Fazemos esta contundente apresentação com o escopo de denunciar que alguns termos no Direito padecem deste mal e com os estudos do pleno acesso não é diferente. O termo “efetividade do processo”, não obstante ser pomposo e causar boa impressão, merece observações críticas.

A primeira ponderação é alusiva ao carácter excessivamente “vago” desta construção. Sem pessimismo exagerado, mas sim conduzido pelo realismo que deve acompanhar qualquer consideração construtiva no campo das ciências sociais, mister denunciar que o termo efetividade só se tornaria menos etéreo e metafísico se alcançassemos, do dia para a noite, a perfeita igualdade entre os homens, meta demasiadamente utópica.

Há um íntimo nexos entre cidadania e efetividade do processo, algo que, em um estudo mais profundo, pode representar até verdadeira efetividade da ordem jurídica. Contudo, as pesquisas sobre termos como “efetividade” e “cidadania”

⁵¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. op.cit, p. 180

não podem estar viciadas apenas de carga simbólica...

Termos fortes devem ser lidos com cautela. Manipulações ideológicas e ingênuas posturas diante da realidade podem tornar opacas e efêmeras bandeiras jurídicas aparentemente redentoras.

A efetividade surge de um corajoso confronto entre o normativamente previsto, o judicialmente decidido e o concretamente obtido. De nada adiantam leis repletas de comandos não implementados na prática, nem tampouco decisões judiciais estéreis, nunca cumpridas ou com efetivação demasiadamente postergada.

Não que as ciências jurídicas devam ficar completamente abarcadas pelos auspícios de lógica e cientificidade das ciências exatas. Entretanto, o excesso de idealismo de certas construções jurídicas, despidas de autêntica concretude, traz descrédito ao Direito. Muitas vezes nas ciências humanas o olhar incide muito mais para o sentido e a significação dos fatos do que sua estrita materialidade. Qualquer excesso de concentração pode desvirtuar uma razoável pesquisa.

O jurista deve buscar o trabalho com fatos concretos, mas isto nem sempre é realizado. O jurista prefere muito mais reconstruir narrativas “comprovadas” (???) com meios indiretos e probabilidades. Denunciando com astúcia isto, Calmon de Passos assim expõe:

“Destarte, sendo o direito impotente para mudar o que foi (realidade) direcionando todo o seu poder para o que deve ser (futuro), tem potencialmente a capacidade de determinar o que deve ser em total descompasso com o que foi e que deveria, teoricamente condicionar o que deve ser. O direito, por isso, tem o poder de desconfirmar e desconhecer o passado, a partir de sua periculosidade no determinar o futuro em descompasso com o passado. Quando se fala em efetividade no âmbito de outros saberes, o passado é condicionante; não há discricionariedade nem arbitrariedade possíveis. A conclusão é serva do passado real. No jurídico, tudo é diferente. O próprio fato passado, que se pretende colocar como suposto da conseqüência jurídica, ele próprio é construído pelo e no processo de produção da decisão, sem que o efetivamente acontecido antes tenha qualquer força determinante decisiva. (...) Na medida em que se fragiliza ou minimiza essa prévia verificação dos fatos desvirtua-se, em sua essência, toda a dignidade do jurídico, retomando ele a sua vetusta cara de pura dominação. Ainda que inconscientemente, quantos tecem loas à efetividade como valor em si mesma representam, na verdade, a sobrevivência atávica da vocação despótica dos detentores de poder. Se a veste é nova, ela apenas fantasia o velho homem, que permanece com a mente e o coração de ontem”.⁵²

⁵² PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Cidadania e efetividade do processo*. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil nº 01. São Paulo: Síntese, setembro-outubro de 1999, p. 32).

O que o augusto jurista parece querer denunciar é a hipocrisia com que se utiliza comumente o termo “efetividade”, comportamento típico de um discurso oblíquo e de camuflagem. Se considerarmos a efetividade como valiosa por si mesma, relativizando seu caráter utilitário e instrumental, deixamos de nos ater à qualidade, justeza ou valor do que é decidido, o que ocasiona erro de perspectiva lamentável.

Uma reflexão deve permear o termo “efetividade”: em nome do que se deve postular “efetividade”?⁵³ Na verdade, conforme até já se sublinhou no início, a efetividade não deve pertencer unicamente ao processo, sendo certo superar o termo chavão “efetividade do processo” pela idéia de **efetividade da ordem jurídica como um todo**.

Equiparar a efetividade do processo simplesmente à efetividade do exarado em uma decisão judicial representa propagar muitas vezes a inefetividade da cidadania, assim como o justo a ser buscado não é o ideal metafísico e intangível de mentes utópicas, mas sim o justo democrático, o mais escorreito exercício de ponderação de valores entre regras e princípios diante do conflito de interesses.

O processo judicial jamais é valioso em si mesmo. Se assim for, nos depararemos com um exercício antidemocrático do poder jurisdicional. A efetivação do injusto é a consagração da inefetividade da devida tutela jurídica.

A problemática inerente ao acesso à justiça não é matéria que exige explanações focadas apenas no fenômeno jurídico. Acima disto está a questão social, isto é, em sociedades nas quais a desigualdade de classes não foi superada e vultosas parcelas da população são segregadas das benesses do capital, mais complicado ainda resta o sonho do acesso.⁵⁴

⁵³ Neste sentido, mais uma lição de Calmon de Passos: “Suficiente pensar-se num grupo de traficantes, de justiceiros ou de terroristas e nos objetivos que se propõem. Quanto mais aptos a gerar eficácia e efetividade e mais eficientes forem-maior número de males sociais ocasionarão. Eficácia, efetividade e eficiência implicam sempre a pergunta- de que e para quê? In PASSOS, José Joaquim Camon. *Cidadania e efetividade do processo*. op.cit. p. 32

⁵⁴ Uma passagem com alto teor áspero, porém realista, de Boaventura demonstra o quão o desafio em busca do acesso à justiça revela-se cruel: “ (...) medidas de democratização, apesar de amplas, têm limites óbvios. A desigualdade da proteção dos interesses sociais dos diferentes grupos sociais está cristalizada no próprio direito substantivo, pelo que a democratização da administração da justiça, mesmo se plenamente realizada, não conseguirá mais do que igualizar os mecanismos de reprodução da desigualdade. Durante o regime de Pinochet, um jurista chileno defendeu que não fazia sentido lutar no seu país pelo acesso à justiça por parte das classes populares já que o direito substantivo era tão discriminatório em relação à elas que a atitude política democrática consistia exactamente em minimizar o acesso”. In SANTOS, Boaventura de

Sem a pretensão de formar um elenco *numerus clausus* de barreiras do acesso, muito menos com a intenção de esgotar a discussão sobre as escolhas aqui lançadas ainda neste tópico (nos próximos capítulos os temas aqui tratados serão novamente abordados, inseridos com vigor em diferentes contextos), elaborou-se uma pequena lista das mais comuns óbices à trajetória do acesso.

2.2.1

Custas e despesas processuais elevadas

Para quem não muitas vezes não tem recursos financeiros sequer para pagar despesas comezinhas de sobrevivência, tais como moradia, saúde e alimentação, é um terrível equívoco pensar em condicionar o acesso ao pagamento de custas e despesas processuais. As altas custas processuais para ingresso de ações e aviamento de recursos, os elevados valores que são lançados para cumprimento de perícias e diligências processuais diversas, os nem sempre módicos honorários de contratação de advogados⁵⁵, tudo isto pode tornar o processo judicial uma aposta cara. Neste contexto aterrador, muitos são os que, temerosos por perder suas parcas economias, deixam de ir a juízo e de exercer lícitos direitos consagrados pela ordem jurídica.

A questão das custas e despesas processuais também se revela uma dificuldade para o prosseguimento de causas de pequeno valor, nas quais, muitas vezes, a movimentação da máquina judiciária requer dispêndios financeiros maiores que a pecúnia almejada na pretensão judicial⁵⁶.

Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. op.cit. p. 177

⁵⁵ No Brasil, antes, honorários advocatícios de sucumbência (CPC, art. 20) pertenciam às partes para ressarcimento dos honorários pagos na contratação do advogado. O *lobby* dos advogados foi intenso e paulatinamente a jurisprudência começou a mudar isto. A Lei 8906/94 (Estatuto da OAB), no art. 23, passou definitivamente a titularidade dos honorários de sucumbência para o advogado. Agora o advogado tem honorários de contratação (que deve seguir a tabela mínima das seções estaduais da OAB- com tarifas muitas vezes irrealistas, sem considerar as peculiaridades econômicas de cada região) e honorários de sucumbência e a parte não tem ressarcimento do que pagou ao advogado.

⁵⁶ No Brasil, a Lei 9099/95 (Lei dos Juizados Especiais Estaduais) e a Lei 10259/01 (Lei dos Juizados Especiais Federais) isentam de custas e honorários advocatícios as partes (salvo em grau recursal) e ainda permitem o ajuizamento de causas até 20 salários mínimos sem advogado, alterando o dogma da capacidade postulatória (CPC, art. 36). Ainda assim, os problemas persistem. A OAB, entendendo que a interposição de ações sem advogado ofenderia o art. 133 da CF/88, que reputa o advogado como indispensável para a administração da justiça, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade para tentar retirar a vigência do art. 9º da Lei 9099/95, mas não logrou êxito em sua corporativista pretensão. Isto não cessou as dificuldades. Embora haja isenção de custas, é fato que, muitas vezes, a parte sem advogado enfrenta limitações na disputa por seus direitos quando se depara com outra parte que tem mais recursos e possui advogado. O correto

Neste flagelo, mister trazer à colação a constatação de Marinone, que afirmou “não haver proporção entre o valor da causa e o custo do processo, o que vem a gerar uma injustiça”.⁵⁷

Trágico nisto é a certeza de que a “Justiça” é mais custosa justamente para o que dela mais carece. Boaventura de Sousa Santos assim expôs a questão:

“ (...)esses estudos revelam que a justiça civil é cara para os cidadãos em geral, mas revelam sobretudo que a justiça civil é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis. (...) são eles fundamentalmente os protagonistas e os interessados nas ações de menor valor e é nessas ações que a justiça é proporcionalmente mais cara, o que configura um fenômeno de dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça”.⁵⁸

2.2.2 Tempo

O problema da morosidade é dos maiores, senão o maior elemento responsável pelo descrédito do Judiciário junto à sociedade. Com efeito, se o Judiciário não cumpre prazos com celeridade não se configura como capaz de atender as pretensões do jurisdicionado. Torna-se uma “Justiça” inacessível. Logo, nos tempos hodiernos, impossível a sobrevivência do dito “ a justiça tarda, mas não falha”. Não há como discordar de Marinone quando este destacou que “não é devido processo legal aquele que pela sua demora permite o sacrifício do direito do autor”.⁵⁹

Além do grave risco de deterioração ou perecimento do direito objeto de tutela jurisdicional em função da morosidade, outro agravante criado por tal mazela é o inevitável aumento dos custos processuais, prejudicial tanto para as partes, quanto para a máquina judiciária estatal.

Conseqüência nefasta disto é a grande pressão que se cria sobre os economicamente mais fracos para abandonar causas ou simplesmente aceitar acordos ínfimos, muito distantes da pretensão lançada em juízo. Não que a conciliação, um dos escopos da jurisdição contemporânea, seja ruim. O grave é

seria que, em situações como esta, quando o advogado, embora facultativo na previsão legal, se faz necessário no caso concreto, o juiz nomeasse advogados dativos remunerados pelo Estado para fazer presente a paridade de armas entre os litigantes.

⁵⁷ MARINONE, Luís Guilherme. *Novas linhas do processo civil-o acesso à justiça e os institutos fundamentais do processo civil*. op.cit.p. 26

⁵⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da justiça*.op.cit.p. 126

⁵⁹ MARINONE, Luís Guilherme. *Novas linhas do processo civil- o acesso à justiça e os institutos fundamentais do processo civil*. op.cit.p. 83

em que condições são feitas a conciliação. Um acordo leonino para o litigante mais frágil representa, em verdade, o mesmo que uma derrota processual.

Situações escabrosas como esta indicam até que a morosidade da justiça, em muitas vezes, é opção dos próprios detentores do poder.⁶⁰

É inegável que a morosidade do processo atinge muito mais de perto aqueles que menos possuem recursos. Constatada a dupla vitimização do pobre em razão do custo do processo, podemos concluir que essa vitimização é tripla na medida em que a lentidão processual pode ser convertida num custo econômico adicional e este é proporcionalmente mais gravoso para os pobres.⁶¹

2.2.3

Dificuldades do cidadão comum para reconhecer um direito e propor uma ação ou se defender em processos judiciais

A verdadeira “capacidade” processual em juízo não é o generalismo de se dizer que basta ser capaz para exercer atos da vida civil por si só e assim também haverá condições do exercício de direitos processuais. Isto é o que é ensinado nos manuais mais superficiais de Direito Processual Civil. A autêntica capacidade processual está intimamente ligada com as diferenciações de nível financeiro e de status social, educacional e político entre os litigantes⁶².

Em países com enormes índices de desigualdade social e dantescos quadros de defasagem educacional da grande maioria de sua população, revela-se inevitável a dificuldade do cidadão de reconhecer um direito juridicamente exigível. Por vezes, até pessoas reputadas como bens esclarecidas, com curso superior e razoável nível cultural são lesadas e não se apercebem dos direitos que possuem. Por mais que entidades não governamentais de defesa do consumidor tentem se esforçar para dar ampla publicidade à legislação consumerista, mesmo os mais “letrados” ainda apresentam muito desconhecimento em matérias nesta

⁶⁰ MARINONE, Luís Guilherme. *Novas linhas do processo civil- o acesso à justiça e os institutos fundamentais do processo civil*. op.cit.p. 30

⁶¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da justiça*.op.cit.p. 127

⁶² Diz Boaventura de Sousa Santos: “ quanto mais baixo é o estrato socioeconômico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde e como e quando pode contatar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive e trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais”. in SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. op.cit.p. 127

seara. Se com o Direito do Consumidor, matéria de grande divulgação na mídia é assim, imagine-se como a questão fica com “novos” direitos relacionados ao meio-ambiente? E os direitos na ordem previdenciária, tributária e econômica? Quem efetivamente os conhece, se até mesmo muitos dos iniciados em letras jurídicas, não especializados em tais searas, confessam terem limitações na compreensão de tais direitos? Com efeito, não é nada fácil mobilizar as pessoas no sentido de acionar o Judiciário para demandar direitos não tradicionais.⁶³

A sistemática do acesso à justiça revela uma cruel interligação entre seus obstáculos. Há uma engenhosa “mecânica do mal,” na qual uma dificuldade reforça outra. Um claro exemplo disto está na íntima ligação entre a problemática dos custos e da ausência de assistência jurídica aos pobres. Sobre isto, Marinone assim pondera:

“ Outro problema ligado à questão do custo do processo é a do aconselhamento extrajudicial. Atualmente, em face da complexidade da sociedade, torna-se muito difícil, principalmente aos pobres, a percepção da existência de um direito. Tal dificuldade poderia ser contornada se os mais humildes tivessem acesso a orientação e informação jurídica. Entretanto, se a assistência judiciária tem suas deficiências, a assistência jurídica ainda é um sonho que sequer começou a ser implementado”.⁶⁴

Por certo, outro assunto a ser considerado reside no estigma da lentidão do Judiciário. Naturalmente isto configura-se até como óbice psicológica para o ajuizamento de ações. O jurisdicionado simplesmente deixa de exercer direitos porque acredita que a demora processual não compensará o desgaste para adentrar em um litígio.

A ausência do credibilidade do Judiciário revela-se maléfica até para figuras apenas funcionalmente correlacionadas com a Justiça convencional. Não que vários advogados não tenham contribuído para o desgaste de imagem da classe⁶⁵, mas o fato do Judiciário ser lento e dos processos judiciais serem

⁶³ Aponta Donaldo Armelin: “ (...)outras barreiras existem quanto ao acesso à justiça. Não apenas econômicas e sociais, mas também culturais. É verdadeiro truismo afirmar que este país apresenta diferentes estágios de desenvolvimento, conforme as suas variadas regiões. O subdesenvolvimento com as suas seqüelas, como o analfabetismo e ignorância e outras campeia como maior ou menor intensidade nos variados quadrantes do Brasil. Isto implica reconhecer que em certas regiões o acesso à justiça não chega sequer a ser reclamado por desconhecimento de direitos individuais e coletivos”. in ARMELIN, Donaldo. *Acesso à justiça*. op.cit. p. 81

⁶⁴ MARINONE, Luís Guilherme. *Novas linhas do processo civil- o acesso à justiça e os institutos fundamentais do processo civil*. op.cit.p. 30

⁶⁵ A desobediência de preceitos éticos da advocacia, as práticas desleais e imorais em juízo, o discurso empolado distante da linguagem popular, o comprometimento histórico dos advogados com as elites, a prestação deficiente de serviços por advogados cada vez menos estudiosos e com

morosos também agiganta a desconfiança do cidadão mais rude em relação ao advogado. É difícil para o leigo entender toda a engrenagem do fiasco da jurisdição estatal, ficando mais fácil personificar a culpa em uma figura próxima, geralmente seu próprio advogado.

Sem eufemismos, é preciso afirmar que o cidadão mais humilde sente-se intimidado diante de determinadas formas de manifestação do “poder”. Com tal enfoque, Marinone observou o seguinte:

“ O pobre tem dificuldade em procurar um advogado, pois presume o advogado, e até mesmo o seu escritório, como relíquias distantes. As pessoas de renda mais baixa relutam em procurar até mesmo os PROCONS. Para não se falar que alguns não confiam na figura do advogado, desconfiança esta que é comum nas camadas de baixa renda. Anteriores experiências, negativas com a justiça, onde ficaram evidenciadas discriminações, também influem negativamente. Não pode ser esquecido, ainda, que os mais humildes sempre temem represálias quando pensam em recorrer à justiça. Temem sanções até mesmo da parte adversária”.⁶⁶

Procedimentos processuais complexos, demasiadamente burocráticos e ininteligíveis aos olhos do cidadão comum, o formalismo despropositado da ritualística jurídica convencional e o ambiente intimidador e nada simpático dos Fóruns e Tribunais também são elementos robustos na contenção de tutela judicial de direitos.

Insta ainda salientar que determinadas medidas para superação das barreiras no acesso podem ser muito boas no papel, mas, em determinadas facetas, revelam-se trágicas na prática e acabam criando outros problemas. A problemática inerente ao acesso à Justiça e ao conhecimento do direito pelas massas populacionais incultas é mais complexa do que uma superficial observação sobre o tema pode aparentar. Veja-se o caso já mencionado da não obrigatoriedade da figura do advogado em certas instâncias judiciais. Se isto, por um lado, diminui as despesas processuais, em outro giro pode representar causa de desigualdade entre aquele que não possui advogado e o litigante que vai a juízo com apoio de um causídico.

formação jurídica frágil diante dos múltiplos desafios do Direito na contemporaneidade, tudo isto contribui para o crescente desprestígio da advocacia. Não que todos sejam assim (generalizações simples encobrem uma visão mais escorreta sobre o advogado), mas é inegável que o comportamento deplorável de alguns macula a imagem de toda a classe. Comentários sobre virtudes e defeitos dos advogados não ficam restritos a esta nota, permeando vários contextos neste trabalho.

⁶⁶ MARINONE, Luís Guilherme. *Novas linhas do processo civil- o acesso à justiça e os institutos fundamentais do processo civil*. op.cit.p. 37.

2.2.4

O embate desproporcional entre litigantes habituais e eventuais

O sonho de igualdade e de paridade de armas no processo cai completamente por terra se considerarmos os embates que envolvem partes econômica e socialmente prestigiadas e os litigantes individuais, despidos do hábito de recorrer rotineiramente ao Judiciário e despreparados para comprar brigas com entes poderosos.

Fazendo uma incursão na literatura, uma passagem de Franz Kafka no cáustico livro “ O Processo” explica bem o olhar que um ente mais “poderoso” pode destinar para a Justiça convencional:

“ Não era sem dúvida essa uma instalação que pudesse despertar muito respeito: era verdadeiramente tranqüilizador para um acusado comprovar de quão pouco dinheiro dispunha essa justiça se se via obrigada a fazer funcionar seus escritórios em um local onde os inquilinos da casa, que eram todos paupérrimos, atiravam os trastes inúteis. Está claro que não ficava desprezada a hipótese de, mesmo dispondo essa justiça de dinheiro suficiente, seus funcionários se precipitariam sobre ele antes que fosse utilizado em assuntos judiciais”.⁶⁷

O litigante habitual tem uma série extensa de vantagens no embate com o eventual. Sem a pretensão de enumerar todo o elenco de privilégios do litigante habitual, segue uma pequena lista:

- Maior experiência no planejamento de condutas a serem tomadas em litígio judicial;
- Possibilidade de implementar dinâmicas de eficiência e de economia de escala em processos judiciais, até porque comumente litigam em vários processos;
- Possibilidade de estabelecer relações informais de favorecimento (nem sempre probas) com expoentes das instâncias judiciais decisórias;
- Possibilidade de diluir os riscos da demanda por um número maior de casos;
- Possibilidade de usar processos localizados para testar estratégias processuais que, se adotadas com êxito, serão implementadas em massa.

Embora os grandes conglomerados financeiros tenham suas reticências em relação ao Judiciário dada sua morosidade (algo incompatível com o mundo

⁶⁷ KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martins Claret, 2005. p. 91

mercantil, repleto de tensões que exigem decisões rápidas o tempo todo), acabam, quando vão ao Judiciário, por desenvolver lógicas de litigar muito mais bem elaboradas do que as práticas de litigantes individuais ou mesmo entes estatais disponibilizados para o acesso à Justiça dos mais pobres. Assim sendo, acaba sendo muito mais fácil mobilizar empresas na busca judicial por seus direitos do que seus consumidores. Logo, não é à toa o *boom* da chamada “advocacia de partido”, com sociedades de advogado que possuem estrutura empresarial voltada para o atendimento *full time* de grandes sociedades empresárias.

Diante de tais considerações, nada melhor para fechar este quadro do que austero ensinamento de Piero Calamandrei:

“ A lei é igual para todos é uma bela frase que consola o pobre, quando a vê escrita acima da cabeça dos juízes, nas paredes de fundo dos tribunais; mas, quando se apercebe de que, para invocar a igualdade da lei em sua defesa, é indispensável o auxílio da riqueza que ele não possui, então aquela frase lhe parece um escárnio à sua miséria: como se lesse escrito num muro que, graças à liberdade de imprensa todos os cidadãos são igualmente livres para publicar um grande jornal, ou, graças à liberdade de instrução, todos os cidadãos são igualmente livres para mandar os próprios filhos para a Universidade”.⁶⁸

2.2.5

Limitações na tutela de direitos difusos e coletivos

Os interesses difusos e coletivos constituem naturalmente direitos de difícil acesso individual. Só o exercício destes direitos por entes bem estruturados para substituir processualmente massas pode superar tal barreira.⁶⁹

Alertou Cândido Dinamarco:

“ Hoje, importa menos 'dar a cada o que é seu', do que promover o bem de cada um através do bem comum da sociedade, tratando o indivíduo como membro desta e procurando a integração de todos no contexto social. Aquela linha de legitimação individual, válida na maioria dos casos, corresponde ao tratamento 'atômico' tradicionalmente dado aos conflitos, sem cogitar da dimensão supra-individual que estes podem muitas vezes apresentar; sucede-lhe agora o impulso doutrinário no sentido da 'molecularização' do direito e do processo, ou seja, do

⁶⁸ CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*. Padova: Cedam, 1954, pp 145-146

⁶⁹ Afirmou Cappelletti em Congresso realizado em Curitiba- PR no início dos anos 90: “ (...) o consumidor isolado, ainda que não seja necessariamente pobre, encontra-se inevitavelmente em situação de desvantagem diante do grande empresário; o mesmo vale para o ambientalista diante das poluições provocadas por grandes indústrias- em geral quanto a danos (externalities) causados em larga escala. Produção e poluição, na estrutura da moderna economia, são fenômenos de massa, que atingem categorias inteiras de pessoas. Somente organizando-se, e assim unindo as próprias forças, é que os consumidores de um mesmo produto ou as vítimas de uma poluição ambiental, poderão se contrapor à potência dos empresários e dos grandes poluidores”. in CAPPELLETTI, Mauro. *Relatório do Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil em Curitiba*. Curitiba: Juruá, 1992

tratamento dos conflitos a partir de uma ótica solidarista e mediante soluções destinadas também a grupos de indivíduos e não somente a indivíduos enquanto tais”.⁷⁰

Entretanto, seja em função de limitações de ordem legal (número restrito de legitimados para buscar em juízo a tutela de interesses difusos e coletivos), seja em razão da inércia e ausência de mobilidade da sociedade civil para constantes ações em grupo, o fato é que muitas comunidades convivem com a violação degradante de seus direitos.

Quando se protesta por uma mais incisiva atuação da sociedade civil na tutela de direitos difusos por óbvio se reconhece a fragilidade do Estado e de seus entes na promoção e proteção de tais direitos. Se o cidadão comum esperar tão somente do Estado posturas fortes no sentido de proteger direitos atrelados, por exemplo, à seara consumerista, o patrimônio histórico e paisagístico e o meio ambiente, é bom que tenha exercitado, com a proeficiência de um monge tibetano, o dom da paciência....

Fica bem claro, portanto, que as barreiras ao acesso à Justiça são mais firmes em se tratando de indivíduos pobres e não agrupados coletivamente em juízo, bem como os indevidos privilégios pertencem justamente aos entes mais fortes, litigantes organizados, com destacado capital financeiro e boas possibilidades de utilizar a malha da Justiça convencional para perpetuação de seus interesses. Também resta lamentavelmente evidente a ausência de vontade política de entes estatais e da própria sociedade civil para alterar este quadro.

2.3 Conclusão parcial

A citação que inicia estas “conclusões parciais” é forte e vem marcada com as tintas do existencialismo, corrente filosófica que tem no seu cerne pensadores como Kierkegaard, Heidegger e Jean Paul Sartre. Do último destaca-se o seguinte pensamento:

“ Como você se apega a sua pureza, meu menino! Como tem medo de sujar as mãos. Pois bem, fique puro! De que isto lhe servirá, e por que está entre nós? A

⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: RT, 1987, pp. 397-398

pureza é uma idéia de faquires e monges. Vocês, intelectuais, anarquistas e burgueses, a usam como pretexto para não fazerem nada. Não fazer nada, ficar imóvel, apertar os cotovelos contra o corpo, usar as luvas. Mas eu tenho as mãos sujas. Até o cotovelo. Eu as mergulhei no sangue”.⁷¹

Comodismo⁷² e extremada pureza são pensamentos objeto de intensa repulsa nesta busca por diretrizes de questionamento e aprimoramento do acesso à Justiça. Não adianta ver o mundo errado e encolher os ombros⁷³. Tal qual Sartre, adota-se a perspectiva do engajamento, da inserção de postulados filosóficos, sociológicos, antropológicos, psicológicos e políticos neste estudo. Considerações críticas, construtivas e destrutivas, alternar-se-ão nas análises aqui expendidas.⁷⁴

Ao mesmo tempo, um quê de modéstia e humildade não se afasta destas perspectivas. O pensador que procura atuar no domínio do “universal” e do “exemplar” deve ser trocado pela figura do ser pensante que ocupa posições específicas, que tem ações com diâmetros locais e regionais, que questiona, mas

⁷¹ SARTRE, Jean Paul. *As Mãos Sujas*. Trad. Antônio Carlos Coimbra. 3ª ed. Rio de Janeiro: Publicações Europa, 1965. p. 24

⁷² Um bom retrato do comodismo que tanto merece ojeriza é feito por Lédio Rosa de Andrade: “O comum, no tocante ao relacionamento magistrado/parte, mesmo contrário à lei, é o total distanciamento. Não são poucos os cartazes afixados nos fóruns, informando não atenderem, os juizes de direito e até mesmo os funcionários dos cartórios, as partes envolvidas, devendo, elas, procurarem o respectivo advogado. O Poder Judiciário, agindo desta forma, nega-se ao diálogo com o povo, considerando as pessoas simples como um incômodo, só pelo fato de desejarem saber e discutir seus direitos. (...) Como resultado disto tudo, temos uma Justiça lerda, fraca, injusta, sonegadora dos direitos dos cidadãos. Vê-se a burocracia judicial consolidando a miséria na sociedade. Mas a vulgarização dos procedimentos nos faz aceita-los, suporta-los e até aplica-los, mesmo sendo injustos e cruéis. Acostuma-se com as injustiças, pois o tanto vê-las e o conviver com elas, não mais revoltam, acabam trivializando-se” in AGUIAR, Lédio Rosa.op.cit.p. 67

⁷³ Dentro desta perspectiva, imprescindível a lição de Bertrand Russel: “Os grandes inovadores éticos não foram homens que soubessem mais que os outros; foram homens que desejaram mais, ou, para sermos mais rigorosos, homens cujos desejos eram mais impessoais e de maior âmbito que os dos homens comuns. A maioria dos homens deseja a sua própria felicidade; considerável percentagem deseja a felicidade dos seus filhos; e uns poucos desejam a felicidade de sua nação; alguns, autêntica e enfaticamente, desejam a felicidade de toda a humanidade. Esses homens, ao verem que muitos outros não têm o mesmo sentimento, e que isto é um entrave à felicidade universal, desejam que os outros sintam como eles; esse desejo pode ser expresso nas palavras ‘a felicidade é um bem’.” in RUSSEL, Bertrand. *O Poder: uma nova análise social*. Trad. Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1970, p. 153-154

⁷⁴ Explicando o que pode vir a ser concebido como uma visão crítica do Direito, urge trazer à colação o seguinte trecho: “A intenção da Teoria Crítica consiste em definir um projeto que possibilite a mudança da sociedade em função de um novo tipo de ‘sujeito histórico’. Trata-se da emancipação do homem de sua condição de alienado, de sua reconciliação com a natureza não repressora e com o processo histórico por ele moldado. A Teoria Crítica tem o mérito de demonstrar até que ponto os indivíduos estão coisificados e moldados por determinismos histórico-naturais, mas que nem sempre estão cientes das inculcações hegemônicas e das falácias ilusórias do mundo oficial. A Teoria Crítica provoca a autoconsciência dos agentes e dos movimentos sociais que estão em desvantagem e/ou em desigualdades, e que sofrem as injustiças por parte dos setores dominantes, das classes ou elites privilegiadas” in ARRUDA JR., Edmundo Lima; GENRO, Tarso Fernando; WOLKMER, Antônio Carlos et al. *Lições de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 40

também tolera ser questionado. Nesta conjuntura, o engajamento, como qualquer engajamento político, apenas terá validade se não importar em uma pretensão totalizadora, de maneira que possa atuar localmente no regime de “verdade/poder” em que estiver inserido. Assim sendo, as considerações aqui expendidas não querem formar um saber definitivo sobre o que seja acesso à Justiça, mas sim até evocar a reflexão e o questionamento incessante acerca dos parâmetros adotados por leituras que, seja por pedantismo, seja por ingenuidade, se prestam a esta inglória meta.

Com tais projeções é que se introduziu a temática do acesso à Justiça com ícones como Cappelletti e Boaventura. Ambos são autores que, embora brilhantes, concordam no sentido de não terem esboçado respostas prontas e acabadas sobre os problemas inesgotáveis que surgem neste campo. A discussão, em ambos, não obstante o tempo, espaço e áreas de estudo diferentes, está positivamente aberta a mudanças conforme os contextos sócio-jurídico oficiais e não oficiais. Justamente por isto, obras de Cappelletti e Boaventura dos anos 70 e 80 do século XX não deixam de ser contemporâneas.

Ambos adotam o viés comparativo em suas construções, que segundo Cappelletti apresenta as seguintes vantagens:

“ E, antes de tudo, um estudo comparativo deve saber identificar, com precisão, o ‘tertium comparationis’, que, a meu juízo, não pode ser outro que um problema humano compartilhado por duas ou mais sociedades, ao qual tais sociedades oferecem soluções que são, ou podem ser, diversas enquanto diversas são as suas necessidades, as prioridades das mesmas e os instrumentos para satisfazê-las, a suas instituições e o ‘pessoal’ que as faz operar, a sua cultura e tradições. Mas nos limites em que exista um problema humano comum, ultrapassando as fronteiras de um singular sistema racional, existirão também, inevitavelmente, conexões, e, muitas vezes, razões de convergência, que emergirão à luz de uma acurada investigação comparativa”.⁷⁵

Entretanto, não se tratam de metodologias comparativas iguais. Cappelletti correlacionou experiências diferentes de vários ordenamentos jurídicos, mais atrelado aos informes estatais oficiais de tais estruturas de análise (ou pelo menos informes privados que sejam acatados pela Justiça convencional). As variáveis de comparação são demarcadas com menor precisão metodológica.

Por outro giro, Boaventura vem da tradição de comparações sociológicas

⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.p. 16

estruturadas com acuro e rigor metodológico. As variáveis são nítidas, menos implícitas. Boaventura se mostrou muito preocupado com o risco das falsas comparações, com os excessos de diversificadas estruturas comparativas e teve louvável intenção de trabalhar mecânicas híbridas que corrijam os vícios tradicionais da comparação.⁷⁶

De qualquer maneira, divergências metodológicas à parte, ambos autores, ao invés de lançarem um embate titânico de visões sobre o acesso, buscam contribuições para avanços. Nas causas e nos efeitos sobre problemáticas do acesso, bem como na proposição de melhorias, Cappelletti e Boaventura também apresentam patentes similitudes.

Cappelletti revelou-se ardorosamente contrário ao modelo da neutralidade judicial, dogma clássico da Justiça convencional.⁷⁷ Tal tese é calorosamente compartilhada por Boaventura, que vai mais fundo e vê na neutralidade justamente um artefato estatal para segregar do acesso segmentos marginalizados.

Com efeito, tais leituras sugerem que a jurisdição estatal tenha instâncias julgadoras que abram os olhos para a existência de vários Direitos ou, no mínimo, de várias formas de ler o Direito. A sociedade necessita de julgadores com verniz político e senso contrário à exclusão social, uma vez que não há uma única “Justiça” a ser distribuída.

Tal posicionamento desmistifica o medo dos tradicionalistas de que a

⁷⁶ Um exemplo claro desta destreza comparativa de Boaventura vem na seguinte exposição: “ *No caso positivo de minha investigação, penso que soube aproveitar o que há de positivo na advertência de V. Velsen sem cair nos exageros a que ele se deixou conduzir. E a melhor prova disto está no facto de ter convertido os factores de comparação em variáveis que admitem graus diferentes; conseqüentemente, por mais radicais que sejam os contrastes haverá sempre semelhanças, umas mais precárias que outras. Por outro lado, a comparação é feita em termos gerais. Por exemplo, não se desconhece que no direito estatal há zonas processuais informais, nem sequer que o formalismo processual oficial é lubrificado (e por vezes subvertido) por um certo informalismo submarino manipulado pelos profissionais do direito e demais funcionários da justiça. Mas nenhum destes factos é suficiente para pôr em dúvida que, no geral, o direito estatal é imensamente mais formalista que o direito de Pássargada*”. in SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder- ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. op.cit.p. 83

⁷⁷ Expressivo neste item é a seguinte citação de Cappelletti: “ *No continente europeu, por exemplo, podemos apontar os bem conhecidos movimentos de reforma que foram agrupados sob a designação de 'oralidade' e ocuparam-se essencialmente com a 'livre apreciação da prova', a 'concentração' do procedimento e o contato ' imediato entre juízes, partes e testemunhas, bem como a utilização dos juízos de instrução para investigar a verdade e auxiliar a colocar as partes em pé de igualdade*”. in CAPPELLETTI, Mauro e GARH, Bryan. *Acesso à justiça*. op.cit.p. 76. Seguindo esta esteira, assim preconizou Lédio Rosa de Andrade: “ *Não há pessoa neutra, a ideologia é um fator intrínseco a qualquer postura. O exigível ao magistrado é uma conduta de imparcialidade em relação às partes em litígio, não significando desconsideração à posição social de cada uma, bem como à sua pretensão*”. In ANDRADE, Lédio Rosa. *Juiz alternativo e Poder Judiciário*. op. cit.p. 88

participação efetiva do juiz em um processo venha a ferir o princípio do contraditório. Em verdade, ao contrário, o princípio do contraditório pode até ser reforçado por esta postura menos “neutra” de um juiz que, guiado pela igualdade substancial, trata desigualmente os desiguais na proporção de sua desigualdade.

Cappelletti reconheceu os obstáculos, limitações e os fracassos da demasiada concentração de trabalho na Justiça convencional e admitiu expressamente que se imaginem métodos alternativos e instâncias formais para a resolução de litígios. As problemáticas inerentes ao tempo, custo, ausência de conscientização sobre seus direitos das populações mais pobres e ausência de paridade na disputa judicial entre litigantes habituais e esporádicos foram sempre muito bem abordadas por este autor. É insito em tal postura o reconhecimento de que os espaços jurisdicionais não formais podem, em certos casos, se postar muito mais eficientes, idéia que também permeia todo o trabalho de Boaventura.

Significativo nesta demonstração de convergência é o seguinte comentário de Cappelletti sobre a conciliação:

“ Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas. Ademais, parece que tais soluções são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que um processo dirigido para a conciliação- ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte ' vencedora' e outra ' vencida'- ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e demorado”.⁷⁸

Cappelletti focou seu trabalho no sentido de um esforço de criar sociedades mais justas e igualitárias e centrou as atenções sobre as pessoas comuns- aquelas que se encontravam tradicionalmente isoladas e impotentes ao enfrentar organizações fortes e burocracias governamentais.⁷⁹ Boaventura já olhou a desigualdade como algo talvez menos fácil de ser desconstruído com a retórica iluminista, mas, com efeito, também destinou incomensurável atenção ao cidadão “comum”, o perene excluído.

Outra digna preocupação de Cappelletti é com a quebra de formalismos que se postam como óbice ao acesso. Neste sentido, defendeu, por exemplo, que a acessibilidade é promovida por mudanças que devem fazer os tribunais mais

⁷⁸ CAPPELLETI, Mauro e GARH, Bryan. *Acesso à justiça*. op.cit.pp. 83/84

⁷⁹ CAPPELLETI, Mauro e GARH, Bryan. *Acesso à justiça* .op.cit.p. 91

próximos das pessoas comuns. Para começar, seria conveniente até tornar o Judiciário tão acessível fisicamente quanto possível, mantendo-o, por exemplo, permanentemente aberto à noite, de maneira que as pessoas que trabalham durante o dia não sejam inibidas pela necessidade de faltar ao serviço.⁸⁰

Esta nobreza também é sentida em Boaventura, só que com abertura até mais expressiva, em formato mais atrelado ao pluralismo jurídico e ao acatamento de mais instâncias de jurisdição além daquelas tradicionalmente respeitadas pelo Estado.

Assim como defendeu a quebra de exacerbados formalismos, Cappelletti também rejeitou o inverso, isto é, a total anomia e a total anarquia. Importante nesta exposição é estar a par do seguinte:

“ A dispensa das formalidades técnicas, todavia, não irá assegurar automaticamente a qualidade de decisão do tribunal. Antes de mais nada, as pessoas devem ser capazes de planejar seu comportamento de acordo com os dispositivos legais e invocar a lei, se trazidos ao tribunal. É claramente impossível desprezar por completo as normas legais. Além disso, existe o perigo de que um relaxamento dos padrões substantivos permita decisões contraditórias à lei em prejuízo de novos direitos (frequentemente técnicos)”.⁸¹

Por certo, Boaventura, mesmo abominando a total homogeneidade, não é um radical defensor da quebra absoluta de todas as formalidades⁸². Prova disto é que ao comparar o direito oficial e o direito informal, Boaventura observou que a partir do formalismo elaborado do sistema jurídico estatal desenvolve-se um formalismo popular. O muito que distingue estes dois tipos de formalismo não deve impedir o reconhecimento de homologias estruturais e sobretudo de postulados culturais por ambos compartilhados.⁸³

⁸⁰ CAPPELLETI, Mauro e GARH, Bryan. *Acesso à justiça*. op.cit.p. 102

⁸¹ CAPPELLETI, Mauro e GARH, Bryan. *Acesso à justiça*. op.cit.p. 112

⁸² As formas, em exagero, são criticáveis, mas totalmente abolidas geram tumulto. De forma eloqüente, Bertrand Russel assim expõe: “ *O respeito à liberdade alheia não é um impulso natural da maioria dos homens: a cobiça e o amor do poder levam a natureza humana comum a encontrar prazer em interferir na vida dos outros. Se as ações de todos os homens estivessem isentas de autoridade externa, não teríamos um mundo em que todos os homens fossem livres. O forte oprimiria o fraco, ou a maioria oprimiria a minoria, ou os amantes da violência oprimiriam os mais pacíficos. (...) Tem-se a impressão, portanto, de que, enquanto a natureza humana permanecer como é, haverá mais liberdade para todos numa comunidade em que alguns atos de tirania por indivíduos sejam proibidos, do que numa comunidade onde a lei deixe cada indivíduo livre para seguir todos os seus impulsos. Mas, embora se deva admitir alguma forma de lei e de governo no momento atual, é importante lembrar que toda lei e governo são em si um mal até certo ponto, apenas justificáveis quando evitam outros males maiores.*” in RUSSEL, Bertrand. *Caminhos para a liberdade: socialismo, anarquismo e sindicalismo*. Trad. de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 110

⁸³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder- ensaio sobre a sociologia da retórica*

Embora tratando de implementações de experiências altamente comunitárias de gestão da jurisdição como experiências de países comunistas que, no seu ver, talvez não dêem certo em países capitalistas (um preconceito historicamente superado, até porque a maioria dos exemplos de países que Cappelletti identificou como nações comunistas já não mais tem tal enquadramento há quase duas décadas), o autor italiano viu positivamente as formas de solução de litígios descentralizadas, bem informais e com elevada participação popular. Neste sentido, de novo encontrou-se algum ponto de comunhão entre Boaventura e Cappelletti.

Mister frisar que Cappelletti teve exata percepção da nem sempre razoável complexidade dos códigos normativos da jurisdição estatal e da necessidade de simplificá-los. Neste sentido, cabe trazer à discussão o seguinte trecho:

“Nosso Direito é freqüentemente complicado e, se não em todas, pelo menos na maior parte das áreas, ainda permanecerá assim. Precisamos reconhecer, porém, que ainda subsistem amplos setores nos quais a simplificação é tanto desejável quanto possível. Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns”.⁸⁴

A simplificação de códigos jurídicos em comunidades que adotam perspectivas extra-oficiais é apreciada por Boaventura e demonstra mais um ponto de sinergia dos dois pensadores.

Por certo, o movimento reformista precisa de cautelas. Certas reações não acontecem da noite para o dia. Muito do que faz textos dos anos 70 do século XX de Cappelletti e Boaventura serem atuais é o fato de que dificuldades daquele tempo ainda não se dissiparam e não há previsão frugal do dia em que deixarão de existir.

De maneira alguma é fácil vencer a oposição tradicional à inovação nos meandros do acesso. Por outro giro, também não há que se crer que a problemática do acesso se cinge à reformas judiciais e processuais. Tais reformas não são substitutos eficazes para reformas políticas e sociais que devem atacar o âmago da questão.⁸⁵ Logo, o Judiciário e a jurisdição estatal, ainda que se

jurídica .op.cit.p. 83

⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. op.cit.p. 156

⁸⁵ Digna de menção é a seguinte afirmação: “*De maneira permanente, uma sociedade hierárquica só é possível na base da pobreza e da ignorância*”. In ORWEL, George. 1984. Trad de Wilson Velloso. 19ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1985, p. 178

reformulem completamente, não estão, por si só, aptos a trazer todas as respostas para os problemas vinculados ao acesso.

Ainda é preciso ter serenidade para não se iludir com messianismos e falsas promessas de prontas soluções provindas do transplante indevido de experiências de outras comunidades. O pluralismo jurídico é positivo na medida em que possibilita a comunhão de experiências de várias comunidades. Contudo, nem sempre o que é adotado com êxito, por exemplo, em perspectivas jurídicas de outros países ou mesmo em espaços extra-estatais como as de uma favela, por exemplo, são prontamente passíveis de transplante para a jurisdição estatal. A comparação faz o diagnóstico de fraquezas, aponta caminhos, mas só “sugere” soluções. Sem moderação e empenho na adaptação de alternativas aos padrões culturais de cada esfera, o reformismo atinge nível meramente simbólico, pecha que não é nada tolerável diante da necessidade de ações concretas de nossos tempos.

Diante de tais considerações, é preciso jogar “luzes” sobre a temática do pluralismo jurídico.

Pluralismo jurídico em Boaventura não é meramente um sonho de uma noite de verão. Trata-se de uma construção robusta, fruto de alto refinamento sociológico, metodologicamente bem justificada, pronta para os ataques levianos de recalques do discurso hegemônico. O ponto genial neste sucesso de Boaventura vêm do fato de que, ao descrever sobre instâncias oficiais e extra-oficiais de acesso⁸⁶, o autor procurou fixar um norte seguro para suas pesquisas. Com isto, conseguiu uma moldura respeitável para um conceito de Direito. É óbvio que Direito não pode ser conceituado de forma unívoca (e nem é essa a pretensão de Boaventura), mas partir de alguma premissa bem fundada e de alicerce forte ajuda

⁸⁶ Seguindo as trilhas de Boaventura, Lédio Rosa de Andrade assim se posiciona: “ *Um outro fator importante da visão crítica é não entender o Direito unicamente como emanção da vontade do Estado. Existe, e é fato a ser reconhecido, o Direito extra-estatal, criado nas ruas, com suas regras, julgamentos e penalidades. Não é formalizado, mas possui eficácia e, até mesmo, legitimidade. Não há como negar, por exemplo, os códigos consuetudinários existentes nas grandes favelas brasileiras. (...) Trata-se de um Direito popular, sedimentado nos anseios da população, devidamente organizada, formador de normas consuetudinárias, com capacidade de intervir no sistema jurídico oficial, invertendo a ordem dos valores, preponderando suas necessidades sobre o formalismo técnico. Forma-se um sistema jurídico democrático, oriundo e legitimado pela população, que passa a exercer sua influência na organização do país, podendo, com isso, transformar as relações sociais do poder*” in ANDRADE, Lédio Rosa. *Juiz alternativo e Poder Judiciário*. São Paulo: Acadêmica, 1992, pp. 38-39

muito no encontro de conclusões palatáveis.

Esta é a concepção de Direito em Boaventura:

“ Conjunto de processos regularizados e de princípios normativos, considerados justiciáveis num dado grupo, que contribuem para a criação e a prevenção de litígios e para a resolução destes através de um discurso argumentativo, de amplitude variável, apoiado ou não pela força organizada”.⁸⁷

O Direito como a instância da prevenção e resolução de litígios pela via da não violência e de um maior esforço argumentativo é o Direito que consegue vislumbrar o cenário dos diferentes atores sociais e o fato de que talvez seja mais crível não ficar preso a um único padrão do que seja efetivamente o “Direito”. Assim sendo, firma-se um ótimo substrato para a admissão do direito não estatal, bem como fincam-se barreiras consideráveis para breçar a ação corrosiva do positivismo tradicional frente ao pluralismo jurídico.

A questão do pluralismo jurídico exige até um resgate histórico muito corajoso. Remonta a necessidade de investigar o passado de vários países subdesenvolvidos e as mazelas herdadas pelo colonialismo europeu. Uma das mais graves certamente é a mitigação de instâncias jurídicas próprias em nome do discurso oficial trazido pelo colonizador. O discurso do colonizador representa uma inserção violenta de uma lógica própria da cultura do colonizador (repleta inclusive dos vícios que a comunidade do colonizador é obrigada a suportar) em espaços nada preparados para a recepção deste instrumento. Seria, em bom “português”, dizer que é trazido para a colônia o que já vem equivocado e demonstra incongruências na metrópole. O massacre de instâncias jurídicas informais gera uma catástrofe. Povos subjugados são obrigados a conviver com um Direito estatal com o qual não possuem maior identidade. Como então obter efetividade, prevenir e resolver conflitos, acompanhar e auxiliar em transformações sociais e conseguir respeito se tal Direito é amplamente diverso dos anseios dos atingidos?⁸⁸

⁸⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. op.cit. p. 72

⁸⁸ Sobre a imposição violenta do Direito hegemônico das metrópoles europeias em suas colônias e os flagelos advindos disto, Wolkmer assim se posiciona: “*Notabiliza-se uma constatação ao examinar-se, comparativamente, a especificidade da mesma matriz jurídica em contexto histórico diverso: de um lado, a estável e criadora formação histórica da legalidade em espaços institucionais favorecidos por um padrão de desenvolvimento econômico independente e pela difusão da doutrina política do liberalismo, como é o caso da experiência autônoma das metrópoles colonizadoras europeias; de outro, a consolidação de uma legalidade imposta, sem autonomia própria, inerente à historicidade da periferia colonizada, orientada para a produção*”

A pretensão exagerada de homogeneidade⁸⁹ tem natureza classista e colima esconder contradições e dominações no tecido social. A legalidade convencional procurou construir um modelo de Direito exclusivamente estatal, escrito, previsível e normativo. A legalidade oficial, por vezes, ignora experiências jurídicas informais de instâncias periféricas. Isso permite compreender que Direito oficial nem sempre representou genuíno espaço de cidadania, de participação e das garantias legais para grande parte da população.⁹⁰

Sobre isto, Boaventura adverte:

“O facto de o cidadão isolado (ou os seus ersatze) ser o único sujeito reconhecido dos conflitos juridicamente relevantes coloca fora da prática oficial as relações de classe- não só aqueles que eventualmente contribuíram para a criação do litígio como também as que intercedem na resolução deste- e desta forma contribui a invisibilização do conteúdo classista da dominação jurídica. (...) Só que esta dimensão individual não é a única e, na esmagadora maioria dos casos, não é sequer a mais importante, e é nesta sonegação das restantes dimensões (supra-individuais) que reside o carácter ideológico da construção jurídica capitalista”.⁹¹

É negativo ter em mente que a tentativa de reduzir o Direito a um fenómeno estatal pode partir de medos que só existem na cabeça de quem oprime por que crê que o outro, em seu lugar, também o oprimiria.⁹² Nem sempre é

econômica e de dependência, convivendo com a territorialidade do absolutismo político e moldando-se à singularidade local de práticas institucionais burocrático-patrimonialistas” in WOLKMER, Antônio Carlos. História do direito no Brasil. op.cit. p. 34. Cabe ainda advertir que tal constatação será objeto de considerações mais profundas no Capítulo 02.

⁸⁹ Também é digno de nota o seguinte comentário de Luis Alberto Warat: “ *O surrealismo é uma grande advertência contra o totalitarismo embutido nas reivindicações igualitárias, contra o totalitarismo do consenso e das semelhanças. Participar, igualitariamente, em crenças preestabelecidas é uma forma encoberta de totalitarismo. Reivindicar a necessidade de que todos sejam iguais e é uma forma muito sutil de instaurar o controle. Sempre é mais fácil controlar um rebanho. A diferença é sempre uma ameaça, dificulta as estratégias do controlador*”. WARAT, Luis Alberto. *Manifesto do surrealismo jurídico*. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 43

⁹⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. op.cit. p. 145

⁹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder- ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. op.cit. p. 93

⁹² Uma leitura mais ácida da jurisdição estatal, não obstante não ser sempre cabível o pessimismo que invade tais percepções, é capaz de descobrir o porquê de alguns abusos em tal ordem. Significativo neste sentido é este extenso e áspero trecho da obra de Augusto Thompson: “ *Ingenuamente, tendem os cidadãos a encarar as leis como mandamentos baixados por um poder transcendente, que as decreta com superior neutralidade e imparcialidade, verdadeiras revelações que um ente sagrado digna-se a propiciar ao povo. Algo aureolado de um tal halo divino, provindo de origens mágicas ou astrais, ditado por entidades supraterrâneas, de natureza misteriosa. A 'lei é a lei', diz-se religiosamente, e estamos conversados. Ora, a ordem jurídica resulta da atividade humana, elaborada que é por um legislador, isto é, por um ou mais indivíduos de carne e osso, que partilha de todas as fraquezas comuns aos seus semelhantes, que odeia e ama, que varia de humor a cada instante, que possui cabeça, tronco e membros, que come e bebe e, até, vai ao banheiro várias vezes ao dia. Seja o rei, seja o parlamento, seja o soba, seja o ditador, seja a junta militar, seja o secretário-geral do partido, os encarregados de estatuir as normas jurídicas estão, indefectivelmente, encarnados em pessoas- como tal, participando da vida comunitária, nela posicionados concretamente, sofrendo (ou gozando) as consequências dos*

assim. O homem não é necessariamente o ser ofensivo do imaginário hobbesiano. Tem suas nuances de maldade, mas é errôneo acreditar que o homem seja restringido ao maniqueísmo bem x mal. Na maioria dos casos, o direito de instâncias informais não é completamente revolucionário, nem se apresenta como substituto total do direito estatal, muito menos quer refundar completamente seus paradigmas. Pode, é claro, ter pontos de diáspora, mas também possui meios de servir como valiosa influência para processos de reforma do direito estatal, nunca sua absoluta supressão. É preciso afirmar que as instâncias jurídicas informais geralmente desejam apenas resolver conflitos intraclassistas em espaços sociais marginais. O direito como criação própria em uma comunidade marginal como uma favela e sua dimensão retórica representam fatores de consolidação das relações sociais no interior daquela comunidade, sem devaneios de “invadir” os quadrantes do direito estatal oficial.

Tais pensamentos são lançados para que se dissipe, de vez, a eventual crença no risco da substituição estranha de um esquema estatal por outro inteiramente extra-estatal. Apesar dos pesares, não é nada palatável pensar que a jurisdição estatal, apesar de seus problemas, deva ser completamente relegada em nome de uma total informalização do acesso. Não tratamos acesso à Justiça como uma criança que joga fora um brinquedo velho quando se admira com um novo boneco.

Formidável nesta consideração foi Cappelletti:

“ Por mais importante que possa ser a inovação, não podemos esquecer o fato de que, apesar de tudo, procedimentos altamente técnicos foram moldados através de muitos séculos de esforços para prevenir arbitrariedades e injustiças. E, embora o procedimento formal não seja, infelizmente, o mais adequado para assegurar os “novos direitos”, especialmente (mas não apenas) ao nível individual, ele atende a algumas importantes funções que não podem ser ignoradas”.⁹³

*comandos que elas mesmo promulgam. O ser abstrato 'legislador' representa pura idealização ético-metafísica. Numa sociedade complexa, e hierarquizada, dita as leis a classe que dispõe de poder. E obviamente, armará a ordem legal de sorte a garantir a permanência das desigualdades existentes, das quais decorrem as vantagens que lhe bafejam os membros, tanto quanto os ônus suportados pelas massas oprimidas. Ou seja: a ordem jurídica, elaboraram-na os grupos predominantes em termos de poder, com o propósito político de assegurar a conservação do status quo sócio- econômico”. THOMPSON, Augusto. *Quem são criminosos?* Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, p. 58*

⁹³ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Op.cit.p. 164

Feita tal advertência, conseguimos, enfim, alertar para que dois excessos sejam evitados. Nem o centralismo jurídico⁹⁴ exacerbado do direito estatal, nem tampouco a política de substituir completamente um tipo de direito por outro são as posturas mais razoáveis diante dos desafios que se lançam ao acesso à Justiça. Reconhecer o pluralismo jurídico, coordenar forças, coadunar a jurisdição estatal e os espaços jurídicos informais e evitar a sobrecarga e desvios ideológicos de qualquer das esferas jurídicas constitui a via mais salutar para esta empreitada.

A discussão acerca do acesso à Justiça e o recurso aos ensinamentos de Cappelletti e Boaventura só podem realmente avançar dentro dos quadros de uma democracia. Não há como lançar tal discussão em espaços confessadamente tirânicos ou em pseudo-democracias⁹⁵. E hoje talvez seja até melhor incorrer em uma redundância⁹⁶ ao pensarmos em democracia. A verdadeira democracia só existe quando é democracia **participativa**, isto é, quando o povo efetivamente está inserido nas escolhas de seus rumos.

Tal posição é reforçada com a seguinte lição de Paulo Bonavides:

“ Infere-se também que a participação ocupa, aí, um lugar decisivo na formulação do conceito de Democracia, em que avulta, por conseguinte, o povo- povo participante, povo na militância partidária, povo no proselitismo, povo nas urnas, povo elemento ativo e passivo de todo processo político, povo, enfim, no poder.

⁹⁴ Contra o centralismo jurídico e o alargamento imoderado do Poder Judiciário, eis a seguinte reflexão do Professor José Ribas Vieira: “*Acreditamos que a solução a ser encontrada não está numa simples democratização do Poder Judiciário. Isto é torna-la mais próxima da sociedade. Tal medida redundará num fenômeno de ‘centralismo jurídico’. Esse processo se traduzirá na tentativa de o Poder Judiciário estar mais presente em todos os conflitos de interesses. Marc Galanter adverte, com propriedade, que hoje essa onipotência da função jurisdicional do Estado é impraticável. Pois, por exemplo, diante de maior número de direitos espontâneos regulando os conflitos, não há capacidade de o aparelho estatal assumir essa atribuição com plenitude*”. In VIEIRA, José Ribas. *Estado de Direito e o acesso à Justiça: uma contribuição para o debate dos direitos humanos no Brasil*. op. cit, p. 144

⁹⁵ Quando falamos em pseudo- democracias não podemos nos furtar de dizer que é um sinônimo para regimes democráticos que são atrelados em excesso à democracia indireta. Neste sentido, é válida a seguinte advertência de Stuart Mill: “ *De mesmo, as instituições representativas são de pouco valor, e podem ser mero instrumento de tirania ou de intriga, quando a generalidade dos eleitores não está suficientemente interessada em seu próprio governo para dar-lhe seu voto, ou quando a maioria dos eleitores, quando votam, não o fazem segundo os interesses do bem público, mas o fazem por dinheiro ou por indagação de pessoa influente, que por razões particulares pretendem favorecer. A eleição popular praticada dessa maneira, ao invés de ser uma garantia contra o mau governo, representa uma engrenagem adicional ao seu mecanismo*”. In MILL, Jonh Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. Trad. de Manoel Inocencio de Lacerda Santos Jr. Brasília: UNB, 1981, p. 08

⁹⁶ A utilização de uma redundância talvez não seja tal perigosa se crermos os objetivos semânticos deste vício de linguagem e o manejo de tal técnica até por grandes expoentes do Direito. José Joaquim Gomes Canotilho, ao falar sobre democracia, usa a seguinte construção: “*Trata-se, na verdade, de ‘democratizar a democracia através da participação’, isto é, ‘intensificar a otimização das participações dos homens no processo de decisão’*”. in CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, p. 365

(...) Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como a extensão e a abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesses”.⁹⁷

Denunciar os desvios de rumos da jurisdição estatal, apontar seus subterfúgios, criticar com virulência manipulações e elitismos tem como razão de ser um acesso à Justiça que atenda aos desejos populares e aproxime o Judiciário da realidade social. Cappelletti e Boaventura possuem tais panoramas nas raízes de seus trabalhos. Consentâneo a tal diretriz, urge vislumbrar as vias informais de jurisdição como alternativas viáveis, levando em conta inclusive a maior facilidade do cidadão na autogestão de suas demandas. Acredita-se, pois, que é na junção destas duas dinâmicas que reside o acesso à Justiça. Só uma atitude em bloco poderá efetivamente mudar a sociedade⁹⁸.

⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa- por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica- por uma repolitização da legitimidade-* São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 51

⁹⁸ Afirmou Niklas Luhman: “ (...) a transformação estrutural tem de dizer respeito a um contexto social de expectativas- e não a uma personalidade individual- é, de resto, condição prévia para uma mudança efetiva de comportamento. A adoção duma nova concepção de direito, sugerida pela decisão oficial, sozinha significaria pouco”. In LUHMAN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: UNB, 1980, p. 34