



Centro Universitário de Brasília

Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD

**ACESSO À JUSTIÇA E O PARADOXO DO EXCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DE  
CONFLITOS**

Fernando Antônio Calmon Reis

Brasília, maio

2014



**Fernando Antônio Calmon Reis**

**ACESSO À JUSTIÇA E O PARADOXO DO EXCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DE  
CONFLITOS**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB como requisito para obtenção do título de mestre em Direito e Políticas Públicas.

**Orientador: Prof. Dr. Jefferson Carús Guedes**

Brasília, maio

2014



## AGRADECIMENTOS

*Agradeço:*

*Ao Professor Dr. Jefferson Carús Guedes que desde o primeiro momento assumiu a proposta desta dissertação, tornando-se fundamental em sua elaboração.*

*Aos Professores Drs. Cristina Zackseski, Frederico Augusto Barbosa, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Luís Carlos Martins Alves Júnior que estão totalmente presentes em todas as fases desta dissertação.*

*Ao colega Professor Dr. Cleber Francisco Alves pela inspiração, pelo exemplo e pela longa convivência debatendo esse tema que nos é muito caro.*

*Aos colegas de mestrado e aos amigos que tiveram a generosidade de diversas vezes discutir as questões aqui propostas.*

*À Patrícia Calmon por todos os momentos da minha vida de forma incondicional.*

*À Marina Calmon pelo indescritível prazer de poder escrever para o seu futuro.*



## DEDICATÓRIA

*Ao Professor Dr. René Marc da Costa e Silva, integralmente.*





## RESUMO

As relações sociais contemporâneas são complexas e não permitem um planejamento concentrado para a resolução dos conflitos existentes. Por vários motivos existe uma crescente litigiosidade, agravada pela carência de recursos humanos à disposição do Estado para o enfrentamento deste problema. Procuramos soluções para nos defendermos da conflituosidade que pode, em geral, se apresentar de forma triangular (Estado x sociedade x indivíduo), sendo que a ferramenta mais sofisticada que adotamos para esse fim é a normatividade, com a pretensão de que possa indicar regras claras para o limite do jogo social, atenuando-se os efeitos do conflito. O sistema jurídico, entretanto, não consegue evitar a profusão de conflitos judicializados, embora se baseie em um método violento e não pacífico de resolução de controvérsias, expondo a sanção como estratégia de dissuasão sempre incidindo sobre uma conduta previamente considerada proibida, a que se tem por lícito coagir. A resposta estatal deficiente, cuja avaliação foca fatores meramente quantitativos (o que se tornou uma tendência em face dos números exponenciais de litígios judicializados), pode retirar um conflito de uma área mais facilmente administrável para uma outra com repercussão social mais grave e perigosa. No mesmo sentido, a resposta tardia não soluciona conflitos. Existem infindáveis situações problemáticas, mas um grande potencializador de conflitos é a atuação deficiente do Estado, que se faz agravar quando o Judiciário se encontra totalmente estrangulado (além do limite), administrando o dia a dia, sem uma perspectiva de alteração de quadro, a permanecer neste modelo tradicional ou ortodoxo. O acesso à justiça se coloca como instrumento possível de resgate da efetividade da resposta estatal oferecendo inúmeros instrumentos para o enfrentamento do problema do excesso de judicialização de conflitos. Porém é necessário atualizar a sua compreensão conceitual, a sua extensão e as suas possibilidades.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça; conflitos; excesso de judicialização; esgotamento do sistema judicial; alternativas.



## ABSTRACT

Contemporary social relations are complex and do not allow a concentrate for the resolution of existing conflicts planning. For several reasons there is an increasing litigiousness, which is aggravated by the lack of human resources available to the State for addressing this problem. Seek solutions to defend ourselves from bickering, which can generally be presented in a triangular shape (State x society x individual) , and the most powerful tool we have adopted for this purpose is the normativity, with the pretense that may indicate rules clear to the edge of the social game, mitigating the effects of conflict . The legal system, however, can not avoid the profusion of judicialized conflicts, although based on a violent and non-peaceful method of dispute resolution, setting out the penalty as a deterrence strategy always focusing on previously considered prohibited conduct, which has by lawful coerce. The poor state response, whose evaluation focuses purely quantitative factors (what has become a trend due to the exponential number of disputes judicialized), a conflict may withdraw from an area more easily manageable for another more serious and dangerous social repercussions. Similarly, the late response does not resolve conflicts. There are endless problematic situations, but a big booster of conflicts is the poor performance of the State, which is worse when the Judiciary is completely choked (over the limit), managing the day to day, without a prospect of a change of frame, the stay in this traditional or orthodox style. Access to justice arises as a possible instrument of redemption of the effectiveness of state response offering numerous tools to address the problem of excessive judicialization of conflicts. But, it is necessary to update conceptual understanding, their extent and their possibilities.

**Key-words:** access to justice; conflicts; excess of judicialization; depletion of the judiciary; alternatives.



*"A justiça, ao contrário, não é concebida sem regras. Ela é fiel à regra, obediente ao sistema. Pode dispensar emoção, ímpeto. Imaginamo-la sob a forma de um velho severo e frio, que pesa, que calcula, que mede. Nada menos espontâneo que a justiça. O indivíduo não é nada para ela"*  
(Chaim Perelman)



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	17
<b>CAPÍTULO I - O CONFLITO</b> .....	22
1.1 Algumas considerações sobre a teoria do conflito .....	23
1.2 Conflito e poder .....	35
1.3 Conflito e Estado .....	46
1.4 Conflito e segurança .....	59
<b>CAPÍTULO II - O EXCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS</b> .....	82
2.1 A resposta jurisdicional ao conflito .....	84
2.2 Uma resposta, dois sistemas, inúmeros direitos .....	89
2.3 As consequências do excesso de judicialização (acesso à política e acesso à justiça) .....	107
2.4 O que importa nos números do excesso de judicialização dos conflitos (a inviabilização do sistema judicial) .....	118
2.5 O custo do excesso de judicialização de conflitos (ausência de uma análise sistêmica) .....	130
<b>CAPÍTULO III - O ACESSO À JUSTIÇA</b> .....	136
3.1 Compreendendo a extensão do tema (algumas observações) .....	137
3.2 Da concepção teórica de acesso à justiça (o Judiciário como <i>ultima ratio</i> ) .....	141
3.3 Obstáculos sociais, culturais, éticos e econômicos ao acesso à justiça (fatos do mundo) .....	152
3.4 Como enfrentar os obstáculos ao acesso à justiça (olhando para a litigiosidade).....	161
3.4.1 O paradigma da assistência judiciária (a primeira providência) .....	164
3.4.2 O paradigma da assistência jurídica integral (modernizando o enfrentamento dos obstáculos) .....	170
3.4.3 O paradigma do enfrentamento coletivo dos conflitos (a racionalização do sistema) .....	177
3.4.4 Os meios alternativos de solução de conflitos (a eficiência no enfrentamento dos obstáculos) .....	185
3.5. Acesso à justiça penal .....	192
3.5.1 Acesso e desigualdade .....	201
3.5.2 Acesso e garantismo .....	206
<b>CONCLUSÃO</b> .....	212
<b>REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA</b> .....	220





## INTRODUÇÃO

A questão relacionada ao efetivo acesso à justiça no Brasil continua sendo de difícil compreensão em face do paradoxo que nos encontramos diante do congestionamento do sistema judicial. Há uma variação conceitual complexa que procura iluminar o problema, o que induz à inúmeras leituras, por vezes repetindo fórmulas antiquadas ou apenas revelando comando normativo positivado formal, simplificando a discussão, ou ainda se limitando a fazer uma abordagem pontual. O certo é que a questão não aparenta ser tão simples e envolve uma solução integrada, multi-institucional, contextualizando providências relativas a uma ordem jurídica justa, não necessariamente monopolizada pelo Estado. No geral podemos admitir que vivemos em sociedade de classes, na latência de conflitos (interesses qualificados e pretensões resistidas) e valemo-nos, necessariamente, de arcabouço normativo (formal ou não) que procura ordenar nossos atos e comportamentos, impondo-nos deveres e direitos, sempre com a finalidade de podermos conviver pacificamente de forma coletiva e organizada. São direitos, inclusive formalmente elevados ao status de fundamental, por um longo amadurecimento histórico, como os de primeira dimensão (civis e políticos, decorrentes das conquistas liberais pós-revolucionária), os de segunda dimensão (sociais ou de intervenção estatal), ou ainda os de terceira dimensão, que são os atinentes à toda humanidade (meio ambiente, paz, livre determinação dos povos, dentre outros) e que são qualificados por uma expressão de solidariedade. Há quem sustente até a existência de direitos de quarta dimensão, ou aqueles relativos à institucionalização de um Estado social, como o direito à democracia, à informação, ao pluralismo, etc.

A necessidade de efetivação destes direitos fundamentais revela a sua complexidade, porquanto materializa o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da nossa República (art. 1º, III, da Constituição Federal), o que obriga ao reconhecimento kantiano de que o Estado deve existir em razão da pessoa humana e não o contrário. Ademais, "a supremacia da dignidade da pessoa humana decorre da constatação de

que este princípio dimana da convergência de outros princípios de relevância inquestionável",<sup>1</sup> como o da igualdade substancial, do efetivo acesso à justiça, da justiça social, da integridade física e psicológica, etc.

O Estado como fonte do nosso ordenamento tornou-se onipresente, traduzindo o significado da nossa diversidade social e cultural, decorrendo, assim, uma profusão de preceitos que na outra ponta, ao enunciar direitos, potencializa novos conflitos pela natural e humana busca por espaço de poder. De uma forma clássica e interventiva, o Estado (atributo da organização do poder político) substitui as partes em conflito e oferece a solução da controvérsia pelo exercício da sua jurisdição.

Diante desta roda de causas e efeitos é fácil constatar que o fato de estarmos cercados por uma fartura de normas (portanto de expectativas) nos leva a voltar as nossas pretensões, ante a existência de um conflito, unicamente para a proteção estatal. Em um modelo de tripartição de poderes (evidentemente superado), parece sugestivo que o Judiciário se ocupe exclusivamente da resolução de conflitos, ao menos em regra os conflitos fora do jogo político, enquanto se harmoniza institucionalmente com a atividade legiferante e a administração dos interesses comuns atribuídas aos demais poderes. Esta sugestão implica em uma centralização da atividade estatal na busca de uma solução para a desavença, seja dentro da própria estrutura do Estado, destacando a exclusividade de alguns atores para este fim (com evidentes antagonismos institucionais), seja diante da sociedade civil, que ocupa ainda um papel secundário e subestimado na contribuição da prevenção ou resolução de conflitos. A questão colocada é como compreender e acessar os mecanismos de intervenção do Estado sem inviabilizar o próprio direito de acesso ao Estado para pedir uma providência ao caso que se apresenta.

Como consequência da centralização, surge a necessidade contumaz de aperfeiçoamento de normas de natureza processual (mais normas) disciplinando o fluxo e a resposta aos conflitos posto à deliberação do Judiciário, enrijecendo, por decorrência, a estrutura para atender essa demanda tornada plural e complexa. A par disso a atividade

---

<sup>1</sup> BISSOCHI, Barbara Silveira Machado. *Ações coletivas e defensoria pública: Instrumentos de promoção do acesso integral à justiça*. p. 36.

legiferante do Estado expõe com frequência um leque de direitos subjetivos, que são anunciados como solução para os conflitos e que se tornam exigíveis tanto do próprio Estado quanto de toda a sociedade.

Já se tem sedimentado a ideia da justiciabilidade de um mínimo existencial, um valor que transcende o exercício de um direito e se relaciona diretamente com o desenvolvimento elementar da vida humana em um ambiente de bem-estar. Tal complexidade, levada à verificação cotidiana, exige que toda a estrutura a serviço do Judiciário venha sendo sistematicamente alterada, seja por reforma constitucional, seja por inovação legislativa, em uma busca incessante por uma razoável duração e celeridade na tramitação. No entanto, apesar dos esforços reformistas é patente que o Judiciário continua sendo questionado pela ausência de resposta linear aos conflitos postos à sua deliberação, o que nos leva a indagar se necessitamos de uma resposta segmentada do Estado em detrimento de uma ação concertada para que a resposta seja efetivada sem a potencialização dos conflitos.

Para um planejamento com vistas à administração dos conflitos, não se pode deixar de considerar a complexidade das relações sociais contemporâneas. Como consequência, há uma decorrente potencialização da litigiosidade, que ao ser direcionada para solução estatal é agravada pela carência de recursos humanos disponíveis para o enfrentamento do problema. Uma das estratégias para nos defendermos da conflituosidade é o aprimoramento da normatividade e a possibilidade de sua eficácia, com a intenção de que possa sinalizar claramente as regras para o limite do jogo social (fronteira entre o permitido e o proibido), atenuando-se os efeitos de eventuais conflitos.

O sistema jurídico, entretanto, não consegue evitar a profusão de conflitos judicializados. Ao contrário, acaba por sugerir uma solução segmentada, cuja consequência é uma resposta estatal deficiente, privilegiando fatores quantitativos, que longe de administrar os conflitos postos à sua apreciação, permitem, em alguma medida, o seu agravamento. Existem infindáveis situações problemáticas, mas um grande potencializador de conflitos é a atuação deficiente do Estado, que se torna mais acentuado quando o Judiciário se encontra totalmente inviabilizado, sem perspectiva de que possa apurar a qualidade da resposta, ao tempo que os demais atores do sistema de justiça permanecem isolados, sem reconhecer a necessidade de

uma comunicação sistêmica, para amenizar os efeitos perversos de uma resposta estatal deficitária.

O acesso à justiça se coloca como instrumento possível de resgate da efetividade da resposta estatal, oferecendo instrumentos para o enfrentamento do problema do excesso de judicialização de conflitos. No entanto, é necessário atualizar o seu conceito, a sua dimensão e as suas possibilidades, bem como se conscientizar que não há uma solução isolada e nem mesmo segmentada.

O presente estudo opta metodologicamente pela descrição direta e pelo enfrentamento da realidade construída pela interpretação das experiências sócio-jurídicas, na busca de um processo de edificação do conhecimento para a compreensão do problema e a apresentação de hipóteses. Ao tempo em que se faz uma abordagem doutrinária, com a nítida pretensão de trazer o ponto de vista dos autores elegidos para reforçar o proposto, há uma deliberada seletividade conceitual em face de uma busca da coincidência de visão de mundo propiciada pelas experiências institucionais afetas à área da pesquisa, que se têm por fundamental para a atividade descritiva e o conhecimento eficaz do problema apontado.

O trabalho se apresenta na forma de um itinerário, iniciando-se pelo conflito como causa, depois para a compreensão do que seja excesso de judicialização, como problema e, finalmente, pela compreensão moderna do que seja acesso à justiça (hipótese), bem como as inúmeras possibilidades que oportuniza a discussão do problema constatado.

Sendo assim, o primeiro capítulo pretende examinar a formação sociológica do conflito, visto que, sob o ponto de vista jurídico, a apreciação do conflito já se dá como realidade posta, desconhecendo-se os seus mecanismos e a sua iteração. Daí a necessidade, para a compreensão do problema e os limites da apresentação de uma hipótese, do conhecimento de algumas considerações sobre a teoria do conflito, sua interface com a relação de poder, com a construção do Estado (que utiliza o sistema jurídico como mecanismo de comunicação) e, enfim, com a segurança associada com a possibilidade de satisfazermos as nossas necessidades básicas e eliminarmos as incertezas.

O segundo capítulo procura ressaltar a importância de uma resposta jurisdicional ao conflito trabalhando o fenômeno (jurídico e sociológico) da interpretação e do julgamento, a

formação histórica da resposta estatal e a diversidade de direitos surgidos para assegurar a possibilidade de intervenção com a pretensão da administração da técnicas de sufocamento ou desvio de conflitos. Por fim, analisa as consequências do excesso de judicialização em face de um ineficiente exercício do acesso à política (empobrecimento de ocupação do espaço público), demonstrando estatisticamente que o excesso de judicialização inviabiliza o sistema de resposta judicial. Ao término, pretende-se fazer uma abordagem crítica denunciando a ausência de uma análise sistêmica na apuração do custo do problema assinalado.

O terceiro capítulo traça uma abordagem mais moderna da compreensão do que seja acesso à justiça, ressaltando a necessidade de deixar o Judiciário como última solução, além da obrigação que a resposta do Estado aos conflitos postos à sua deliberação seja sistêmica, não segmentada e efetiva. Em seguida são descritos e atualizados os obstáculos sociais, culturais (éticos) e econômicos ao acesso à justiça e a sua imperiosa verificação com os fatos do mundo. Para o enfrentamento dos obstáculos verificados faz-se um esforço das diversas tipologias: assistência judiciária como a primeira providência; a assistência jurídica integral revelando uma novel fórmula de enfrentamento dos obstáculos ao acesso à justiça que ganha fôlego e prestígio nos fóruns internacionais; a racionalização do sistema de resposta estatal pela adoção do enfrentamento coletivo dos conflitos; e a procura da eficiência da resposta (e de superação dos obstáculos) com a adoção de meios alternativos de solução de conflitos.

Ainda no capítulo terceiro é feita uma abordagem sobre uma questão pouco enfrentada relacionada ao acesso à justiça penal, que é generosa e ampla para quem postula e restrita, ineficiente e não voluntária para quem resiste à pretensão. Para tanto, utiliza-se dados estatísticos colacionados de diversas pesquisas com objetivo de demonstrar o quanto patente é o acesso pródigo em contraste com a desigualdade penal, especialmente sob o ponto de vista da estruturação institucional, além da necessidade de alinhamento de uma postura garantista diante do confronto com a pretensão punitiva estatal.

A conclusão, de forma objetiva, procura traçar algumas hipóteses a fim de estabelecer alternativas ao excesso de judicialização do conflito em harmonia com o direito estrutural de acesso à justiça, visando a racionalização e a efetividade da resposta estatal aos conflitos que lhe são direcionados.

## CAPÍTULO I

### O CONFLITO

A nossa natureza é conflituosa e o conflito é existencial. Por onde possamos procurar vamos sempre encontrar o conflito, multifacetado, inevitável e universal. O conflito nos domina psicologicamente em razão de sempre vivermos em paradoxos extremados, variando entre os polos opostos: a vida é um conflito permanente com a morte.<sup>2</sup> A exteriorização deste comportamento conflituoso expõe o modo em que nos relacionamos socialmente, além de evidenciar as nossas incertezas e motivar a insegurança. A medida em que ingressamos na complexidade do relacionamento social se revelam formas conflituosas incisivas que variam do simples desentendimento, de uma altercação, ao genocídio ou extermínio de massas. Afinal, o que estaria mais próximo da natureza humana do que o conflito? A história é contada pelos conflitos,<sup>3</sup> as nossas lembranças definitivamente marcadas por conflitos. De alguma forma já nos acostumamos com a sua onipresença e não é usual investigarmos a sua origem: apesar do conflito pertencer ao campo do inevitável, no máximo admitimos a existência de uma conceituação distante, polissêmica e transdisciplinar.

De maneira reativa procuramos soluções para nos defendermos da conflituosidade, que pode, em geral, se apresentar de forma triangular (Estado x sociedade x indivíduo), sendo que a ferramenta mais sofisticada que adotamos para esse fim é a normatividade, com a pretensão de que possa indicar regras claras para o limite do jogo social, atenuando-se os efeitos do conflito. Resta saber até que ponto a própria normatividade, mesmo acompanhada do monopólio da violência, não contribui para a produção de mais conflitos. Não há relacionamento social, seja em uma sociedade nacional, civil, comercial, religiosa ou em qualquer tipo de organização ou

---

<sup>2</sup> Neste sentido: GOMES, Marcelo Bolshaw. *A arte do conflito. Confrontação mediada pela dialógica.*

<sup>3</sup> “O conflito é o motor principal da história”. Contribuição de Karl Marx para a sociologia do conflito, segundo ROMERO, Joaquim José Barbosa. *Moderna teoria do conflito e da violência, concorrentes para a fenomenologia da defesa.* 1988.

relacionamento pessoal, familiar ou conjugal que não envolva o conflito. Não há forma também de nos tornarmos indiferentes. Todos se envolvem com o conflito, em maior ou menor grau, diretamente relacionado com a sua dimensão, intensidade e reprovabilidade, podemos dizer, ainda, proximidade. O cotidiano subtraído da sensação de segurança e certeza, em última análise, é absolutamente refém do conflito, de onde se pode medir a vitalidade social, a capacidade de inovação e superação, e o seu grau de racionalidade.

### 1.1 Algumas considerações sobre as teorias do conflito

*Assim como o universo precisa de amor e ódio, isto é, de forças de atração e de forças de repulsão, para que tenham uma forma qualquer, assim também a sociedade, para alcançar uma determinada configuração, precisa de quantidades proporcionais de harmonia e desarmonia, de associação e competição, de tendências favoráveis e desfavoráveis. (Georg Simmel).<sup>4</sup>*

Os conflitos expõem um determinado traço cultural de uma comunidade ou mesmo de uma sociedade nacional e podem ser vistos por seu aspecto sociológico, psicológico, linguístico e jurídico. Para a psicanálise o conflito é permanente e constitutivo do ser humano.<sup>5</sup> Conflitos pessoais tornam-se as causas e os efeitos de conflitos maiores a ponto de envolver toda a humanidade: “a violência civil e as guerras reproduzem no macrocosmo os embates que ocorrem no microcosmo de qualquer grupo”.<sup>6</sup> A reação à diversidade conflituosa é sempre idiossincrática, sendo certo que na cultura ocidental existe em geral uma perspectiva negativa sobre uma eventual funcionalidade do conflito, afastando-se de um consenso no campo axiológico. Afinal, o conflito é um mal inerente às relações sociais ou mais uma oportunidade de mudança e de progresso? Se não sabemos ainda responder, devemos ao menos admitir que é

<sup>4</sup> SIMMEL, Georg. *A natureza sociológica do conflito*. p. 124.

<sup>5</sup> Neste sentido: Laplanche, J., & Pontalis, J.B. *Apud* FONTES. Flávio Fernandes et. alli. *Retomando o conceito de conflito psíquico a partir da sua origem na clínica freudiana da histeria: o caso Dora revisitado*.

<sup>6</sup> MONTEIRO, Dalva de Andrade. *Guerras: Freud explica?*

inegável, em razão de conflitos históricos e generalizados, que foi possível desenvolver e aperfeiçoar tecnologias e valores sociais usados também em proveito da qualidade e da dignidade da vida, bem como a produção ou modificação de “grupos de interesse, uniões e organizações”,<sup>7</sup> paradoxo que confortavelmente parece relegado ao esquecimento.

Em sociedade ou estamos cooperando ou estamos em conflito. A cooperação implica na não resistência à pretensão alheia. Trata-se de uma forma básica de interação social, que para Georg Simmel é “uma das mais vívidas interações e que além disso não pode ser exercida por um indivíduo apenas”,<sup>8</sup> o que revela o caráter de sociação do conflito.<sup>9</sup> Ou se coopera ou estaremos em conflito. O conflito surge, portanto, como negativa à cooperação. Bobbio, Mauteucci e Pasquino, afirmando a importância da compreensão deste mecanismo básico de interação, ensinam que “qualquer grupo social, qualquer sociedade histórica pode ser definida em qualquer momento de acordo com as formas de conflito e cooperação entre os diversos atores que nela surgem”.<sup>10</sup> Ademais, neste jogo social de cooperação ou de conflito, lembra Recasens Siches, não há nenhuma prova histórica de que houve uma época ou lugar em que os processos associativos (cooperação) foram predominantes sobre os processos dissociativos (conflitos): “*por el contrario, la verdad es que en todas las situaciones históricas hallamos, en mayor o menor proporción, competencias, antagonismo, conflicto, lucha*”.<sup>11</sup>

Encontramos no pensamento de Remo F. Entelman que o ordenamento jurídico revela a mais antiga estratégia de prevenção de conflitos, excluindo, por princípio, o uso privado da violência ao decretar o monopólio estatal da força.<sup>12</sup> As regras do direito expõem um sistema com uma dupla função: dissuadir condutas declaradas proibidas e colocar à disposição dos

<sup>7</sup> SIMMEL, Georg. *A natureza sociológica do conflito*. p. 122.

<sup>8</sup> *Idem*. p. 122.

<sup>9</sup> LUCENA FILHO indica o conceito de sociação de Georg Simmel: “o conflito (ao lado da determinação quantitativa do grupo, da dominação e subordinação, pobreza e individualidade) é resultado de interações sociais, possuindo na antagonia de comportamentos e sentimentos a sua razão de ser e funcionando como mola propulsora do progresso. *As teorias do conflito: uma aplicação prática à cultura da consensualidade*.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto; *et al.* *Dicionário de Política*. p. 225.

<sup>11</sup> SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de sociología*. p. 403.

<sup>12</sup> Neste sentido: ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. p. 53.



conflitantes a força necessária para que possam resolver (ao menos juridicamente) o conflito. A oposição, portanto, encontra-se margeada pelo conteúdo normativo colocado à disposição do conflitante, estreitando a sua discricionariedade, ao tempo em que o ordenamento jurídico acena para a dissuasão do conflito em face de uma eventual sanção. Assim, as regras para o exercício da oposição não estão disponíveis a todos, senão àqueles em que a sociedade seleciona sobre a base de critérios de valoração de prioridades.

O ordenamento jurídico classifica as condutas em proibidas ou não proibidas (permitidas) gerando, como ensina Entelman, *“un inevitable estilo de pensamiento para el cual, cuando en una relación social se enfrentan dos pretensiones incompatibles, sus miembros se preguntan sobre quien tiene razón para el Derecho”*.<sup>13</sup> Atuando desta forma, o ordenamento jurídico abre espaço para a discussão e o argumento da razão ancorada em uma interpretação normativa. Havendo reconhecimento da outra parte, ou seja, não havendo oposição ou resistência, chega-se à cooperação, afastando-se o conflito. No caso contrário, há que se reconhecer que cada um dos conflitantes é livre para manter a sua pretensão, *“lo cual significa que para ambos es igualmente permitido o legítimo estar en conflicto con el otro”*,<sup>14</sup> exigindo uma resposta à pretensão formulada. Estando a violência monopolizada pelo Estado, a pretensão agora é direcionada ao detentor do monopólio, exigindo-se as providências para solução do caso concreto que se expõe.

No entanto, seguindo o princípio de que o que não está proibido pelas normas do sistema se considera juridicamente permitido (*norma de clausura* na denominação de Entelman),<sup>15</sup> é necessário constatar que o ordenamento jurídico não é um sistema de normas fechadas que resolve todos os enfrentamentos possíveis. Qual seja, haverá condutas em que não poderemos adequar uma norma ao caso concreto, exigindo a sua integração com princípios ou estratégias hermenêuticas, que, embora necessariamente devam ser fundamentados, apenas resolverão o

---

<sup>13</sup> ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. p. 54.

<sup>14</sup> *Idem*. p. 54.

<sup>15</sup> *Idem*. p. 55.

conflito como ato de vontade do intérprete.

Entelman vai além ao propor o abandono da classificação do ordenamento jurídico entre normas proibidas e permitidas. Segundo o autor, ao procedermos assim estaremos diante de uma perplexidade. Analisando somente a área do permitido, “*descubrimos dentro de ella un número infinito de conflictos que el derecho desdeña porque se dan entre pretensiones incompatibles, pero igualmente permitidas o no sancionadas*”.<sup>16</sup> Assim, são inúmeras e complexas as possibilidades de conflitos que não se esgotam no espaço jurídico.

O sistema jurídico não consegue evitar a profusão de conflitos, embora também se baseie em um método violento e não pacífico de resolução de controvérsias, expondo a sanção como estratégia de dissuasão sempre incidindo sobre uma conduta previamente considerada proibida, a que se tem por lícito coagir.<sup>17</sup> Tal fato decorre da própria natureza da coação, que, para Arnaldo Vasconcelos, é meramente instrumental e que não está, portanto, na essência do Direito.<sup>18</sup> A coação, deste modo, se apresenta apenas como aleatória ou acidental; “em verdade, o melhor Direito seria aquele que dispensasse até o apelo acidental à força para fazer-se valer, consumando-se de modo silencioso e tranquilo, por ser intrinsecamente justo”.<sup>19</sup>

Por sua vez, Georg Simmel endossa o entendimento de que o conflito resolve a tensão entre os contrastes, “o fato de almejar a paz é só uma das expressões - e especialmente óbvia - de sua natureza: a síntese de elementos que trabalham juntos, tanto um contra o outro, quanto um para o outro”.<sup>20</sup> Deste modo, as sociedades não resultam apenas das forças positivas, enquanto as negativas não atrapalham, “a sociedade como a conhecemos é o resultado de

<sup>16</sup> Neste sentido: ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. p. 55.

<sup>17</sup> Arnaldo VASCONCELOS, sobre o tema, faz a seguinte indagação: “alguma vez, em qualquer lugar e em qualquer tempo, consumou-se algum Direito sem a necessidade de coação?” *Direito e força. Uma visão pluridimensional da coação jurídica*. p. 13. No mesmo sentido, é a afirmação de Max WEBER: “Para nós, o decisivo no conceito de direito (que para outros fins pode ser definido de maneira completamente diferente) é a existência de um quadro coativo”. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. p. 21.

<sup>18</sup> Neste sentido: VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito e força. Uma visão pluridimensional da coação jurídica*, p. 14. O autor relembra as seguintes palavras de Hannah Arendt: “A violência é por natureza instrumental; como todos os meios, sempre necessita de orientação e justificação pelos fins que persegue. E o que necessita ser justificado por alguma outra coisa não pode ser a essência de coisa nenhuma”.

<sup>19</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito e força. Uma visão pluridimensional da coação jurídica*. p. 15.

<sup>20</sup> SIMMEL, Georg. *A natureza sociológica do conflito*. p. 123.

ambas as categorias, que se manifestam deste modo como inteiramente positivas”.<sup>21</sup> Buscando o exemplo nas palavras de Georg Simmel, o fim de energias de repulsão ou destruição não importa numa vida social mais equilibrada (mais rica e mais plena), “mas num fenômeno tão diferente e irrealizável quanto se um grupo fosse privado das forças de cooperação, afeição, ajuda mútua e convergência de interesses”.<sup>22</sup> Assim, a discordância pode ter o caráter negativo entre os atores determinados, mas não significa que tal negatividade se estenda necessariamente ao grupo social, que passa a ter uma visão diferenciada da discordância particularizada, quando associada a outros pontos de vista: “os elementos negativos e duais jogam um papel inteiramente positivo nesse quadro mais abrangente, apesar da destruição que podem causar em relações particulares”.<sup>23</sup>

O conflito é estudado a partir da sua dimensão, intensidade e objetivos. A dimensão refere-se à quantidade de atores envolvidos na relação conflituosa e a intensidade à “disponibilidade que os sujeitos possuem em negociar ou manter inarredáveis as suas pretensões”,<sup>24</sup> cujo indicador “será constituído pelo número dos participantes quer absoluto, quer relativo à representação dos participantes potenciais”.<sup>25</sup> A intensidade se refere ao grau de envolvimento dos participantes, bem como a sua disponibilidade para manter a sua pretensão ou insistir na resistência. Bobbio, Mauteucci e Pasquino chamam a atenção para não se medir a intensidade de um conflito pela violência: “a violência não é um componente da intensidade; ela de fato não mede o grau de envolvimento, mas assinala a inexistência, a inadequação, a ruptura de normas aceitas por ambas as partes e as regras do jogo”.<sup>26</sup> A violência não é o único instrumento que se pode utilizar em um conflito e muito menos é o mais eficaz, como nos casos de conflitos políticos internacionais quando se verifica uma forte (e muitas vezes cruel) persuasão direcionada pelo jogo diplomático. Quanto ao estudo dos conflitos a partir do seu

---

<sup>21</sup> *Idem.* p. 124.

<sup>22</sup> *Idem.* p. 126/127.

<sup>23</sup> *Idem.* p. 126.

<sup>24</sup> LUCENA FILHO, Humberto Lima de. As teorias do conflito: uma aplicação prática à cultura da consensualidade.

<sup>25</sup> BOBBIO, Norberto; *et al.* *Dicionário de Política.* p. 226.

<sup>26</sup> *Idem.* p. 226.

objetivo é possível compreendê-lo e analisá-lo “somente na base de um conhecimento mais profundo da sociedade concreta em que os vários conflitos emergem e se manifestam”.<sup>27</sup> Reforçando este entendimento, para Marcelo Bolshaw Gomes, “é impossível investigar o conflito de forma descontextualizada, sem levar em conta os interesse contrários e diferenças objetivas que o motivaram”.<sup>28</sup> Por sua vez, Lucena Filho destaca que o estudo do conflito a partir do seu critério objetivo deve sempre levar em consideração um estudo sobre as condições da sociedade em conflito, e “quase sempre dizem respeito às mudanças desejadas de e no sistema social que abriga o conflito”.<sup>29</sup>

Conflitos ocorrem em uma sucessão de condutas. A compreensão do “comportamento dos atores envolvidos permite analisar as tendências e prever distintas formas de manejar o conflito”,<sup>30</sup> o que se revela em uma importante ferramenta para a sua solução. Para Entelman, conforme descreve João Alves Silva, é fundamental compreender a intensidade da conduta conflitiva, isto é, “a potencialidade conflitiva dos atores à sua disposição para lutar pelo objeto de disputa”.<sup>31</sup> Os atores podem estar ligados ao conflito por sentimentos relativamente conciliadores ou reciprocamente hostis, daí a necessidade da tomada de consciência como forma de administração do conflito. O conflito só estará instalado quando os atores reconhecerem, com relação ao outro, que ambos têm objetivos incompatíveis.

Entelman faz uma distinção entre conflitos de objetivo único (puros ou de soma zero) e conflitos de objetivos múltiplos (impuros ou de soma variável). Àquele é atribuído um único resultado possível ao tempo da resolução: um ganhador e um perdedor. Para este, no entanto, os resultados “permitiam uma distribuição de ganhos entre todos os polos envolvidos”<sup>32</sup>. Assim, o conflito de objetivo único produz sempre um perdedor, enquanto para o conflito de objetivo múltiplo não existem perdedores. Para os conflitos de soma variável, que têm objetivos

<sup>27</sup> BOBBIO, Norberto; *et al.* *Dicionário de Política*. p. 226.

<sup>28</sup> GOMES, Marcelo Bolshaw. *A arte do conflito. Confrontação mediada pela dialógica*

<sup>29</sup> LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *As teorias do conflito: uma aplicação prática à cultura da consensualidade*.

<sup>30</sup> SILVA, João Alves. *Teoria de conflitos e direito: em busca de novos paradigmas*. p. 219.

<sup>31</sup> *Idem.* p. 219.

<sup>32</sup> SILVA, João Alves. *Teoria de conflitos e direito: em busca de novos paradigmas*. p. 219.

mesclados, é possível delinear diversos métodos para a sua resolução, uma vez que é mais fácil a construção de uma solução. No entanto, ao contrário, os conflitos de soma zero não têm à sua disposição um leque de soluções, o que “supõe a sua terminação com a vitória de uma parte e a derrota da outra”.<sup>33</sup>

É possível identificar ainda que a teoria do conflito, por estar associada a uma relação de poder, implica em um cálculo de custo-benefício, que não está necessariamente associada a uma apreciação econômica. Entelman denomina de “cálculo do uso do poder”<sup>34</sup> e chama a atenção para uma ponderação sobre a disposição conflitiva do oponente, bem como a avaliação dos recursos que dispõe, evitando-se a surpresa e o imprevisto.<sup>35</sup> Se por um lado a ponderação econômica pode não exercer nenhuma influência sobre a intensidade em alguns conflitos, ou seja, a disposição do contendor em disputar o objeto desejado, por outro, em uma eventual contenda jurídica, se revela em um fator preponderante. Não há, portanto, uma relação racional na utilização dos cálculos de custo-benefício; “existem conflitos nos quais um ator valoriza mais o dano causado ao adversário do que a obtenção do seu objetivo real ou aparente”.<sup>36</sup>

Bobbio, Mauteucci e Pasquino destacam a presença de duas correntes sobre a interpretação do fenômeno conflitivo: uma corrente considera qualquer sociedade ou grupo social como harmônico e equilibrado, sendo o conflito considerado uma patologia social e as suas causas são meta-sociais ou exógenas. A harmonia social seria, então, um estado normal e equilibrado. São representantes do pensamento desta corrente Comte, Spencer, Pareto, Durkheim, Talcott Parsons, dentre outros. A outra corrente propugna o conflito como existencial, marcando constantemente qualquer grupo social. Deste modo, não se encontra em nenhuma sociedade o equilíbrio e a harmonia como um estado normal. Assim, “através dos

---

<sup>33</sup> *Idem.* p. 219.

<sup>34</sup> *Idem.* p. 219.

<sup>35</sup> ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma.* p. 128.

<sup>36</sup> SILVA, João Alves. *Teoria de conflitos e direito: em busca de novos paradigmas.* p. p. 222.

conflitos surgem as mudanças e se realizam os melhoramentos. Conflito é vitalidade”.<sup>37</sup> Nesta corrente filiam-se Karl Marx, Georges Sorel, John Stuart Mill, Georg Simmel, Ralf Dahrendorf e Alain Touraine.

Segundo, ainda, Bobbio, Mauteucci e Pasquino, esta corrente conflitual é subdivida em dois grupos: os partidários do pensamento marxista, que se notabiliza por ser o conflito uma luta de classes e, neste caso, abolida a divisão de classes não mais haveria conflitos; e o outro grupo que encontra em Ralf Dahrendorf a formulação de hipóteses constantes da teoria da coerção da integração social, em que:

*1) toda a sociedade e cada um de seus elementos estão sujeitos, em qualquer período a um processo de mudança (hipótese da Historicidade); 2) toda sociedade é uma estrutura em si contraditória e explosiva de elementos (hipótese da explosividade); 3) todo elemento de uma sociedade contribui para a mudança da mesma (hipótese da disfuncionalidade ou produtividade); 4) toda sociedade se conserva mediante a coerção exercida por alguns dos seus membros sobre outros membros (hipótese da constrição).*<sup>38</sup>

Não é possível, entretanto, classificar nestas duas correntes, o pensamento de Kant, Hegel e Max Weber, “que analisaram e identificaram quer as condições de ordem ou do movimento, quer os fatores que levam a harmonia como os que produzem os conflitos”.<sup>39</sup> Também em uma posição intermediária encontra-se a metodologia funcionalista como a adotada por Robert Merton, para o qual “o conflito é disfuncional em dois sentidos: é produto do não ou do mau funcionamento de um sistema social e produz por sua vez obstáculos e problemas, *strain and stresses*, no funcionamento do sistema”.<sup>40</sup>

Na natureza humana, para Thomas Hobbes, encontramos as principais causas dos conflitos, a que chamava de *discórdia* ou de *guerra*: a competição, a desconfiança e a glória.

---

<sup>37</sup> BOBBIO, Norberto; *et al. Dicionário de Política*. p. 226.

<sup>38</sup> *Idem*. p. 227.

<sup>39</sup> *Idem*. p. 226.

<sup>40</sup> BOBBIO, Norberto; *et al. Dicionário de Política*. p. 227.

Quando desejamos aquilo o que o outro possui, a competição ou a rivalidade leva a violência, induz “os homens a atacar os outros em vista do lucro”,<sup>41</sup> sujeitando-o a ser expropriado, privado “não apenas do fruto do seu trabalho, mas também de sua vida e de sua liberdade”.<sup>42</sup> A competição pode, mas não está, necessariamente, relacionada à escassez; o desejo “não se curva a uma razão entre coisas disponíveis e as necessidades humanas: podemos nos matar por aquilo que não necessitamos”.<sup>43</sup> A ambição pelo poder é um exemplo: não está em jogo muitas vezes a sobrevivência, mas a vaidade. A escassez, por sua vez, qualifica a competição, eleva a rivalidade e oportuniza a violência. Por outro lado, a escassez revela um duplo valor: além de possibilitar a violência, é também uma das causas da paz: “a escassez impulsiona os homens a trabalhar, incita-os a intercambiar”,<sup>44</sup> favorece o comércio e destaca a vantagem de consolidar relacionamentos humanos estáveis, na perspectiva utilitarista do custo-benefício entre guerrear ou produzir para eliminar a escassez, e, portanto, o conflito.

A segunda causa, a desconfiança, decorre da competição; e como não se sabe quem irá cobiçar o que é seu, por prevenção, se desconfia de todos, recorre-se a violência como defesa, o que torna a desconfiança a causa que generaliza o conflito (a discórdia ou a guerra). Hobbes alerta: “em vista dessa situação de desconfiança mútua, não há nenhuma forma de autoproteção antecipada razoável”.<sup>45</sup> A igualdade faz surgir em cada um a esperança de realizar seu próprio objetivo, otimizando um “estado permanente de desconfiança recíproca”.<sup>46</sup> Por fim, a terceira causa relaciona-se com a violência por um motivo insignificante, “como uma palavra, um sorriso de escárnio, uma opinião diferente da sua, e qualquer outro sinal de desprezo”.<sup>47</sup>

Não há uma razão predominante das causas da discórdia ou da guerra, “mas um jogo de

---

<sup>41</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã. A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. p. 96.

<sup>42</sup> RIBEIRO. Renato Janine. *Filosofia política moderna: de Hobbes a Marx*.

<sup>43</sup> *Idem*.

<sup>44</sup> SOUKI, Nádia. Behemoth contra Leviatã. A guerra civil na filosofia de Thomas Hobbes. p. 45.

<sup>45</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã. A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. p. 95.

<sup>46</sup> BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. p. 34.

<sup>47</sup> RIBEIRO. Renato Janine. *Filosofia política moderna: de Hobbes a Marx*.

paixões e circunstâncias”.<sup>48</sup> Deste modo, a igualdade, associada a uma eventual escassez de recursos e ao direito natural sobre todas as coisas que a natureza deu para quem vive fora da sociedade (quando não há pela lei civil um critério de distinção de propriedade, da separação do seu e do meu), nas palavras de Bobbio, “destina-se por si só a gerar um estado de impiedosa concorrência, que ameaça converter-se continuamente em uma luta violenta”.<sup>49</sup> Na natureza humana as pessoas agem sempre mais pelos impulsos da paixão do que pela razão: “elas estão quase sempre prontas a sacrificar seus semelhantes a seu próprio interesse, ao de sua família ou ao de seus amigos mais próximos”.<sup>50</sup>

No mesmo sentido de Hobbes, que aponta as causas do conflito na natureza humana, Georg Simmel denuncia o ódio, a inveja, a necessidade e o desejo.<sup>51</sup> O homem, para Recasens Siches tem um natureza social e antissocial e lembrando Ortega y Gasset assevera que “*la sociedad es tan constitutivamente el lugar de la sociabilidad como el lugar de la más atroz de insociabilidad*”.<sup>52</sup> Marcelo Bolshaw endossa o entendimento de que o conflito primeiramente nasce de interesses comuns e diferenças objetivas. Deste modo, uma disputa entre adversário a princípio não significa um conflito entre inimigos, haja visto a existência e a submissão voluntária ao pacto de cooperação. O conflito vai efetivamente se instaurar quando “as diferenças objetivas se tornam pessoais, quando o espírito de competição supera o de cooperação”.<sup>53</sup> Assim, sendo possível a ruptura da regra do jogo, em razão de um dos participantes abandonar a disposição cooperativa, inicia-se uma relação conflituosa. À medida em que aumentam os pontos da controvérsia se diminui a capacidade de conformação aos argumentos apresentados pelo outro conflitante: “as partes tornam-se cada vez mais irracionais, instintivas, inconscientes em relação ao conjunto e elaboram ‘racionalidades’

---

<sup>48</sup> SOUKI, Nádía. *Behemoth contra Leviatã. A guerra civil na filosofia de Thomas Hobbes*. p. 45.

<sup>49</sup> BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. p. 34.

<sup>50</sup> SOUKI, Nádía. *Behemoth contra Leviatã. A guerra civil na filosofia de Thomas Hobbes*. p. 48.

<sup>51</sup> SIMMEL, Georg. *A natureza sociológica do conflito*. p. 122.

<sup>52</sup> SICHES, Luís Recasens. *Tratado general de sociología*. p. 403.

<sup>53</sup> GOMES, Marcelo Bolshaw. *A arte do conflito. Confrontação mediada pela dialógica*. p. 07.



próprias”.<sup>54</sup> O roteiro do conflito apresentado por Marcelo Bolshaw Gomes é bastante significativo: a) o conflito simples, quando se inicia o desequilíbrio entre a cooperação e a competição; b) o conflito sobre o próprio conflito, quando se verifica a personificação do conflito e a ampliação dos envolvidos; c) o conflito sobre a solução do conflito, quando já ocorre, por estratégia, a intimidação e a retaliação do inimigo; e, por fim, d) o conflito que destrói o conflito, que é o caso extremo, chegando a autodestruição.<sup>55</sup>

Bobbio, Matteucci e Pasquino acreditam não existir causas específicas do conflito, porquanto o conflito nasce com a formação da própria sociedade, resultando em elemento ineliminável a longo prazo, “porque a curto e a médio prazo, o conflito pode ser sufocado ou desviado”.<sup>56</sup> A resolução do conflito é rara, bem como a sua supressão. Tratando-se de conflito social ou político, o seu bloqueio, ou o seu desvio, pode ocorrer pela força ou pela coerção, mas não necessariamente eliminar a sua causa ou extirpar a tensão existente: “quase por definição um conflito não pode ser resolvido”.<sup>57</sup> A reação mais comum, ou a tentativa mais frequente, é a de se socorrer da normatividade com o objetivo minimizar os efeitos dos conflitos, ao tempo a sua regulamentação pretende a indicação de regras que estabeleçam determinados limites aos conflitos. Ralf Dahrendorf esclarece que, diferentemente da tentativa da supressão de conflitos (força), a regulamentação está mais próxima de alcançar o seu objetivo, visto que se acopla a realidade social, diminuindo a violência.<sup>58</sup> Se aceitas as regras por todos os conflitantes, o conflito passa a ser institucionalizado. Apesar dos conflitos não desaparecerem com a regulamentação, à medida em que a sociedade vai se organizando de forma mais complexa, do mesmo modo vai procurando a diluição de conflitos, com o objetivo de “canalizá-lo, dentro de formas previsíveis, submetê-lo a regras precisas e explícitas, contê-lo e, às vezes, orientar para o

---

<sup>54</sup> GOMES, Marcelo Bolshaw. *A arte do conflito. Confrontação mediada pela dialógica*. p. 07.

<sup>55</sup> Neste sentido, GOMES, Marcelo Bolshaw. *A arte do conflito. Confrontação mediada pela dialógica*. p. 08.

<sup>56</sup> BOBBIO, Norberto; *et al.* *Dicionário de Política*. p. 228.

<sup>57</sup> *Idem.* p. 228.

<sup>58</sup> Neste sentido, DAHRENDORF, Ralf, *apud* DIAS JUNIOR, Antônio Carlos. *Classe, política e conflito social no capitalismo: a contribuição de Ralf Dahrendorf*.

sentido preestabelecido do potencial de mudança”.<sup>59</sup>

Conflito sempre vai sugerir, no plano social e político, uma mudança. Não necessariamente, como alertam Bobbio, Matteucci e Pasquino, uma mudança positiva no sentido do melhoramento da qualidade de vida ou que “produzam maior adesão a valores da liberdade, da justiça e da igualdade”.<sup>60</sup> As mudanças, por sua vez, vão sempre implicar em um conflito. Segundo Recasens Siches, “*los procesos disociativos van de la mano con los procesos asociativos. Los primeros engendran los segundos y los segundos engendran los primeros. Recíprocamente los unos son la condición y la fuente de los otros*”.<sup>61</sup> É possível se deduzir que este mecanismo gira de acordo com o desenho sugerido pela teoria da coerção da integração social de Dahrendorf, anteriormente citada. Assim, a sociedade e seus elementos estão sujeitos a qualquer tempo a um processo de mudança, o que ocorre em face da estrutura social ser em si contraditória e explosiva. Cada um dos integrantes de uma sociedade sempre contribui para a otimização deste processo de mudança; em oposição, a pretensão de alguns de manterem o *status quo*, como regra, vai implicar no uso da coerção para a conservação da sociedade como se encontra.

Por outro lado, quando os conflitos sociais são desviados ou sufocados, surge uma sociedade decadente, estagnada e enfraquecida. Para Ralf Dahrendorf “no conflito se esconde o germe criativo de toda sociedade e a possibilidade da liberdade, mas ao tempo a exigência de um domínio e o controle racional das coisas humanas”.<sup>62</sup> O conflito, portanto, aciona um mecanismo de adaptação ou de auto-regulagem que implica em mudanças sociais e paradoxalmente na sua própria manutenção: “os antagonismos que sistematicamente vão surgindo nas estruturas sociais, não se deixam ‘resolver’ teoricamente no sentido de uma

---

<sup>59</sup> BOBBIO, Norberto; *et al. Dicionário de Política*. p. 228.

<sup>60</sup> *Idem*. p. 228.

<sup>61</sup> SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de sociología*. p. 403.

<sup>62</sup> Neste sentido, DAHRENDORF, Ralf, *apud* BOBBIO, Norberto; *et al. Dicionário de Política*. p. 228/229.

supressão definitiva”.<sup>63</sup> A manutenção do conflito é positiva, oportunizando inúmeras opções para a organização e o amadurecimento das relações sociais. A ausência de conflito, pela conformação ou pela coação, indica uma grave e perigosa sociedade enferma e sem perspectiva de reação.

## 1.2 Conflito e poder

*A forma extrema de poder é Todos contra Um; a forma extrema da violência é Um contra Todos. (Hannah Arendt) <sup>64</sup>*

O conflito nasce com a formação de qualquer grupo social, e por ser ineliminável tornou-se necessário a construção de técnicas com objetivos de administrar os seus efeitos, seja por desvio, seja por sufocamento. A teoria do conflito está, assim, associada a uma relação de poder. Para Entelman, o poder tem uma conceituação controvertida, mas pode ser entendido como um atributo ou uma capacidade dos atores em conflitos, o que faz sentido somente dentro de uma relação conflituosa.<sup>65</sup> A construção teórica de Entelman implica na assunção do entendimento de que poder tem um conceito relacional e relativo. Com efeito, poder é o que dispõe um ator para alcançar ou obter os seus objetivos, que julga incompatíveis com o objetivo do seu opositor, no exercício da relação social. Assim, o poder com que Entelman trabalha a sua teoria dos conflitos é o poder de alguém frente a alguém em uma concreta relação conflitual.<sup>66</sup> Por isso não se pode pensar o poder em termos absolutos. Importar saber em cada conflito quais são os recursos e qual é o poder do autor em comparação ao poder do seu opositor, “de

<sup>63</sup> DAHRENDORF, Ralf, *apud* DIAS JUNIOR, Antônio Carlos. *Classe, política e conflito social no capitalismo: a contribuição de Ralf Dahrendorf*.

<sup>64</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. p. 58.

<sup>65</sup> ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. p. 127. Nas palavras do autor: “*poder denota un concepto que es esencialmente controvertido o disputado, que cada autor llena con el contenido más conveniente para el uso que quiere darle. Por eso las distintas definiciones de poder que ofrece la variada literatura sobre distinta clase de conflictos no pueden ser tomadas con el género poder que estamos buscando.*”

<sup>66</sup> ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. p. 127.

*modo tal que lo que cada caso se analiza es lo que llamaremos el poder 'remanente' o relativo".<sup>67</sup>*

Deste modo, o exercício do poder sugere um cálculo, que não se faz de forma aritmética, porquanto sempre será imprecisa a sua avaliação, mas diante dos primeiros passos do conflito, na definição do seu roteiro. O cálculo supõe a avaliação dos recursos disponíveis conjugados com a vontade do conflitante em usá-lo. Tal fato ocorre tanto nos conflitos intergrupais (ou mesmo entre nações) quanto nos conflitos interpessoais. O cálculo do poder implica, portanto, no sentido material, a disposição e utilização dos recursos existentes, ao tempo em que, no sentido anímico, a vontade do conflitante para utilizá-los.<sup>68</sup>

Ademais, há que se considerar que todos os recursos, bem como a sua utilização, implicam em um custo, o que também passa por um momento próprio de avaliação. Conforme Entelman, pode ocorrer que um conflitante tenha um grande poder, mas a sua utilização implica em um custo excessivo, fazendo com que a avaliação do custo-benefício seja preponderante na tomada de decisão para não usá-lo. O cálculo do poder, por conseguinte, se vincula fundamentalmente ao custo de utilização deste poder. Como exemplo histórico, Entelman cita as lutas anticolonialistas posteriores à Segunda Guerra, em especial o conflito entre a França e a Argélia que *"muestran la relatividad del poder de una grande potencia, frente la decisión de una pequeña colonia de soportar altos costos"*.<sup>69</sup> Esta combinação revela a dimensão do poder dentro de uma conceituação relacional. Hannah Arendt também exemplifica historicamente com o conflito do Vietnam, onde uma enorme superioridade bélica, que implica em um maior uso de violência, tornou-se inútil frente a um opositor mal equipado mas bem organizado, que se apresentou muito mais poderoso.<sup>70</sup>

Em uma outra abordagem, o poder, nas palavras de Carlos Barracho, pode definir-se como uma relação desigual que permite a um ator obrigar o outro a praticar uma ação que não

---

<sup>67</sup> *Idem.* p. 128.

<sup>68</sup> *Idem.* p. 129.

<sup>69</sup> *Idem.* p. 129.

<sup>70</sup> ARENDT, Hannah. *Da violência.* p. 68.

realizaria sem a intervenção do primeiro. Sob o ponto de vista sociológico, portanto, é a capacidade de imposição da vontade ao outro, mesmo que haja resistência, dentro de vários contextos: social, econômico, político etc. Uma relação desigual é, obviamente, uma relação que guarda um traço histórico: “todas as sociedades, desde as mais primitivas às organizadas politicamente, referem-se àquilo que é o poder, ou ao que ele representa ou como é percebido”.<sup>71</sup> Como o conflito, o poder é um recurso que se encontra presente em qualquer sociedade humana, desde a sua configuração mais básica à mais complexa. É, assim, conforme Barracho, antropologicamente inelutável.

O poder é uma relação entre atores. Por isso se diz, inspirado em Max Weber, que: “o poder é uma relação entre um qualquer *A* e um qualquer *B*, na qual *A* induz *B* a agir de um modo que *B* não faria, se não fosse por ação de *A*. Diz-se, então que *A* dispõe ou exerce algum poder sobre *B*”.<sup>72</sup> Assim, seguindo a definição weberiana, o poder é a possibilidade de encontrar obediência a uma ordem determinada que pode ocorrer por diferentes motivos, dentre os quais, chama a atenção para a obediência derivada: por razões de interesses, a que denominou de teleológico-racional; de um simples costume ou pelo hábito monótono da ação tomada familiar; e, pela tendência efetiva de caráter pessoal do governado. Certamente, o poder baseado nestes fundamentos se constitui em um poder instável na medida em que carece de legitimidade. Max Weber explica que “o poder costuma antes assentar internamente em razões jurídicas, razões de sua legitimidade, e o abalo desta fé legitimadora costuma ter consequência de vasto alcance”.<sup>73</sup>

A grande questão posta por Weber para o exercício do poder é a legitimidade da autoridade.<sup>74</sup> Entre as razões justificadoras da dominação legítima, apontadas por Weber,

---

<sup>71</sup> BARRACHO, Carlos José Bernardo da Silva. *Estratégias de poder e autoridade em contextos sócio-políticos diferenciados*. p. 02.

<sup>72</sup> Idem. p. 09.

<sup>73</sup> WEBER, Max. *Três tipos puros de poder legítimo*. p. 01.

<sup>74</sup> Carlos BARRACHO coloca assim o tema: “Encontramos a noção de autoridade como uma característica legítima de um poder legítimo e reconhecido. O rei ou o pai de família encarnam precisamente esta legitimidade indiscutível que nos é trazida das sociedades ancestrais. Max Weber (1864-1920) atribui à noção de autoridade, pertença das

encontra-se o poder legal, o poder tradicional e o poder carismático. O poder legal, em virtude de um estatuto, cujo tipo mais puro é o poder burocrático, não determina a obediência à alguém em razão do seu direito próprio, senão de regra estatutária que determina a quem se deve obedecer, bem como os limites desta obediência. Weber destaca que, nestes casos, quem ordena obedece também a ordem promulgada: “O tipo daquele que ordena é o superior, cujo direito governativo é legitimado pela regra estatutária, dentro de uma competência objectiva, cuja limitação se funda na especialização segundo a teleologia objectiva e segundo as pretensões profissionais de desempenho de ofício”.<sup>75</sup> No tipo de poder legal inclui-se a estrutura do Estado e da comunidade, além da relação de domínio que ocorre em uma empresa privada, que dispõe de corpo administrativo organizado hierarquicamente. Para Weber, “toda a história da evolução do Estado moderno se identifica, em especial, com a história do funcionalismo moderno e da empresa burocrática”.<sup>76</sup>

Por sua vez, o poder tradicional, segundo Weber, funda-se em uma relação tipo patriarcal (a sua forma mais pura), o que ocorre em virtude da fé na santidade dos ordenamentos e dos poderes do patriarca: “obedece-se à pessoa por força de sua dignidade própria, santificada pela tradição”,<sup>77</sup> e na própria tradição encontra-se o conteúdo da ordem, cuja violação afronta diretamente a legitimidade do poder. O poder tradicional se realiza, assim, com o domínio do patriarca, como o pai-de-família, chefe do clã ou mesmo como o pai-do-povo. No entanto, todo tipo de governo que busca legitimar a sua autoridade unicamente em virtude do costume implantado, do mesmo modo exerce um poder tradicional, embora de forma não muito clara. No poder tradicional, que se organiza em forma de estamento, é nítido a ausência de direito formal, “todas as codificações e leis do soberano patrimonial respiram o espírito do chamado ‘Estado de benefícios’: uma combinação de princípios éticos-sociais e de princípios

---

sociedades modernas e burocráticas, uma função social ou profissional. A sua legitimidade baseia-se na racionalidade da *acção* da organização”. *Estratégias de poder e autoridade em contextos sócio-políticos diferenciados*. p. 22.

<sup>75</sup> WEBER, Max. *Três tipos puros de poder legítimo*. p. 02.

<sup>76</sup> *Idem*. p. 04.

<sup>77</sup> *Idem*. p. 04.

utilitarístico-sociais domina e imbui toda a robustez formal do direito”.<sup>78</sup> O soberano patriarcal governa ligado fortemente à tradição, mas quando por esta se permite uma abordagem de maior liberdade, se faz seguindo padrões informais e irracionais de justiça e equidade, totalmente vinculado à pessoa e a sua posição estamental.

O poder carismático, cujo o tipo mais puro é a autoridade advinda do profeta, do herói da rua, do herói guerreiro ou do grande demagogo, está relacionado, segundo Weber, a capacidades mágicas, a revelações, a atos de heroísmos, ao poder do espírito e ao poder do discurso: “o eternamente novo, o fora do quotidiano, o nunca acontecido e a sujeição emocional são aqui as fontes da rendição pessoal”.<sup>79</sup> A obediência é puramente pessoal, por devoção (Weber chama de amor) às qualidades pessoais da autoridade, excluindo-se a posição estatutária e a dignidade tradicional. Neste caso, o fim do poder coincide com o fim da fé, normalmente quando desvanece o seu carisma. Max Weber conclui que “o poder carismático é, decerto, um dos grandes poderes revolucionários da história, mas na sua forma pura é de caráter plenamente autoritário, dominador”.<sup>80</sup>

Hannah Arendt, por sua vez, denuncia a existência na doutrina política de um consenso que se consubstancia na máxima que a “violência é tão somente a mais flagrante manifestação do poder”, ou ainda, “a forma definitiva do poder é a violência”.<sup>81</sup> Seria, no entanto, um ‘consenso estranho’ pois o poder político não pode ser analisado sob o ponto de vista da organização da violência, salvo, ressalta a autora, se concebermos a ideia propugnada por Karl Marx de que o Estado é um instrumento de opressão nas mãos da classe dominante. Inspirada em Bertrand de Jouvenel, conclui interrogando se por esta linha doutrinária consensuada não haveria uma contradição: o fim da violência, assim, não implicaria no fim do poder?<sup>82</sup>

Contudo, a resposta depende do significado que se atribuiu ao poder. Deste modo, se

---

<sup>78</sup> WEBER, Max. *Três tipos puros de poder legítimo*. p. 07.

<sup>79</sup> *Idem*. p. 09.

<sup>80</sup> *Idem*. p. 11.

<sup>81</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. p. 71.

<sup>82</sup> Neste sentido, ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. p. 52.

comandar e obedecer é a essência do poder, nenhum outro atributo é necessário para que ele exista: “se a essência do poder é a efetividade do comando, então não há maior poder do que aquele emergente do cano de uma arma e seria difícil dizer em que medida a ordem dada por um policial é diferente daquela dada por um pistoleiro”.<sup>83</sup> É fundamental para Hannah Arendt a distinção entre o poder e a violência. A compreensão entre a força e o elemento que altera a sua qualidade, na hipótese de subsunção ao que determina um comando legal, apesar de ser uma compreensão sofisticada, não ingressa no cerne da distinção para Hannah Arendt. A força qualificada e institucionalizada em uma violência mitigada, também vem a ser, em última análise, violência como forma de poder.

Para alcançar a distinção entre poder e violência, Hannah Arendt estabelece algumas ponderações. Destaca a necessidade de se observar que o desejo de obediência ou submissão a alguns homens fortes é “ao menos tão proeminente na psicologia humana quanto a vontade de poder, e, politicamente, talvez mais relevante”.<sup>84</sup> A vontade de obedecer e a vontade de poder estão interligadas. Por outro lado, a ausência de inclinação para obedecer encontra a correspondência em uma também inclinação para dominar e comandar. Em um segundo momento, merece ser observado que quando se propõe a obediência à lei em substituição a obediência aos homens, há que se admitir que não se trata de uma obediência inquestionável comparando-se a que um ato de violência pode alcançar (o poder do cano de arma, por exemplo). Na verdade, mais apropriado seria se referir ao consentimento à lei dado em um quadro de governo representativo, que só perduraria, então, enquanto durasse o seu apoio popular. Com efeito, seguindo este raciocínio, só se poderia falar em materialização do poder pelas instituições políticas, até o limite em que “o poder vivo do povo”<sup>85</sup> deixa de sustentá-lo.

Uma das formas de distinção entre o poder e a violência, apresentada por Hannah Arendt, é que o poder sempre depende de números e a violência, que é apenas um

---

<sup>83</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. p. 53.

<sup>84</sup> *Idem*. p. 56.

<sup>85</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. p. 57.



instrumento, pode se operar sem eles ou mesmo sem opinião. Assim, o domínio irrestrito da maioria (o que se consubstancia em poder) pode suprimir uma manifestação por direitos da minoria, sufocando o dissenso sem o uso da violência. A reação ou a resistência desta minoria, no sentido da manutenção ou conquistas de seus direitos, pode, da mesma forma, se consubstanciar em uma expressão de poder, e ter como consequência da reação ou da resistência a renúncia da pretensão supressiva da maioria.

Por esta razão, neste contexto, Hannah Arendt lamenta que não haja na ciência política uma distinção entre poder, vigor, força, autoridade e violência. Tal omissão científica não se trata, como aduz, de cindir apenas significados linguísticos, mas de uma cegueira à realidade em que estes significados correspondem. Tal confusão de significados reforça o estigma da questão central que se reduz apenas à ideia de quem domina quem. Poder, vigor, força autoridade e violência não são, portanto, meras palavras que se possa utilizar usualmente como sinônimos.

O poder se realiza apenas em grupo (caráter coletivo) e permanece na medida da união deste grupo, não pertence a um indivíduo: “quando dizemos que alguém está no poder, na realidade nos referimos ao fato de que ele foi empossado por um certo número de pessoas para agir em seu nome”.<sup>86</sup> A ideia de homem poderoso é na verdade tomada no sentido metafórico; o homem poderoso, considerado de forma individual, é, para Hannah Arendt um homem vigoroso. O vigor, portanto, seria algo singular que se encontra no domínio do caráter. Entretanto, como sem povo não há poder (*potesta in populo*), “é da natureza de um grupo e de seu poder voltar-se contra a independência, a propriedade do vigor individual”.<sup>87</sup> Por sua vez, a força deveria ser reservada apenas para indicar a energia liberada de movimentos da natureza (físicos) ou de movimentos sociais. A autoridade, que pode ser investida em pessoas ou cargos, se refere ao reconhecimento sem a necessidade de coerção ou persuasão. A autoridade está, assim, diretamente relacionada ao respeito pela pessoa ou pelo cargo. A violência, por conseguinte, tem caráter instrumental, e está próxima do vigor, pois, como ferramenta é

---

<sup>86</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. p. 60/61.

<sup>87</sup> *Idem*. p. 61.

planejada com o propósito de multiplicar e amplificar o vigor humano, até que, em seu último estágio, possa substituí-lo.

A combinação entre violência e poder é muito comum, sendo, do mesmo modo, muito frequente encontrá-los na sua forma extremada, o que torna interessante e sugestivo, reforçando o consenso doutrinário, pensar o poder apenas em termos de comando e obediência, equiparando-se poder e violência. Hannah Arendt refuta inteiramente a ideia de se pensar a violência como pré-requisito do poder. Na linha do conceito relacional de Entelman, a autora exemplifica que em um conflito de violência contra a violência sempre há que se considerar como absoluta a superioridade de um governo, desde que mantida incólume a estrutura que se assenta (unidade do grupo que cria e sustenta o poder). Em outras palavras: enquanto o governo mantém o seu comando obedecido e haja a disposição de se usar armas para tanto. Por outro lado, quando não existe mais tal disposição, “onde os comandos não são mais obedecidos, os meios de violência são inúteis e a questão dessa obediência não é mais decidida pela relação mando e obediência, mas pela opinião, e por certo pelo número daqueles que a compartilham”.<sup>88</sup> Ao perder-se o poder é inútil a utilização da violência.

O poder (que é um fim em si mesmo) é a essência de todo governo, não a violência. Não há necessidade de justificação para o poder, há necessidade de legitimação: “a legitimidade, quando desafiada, ampara-se em si mesma em um apelo ao passado, enquanto a justificação remete a um fim que jaz no futuro. A violência pode ser justificada, mas nunca será legítima”.<sup>89</sup> Não há governo baseado exclusivamente nos meios de violência, mesmo os totalitários, defende Hannah Arendt. É necessário uma base de poder: os escravos sempre foram, exemplifica, em número maior que o senhor/proprietário, mas o seu domínio sobre os escravos se amparava em uma rede de solidariedade entre os senhores, consubstanciando-se o poder derivado do grupo e não exclusivamente de meios coercitivos individuais. Homens isoladamente considerados não utilizam a violência com sucesso, conclui.

---

<sup>88</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. p. 65/66.

<sup>89</sup> *Idem*. p. 69.

Poder e violência se situam nos opostos, não são recíprocos, mas usualmente aparecem juntos, daí a razão da grande maioria associar a violência a uma manifestação de poder. A violência, no entanto, em razão de necessitar de justificação, não pode ser essência de nada. O poder, para Hannah Arendt, é o fator primário e predominante: “a violência aparece onde o poder está em risco, mas deixada a seu próprio curso, conduz a desaparecimento do poder”.<sup>90</sup> Por fim, a violência que destrói é absolutamente incapaz de criar o poder.

Na abordagem de Foucault, o poder não existe, existem práticas de ou relação de poder; qual seja: o poder está relacionado ao exercício. As múltiplas relações de poder “perpassam, caracterizam, constituem o corpo social”.<sup>91</sup> O poder não é unitário, “não é um objeto natural, uma coisa; é uma prática social e, como tal, constituída historicamente”.<sup>92</sup> As relações de poder para Foucault não tem uma concepção jurídica (como a teoria contratualista, que implica na cessão do poder originário em nome da soberania), não se desenvolve ao nível do direito, bem como ao nível da violência. Portanto, não se pode explicar o poder em razão de sua função repressiva (o direito como forma de legalizar o exercício da violência pelo Estado como órgão repressor). O objetivo do poder é “gerir a vida dos homens, controlá-los em suas ações para que seja possível e viável utilizá-lo ao máximo”.<sup>93</sup> Portanto, o poder tem um objetivo econômico e político.

No estudo das relações de poder, Foucault encontra um triângulo entre poder, direito e verdade. Em uma ponta o direito delimita formalmente o poder, e tem como papel essencial, desde a idade média, lhe emprestar a legitimidade. A questão central do direito seria o problema da soberania, e, como consequência, o decorrente dever de obediência que pode, por sua vez, sugerir a ocorrência da dominação e da sujeição. Na outra ponta, os efeitos da verdade que o poder produz; o poder não pode se estabelecer “nem funcionar sem uma produção, uma

---

<sup>90</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. p. 73.

<sup>91</sup> FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo. p. 28.

<sup>92</sup> MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia do poder*. p. X.

<sup>93</sup> *Idem*. p. XVI.

circulação, um funcionamento do discurso verdadeiro”.<sup>94</sup> Nas palavras de Foucault:

*Somos forçados a produzir a verdade pelo poder que exige essa verdade e que necessita dela para funcionar; temos que dizer a verdade, somos coagidos, somos condenados a confessar a verdade ou a encontrá-la. O poder não para de questionar; não para de inquirir, de registrar; ele institucionaliza a busca da verdade, ele a profissionaliza, ele a recompensa. Temos que produzir a verdade como, afinal de contas, temos que produzir riquezas, e temos que produzir a verdade para poder produzir riquezas.*<sup>95</sup>

Com efeito, para Foucault não é possível estabelecer uma teoria jurídico-política do poder, reduzindo-o “à identidade de uma soberania, à unidade de uma lei e à hegemonia de uma dominação”.<sup>96</sup> O poder não é uma instituição e nem uma potência de alguns, mas uma estratégia. No pensamento de Foucault, os processos do poder não funcionam pelo direito, mas pela técnica, não funcionam do mesmo modo pela lei, mas pela normalização, não funcionam pela punição, mas pelo controle, e se exerce em níveis e formas que ultrapassam o Estado.<sup>97</sup>

Foucault parte da transformação da política para a biopolítica: “nos limiares da Idade Moderna, a vida natural começa, por sua vez, a ser incluída nos mecanismos e nos cálculos do poder estatal”.<sup>98</sup> O homem, como um ser vivente, tornar-se uma aposta para sustentar uma estratégia política. Neste momento opera-se a passagem do “Estado territorial” para o “Estado de população” com o conseqüente aumento da importância da vida biológica e da saúde da nação, criando-se um governo dos homens instituído pelo biopoder, sem o qual, para Agamben reforçando as ideias de Foucault, não haveria nem o triunfo do capitalismo.<sup>99</sup> Com efeito,

<sup>94</sup> FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. p. 28.

<sup>95</sup> *Idem*. p. 29.

<sup>96</sup> BARRACHO. Carlos José Bernardo da Silva. *Estratégias de poder e autoridade em contextos sócio-políticos diferenciados*. p. 81.

<sup>97</sup> Neste sentido: BARRACHO. Carlos José Bernardo da Silva. *Estratégias de poder e autoridade em contextos sócio-políticos diferenciados*. p. 81.

<sup>98</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. p. 10.

<sup>99</sup> Segundo FOUCAULT: “Este biopoder, sem a menor dúvida, foi o elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo, que se pôde ser garantido à custa da inserção controlada dos corpos no aparelho de produção e por meio de um ajustamento dos fenômenos da população aos processos econômicos”. *História da sexualidade I: a vontade do saber*. p. 153.

“resulta daí uma espécie de animalização do homem posta em prática através das mais sofisticadas técnicas políticas”.<sup>100</sup> O biopoder implica no poder disciplinar, que cria “para si, por assim dizer, através de uma série de tecnologias apropriadas, os corpos dóceis de que necessitava”.<sup>101</sup> Uma das maiores consequências do biopoder é, para Foucault, a importância que neste contexto assume a norma e o sistema jurídico: “a lei não pode deixar de ser armada e a sua arma por excelência é a morte; aos que transgridem, ela responde, pelo menos como último recurso, com esta ameaça absoluta”.<sup>102</sup> O objetivo do poder que controla a vida (biopoder) se caracteriza não mais por facultar a morte às necessidades da afirmação da soberania, mas, especialmente, “de distribuir os vivos em um domínio de valor e utilidade”.<sup>103</sup>

De volta a abordagem consensual doutrinária, denunciada por Hannah Arendt, Max Weber defende a concepção de que a força não é o meio normal e único de atuação do Estado “ninguém diz isso – mas a força é um meio específico do Estado (...). Um Estado é uma comunidade humana que (com êxito) reivindica o monopólio do uso da força física num dado território”.<sup>104</sup> A existência do Estado sugere a obediência à autoridade dos seus poderes constituídos, não importando que a obediência advenha do medo ou da necessidade de segurança comum, e a força para se manter a ordem é uma realidade tolerada, ou mesmo antes, esperada.<sup>105</sup>

Todavia, há um limite, nos termos da atuação em concerto (grupal) que corresponde a ideia de poder de Hannah Arendt. Neste sentido, Francisco Sarsfield Cabral endossa que em um Estado “racionalizado e regido por um complexo sistema de leis, existe a obediência. Mas a força pura, a violência não bastam para se obter a obediência. Sem um certo consentimento dos governados não há governante que se aguarde, por mais tirânico que seja”.<sup>106</sup> Volta-se,

---

<sup>100</sup> FOUCAULT, Michel. *Apud* AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. p. 11.

<sup>101</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. p. 11.

<sup>102</sup> FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade do saber*. p. 157.

<sup>103</sup> *Idem*. p. 157.

<sup>104</sup> CABRAL, Francisco Sarsfield. *O poder e o Estado: a necessidade de assumir a política*. p. 71/72.

<sup>105</sup> Este tema será melhor desenvolvido no item 3.1 ao se tratar da força que evidencia e conforma a noção de justiça.

<sup>106</sup> CABRAL, Francisco Sarsfield. *O poder e o Estado: a necessidade de assumir a política*. p. 71/72.

portanto à grande discussão pontuada por Max Weber e Hannah Arendt sobre a legitimidade do poder. Bertrand de Jouvenel, desta volta citado por Carlos Sarsfield Cabral, assegura que: “o que existe efetivamente é a crença humana na legitimidade do poder (...). Não há caráter legítimo a não ser através da conformidade com o que os homens consideram o modo legítimo do poder”.<sup>107</sup>

### 1.3 Conflito e Estado

*As sociedades formam-se, mas os Estados são feitos (Friedrich A. Hayek)<sup>108</sup>*

O fenômeno do poder é anterior ao político, sendo que o “poder político é limitador da competição entre os indivíduos e os grupos, além de ser um meio de controle entre as decisões coletivas e os interesses particulares no seio de uma dada coletividade”.<sup>109</sup> Não obstante exista espaço de poder em quase todos os processos sociais, não somente no processo político, o poder político se destacou por organizar-se efetivamente através do Estado, que, por sua vez, passou a ser uma entidade instituidora e definidora do próprio poder. Portanto, o que o Estado e a política têm em comum é o fenômeno do poder.<sup>110</sup>

Não é nova a reflexão sobre a vida social do homem, tendo sido considerada a família, por Aristóteles, “como primeira forma embrionária e imperfeita da pólis e o seu tratamento foi colocado no início da política”.<sup>111</sup> O Estado, por sua vez, nasce da dissolução da comunidade primitiva, de origem familiar (pré-política) conjugada com a formação de comunidades maiores (associação de famílias) interligadas por razões de sobrevivência, seja interna, no que diz respeito à necessidade de se sustentar, seja externa, relacionada a necessidade de se defender.

<sup>107</sup> CABRAL, Francisco Sarsfield. *O poder e o Estado: a necessidade de assumir a política*. p. 71/72.

<sup>108</sup> *Apud* SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e político na pós-modernidade*. p. 117.

<sup>109</sup> BARRACHO, Carlos José Bernardo da Silva, citando George BALANDIER. *Estratégias de poder e autoridade em contextos sócios-políticos diferenciados*. p. 11.

<sup>110</sup> Neste sentido: BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. p. 76.

<sup>111</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. p. 61.

Esta transformação social caracteriza a transição da idade primitiva, selvagem e bárbara, para a civil, civilizada.

A filosofia política de Hobbes expressa a primeira teoria moderna do Estado e este respeito professa que a formação e a consolidação do Estado Moderno, coincide, como diz Bobbio, com a “supremacia do poder político sobre qualquer outro poder humano”.<sup>112</sup> Tal supremacia, que denominamos de soberania, apresenta em sua face exterior a independência, em relação ao processo de libertação, e na sua face interior a “superioridade do poder estatal sobre qualquer outro centro do poder existente em um determinado território”,<sup>113</sup> o que se relaciona com o processo de unificação. A necessidade da supremacia do poder político tem justificativas históricas: “a luta do Estado moderno é uma longa e sangrenta luta pela unidade do poder”;<sup>114</sup> daí o desenvolvimento da concepção de unidade que pressupõe, dentre outras coisas, a libertação da autoridade espiritual que sempre se colocou, por ser universal, superior ao poder civil constituído. Do mesmo modo, implica a unificação de “instituições menores, associações, corporações, cidades, que constituíam, na sociedade medieval, um perigo permanente de anarquia”.<sup>115</sup>

Para Thomas Hobbes, o Estado seria a salvação, a solução de pacificação, o remédio para afastar a natureza corrompida do homem; corrompida não pelo pecado, mas pelas paixões; corrompida mais pela ignorância, estupidez, fanatismo e exaltação mística, do que pela própria crueldade, brutalidade ou pela maldade.<sup>116</sup> Assim, fora do Estado vamos encontrar a paixão que vai nos levar à guerra, à barbárie e à ignorância, portanto ao medo e a bestialidade. Por outro lado, amparado pelo Estado temos o domínio da razão, da segurança, e, como consequência, nos favorecemos da paz.<sup>117</sup>

---

<sup>112</sup> BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. p. 65.

<sup>113</sup> *Idem*. p. 65.

<sup>114</sup> *Idem*. p. 65.

<sup>115</sup> *Idem*. p. 65.

<sup>116</sup> BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. p. 58.

<sup>117</sup> Em *Do cidadão*, Hobbes compara o estado de natureza com o civil: “Fora desse estado, todo homem tem direito a tudo, sem que possa desfrutar, porém, de nada; nesse estado cada um pode desfrutar, em segurança do seu direito

O sistema filosófico de Hobbes funda-se com extrema simplicidade e evidência na antítese estado de natureza x estado civil, cuja travessia de um para o outro pode ocorrer pela conquista ou pelo pacto, quando se renuncia ao poder individual para que seja instituída uma força comum. Trava-se uma batalha entre o realismo e o racionalismo. Seria, portanto, real a existência do estado natural, onde a sociedade se conforma pelo impulso da paixão. Por outro lado, para frear esses impulsos, é racional a instituição da força comum, da coerção. Assim, sob o ponto de vista político, a conquista é uma forma realista de se frear as paixões que agitam a sociedade; enquanto o pacto pertence à solução racional de dirimir conflitos contrapostos dentro de uma arena política com procedimentos compatíveis e sob a subsunção ao poder comum. Para Bobbio, sob o ponto de vista político, tomando, por exemplo, a conquista e o pacto para a travessia do estado natural para o estado civil, a conquista seria a fórmula apresentada por Maquiavel e o pacto por John Locke.<sup>118</sup>

Assentado o modelo filosófico-político de Hobbes nos Estados modernos, é fácil aceitar que o nosso problema atual continua sendo a paz, não mais (ou ao menos somente) entre indivíduos, porquanto efetivamente presente o soberano e seu poder coercitivo, mas de paz entre nações, entre Estados que sucumbem aos impulsos da paixão no caminho do dissenso e da ruptura (com as suas graves conseqüências) em detrimento da racionalidade dos acordos e da construção de uma solução negociada ou intermediada. Os pactos celebrados entre Estados existem na mesma proporção de que são desrespeitados. A solução contemporânea continua sendo a mesma. No *Leviatã*, Hobbes afirma que: “sem a espada, os pactos não passam de palavras sem força que não dão a mínima segurança para ninguém”.<sup>119</sup> Comungando esse entendimento, Bobbio, se referindo à situação política contemporânea, assevera que: “a paz

---

limitado. Fora dele, qualquer homem tem o direito de espoliar ou de matar outro; nele, ninguém o tem, exceto um único. Fora do governo civil, estamos protegidos por nossas próprias forças, nele, pelo poder de todos. Fora dele, ninguém tem assegurado o fruto de seus labores; nele todos o têm garantido. Finalmente: fora dele, assistimos ao domínio das paixões, da guerra, do medo, da miséria, da imundice, da solidão, da barbárie, da ignorância, da crueldade; nele, ao domínio da razão, da paz, da segurança, das riquezas, da decência, da sociedade, da elegância, das ciências e da benevolência”. p. 155/156.

<sup>118</sup> BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. p. 178.

<sup>119</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã. A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. p. 178.



internacional só pode ser alcançada mediante a força superior de uma potência sobre a outra”, ou, ainda, arremata: “através de um acordo de Estados entre si com objetivo de dar vida a um poder comum”.<sup>120</sup>

A solução apresentada por Hobbes é a instituição do poder comum, que vai muito além de finalidade comum ou de uma associação de interesses, como vigente atualmente nos acordos e tratados internacionais. O poder comum exige submissão ao poder de uma só pessoa ou instituição. Na história existem exemplos da formação de poder comum, como na instituição de Estados federados, impérios ou ligas<sup>121</sup>, mas permanecem vários Estados no exercício de sua soberania externa, formando um delicado sistema internacional, ora de interesses compartilhados, ora de interesses muitas vezes contrapostos. Para Hobbes (poderíamos com segurança atualizar para a nossa época), “o sistema internacional era destinado a se conservar numa situação de estado de natureza e, portanto, de guerra permanente”.<sup>122</sup> No pós-guerra de 1919, 44 países subscreveram o Tratado de Versalhes, fundando a Liga das Nações, com objetivo de manter a paz mundial. Com o advento da Segunda Grande Guerra a Liga foi desfeita e, posteriormente, em 1946, foi incorporada a recém criada Organização das Nações Unidas. A ONU, após o fracasso da Liga, ao menos tentou instituir um esboço de poder comum, seguramente com muitas limitações, com a criação de uma força armada internacional. No entanto, o problema da paz internacional contemporânea é o mesmo posto por Hobbes no século XVII para o enfrentamento da paz interna. A iniciativa de uma força armada internacional pela ONU não foi, nas palavras de Bobbio, “além das boas intenções”.<sup>123</sup> Ademais, o equilíbrio entre os Estados foi severamente afetado, não só pelo número maior de Estados existentes atualmente, o que torna esse equilíbrio mais precário, mas principalmente pela potência de

---

<sup>120</sup> BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. p. 178.

<sup>121</sup> Michael WALZER menciona ainda a existência de Consociações de Estados, que mantém uma coesão do tipo imperial, onde os diversos grupos não são tolerados por um único poder transcendente, mas, ao contrário toleram-se uns aos outros e estabelecem um termo de coexistência, como em um arranjo constitucional, o que é oportunizado por uma história comum e proximidade territorial. Cita os exemplos da Bélgica, Suíça, Chipre, Líbano, etc. *Da tolerância*. p. 31/34

<sup>122</sup> BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. p. 179.

<sup>123</sup> *Idem*. p. 179.

destruição das armas disponíveis, “o que torna mais terrível a possível ruptura deste equilíbrio”.<sup>124</sup>

A contribuição da filosofia política de Hobbes foi além do reconhecimento da instabilidade das relações de poder derivada do estado de guerra. Nem o consenso e nem a submissão são suficientes para nos retirar do estado guerra em razão da dificuldade de estabelecerem alguma estabilidade à ordem social. O consenso a qualquer momento pode se romper, porquanto meramente circunstancial; a conquista que impõe a submissão pode ser revertida, tornando o dominador dominado. A contribuição consistiu em acrescentar a esse diagnóstico, acerca da instabilidade das relações de poder, a ideia que a ordem política precisa de outro fundamento: o contrato. Por ser produto de um ato voluntário, “em referência a ele a política será pensada não mais como uma ordem natural, como se pensou até então, mas como uma ordem voluntariamente instituída”,<sup>125</sup> a realidade se transforma em uma ordem jurídica, com todas as possíveis consequências para se manter o equilíbrio das relações sociais. Na teoria de Hobbes o dever político é um dever físico, racional e moral, como ensina Macpherson.<sup>126</sup> O dever físico relaciona-se à submissão à força superior e irresistível do soberano; o dever racional atua para evitar as consequências prejudiciais de determinado ato por parte de uma pessoa, o que é baseado em interesse próprio; e, por fim, o dever moral “que é criado pelo ato voluntário de dar autoridade ao soberano e que consiste na obediência às ordens do soberano autorizado”,<sup>127</sup> o que não é propriamente baseado em interesse próprio.

Macpherson acredita que o raciocínio de Hobbes que parte do movimento fisiológico do indivíduo para o social não é bem compreendido em seus fundamentos quanto deveria ser, “porque geralmente é tomado como culminando no estado hipotético de natureza que, por sua vez, frequentemente não é entendido com clareza”.<sup>128</sup> Assim, surgem com frequência surpresas

---

<sup>124</sup> BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. p. 179.

<sup>125</sup> LIMONGI, Maria Isabel. *Hobbes*. pos. 260/830.

<sup>126</sup> MACPHERSON, C.B. *Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. p. 23.

<sup>127</sup> MACPHERSON, C.B. *Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. p. 23.

<sup>128</sup> *Idem*. p. 30.

de que “na volumosa fortuna crítica de Hobbes, o seu argumento mais original e importante raramente recebe um exame detalhado”.<sup>129</sup> Necessário, portanto, ressaltar que, no que se refere ao estado de natureza, a condição do ser natural não significa o oposto ao ser civilizado; ao contrário, refere-se à indivíduos “cujos desejos são especificamente civilizados”.<sup>130</sup> Não há variação entre os extremos de ser ou não civilizado. Para Hobbes os homens são bem mais iguais do que desiguais.<sup>131</sup> O estado de natureza, portanto, é a possibilidade na qual “os indivíduos, como são agora, com a natureza formada pelo viver na sociedade civilizada, se encontrariam inevitavelmente se não existisse nenhum poder comum capaz de impor respeito a todos”.<sup>132</sup> Ou seja, o estado de natureza é o comportamento esperado se fosse removida das relações humanas a obrigação do cumprimento das leis e dos contratos por ausência de uma autoridade superior. Neste caso, estaria aberta a luta de uns com os outros, a luta pelo poder de subjugar o próximo. Daí surge o dever político moral, de voluntariamente constituirmos um poder comum e submetermos a sua autoridade.<sup>133</sup>

Para Hobbes a igualdade está na natureza do homem e leva o homem a guerra de todos contra todos. A igualdade não diminuiu a latência do conflito, porquanto “mesmo que se verifique uma distribuição equitativa, o homem não se contenta com a parte que lhe cabe”.<sup>134</sup> Se os homens (iguais) desejam a mesma coisa e não podem “desfrutá-la por igual, tornam-se inimigos”.<sup>135</sup> Existe, na visão de Hobbes, duas espécies de igualdade entre os homens: “a igualdade de capacidade e a igualdade de expectativas de satisfazer as suas necessidades”,<sup>136</sup> decorrendo, daí, a igualdade de direitos. O homem não sente prazer reunindo-se com outros sem que haja um poder comum que se imponha a todos. “Cada homem considera que o seu

<sup>129</sup> SOUKI, Nádia. *Behemoth contra Leviatã. A guerra civil na filosofia de Thomas Hobbes*. p. 24.

<sup>130</sup> MACPHERSON. C.B. *Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. p. 30.

<sup>131</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã. A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. p. 94.

<sup>132</sup> MACPHERSON. C.B. *Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. p. 30.

<sup>133</sup> No *Leviatã*, p. 96, HOBBS explica: “Então, quando não existe um poder comum capaz de manter os homens em respeito, temos a condição do que se denomina guerra; uma guerra de todos os homens contra todos. Assim a guerra não é apenas a batalha ou o ato de lutar, mas o período de tempo em que existe vontade de guerrear”.

<sup>134</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã. A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. p. 94.

<sup>135</sup> *Idem*. p. 95.

<sup>136</sup> MACPHERSON. C.B. *Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. p. 84.

semelhante deve valorizá-lo tanto quanto ele se valoriza”.<sup>137</sup> Quando esta expectativa não é alcançada, na ausência de um poder comum, procuram “arrancar maior estima de seus contendores infligindo-lhe algum dano”.<sup>138</sup>

A sociedade civil, na definição de Rousseau, trazida por Bobbio, é a que surge “do ato daquele que antes dos demais cercou os seus terrenos e disse ‘isto é meu’, ou seja, da instituição da sociedade privada”.<sup>139</sup> Neste sentido, para Engels, também citado por Bobbio, com o surgimento da propriedade cercada (individual) nasce a divisão do trabalho, implicando em uma divisão de classe que, por sua vez, faz surgir o poder político e o Estado: “cuja função é essencialmente a de manter o domínio de uma classe sobre a outra recorrendo inclusive à força”.<sup>140</sup>

Por outro entendimento, Boaventura de Sousa Santos afirma que o dualismo Estado/sociedade civil é o mais importante dualismo do pensamento ocidental. O Estado se comunica com a sociedade por meio do seu sistema jurídico unificado, centralizado e convertido em linguagem universal. A sociedade civil se revela como o domínio da vida econômica e das relações sociais. Na concepção de Hegel, trazida por Boaventura de Sousa Santos, a sociedade civil seria uma fase de transição da evolução da ideia, que no fim vai encontrar o Estado como a sua fase final. Deste modo, “a família é a tese, a sociedade civil é a antítese e o Estado é a síntese”.<sup>141</sup> A sociedade civil, entendida como um sistema de necessidades, importa na “destruição da unidade da família e a atomização de seus membros”,<sup>142</sup> implicando no domínio de interesses particulares, que somente será contido pelo Estado, “o supremo unificador dos interesses, a ideia universal, a concretização plena da consciência moral”.<sup>143</sup>

---

<sup>137</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã. A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. p. 95.

<sup>138</sup> *Idem.* p. 95.

<sup>139</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. p. 74.

<sup>140</sup> *Idem.* p. 74.

<sup>141</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e político na pós-modernidade*. p. 120.

<sup>142</sup> *Idem.* p. 120.

<sup>143</sup> *Idem.* p. 120.

Qualquer concepção teórica contratualista sobre o Estado sugere a superação da infância da humanidade. Na primeira natureza como o bom selvagem de Rousseau ou como o homem que é o lobo do homem num ambiente de guerra de todos contra todos, de Hobbes. Em uma segunda natureza cabendo ao “ente político a criação de instrumentos para a concretização do ideal civilizatório, extirpando, constante e gradualmente, os resquícios do selvagem”.<sup>144</sup>

A dissolução da sociedade familiar e a sua migração para a associação de famílias, que impôs a necessidade de se fazer um cerco entre o que era de um e o que era de outro, fez surgir a sociedade civil e, por consequência, com a organização do poder político que resultou na criação do Estado, uma radical transformação social e a instituição de regras consensuadas de convivência. Tais regras sugerem um atributo de publicidade da nova organização e consciência social, estabelecendo um elo entre o Estado e a sociedade, além de impor um comportamento a ser seguido na nova ordem instituída. Também com a nova ordem, manifesta-se a distinção entre o público e o privado, evidenciando a distinção entre regras públicas e privadas, até então inexistente. O fenômeno da instituição do governo, portanto, explica a natureza pública da regra de comportamento e aprofunda a cisão entre o Estado e a sociedade, “entre uma esfera da vida social que é sagrada e intocável, e outra que é subordinada ao interesse do soberano”.<sup>145</sup>

Sendo as relações sociais objeto da vontade humana, conquanto cada um se projeta no todo social, as regras que impõem comportamento necessitam ser intrínsecas à formação da própria sociedade, como atributo da consciência social transformada. Havendo uma ordem intrínseca adequada e duradoura, “é impossível distinguir coerentemente entre interpretações do modo como as pessoas geralmente agem em diferentes situações sociais e opiniões quanto ao modo como deveriam agir”.<sup>146</sup> Igualmente, apesar do Estado pressupor um domínio sobre as

---

<sup>144</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. p. xxii.

<sup>145</sup> UNGER, Mangabeira. *O Direito na sociedade moderna*. p. 70.

<sup>146</sup> *Idem*. p. 69.

relações sociais, instrumentalizando a sua autoridade exatamente pela criação de regras públicas, tais regras podem, à medida que influenciam o comportamento social, ser entendidas como decorrentes da própria vontade humana. Mangabeira Unger chama a atenção para o fato de que “embora o Estado pareça ser, a curto prazo, o manipulador da vida social, a sua natureza e atividade podem ser, em sentido mais remoto e profundo, determinado em grande parte pelas relações de poder entre os grupos da sociedade”.<sup>147</sup>

Igualmente, é indubitável que ao se formar a sociedade submetida a uma hierarquia de grupos, sucede-se um contraste entre o Estado e a sociedade, revelado sempre pelas disposições das regras públicas. Disto decorre relações sociais permanentemente instáveis, comandadas pela diferenciação na distribuição de bens, tarefas e privilégios entre os diversos grupos sociais, intensificando a estratificação social (viés estamental) e necessidade da existência do próprio Estado.<sup>148</sup>

A propósito, ao tempo em que o Estado deve endossar essa relação de domínio e dependência, “somente uma entidade que, de certa forma, se coloque acima dos grupos em conflito pode limitar os poderes de todos os grupos e alegar uma posição de imparcialidade, impessoalidade ou harmonia providencial que justifique a sua exigência de submissão”.<sup>149</sup> Trata-se de um paradoxo que, se relegado, desaparece com o objetivo de distinção entre Estado e sociedade, impulsionando todos os conflitos derivados desta situação. Para Mangabeira Unger “o Estado que é filho da hierarquia social, deve ser o seu governante; deve ser separado de qualquer um dos grupos sociais do sistema de domínio e de dependência”.<sup>150</sup>

Outrossim, somente com a desintegração da comunidade (primitiva ou familiar) surge a condição primordial para o aparecimento da regra positivada. “Do ponto de vista da

---

<sup>147</sup> UNGER, Mangabeira. *O Direito na sociedade moderna*. p. 70.

<sup>148</sup> Mangabeira UNGER anota que: “a posição do indivíduo na hierarquia geralmente determina o seu lugar na divisão do trabalho. Assim, a existência de categorias sociais hereditárias bem definidas estabelece critérios automáticos para a distribuição das tarefas segundo o prestígio e o poder que elas conferem. Inversamente, a especialização das tarefas e as consequentes melhorias na produção, preservação e troca de riqueza consolidam a estratificação social”. *Direito na sociedade moderna*. p. 73.

<sup>149</sup> UNGER, Mangabeira. *O Direito na sociedade moderna*. p. 71.

<sup>150</sup> *Idem*. p. 71.

consciência, a desintegração da comunidade significa a criação de uma situação na qual o indivíduo se sente cada vez mais capaz de questionar e violar a correção das práticas aceitas”. Por conseguinte, em face do latente (e permanente) estado de violação do que é socialmente consensuado, erguem-se as regras explícitas, formuladas para fazer a comunicação do Estado (cujo comando advém de um comando social hierarquizado) com a sociedade (cuja a conformação se exige na forma das regras públicas). Por outro lado, não haveria direito positivo enquanto existisse “uma estreita comunhão de expectativas recíprocas baseadas em uma noção comum do que é certo e do que é errado”.<sup>151</sup> Em suma, “quanto mais se afastam desse extremo hipotético de integração moral”,<sup>152</sup> mais necessário se faz substituir as convenções sociais (oriundas das comunidades familiares, a que Weber indicou como decorrentes do poder tradicional) pelas normas positivadas, destacando a intervenção e o monopólio estatal, cuja finalidade é dizer o que é o certo e o que é o errado na nova ordem social constituída, além de abrigar a violência (legitimada como força por um eufemismo) para assegurar o cumprimento do seu comando.

Diante desse quadro de ação (violadora) e de reação (conformadora) estabelece-se o conflito qualificado. Surge, entretanto, para o indivíduo, agora descolado do arranjo familiar e inserido em uma sociedade que se organiza politicamente através de um Estado profusamente normativo, a necessidade de preservação do maior espaço possível de liberdade. Arnaldo Vasconcelos resume assim: “toda vida política do homem transcorre entre dois pontos extremos e opostos, a liberdade e a autoridade, o poder de livre escolha deste e a força institucional do Estado postos em confronto”.<sup>153</sup> No mesmo sentido, Dworkin: “sem dúvida, quase todos reconhecem que o direito à liberdade não é o único direito político e que, portanto, as exigências da liberdade devem ser limitadas, por exemplo, por restrições que protejam a

---

<sup>151</sup> UNGER, Mangabeira. *O Direito na sociedade moderna*. p. 71.

<sup>152</sup> *Idem*. p. 72.

<sup>153</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica*. p. 53.

segurança e a propriedade dos outros”.<sup>154</sup> Por conseguinte, o questionamento e a violação constantes das normas consensuadas, com uma maior demanda pelo espaço da liberdade, indicam que o direito individual ao tomar corpo nas reivindicações torna mais complexo o entendimento ou mesmo a solução do conflito que agora se apresenta de forma triangular: Estado x sociedade x indivíduo.<sup>155</sup>

Para a vida social manifestamos livremente a nossa vontade de constituir um poder comum por um pacto mútuo com o objetivo de proteção. Abrimos mão, portanto, do direito natural a todas as coisas, quando a lei civil estabelece critérios de distinção entre o que é meu e o que é seu. O direito natural dispensado pela adesão ao contrato, como ato volitivo, importa, necessariamente, na supressão de parcela de nossa liberdade natural e a consequente transferência para o soberano da liberdade de escolha da melhor maneira de nossa preservação. Neste sentido Locke: “A única maneira pelo qual uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade”.<sup>156</sup> De outra forma, podemos manter uma parcela residual da nossa liberdade natural, desde que não comprometa o pactuado e não interfira na paz desejada. Essa transferência importa para os homens na assunção da sua condição de súdito, com a consequente obrigação de se sujeitar à vontade do soberano expressa nas leis. No caso, não se trata, portanto, de liberdade que sofre uma oposição ou obstáculo externo como na concepção hobbesiana, mas da hipótese que o próprio agente limita o seu movimento. O impedimento interno, tem como paradigma o medo, e corresponde ao preço que pagamos para desfrutar a segurança da estabilidade, da proteção e da paz.

---

<sup>154</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 409.

<sup>155</sup> Arnaldo VASCONCELOS destaca que “Se não se compartilhar a liberdade, não haverá exercício possível da liberdade. Esta só existe com a condição de ser limitada para cada um, em proveito de todos. A liberdade absoluta é também absoluta a liberdade do seu exercício. Donde resulta que, sendo a liberdade termo relacional, ninguém pode ser livre sozinho. O tirano, o monarca absoluto, o ditador nenhum destes é livre, cada um sendo escravo ao seu modo. *Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica*. p. 54.

<sup>156</sup> *Apud* ABRAÃO, Rosa Maria Zaia Borges. *Justiça como ordem: o contrato social e a análise crítica da realização de justiça e igualdade na modernidade*. p. 215.



A lei, no entanto, não pode suprimir ações, “mas apenas dirigi-las no sentido da manutenção da paz”.<sup>157</sup> O Estado exerce uma poderosa influência para que os seus súditos se comportem conforme o desejado. A lei pune o transgressor, mas não evita a transgressão, sendo impossível ao legislador (soberano) estabelecer regras de condutas para todas as ações possíveis dos seus súditos. Nas palavras seiscentistas de Hobbes: “não existe no mundo inteiro qualquer Estado que tenha estabelecido regras suficientes para regular todas as ações e palavras do homem (o que seria impossível)”,<sup>158</sup> daí concluir-se necessariamente que: “em todos os tipos de ações não previstas pelas leis, os homens têm a liberdade de fazer o que for sugerido pela sua razão, e que esteja de acordo com o seu interesse”.<sup>159</sup>

Disto resulta o que realmente significa ser um homem livre ao vivermos em sociedade e qual é a possibilidade de se compatibilizar o poder do Estado (a soberania) com a liberdade individual. Júlio Bernardes admite que Hobbes forneceu a essa indagação uma resposta surpreendente e inventiva. Para sairmos do estado de natureza, onde não há nenhum impedimento legal ou legítimo para qualquer ação, temos que considerar que o Estado, no exercício de uma das suas funções básicas, se ocupa em preservar isonomicamente direitos dos súditos evitando que outros ultrapassem os limites do pactuado. Na arte poder de coação, o Estado permite uma escolha no processo de ponderação/deliberação do súdito, de modo que se revela “uma preferência como vontade”,<sup>160</sup> resultando no fato de que é melhor cumprir o que foi pactuado (revelado pela lei) do que por ela (leia-se pelo soberano) ser sancionado. A partir da análise do custo/benefício (ponderação), entre o que é exigido pelo pacto (preceito) e a reação pelo seu descumprimento (sanção), o súdito poderá exercitar a sua vontade; se por medo da reação considerar que deve agir conforme o exigido pela lei, não estará agindo contra a sua vontade; qual seja: quando nos curvamos ao determinado pela lei agimos livremente, compatibilizando a liberdade individual e a soberania estatal.

---

<sup>157</sup> BARROS, Alberto Ribeiro G. *Da liberdade dos súditos em Hobbes e a liberdade dos cidadãos em Rousseau*.

<sup>158</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã. A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. p. 156.

<sup>159</sup> *Idem*. p. 156.

<sup>160</sup> BERNARDES, Júlio. *Hobbes e a liberdade*. pos. 226/809.

O Estado e a normatividade se confundem, a ponto de Kelsen reduzir o Estado ao próprio ordenamento jurídico. Bobbio lembra que para Kelsen o poder do soberano é “o poder de criar e aplicar o direito”<sup>161</sup>. O poder que encontra a sua validade no contrato social (norma fundamental) onde cada indivíduo concorda em ceder “parte de sua liberdade a fim de que as liberdades, individual e coletiva, se tornem possíveis”<sup>162</sup>; ou o poder que utiliza a força (mesmo que em última instância), não só apenas como elemento justificado (legitimidade), mas especialmente como instrumento de eficácia do seu comando. Para Bobbio, “o povo torna-se o limite da validade pessoal do direito do Estado, no sentido de que as próprias normas jurídicas valem apenas, salvo casos excepcionais, para determinados sujeitos que, deste modo, passam a constituir os cidadãos de um Estado”,<sup>163</sup> certamente tudo isso diante de uma perspectiva territorial.

Em verdade, a história frustra qualquer esperança de que a sociedade humana prescindia de um instrumento de adaptação social. Em contraste, como ensina Marco Bernardes de Mello, “o arcabouço social não consegue suprimir ou reduzir o livre-arbítrio na escolha de como comportar-se”,<sup>164</sup> impulsionando permanentemente o conflito, as relações de poder e a afirmação do Estado.

Vicente Ráo se posiciona no sentido de que o direito “não se satisfaz com a simples possibilidade de coexistência social”,<sup>165</sup> tem, mais do que isso, a finalidade de aperfeiçoamento do indivíduo. Assume o autor, com efeito, a crença de que o poder tradicional weberiano pode, em tempo de uma nova organização social (Estado + sociedade), ser substituído pelo direito, no qual seria uma força social propulsora que visa, “por via principal aos indivíduos e por via de consequência à sociedade, o meio favorável ao aperfeiçoamento e ao progresso da

---

<sup>161</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. p. 94.

<sup>162</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica*. p. 54.

<sup>163</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. p. 94.

<sup>164</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. p. 4.

<sup>165</sup> RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. p. 30.

humanidade”.<sup>166</sup> Ademais, defende o autor, o direito está presente (poderíamos ler o Estado) desde a concepção do indivíduo, marcando com a vida o início de sua personalidade, até a efetiva proteção de sua liberdade e da sua integridade física e moral, acompanhando-o, no mais, em todos os “passos e contingências de sua vida”.<sup>167</sup>

O direito, por consequência, tornar-se onipresente, em razão do Estado ser onipresente (inclusive firmando os limites do direito privado ou individual), porque as relações de poder são onipresentes, o que sugere ainda a conclusão de que este ciclo se completa com a onipresença do conflito. A roda de causas e efeitos gira, e faz sentido na medida em que se retroalimenta: o conflito advém da relação de poder, que se organiza politicamente através do Estado, cuja finalidade é limitar o próprio poder, mantendo a relação de domínio e dependência instituída pela hierarquia social, para amenizar os efeitos do conflito. O direito positivo é, assim, apenas um instrumento à serviço da comunicabilidade deste sistema, onde não se pode mais distinguir o rabo e a cabeça da cobra, o seu início do seu fim.

#### 1.4. Conflito e segurança

*Não conhecemos modo de funcionamento da humanidade que tenha eliminado as relações de dominação (Paul Ricoeur).<sup>168</sup>*

O fortalecimento do Estado incrementa a disciplina tanto pública quanto das relações privadas. Quanto mais se disciplina, mais surgem conflitos. Quanto maior a interação humana ou como mais sofisticadas se tornam, mais potencializada se manifesta a possibilidade de novos conflitos. Para tanto, há que ser considerada uma causa histórica. Neste particular, há uma dinâmica socioeconômica ocorrida nos últimos duzentos anos, otimizada pela revolução científica e tecnológica, com avanços nas práticas mercantis e a expansão do mercado

---

<sup>166</sup> RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. p. 30.

<sup>167</sup> *Idem*. p. 28.

<sup>168</sup> RICOEUR, Paul. *O Justo ou a essência da justiça*. p. 121.

consumidor, que elevou as relações humanas a uma intensidade nunca antes experimentada. Humberto Lima de Lucena Filho aponta que “diante de todo esse processo de dinamicidade pós-moderna, é comum que as relações humanas também sejam exponencializadas”.<sup>169</sup> No contexto de profusão de conflitos (e em decorrência de normatividade) em face da nova e intensa interação humana aparece uma relevante questão sobre a segurança; em verdade o que significa e qual é o alcance da segurança e a sua relação com o estado de conflituosidade.

Segurança expressa, ao menos etimologicamente, uma sensação ou um sentimento de estar protegido. Quem está seguro está livre do perigo, isento de receios, posto à salvo, garantido, abrigado, compartilha a certeza, a convicção, sugere uma distância do conflito. Para tanto, se busca implementar medidas que visam incrementar ou garantir a nossa sobrevivência nestas condições. Desde o século XVII Hobbes afirmava que o desígnio do homem "é a preocupação com a sua própria conservação e a garantia de uma vida mais feliz",<sup>170</sup> sendo que por medida de garantia celebramos pactos uns com os outros para assegurarmos a paz e a defesa comum. O Estado, como vimos, surge da formação de vários núcleos de comunidade familiar com o fim de sobrevivência e proteção,<sup>171</sup> "saem do estado de natureza para constituir um poder comum, o Estado destinado a proteger a integridade da vida, da liberdade e da propriedade".<sup>172</sup> A noção de segurança é real e nos toca como necessidade de sobrevivência. Estar seguro é estar a salvo, é compartilhar a certeza, a garantia e a proteção. Trata-se de um comportamento culturalmente assimilado e universalmente difundido. A proximidade com o conflito desperta a sensação de desproteção, de não estarmos em segurança.

Por ser real, a busca pela sensação de segurança revela-se como uma necessidade humana. Para Alessandro Baratta, segurança é a "necessidade de certeza de que podemos

---

<sup>169</sup> LUCENA FILHO, Humberto Lima. *Teoria do conflito: uma aplicação prática à cultura da consensualidade*. p. 227.

<sup>170</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. p. 123.

<sup>171</sup> Nas palavras de Norberto BOBBIO: "o estado entendido como ordenamento político de uma comunidade, nasce da dissolução da comunidade primitiva fundada sobre os laços de parentesco e da formação de comunidades mais amplas, derivadas da união de vários grupos familiares por razão de sobrevivência interna (o sustento) e externa (a defesa)". *Estado, governo sociedade. Por uma teoria geral da política*. p. 73.

<sup>172</sup> DIAS NETO. Theodomiro. *Segurança urbana. Modelo da nova prevenção*. p. 33.

satisfazer as nossas necessidades básicas ou primárias".<sup>173</sup> A certeza se revela pela compreensão de dois significados: um reflexivo e outro temporal. O primeiro se refere ao fato de conhecer e comunicar as necessidades, o que advém de um processo de exame do conteúdo por meio de um exercício de racionalização. O segundo, por sua vez, refere-se à continuidade da satisfação além do momento atual. Ambos os significados compõem, assim, esta perspectiva qualificada da noção de certeza.<sup>174</sup>

Assim, quando vivenciamos a ideia de poder comum, deixando o estado natural para nos organizarmos em um estado civil, estabelecemos como missão precípua resguardar a segurança, entendida sob a ótica de Hobbes como a "convivência pacífica dos cidadãos em torno de regras capazes de estabilizar as expectativas de comportamento".<sup>175</sup> Surge, daí, a necessidade da demarcação da fronteira jurídica entre o permitido e o não permitido. O ordenamento decorre, também, da necessidade da certeza da compreensão das regras comportamentais por todos para o atendimento destas expectativas. Neste sentido, Baratta afirma que a segurança é ainda uma função geral do sistema jurídico, cuja necessidade se apresenta em forma de direitos. Neste particular (sob o ponto de vista do direito), segurança é sinônimo de certeza que deve ser construída pelas normas e por sua interpretação. Ou seja, a segurança de que "a norma que protege esse direito é suficientemente clara, coerente com as regras e os princípios da Constituição e operacionalmente compatível com o procedimento legal, no qual deve assegurar a sua justiciabilidade".<sup>176</sup>

Sob o ponto de vista sociológico a segurança obriga, nas lições de Baratta, a seguinte indagação: até que ponto o direito contribui para a segurança da sociedade (evitando ou minimizando os conflitos), e qual seria então a sua validade empírica? Neste contexto, podemos garantir apenas um direito à segurança? Ou podemos ser mais pretensiosos e exaltar a segurança dos direitos? Diante de um processo reflexivo, já conhecemos a extensão das nossas

---

<sup>173</sup> BARATTA, Alessandro. *Conceito de segurança na Europa*.

<sup>174</sup> A respeito: BARATTA, Alessandro. *Conceito de segurança na Europa*.

<sup>175</sup> DIAS NETO, Theodomiro. *Segurança urbana. Modelo da nova prevenção*. p. 73.

<sup>176</sup> BARATTA, Alessandro. *Conceito de segurança na Europa*.

necessidades? Ou estamos incorporando novas necessidades a cada momento, em um movimento contínuo que impede a sua satisfação ou o seu alcance?

Com efeito, Baratta chama a atenção para uma construção perversa que se revela inconsistente ou supérflua, ou se mostra ideologicamente engajada, que ocorre na "seleção de alguns direitos de grupos privilegiados e uma prioridade de ação do aparato administrativo e judicial em seu favor",<sup>177</sup> certamente com limitações aos direitos fundamentais reconhecidos para todos pelas Constituições. Trata-se, à evidência, de um contrassenso. Discriminar direitos, em favor de alguns, que representam uma minoria, em detrimento de um grupo maior e mais vulnerável, implica necessariamente em mais insegurança. O cidadão inseguro quanto à certeza de que pode satisfazer todas as necessidades básicas vai reagir contra os valores impostos pelo próprio sistema. Vale dizer, contra àqueles que podem ditar o direito (por exemplo, direito à segurança), ao tempo em que fazem uma seleção na sua aplicação, perpetuando o estado de conflituosidade.

A segurança, nestes termos, passa, portanto, a ser ideológica, definida por quem tem o privilégio-poder de fazê-la. As nossas prioridades e as nossas necessidades são marcadas ou definidas por quem se favorece. Historicamente isso restou evidenciado quando a Declaração de 1789 colocou a propriedade ao lado da liberdade, da resistência à opressão e da própria segurança, como direito natural e imprescritível do homem. A propriedade passou formalmente para o rol das necessidades básicas, foi adjudicada aos valores pelo qual se justifica a lutar, transformou-se em uma "extensão espacial do corpo".<sup>178</sup> Por consequência, qualquer incerteza (neste caso de significado temporal) sobre a sua continuidade (manutenção) se transforma em um problema de segurança, onde é exigida a sua imediata reparação, inclusive com o uso da

---

<sup>177</sup> BARATTA, Alessandro. *Conceito de segurança na Europa*.

<sup>178</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. p. 125.

força. Distingue-se, aqui, com clareza, duas violências: a que institui o direito e a que o conserva.<sup>179</sup>

A propriedade sempre foi privilégio de alguns, por isso erigida à categoria de direito natural exatamente para a proteção dos interesses dos mesmos. Em 1789, no momento que se redesenhava um novo pacto de convivência, que se modificava a ordem política, inclusive com inclinação universalista, não foi, entretanto, revista a distribuição originária da propriedade. Permanecendo como estava, sedimentou a legitimidade de sua distribuição e perpetuou a desigualdade. Certamente, numa questão de perspectiva, ao se declarar a propriedade como direito natural e imprescritível, alguns (os mesmos) sentiram-se mais seguros, ao tempo em que estavam, naquele momento revolucionário, ameaçados com a possibilidade do não reconhecimento deste direito e, assim, sujeito à inversão da posse dos seus bens, gerando insegurança na concepção da certeza temporal.

A consolidação de um modelo liberal pós-revolucionário reforçou o conceito de vincular a segurança à segurança jurídica, daí a seleção de prioridades. Assim, apesar da liberdade ser uma necessidade básica humana, também elevada à direito natural e imprescritível, foi cada vez mais exigida a sua renúncia para que o Estado (que defende o interesse dos mesmos que podem ditar a sua prioridade, inclusive amparado pela retórica democrática), como poder comum, pudesse colocar um fim à violência (que ameaçava a propriedade) com a "imposição repressiva da paz".<sup>180</sup>

Foucault assevera que neste período houve uma mudança na prática de ilegalidades (violação das regras consensuadas), que antes dirigidas à direitos passava a ser ao patrimônio.<sup>181</sup> Com a circulação de riqueza advinda da revolução industrial e o aumento

---

<sup>179</sup> Nas palavras de Jaques DERRIDA: "Há, primeiramente, a distinção entre duas violências do direito, duas violências relativas ao direito: a violência fundadora, aquela que institui e instaura o direito e a violência conservadora, aquela que mantém, confirma assegura a permanência e a aplicabilidade do direito". *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. p. 73.

<sup>180</sup> DIAS NETO, *Segurança urbana. Modelo da nova prevenção* p. 73.

<sup>181</sup> Em *Vigiar e punir*, FOUCAULT escreveu: Na segunda metade do século XVIII o processo tende a se inverter. Primeiro com o aumento geral da riqueza, mas também com o grande crescimento demográfico, o alvo principal da

demográfico experimentado no século XVIII, os proprietários estavam sendo atacados em seus meios de produção. Houve assim a reestruturação da criminalidade, acompanhando o desenvolvimento de uma sociedade que estabilizava-se no capitalismo, bem como houve, em nome da segurança tributada ao Estado, a necessidade de se socorrer à segurança jurídica ao se codificar inúmeras novas práticas ilícitas que se revelavam como ilegalidade praticadas pelas classes populares através da transferência (violenta) de bens de produção ou da propriedade.

A exclusão é a lógica dominante na sociedade global, bem como nas comunidades em particular. A distância dos que estão incluídos e são portadores de acesso aos bens de consumo, às informações e às tecnologias postas à serviço dos que merecem viver mais e melhor, acentua-se substancialmente com relação aos que foram preteridos. Se não há ingresso para todos, portanto necessário estabelecer um critério, uma seleção, para os convidados. Certamente os convocados serão os que detêm os privilégios, e, nesta proporção, os que menos precisam. Daí a necessidade de se construir e valorar como fundamental um muro separando os dois mundos. Não tem espaço para todos, portanto para alguns surge a necessidade de exclusão dos demais. Assim, a segurança de permanecer privilegiado implica em uma postura de exclusão.

Baratta lembra que esta distância "determina os estereótipos do diferente ao perigoso". A existência do perigoso é necessária para a organização da fila dos pretendentes ao repasto dos incluídos. Podemos desde já marcá-los, porquanto a sua rejeição por todos será tolerada,

---

ilegalidade popular tende a ser não mais em primeira linha os direitos, mas os bens: a pilhagem, o roubo, tendem a substituir o contrabando e a luta armada contra os agentes do fisco. E nessa medida os camponeses, os colonos, os artesãos são muitas vezes a vítima principal. Le Trosne sem dúvida exagerava apenas uma tendência real quando descrevia os camponeses que sofriam com as extorsões dos vagabundos, mais ainda que antigamente com as exigências dos feudais: os ladrões agora se teriam abatido sobre eles como uma nuvem de insetos nocivos, devorando as colheitas, arrasando os celeiros. Podemos dizer que se abriu progressivamente no século XVIII uma crise da ilegalidade popular; e nem os movimentos do início da Revolução (em torno da recusa dos direitos senhoriais), nem aqueles mais tardios aos quais acresciam a luta contra os direitos dos proprietários, o protesto político e religioso, a recusa do recrutamento na realidade não o restabeleceram em sua forma antiga e acolhedora. Além do mais, se uma boa parte da burguesia aceitou, sem muitos problemas, a ilegalidade dos direitos, ela a suportava mal quando se tratava do que considerava seus direitos de propriedade. Nada mais característico a esse respeito que o problema da delinquência no campo no fim do século XVIII e principalmente a partir da Revolução. *Vigiar e punir. Nascimento da prisão*. p. 81/82.



inclusive por aqueles que continuam de fora, esperando a oportunidade de entrar na ceia e repetir os padrões de exclusão. Qualquer política de segurança tradicional vai focar a lógica da organização da fila: quem pode e como pode entrar e usufruir da lauta refeição. Quem não estiver se comportando segundo esses protocolos será objeto de ações específicas, visando a ordem da entrada e as prerrogativas dos privilegiados. A ordem consignada implica na divulgação dos corolários sancionatórios empregados pela ideia de prevenção geral e especial aos possíveis contestadores.

Uma política de segurança (poderíamos dizer de exclusão) dirigida somente aos que se encontram de fora só aumenta o sentimento de insegurança, revelando um contradição: se o pretendente não tem convite para a ceia, também não tem mais a certeza de que pode satisfazer suas necessidades básicas, sistematicamente atualizada e comparada às necessidades demonstradas pelos privilegiados. A certeza é assegurada a poucos e a incerteza a muitos. A segurança é privilégio e a insegurança é bastante generosa com os demais, porquanto retroalimentada pela lógica da exclusão, ou a constatação de que neste modelo de valoração de necessidades não há lugar para todos na mesma solenidade.

A produção de riqueza de uns (poucos) sustentada em face do empobrecimento e subdesenvolvimento de outros (muitos), é o ponto de partida de uma política de segurança tradicional. Este é o cenário em que se estabelece as prioridades, onde se pode efundir os valores da propriedade e da ordem, com vistas ao exercício sem culpa do direito à segurança. É um contumaz "deixar estar", porquanto o sistema é produtivo e gerador de riquezas para os mesmos, legitimando o uso da força contra o ser humano para a proteção de um bem ou de um direito.<sup>182</sup> É uma apropriação da organização comum, com seus aparatos sofisticados, violentos e repressivos, para a manutenção do lugar à mesa e do regozijo dos privilegiados que há gerações participam da distinta cerimônia.

---

<sup>182</sup> Cabe transcrever a seguinte indagação de Jaques DERRIDA: "Que diferença existe entre, por um lado, a força que pode ser justa, em todo caso julgada legítima (não apenas o instrumento a serviço do direito, mas a própria realização, a essência do direito), e, por outro lado, a violência que julgamos injusta?" *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. p. 9.

Em um sistema econômico com base no livre mercado, desregulamentado ao máximo, onde se pode acumular sem limites e concentrar riquezas em detrimento de sua distribuição, certamente vai se fomentar em escala a insegurança de quem não tem essa oportunidade. Esse viés (liberal) contorna qualquer política de segurança e de prevenção, permitindo o uso do poder comum para assegurar aos mesmos o direito à segurança, decorrendo daí o tratamento seletivo de prioridades. No fundo, o contexto da discussão de política de segurança sempre delinea a repartição originária dos bens.<sup>183</sup> John Rawls eleva esta discussão à equidade ou à justiça como equidade para justificar a posição original de igualdade como o "correspondente ao estado de natureza da teoria tradicional do contrato social".<sup>184</sup> Assim, imagina-se que todos os pactuantes se comprometeram em cooperação com os princípios que estabeleceram os direitos, deveres e a repartição dos benefícios sociais.<sup>185</sup> Trata-se, no entanto, de um evidente exercício de imaginação que parte de uma situação ideal na tentativa de legitimar o que está posto.

A nossa natureza é conflituosa, não tem acordo ou pacto que possa evitar em sua totalidade um conflito. O poder, que se realiza em grupo na conceituação de Hannah Arendt, decorre em grande parte da possibilidade individual de acumulação (que é uma propensão comportamental), que se sucede mesmo se partindo de uma divisão equânime originalmente projetada. Justifica-se, sem escrúpulos, essa acumulação pelo mérito. Entretanto, se houvesse algum equilíbrio real neste processo, certamente não haveria demanda por segurança, não haveria a incerteza sobre a possibilidade de satisfação de necessidades básicas a qualquer tempo e muito menos um estado conflitual. Se reconhecermos que a prática da acumulação é natural e inevitável, devemos nos conformar com a ideia de perpetuação da incerteza e da

---

<sup>183</sup> Paul RICOEUR anota que "na medida em que a sociedade é, enquanto sistema, um fenômeno de distribuição, também é, nessa mesma medida, um fenômeno problemático, um campo de alternativas possíveis; visto que há diversas maneiras de distribuir, repartir vantagens e desvantagens, a sociedade é desde o início um fenômeno consensual-conflitual". *O Justo ou a essência da justiça*. p. 72.

<sup>184</sup> RICOEUR, Paul. *O Justo ou a essência da justiça*. p. 67.

<sup>185</sup> Neste sentido afirma RAWLS: "Temos que imaginar que aqueles que se comprometem na cooperação social escolhem em conjunto, num ato comum, os princípios destinados a estabelecer os direitos e deveres básicos, e a determinar a repartição dos benefícios sociais". *Apud* RICOEUR, Paul. *O Justo ou a essência da justiça*. p. 67.

discriminação (e do mesmo modo o conflito). A exclusão fundamenta e qualifica a insegurança, e enquanto não apontarmos para essa causa, vamos ter que conviver eternamente com as suas deletérias consequências.

Atualmente, quando não somos vistos aumenta a nossa sensação de segurança. Quando não vemos, podemos mais facilmente nos descolar da realidade, evitando o contato com os horrores e a perversidade do mundo real. Todavia, a nossa expectativa de permanecermos no isolamento é fugaz, corroída pela janela virtual que abrimos ao nos relacionarmos, inevitavelmente, com os meios midiáticos. Assim, manter a "janela fechada" já não basta. Há uma contaminação deliberada do exterior, no sentido de apropriação do interior. São muralhas facilmente tomadas, obrigando a reforçar a linha de proteção. A solução projetada (almejada) é a comunidade (idealizada), da proteção do semelhante, do mais próximo que divide as mesmas agonias, angustias e preocupações. Se é inevitável em algum momento ser visto, que seja pelo idêntico, pelo semelhante, que seja de uma forma esperada e sem surpresas.

Bauman lembra que comunidade sugere uma coisa boa, um lugar cálido, confortável e aconchegante, uma ideia de segurança, onde podemos contar com a boa vontade dos outros.<sup>186</sup> A comunidade, portanto, pode nos levar à certeza de que juntos vamos satisfazer as nossas necessidades. A comunidade representa um círculo aconchegante<sup>187</sup> que não está adstrita a nenhuma relação de custo-benefício. Ou ainda, como informa Bauman, significa o "entendimento compartilhado, do tipo natural e tácito"<sup>188</sup> e tem como atributo a distinção de outros grupamentos, o fato de ser pequena e ser autossuficiente. A distância, historicamente, sempre contribuiu para a manutenção da comunidade e de seus valores. À medida que os meios de transportes foram se sofisticando, permitindo que a informação viajasse independente do seu portador, em uma velocidade instantânea, "a fronteira entre o dentro e o fora não pode ser

---

<sup>186</sup> Na descrição de BAUMAN comunidade é: "como um teto sob o qual nos abrigamos da chuva pesada, como uma lareira da qual esquentamos as mãos num dia gelado. Lá fora, na rua, toda sorte de perigo está à espreita; temos que estar alertas quando saímos, prestar atenção com quem falamos e a quem nos fala, estar de prontidão a cada minuto. Aqui, na comunidade, podemos relaxar - estamos seguros, não há perigos ocultos em cantos escuros". *Comunidade: A busca por segurança no mundo atual*. p. 07.

<sup>187</sup> Expressão de Göran Rosenberg, mencionada por BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: A busca por segurança no mundo atual*. p. 16.

<sup>188</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: A busca por segurança no mundo atual*. p. 17.

mais estabelecida e muito menos mantida".<sup>189</sup> Surge a necessidade de reencontrar a homogeneidade perdida, o círculo de proteção, que só poderá ser levado à efeito via um processo de "seleção, separação e exclusão".<sup>190</sup> As fissuras nos muros, que protegem a comunidade como nas "janelas fechadas", se tornaram visíveis. Bauman lembra que neste momento, mais do que uma ilha de entendimento natural, ou um círculo aconchegante, "a comunidade realmente existente se parece com uma fortaleza sitiada, continuamente bombardeada por inimigos (muitas vezes invisíveis) de fora e frequentemente assolada pela discórdia interna".<sup>191</sup>

Diante do colapso iminente surge a identidade comunitária. A afirmação da identidade contribui naturalmente para a divisão, separação, exclusão, ao criar padrões de valores circunscritos que são protegidos por fronteiras e códigos, para parecerem diferentes e singulares, oferecendo em troca a sensação de resistência e poder. No entanto, apesar desta bandeira levantada, as comunidades locais são inevitavelmente assimiladas pelo avanço histórico da civilização, tornando-se minorias étnicas, sujeitas a diáspora ou aniquilamento. Nesta ordem, descolados da comunidade idealizada, oprimidos por distúrbios econômicos e sociais, sem poder contar mais com o apoio da família ou dos semelhantes, hordas de indivíduos procuram novas vidas e novas identidades. Essa busca pela nova identidade, faz surgir um novo conflito, como aponta Walzer: "a multiplicidade de grupos e a multiplicidade de indivíduos".<sup>192</sup> Neste processo, qualquer que seja a opção, enterra-se a diferença e o diferente e faz surgir o discurso conservador da tolerância multiculturalista, orientado "pela preocupação do direito das comunidades à autoafirmação e com o reconhecimento público de suas identidades por escolha ou por herança".<sup>193</sup>

Entretanto, não há escolha à disposição. O fator determinante das divisões observadas no seio da comunidade é a perpetuação da desigualdade, visão esquecida pelo

---

<sup>189</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: A busca por segurança no mundo atual*. p. 19.

<sup>190</sup> *Idem*. p. 19.

<sup>191</sup> *Idem*. p. 19.

<sup>192</sup> Michel WALZER comentando sobre os efeitos destas multiplicidades nos EUA afirma que "Este país não é apenas um pluralismo de grupos, mas também um pluralismo de indivíduos. Seu regime de tolerância concentra-se, como vimos, mais em escolhas e estilos pessoais do que em formas de vida comuns. Talvez seja a sociedade mais individualista da história humana". *Da tolerância*. p. 130.

<sup>193</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: A busca por segurança no mundo atual*. p. 97.

multiculturalismo na formulação de Bauman.<sup>194</sup> A concepção multicultural engendra mais uma força conservadora, ensejando a aceitação pública da diferença cultural como uma forma de compensação pela incapacidade de transformarmos o quadro de desigualdade social. Assim, "a afirmação comunitária da especificidade cultural serve de pouco consolo para aqueles que, graças a cada vez maior desigualdade na divisão de recursos, têm que aceitar as escolhas que lhe são impostas"<sup>195</sup>.

Bauman sustenta que para a nova elite global o conceito de soberania e território perdeu a importância. A posse de um território "com seus deveres e compromissos de longo prazo transforma-se em um passivo e se torna um peso e não mais um recurso na luta pelo poder".<sup>196</sup> A elite é assim extraterritorial, não tem endereço ou nacionalidade, realiza os seus negócios na velocidade da transmissão das informações digitais, longe, portanto do ambiente comunitário. Trata-se da elite que tem acesso aos bens de consumo e que atualiza as necessidades básicas dos demais, ditando padrões e comportamentos que, a medida que se acessa a escala do privilégio, se tem em conta a sua repetição. O elo da insegurança encontra uma vez mais a ponta que funciona como o seu elemento de retroalimentação. A extraterritorialidade tem um alto custo residual. O território deixando de ser estratégico para a luta pelo poder, cai na tentação liberal de produzir lucros para a elite, ao reforçar a ideia de que o Estado deve renunciar às suas obrigações e privatizar os seus serviços. Abre-se, assim, um novo espaço na relação de dominação.<sup>197</sup> Intensificando-se por opção (empresarial) a sensação de insegurança, a defesa do lugar passa a ser um assunto local, da comunidade. Naturalmente, neste contexto, sem saber o que fazer a curto prazo, as pessoas se cercam com alarmes e muros para se protegerem. Necessitam de um abrigo que seja "um ambiente seguro, sem ladrões e à prova de intrusos. Comunidade passa a significar isolamento, separação, muros protetores e

---

<sup>194</sup> BAUMAN sustenta que: "O que a visão 'culturalista' do mundo não menciona é que a desigualdade é a sua própria causa mais poderosa, e que apresentar as divisões que ela gera como um aspecto inalienável da liberdade de escolha, e não como um dos maiores obstáculos a essa liberdade de escolha, é um dos principais fatores da sua perpetuação". *Comunidade: A busca por segurança no mundo atual*. p. 99.

<sup>195</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: A busca por segurança no mundo atual*. p. 98.

<sup>196</sup> *Idem*. p. 100.

<sup>197</sup> FOUCAULT defendendo a ideia de que o poder transita pelos indivíduos e não se aplica a eles, sustenta o seguinte contraponto: "não é algo que se partilhe entre aqueles que o têm e que são submetidos a eles. O poder, acho eu, deve ser analisado como uma coisa que circula, ou melhor, como uma coisa que só funciona em cadeia. Jamais ele está localizado aqui ou ali, jamais está entre mãos de alguns, jamais é apossado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona". *Em defesa da sociedade*. p. 35

portões vigiados".<sup>198</sup> Bauman lembra que "as pessoas que cresceram numa cultura de alarmes contra ladrões tendem a ser entusiastas naturais das sentenças de prisão e de condenações cada vez mais longas".<sup>199</sup>

Do lado de fora da comunidade idealizada organiza-se uma sociedade perigosa, perversa, de valores estranhos. Seja em grupos ou individualmente se verifica um movimento difuso, reativo, intuitivo, propiciando que cada um se defenda do que entender por ameaçador na medida da sua possibilidade de inclusão e de acesso aos bens de consumos oportunamente oferecidos para a circunstância. Neste ambiente escabroso colhem-se os valores e se mede a sintonia da reação social. Logo se percebe que há uma diferença entre a comunidade que almejamos e a comunidade que encontramos no mundo real. Há um preço a ser pago para participar deste sentimento de abrigo, de proteção, de calidez. É um privilégio viver em comunidade. O preço "é pequeno e invisível só enquanto a comunidade for um sonho. O preço pago é em forma de liberdade, também chamado de autonomia, direito a autoafirmação e identidade".<sup>200</sup> Confundindo-se insegurança com violação à conduta proibida (crime), torna-se mais fácil estabelecer uma política do medo cotidiano, com as mesmas fáceis repostas: mais prisão, mais segregação; e continuamos deixando tudo como está: não enfrentamos a questão da desigualdade, que se perpetua como se não fosse a causa de insalubres efeitos. Ao contrário, a difusão do pavor passa a ser um negócio rentável. O que teima em ser diferente, o que teima em violar os valores e as regras estabelecidas, para não manter tudo como se encontra, para enfrentar a mesmice,<sup>201</sup> não pertence a esse porto seguro imaginário da comunidade. Trata-se de um "outsider", um estranho, o outro que pode causar surpresas desagradáveis, assustar, levar ao incerto, ao imponderável. A comunidade do bairro seguro, o sonho da sociedade perfeita, trata-se, na visão de Bauman de "um mutante bizarro do gueto voluntário".<sup>202</sup>

Na visão do federalista John Jay, o norte-americano do final do século XVIII era descrito como povo "que descende dos mesmos ancestrais, fala a mesma língua, professa a mesma

---

<sup>198</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: A busca por segurança no mundo atual*. p. 103.

<sup>199</sup> BAUMAN, *Globalização: as consequências humanas*. p. 131.

<sup>200</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: A busca por segurança no mundo atual*. p. 10.

<sup>201</sup> Nas palavras de BAUMAN: "comunidade significa mesmice, e a 'mesmice' significa a ausência do Outro, especialmente do outro em que teima ser diferente, e precisamente por isso capaz de causar surpresas desagradáveis e prejuízos". *Comunidade: A busca por segurança no mundo atual*. p. 104.

<sup>202</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: A busca por segurança no mundo atual*. p. 105.

religião, está vinculado aos mesmos princípios de governo, e tem maneiras e costumes semelhantes".<sup>203</sup> Pela importância dos "*federalist papers*" na formação política e social dos EUA, não é difícil apurar o quanto essa descrição estabeleceu um padrão comunitário comum, delimitando, por outras linhas, o que não estava inserido nesta comunidade que imigrou para o novo mundo. Ao contestar esse ponto de vista, Walzer sustenta que "essa afirmação não era correta quando Jay a escreveu na década de 1780, e foi totalmente desmentida no curso do século XIX. A imigração maciça fez dos EUA uma terra de múltiplos e diferentes ancestrais, línguas, religiões, maneiras e costumes".<sup>204</sup> Os desgarrados de outras comunidades, de outros países e de outras tradições, chegavam em grandes proporções, misturando-se e assimilando-se para participar de uma nova identidade, em um novo mundo, com a pretensão comum de afastar a incerteza. O limite da possibilidade de uma integração se situava na tolerância<sup>205</sup> dos velhos habitantes da comunidade aos novos pretendentes.

É necessário pontuar que o pensamento norte-americano de John Jay se situa em uma sociedade construída pela prática liberal, não em contraposição à velhos regimes ou injustiças como na Europa continental pós-revolucionária. A revolução americana, ao contrário da revolução francesa, não pretendeu alterar nenhuma estrutura social, "mas limitou-se a organizar o governo de uma sociedade que já estava estabelecida por pequenos proprietários que não conheciam a aristocracia".<sup>206</sup> Trata-se de um liberalismo sem culpa, pragmático, cuja declaração de direitos (*Bill of Rights*) foi um instrumento prático de preservação e não uma ideologia universalista como a francesa. Os norte-americanos, deste modo, não precisaram recorrer a uma imagem projetada de um contrato, para se contrapor a qualquer organização vigente. Não havia a concepção de que o Estado poderia implicar em alguma coisa cuja dimensão fosse superior a humana. Zaffaroni anota que "tratou-se, pois, de um liberalismo que não utilizou o contrato como metáfora, por surgir de uma forma natural em uma sociedade sem

<sup>203</sup> HAMILTON. Alexander. MADISON. James. JAY. John. *O federalista*. p. 18.

<sup>204</sup> WALZER, *Da tolerância* p. 122.

<sup>205</sup> BAUMAN, citando estudo de Richard SENNETT, afirma com relação a um traço comportamental comum que: "a suspeita em relação aos outros, a intolerância face à diferença, o ressentimento com estranhos e a exigência de isolá-los e bani-los, assim como a preocupação histórica, paranoica com a 'lei e a ordem', tudo isso tende a atingir o mais alto grau nas comunidades locais mais uniformes, mais segregadas dos pontos de vista racial, étnico e de classe". *Globalização: as consequências humanas*. p. 54.

<sup>206</sup> ZAFFARONI. Raul Eugenio et al. *Direito penal brasileiro*. p. 530.

exclusões".<sup>207</sup> Nesta lógica, a "crescente riqueza aumentaria o bem-estar e dissolveria as contradições sociais".<sup>208</sup> No sentido da descrição seletiva de John Jay, Zaffaroni afirma que a sociedade norte-americana que "não conhecia exclusões, era sustentada a partir da exclusão dos negros".<sup>209</sup> A sua autopercepção comunitária (portanto, seletiva, separatista e excludente) "os levou a considerar que os negros não eram norte-americanos, inclusive na opinião dos antiescravagistas mais esclarecidos".<sup>210</sup>

Posteriormente, com o tempo, passou-se a considerar os negros parte da sociedade. Entretanto, foram integrados apenas para que pudesse ser legitimado um processo de repressão. O conceito de sociedade integrada paradoxalmente trouxe também o discurso de que "os pobres devem ser apenados sem levar em conta suas dificuldades sociais".<sup>211</sup> Zaffaroni referindo-se a Ernst van den Haag aponta que "por meio da ficção de que todos estão incorporados à sociedade, afirmou-se que os pobres são mais propensos a delinquir do que os ricos",<sup>212</sup> e, portanto, deste modo, "a sociedade, ao apená-los por igual, só ratifica a sua inclusão social".<sup>213</sup> Por outras palavras, na sua explícita acepção, a punição dos mais pobres significa um avanço rumo ao seu reconhecimento. O pobre ou o negro eram os diferentes, os não-comunitários (os que não estavam descritos na visão de John Jay), os que não poderiam erigir de forma compartilhada o sonho do novo mundo, cuja a concentração de riqueza, baseada na "harmonia natural dos interesses individuais"<sup>214</sup> dos mesmos expressavam sem pudor a sua índole liberalista, individualista e segregacionista.

Loïc Wacquant afirma que os EUA se valeram de várias "instituições peculiares para definir, confinar e controlar os afro-americanos:<sup>215</sup> a escravidão, até a guerra da secessão; o regime legal de discriminação e segregação no sul dos EUA, até a revolução dos direitos civis; o gueto, decorrente da urbanização e proletarização do negro no norte dos EUA, do mesmo modo superado pelas conquistas dos direitos civis; e, por fim "o novo complexo institucional formado

<sup>207</sup> ZAFFARONI, Raul Eugenio et al. *Direito penal brasileiro*. p. 531.

<sup>208</sup> *Idem*. p. 531

<sup>209</sup> *Idem*. p. 531

<sup>210</sup> *Idem*. p. 531.

<sup>211</sup> *Idem*. p. 532.

<sup>212</sup> *Idem*. p. 532.

<sup>213</sup> *Idem*. p. 532.

<sup>214</sup> Thomas PAINE, *apud* ZAFFARONI, Raul Eugenio et al. *Direito penal brasileiro*. p. 531.

<sup>215</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. p. 331/332.



pelos remanescentes do gueto negro e pelo aparelho carcerário".<sup>216</sup> Todas estas instituições tinha por fim comum e concomitante a exploração da força de trabalho e a "ostracização social de um grupo pária, considerado inassimilável em virtude do triplo e indelével estigma que carrega".<sup>217</sup>

A solução tecnológica da criação do gueto deveu-se a fatores sociais e económicos, como a brutal opressão no sul dos EUA, em razão da política legal de segregação e discriminação, que teve por consequência uma migração maciça para os estados do meio-oeste e do nordeste, que no processo de industrialização necessitavam de mão de obra. Entretanto, ao chegarem às novas cidades, como estrangeiros inassimiláveis, foram da mesma forma levados ao confinamento, "que embora menos rígido e menos assustador do que aquele de onde fugiam, não era menos opressor e coercitivo".<sup>218</sup> Não haviam cartazes indicando onde os negros podiam sentar, mas havia uma política de discriminação na compra e locação de imóveis residenciais, forçando a criação do chamando "*black belt*", que com o tempo se tornou "superpovoado, subequipado e assaltado pelo crime, pela doença e pela deterioração".<sup>219</sup> Junte-se a isso a discriminação no emprego, deixando os habitantes do gueto com os trabalhos mais perigosos e degradantes, bem como com as piores remunerações. Os negros viviam em uma "cidade dentro de uma cidade"<sup>220</sup>, com igrejas, jornais, lojas escritórios, etc., com objetivo indisfarçável de, ao serem confinados em guetos, proteger a "América branca de qualquer contato social com o negro"<sup>221</sup>. Com lugares definidos, a situação espacial forjava comunidades paralelas, com vidas paralelas, para que não houvesse contaminação pelo contato aviltante.

Para Wacquant, o gueto tornou-se um "dispositivo sócio-espacial que permite a um grupo estatutário, dominante num quadro urbano, ostracizar e explorar, simultaneamente, um

---

<sup>216</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. p. 332/333.

<sup>217</sup> *Idem.* p. 335. Com relação à questão de tornar-se semelhante (assimilabilidade), o autor transcreve Gunnar MYRDAL: "Entre os grupos comumente considerados inassimiláveis, o povo negro é, de longe, o mais importante. Diferentemente dos japoneses e dos chineses, os negros não possuem, fora dos Estados Unidos, uma nação politicamente organizada nem cultura reconhecida que lhes seja própria e nas quais se possam apoiar. Contrariamente aos orientais, os negros são associados, na memória histórica, à escravidão e à inferioridade". p. 536.

<sup>218</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. p. 340.

<sup>219</sup> *Idem.* p. 340.

<sup>220</sup> *Idem.* p. 341.

<sup>221</sup> *Idem.* p. 341.

grupo subordinado, portador de um capital simbólico negativo".<sup>222</sup> Assim, esse modelo apresentava uma relação de controle e de fechamento etno-racial, composto pelo estigma, pela coação, pelo confinamento territorial e pela segregação espacial. Bauman afirma, por sua vez, que a "guetificação é a parte orgânica do mecanismo de disposição do lixo ativado à medida que os pobres não são mais úteis como exército da produção e se tornam consumidores incapazes, e portanto inúteis".<sup>223</sup> Tal estratégia de segregação durou nos EUA até o final dos anos 1960, quando tornou-se inadaptable para realização da exploração da força de trabalho e controle espacial para manter a distância racial, em razão de inúmeros e violentos levantes urbanos que se sucederam. Com os movimentos civis, os negros conquistaram direitos, dentre os quais o acesso ao voto; a cidadania plena oportunizou-os a não mais tolerarem "ser encurralados no mundo separado e inferior do gueto"<sup>224</sup>.

O fim da escravidão, do regime legal de discriminação e segregação, dos guetos, fez ressurgir, entretanto, uma outra tecnologia para a separação racial. A humanização do contato trazida pela conquista dos direitos civis implicou em tolerar a presença social dos negros adaptados e cumpridores das leis e dos costumes dos dominantes. Por outro lado, embora inegável o enorme abismo socioeconômico que os separavam da casta que ditava as regras e estabelecia os padrões de comportamento, não houve complacência com as condutas desviantes, estendendo o estigma de outrora para o aparelho prisional. Como reação aos direitos dos negros alcançados na década anterior, no final dos anos 1970 a prisão passou a ser "a solução, ao mesmo tempo simples e universal, a todos os problemas sociais".<sup>225</sup> Como o gueto, a prisão reforçava o "confinamento da diferenciação",<sup>226</sup> restabelecia a segura distância racial, utilizando-se dos mesmos elementos: estigma, coação, circunscrição territorial e segregação espacial, com a sua manutenção assegurada pelo recurso da violência estatal.

Para Bauman, guetos são prisões sem muros e as prisões são guetos com muros, "dois tipos de estratégias de prender os indesejáveis ao chão, de confinamento, de imobilização".<sup>227</sup> Para Wacquant, "gueto é uma forma de prisão social, ao passo que a prisão funciona como um

<sup>222</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. p. 344.

<sup>223</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: A busca por segurança no mundo atual*. p. 108.

<sup>224</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. p. 342.

<sup>225</sup> *Idem.* p. 347.

<sup>226</sup> *Idem.* p. 347.

<sup>227</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: A busca por segurança no mundo atual*. p. 109.

gueto judiciário".<sup>228</sup> O gueto protegia o habitante da cidade da "poluição que implica o contato físico"<sup>229</sup> com um grupo de párias, porém indispensáveis economicamente. A prisão "limpa o corpo social"<sup>230</sup> daqueles que violaram a integridade social-moral da coletividade. Deste modo, a prisão passou a ser um "continuum carcerário" da estratégia de exclusão operada pelo gueto, formando um "circuito fechado entre os seus dois polos, num ciclo autoperpetuado de marginalidade social e legal com consequências pessoais e sociais devastadoras".<sup>231</sup>

A segregação racial passou a estender os seus limites para a exclusão social em geral, permitindo a distribuição dos seus efeitos a toda sorte de estrangeiros. A exclusão democratiza-se, assim, também para os migrantes, para todos aqueles que informam não serem capazes de ter uma vida produtiva e normalizada nos protocolos determinados por uma sociedade cada vez mais afeta a padrões ditados de consumo, ou de criação contumaz de novas necessidades básicas. Com um novo modelo determinando o que seria básico para as nossas necessidades, aumenta-se a incerteza de como satisfazê-las e, por consequência, nos sentimos mais inseguros, ao tempo que aumenta o comportamento desviante com o objetivo de alcançar a sua satisfação. Quem não se alinha neste círculo virtuoso, que alimenta a produção/consumo, não se encontra apto a participar do jogo social, aumentando muito a possibilidade de ser excluído pelo braço penal do Estado. Lembra Bauman que "a guetificação é paralela e complementar à criminalização da pobreza; há uma troca constante de população entre os guetos e as penitenciárias".<sup>232</sup>

Os números informados por Wacquant<sup>233</sup> não deixam dúvidas sobre esse processo de continuidade que se operou entre o gueto e a prisionização. Em 1973 a população carcerária nos EUA era de aproximadamente 360 mil presos. Vinte anos depois foi quadruplicada, chegando a mais de dois milhões no ano 2000, apesar da taxa de criminalidade ter estagnado e depois regredido neste período. Por outro lado, verifica-se, ainda, no início dos anos de 1990 que a probabilidade de ser preso nos EUA estava assim distribuída: 4% para brancos, 16% para latinos e 29% para negros, dado que deve considerar, ainda, o fato de que 79% da população

<sup>228</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. p. 335.

<sup>229</sup> *Idem.* p. 346.

<sup>230</sup> *Idem.* p. 346.

<sup>231</sup> *Idem.* p. 347.

<sup>232</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: A busca por segurança no mundo atual*. p. 109.

<sup>233</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. p. 334.

dos EUA é branca, 15,4% é latina e apenas 12,8% é negra.<sup>234</sup> Em contraste, no final da segunda guerra, a população carcerária norte-americana era composta de 70% de brancos, o que demonstra que o encarceramento maciço de afro-americano é um fenômeno recente, coincidente com o final do confinamento espacial e a exploração de força de trabalho proporcionados pelos guetos. Wacquant alerta, ainda, para o fato que na taxa de detenção, entre 1976 e 1992, a diferença entre brancos e negros era estável, sendo nos crimes patrimoniais entre 29% e 33% e nos crimes contra a pessoa de 44% e 47%, respectivamente. No entanto, a taxa de encarceramento aumentou nos anos de 1980 de um branco por cada quatro negros para um branco por oito negros. Assim, apesar das conquistas dos direitos civis no final da década de 1960, que levaram a fissurar os muros dos guetos, em 1997 "cerca de um homem negro em cada seis estava excluído das listas de eleitores por causa de uma condenação".<sup>235</sup>

A estratégia do "confinamento da diferenciação", ou da "segregação espacial da diferença",<sup>236</sup> tem raízes mais distantes. A prisão é a "tecnologia do poder apurado e cotidiano, do poder sobre os corpos",<sup>237</sup> dizia Foucault. No século XIX surge a concepção do "delinquente", do diferente, daquele rejeitado, desprezado e temido por todos. A ideia do meio delinquente corresponde a existência da prisão, no momento em que "procurou-se constituir no interior das massas um pequeno núcleo de pessoas que seriam, se assim podemos dizer, titulares privilegiados e exclusivos dos comportamentos ilegais".<sup>238</sup> Numa perspectiva de que a prisão é sempre paradoxal, "sempre criticada e sempre renascente",<sup>239</sup> Foucault sustenta que "há dois séculos se diz: a prisão fracassa, já que ela fabrica delinquentes. Eu diria de preferência: ela é bem-sucedida, pois é isso que lhe pedem".<sup>240</sup> A prisão, portanto, tem por conseqüência o próprio delinquente.

A seleção do delinquente era uma forma de quebrar o ilegalismo popular, tão comum e tolerado na Europa medieval. Com advento de uma nova ordem social e econômica no século XVIII exigiu-se uma resposta apurada, porquanto os bens de produção passaram a ser objetos

<sup>234</sup> Os dados populacionais dos EUA foram obtidos na [www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org) em 26.08.2012.

<sup>235</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. p. 334.

<sup>236</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. p. 115.

<sup>237</sup> FOUCAULT, *Segurança, penalidade, prisão*. p. 33.

<sup>238</sup> *Idem*. p. 33.

<sup>239</sup> FOUCAULT, *Segurança, penalidade, prisão*. p. 53.

<sup>240</sup> *Idem*. p. 33.

de cobiça e inversão de posse. Esse processo seletivo permite uma técnica de controle e vigilância, expondo pessoas que são "alvo de hostilidade e desconfiança dos meios populares dos quais saíram, pois as vítimas da insignificante delinquência cotidiana ainda são as pessoas mais pobres".<sup>241</sup> Para Foucault a prisão não é uma simples privação da liberdade, como conceito jurídico. A prisão está muito mais além: é "uma tática do poder político que se interessa pelo corpo das pessoas".<sup>242</sup> É uma relação de poder, portanto de força, "e até certo ponto de guerra".<sup>243</sup> A prisão marginaliza, mas "a pena não é um instituto marginal da sociedade".<sup>244</sup> Ao contrário, é extremamente valorizado, ocupando o direito de punir um destaque privilegiado no cenário social, como uma resposta bem elaborada ao conflito.

Como tática de poder, como efeito nas camadas mais vulneráveis, como importa a toda uma burocracia sustentada por interesses comerciais, a insegurança ganha forma e vida própria. Não existe um projeto para eliminá-la, senão aprofundá-la, no melhor sentido de criar a dificuldade para vender a facilidade. Não se pode viver sem a insegurança (poderíamos dizer conflito real ou latente), não faz sentido (comercial) para uma sociedade produtiva. Com isso, necessária a criação de estigmas, de um inimigo de preferência não oculto, que seja visível, identificado, e que possa gerar temor suficiente para que sejamos devidamente atendidos pelas falsas e oportunas soluções.

A segurança e a comunidade cercada por altos muros, sitiada, são inconciliáveis. A globalização nos torna interdependentes, nos conecta com os mesmos propósitos, não existem mais destinos desenhados por si mesmo; apesar da existência de algumas tarefas individuais, é certo que neste contexto não se pode mais enfrentá-las individualmente. Nesta direção, como lembra Bauman, é na realização destas tarefas "que a comunidade mais faz falta, mas aqui reside a chance de que a comunidade venha a se realizar".<sup>245</sup> Uma comunidade só poderá ser erigida através de "interesse e responsabilidade em relação aos direitos iguais de sermos humanos e igual capacidade de agirmos em defesa destes direitos".<sup>246</sup> Deste modo, "universalizar a cidadania" seria um passo necessário para se iniciar uma política de segurança.

---

<sup>241</sup> FOUCAULT, *Segurança, penalidade, prisão*. p. 34.

<sup>242</sup> *Idem*. p. 53.

<sup>243</sup> *Idem*. p. 54.

<sup>244</sup> *Idem*. p. 189.

<sup>245</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: A busca por segurança no mundo atual*. p. 134.

<sup>246</sup> *Idem*. p. 134.

Não é possível se livrar facilmente do estigma da incerteza, tenderemos sempre para a insegurança, mas se pode minimizar os seus efeitos. A segurança permite um diálogo entre as culturas; a insegurança transforma "a multiculturalidade em um multicomunitarismo",<sup>247</sup> acentuando as profundas e as irrisórias diferenças na construção dos muros que nos remetem à sensação ilusória de proteção. Como diz Bauman, "a universalidade da cidadania é a condição preliminar de qualquer política de reconhecimento significativa",<sup>248</sup> o que permite sermos tributários de uma causa da humanidade, sustentadas por "uma discussão contínua sobre as condições compartilhadas do bem".<sup>249</sup>

Quando se faz uma opção pela segurança dos direitos, pelo desenvolvimento em escala de igualdade, pela inclusão, distribuição e acesso aos bens de consumo possíveis de serem por todos partilhados, bem como o acesso aos direitos fundamentais, não é difícil supor a diminuição dos riscos e do sentimento de insegurança, ou ainda, da latência nos conflitos. Para se democratizar a segurança, temos como condição necessária o empoderamento de grupos mais vulneráveis, o aumento do poder social de decisão para afirmarmos prioridades comuns possíveis de serem alcançadas, e a inclusão de todos os que não foram convidados para o grande banquete, mesmo que seja reclassificado como uma modesta e adequada ceia.

Baratta lembra que "a aparente circularidade entre a condição e resultado, transforma-se em um espiral, quando se considera a democracia como um processo que requer a extensão da base social, da participação em mecanismos comunicativos e de decisão".<sup>250</sup> Na concepção de segurança dos direitos, é imprescindível a compreensão e a assunção de um processo democrático. Esta opção exclui, pela obviedade, a adoção de um modelo tecnocrático, baseado na manutenção do *status quo* social, com mecanismos de repressão popular aos descontentes excluídos da fatura da divisão dos bens acessíveis aos poucos privilegiados. Assumir um modelo democrático implica necessariamente no deslocamento na comunidade do que Baratta chama de "processo de reintegração do cidadão na política",<sup>251</sup> combatendo o seu processo de fuga, mudando a concepção de política derivada da "opinião pública para a discussão pública de

---

<sup>247</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: A busca por segurança no mundo atual*. p. 127.

<sup>248</sup> *Idem*. p. 126.

<sup>249</sup> *Idem*. p. 126.

<sup>250</sup> BARATTA, Alessandro. *Conceito de segurança na Europa*.

<sup>251</sup> *Idem*.

base",<sup>252</sup> onde se pode diferenciar o cidadão espectador (no modelo tecnocrático) do cidadão ator (modelo democrático). A participação ativa do cidadão encontra no campo local, na comunidade mais próxima, a possibilidade de experimentação de novas políticas, de sua devida e necessária comunicabilidade, facilitando o processo decisório e avaliativo. São por Baratta denominados "atores da opinião e do consenso, que tem espaço na comunicação ativa de base"<sup>253</sup>.

Assim, refuta-se o modelo amparado exclusivamente na opinião pública que é na verdade colhida e divulgada com base na média da opinião privada, para, ao contrário, incentivar o consenso com base na discussão local ou no seio da comunidade, no resgate de uma ágora perdida. No modelo atual o cidadão não participa do debate, não encontra nenhum argumento que possa alterar o seu ponto de vista, não compartilha experiências e soluções. Isola-se em seu castelo valorativo, muitas vezes mal informado deliberadamente por opção da mídia, que de uma forma geral vai representar os interesses dos incluídos, salvo se alguém de dentro da festa colocar inconvenientemente em risco a certeza de manutenção dos protocolos do convite, fato que por contrariar o instinto de conservação, sempre vai revelar uma exceção. Baratta afirma que é opinião privada porque são "expressas pelos entrevistados não no exercício de um papel público ou na realização do status *activus* do cidadão, mas na função de espectador isolado".<sup>254</sup> O debate público conduz ao exercício da democracia participativa e realiza o "uso público da razão".<sup>255</sup> A ausência do "uso público da razão" evidencia uma política criminal simbólica e repressiva. Políticos vendem soluções ilusórias de segurança, repetindo o mais do mesmo, isolando-se nos argumentos, canalizando as diversas necessidades em uma necessidade identificável de segurança, simplificando a questão com o aforismo: "toda a política de segurança é uma política criminal". Bauman chama atenção para uma pejorativa "feliz coincidência", quando para "operadores políticos e os esperançosos que os autênticos problemas de segurança e incerteza se tenham condensado na angústia a cerca da segurança".<sup>256</sup>

---

<sup>252</sup> BARATTA, Alessandro. *Conceito de segurança na Europa*.

<sup>253</sup> *Idem*.

<sup>254</sup> *Idem*.

<sup>255</sup> *Idem*.

<sup>256</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. p. 126.

É, assim, mais fácil criminalizar condutas e perseguir grupos destinados a violar as normas proibitivas, porquanto a tecnologia desenvolvida em séculos de repressão estatal é eficiente, sendo alimentada por uma burocracia que se serve de quem detém o poder político, o poder de criar normas e estabelecer a valoração de condutas que serão subsumidas ao campo penal. A questão da segurança torna-se, prioritariamente, uma questão criminal. Confunde-se o crime com a segurança, reforçando-se o aforismo. Ao contrário, com o uso público da razão, no exercício do espaço democrático, constrói-se a concepção de que segurança não pode estar circunscrita somente à questão afeta a política criminal, seja ela preventiva, seja pela resposta penal (meramente simbólica e efetivamente desproporcional, sem nenhuma utilidade social). O discurso tecnocrata, que relega a prática democrática e reforça a aproximação da ideia de se construir uma política pública de segurança limitada a uma política criminal, tem uma finalidade de permitir que o privado possa se aproveitar da renúncia do Estado (do público) ao monopólio da violência e gerar mais uma transferência de recursos públicos para a concentração de riqueza à serviço exclusivamente do poder econômico. Gira-se a roda da concentração e do privilégio entre os mesmos, os poucos convidados da festa.

Cresce à sombra deste discurso todo um parque de empresas, atendendo todas as necessidades por demanda de segurança, devidamente propagada por meios de comunicação; Ferrajoli se refere às organizações midiáticas como: "verdadeira fábricas de medo".<sup>257</sup> Este círculo nada virtuoso, representada pela renúncia ou privatização de serviços públicos que deveriam ser prestados para todos de forma igualitária, apresenta soluções etéreas e de fácil consumo ou entendimento, otimiza a desigualdade de proteção contra o delito e reforça a seletividade do sistema de justiça, criminalizando-se mais os vulneráveis e protegendo mais os privilegiados em um contrassenso insensato e cruel.<sup>258</sup>

Nesta perspectiva, Bauman alerta que todos esses fatores tem um grave efeito: "a identificação do crime com os 'desclassificados' (sempre locais) ou, o que vem dar praticamente

---

<sup>257</sup> FERRAJOLI. Luigi. *La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública. Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. p. 80.

<sup>258</sup> BAUMAN escreve que: "as ações mais reprováveis de serem cometidas por pessoas para as quais não há lugar na ordem, pelo pobres diabos tiranizados, tem a melhor chance de aparecer no código criminal. Roubar os recursos de nações inteiras é chamado de 'promoção do livre comércio'; roubar famílias e comunidades inteiras de seu meio de subsistência é chamado de 'enxugamento' ou simplesmente 'racionalização'. Nenhum desses efeitos jamais foi incluído entre os atos criminosos passíveis de punição". *Globalização: as consequências humanas*. p. 131.



o mesmo, a criminalização da pobreza".<sup>259</sup> De frente a este fato, o modelo de segurança dos direitos significa também segurança contra os delitos. No entanto, Baratta alerta ainda que não se trata "somente de segurança contra os delitos típicos dos indivíduos provenientes de grupos marginalizados (criminalidade difusa, microcriminalidade), trata-se também de segurança contra os delitos próprios de indivíduos pertencentes à grupos poderosos".<sup>260</sup> Bem como, podemos dizer, inclusive na formação de um critério seguro para a aplicação da lei sem a tendência à segregação.

Enquanto tudo isso permanece como está, a insegurança e o conflito permanecem existenciais, alimentados por interesses econômicos e de classes. Não existe solução, a não ser comprar horas de sensação de normalidade, dentro de ambientes assépticos, com a ilusão de que os problemas naquele interstício foram interrompidos, nem mesmo faltarão vendedores e produtos sofisticados. Ao sairmos desta redoma, desta ilusão de tranquilidade, voltamos a encarar a teratológica realidade, com todas as suas hediondas marcas, fazendo reiniciar todo processo de medo, o que nos leva uma vez mais à aderir ao sistema montado de exploração do incauto. Seguimos atualizando de forma contumaz as nossas necessidades, afastando-se a cada passo de uma ideia substancial de satisfação. A certeza, a segurança, são um ponto perdido no horizonte, de onde não podemos mais calcular a distância ou a localização. Sem saber ao certo o que fazer, perpetuamos a incerteza ao repetirmos os protocolos da mesmice, oportunizando a manutenção de um estado conflitual.

---

<sup>259</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. p. 134.

<sup>260</sup> BARATTA, Alessandro. *Conceito de segurança na Europa*.

## CAPÍTULO II

### O EXCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS

A complexidade das relações sociais contemporâneas (aliada a aspectos sazonais) não permite um planejamento concentrado para a resolução dos conflitos existentes. Por vários motivos existe uma crescente litigiosidade, o que é agravado pela carência de recursos humanos à disposição do Estado para o enfrentamento deste problema, e pela parte significativa dos conflitos que não chega às instituições, que não frequentam as estatísticas oficiais, revelando uma cifra oculta, oportunidade em que conflitos menores não solucionados e sucessivos potencializam o seu agravamento pela adoção de medidas mais drásticas (ou violentas) para a sua solução.

Apesar de relevante investimento público, ainda há significativa parcela da população excluída dos meios institucionais de acesso à justiça, sendo que por si só este fato potencializa o surgimento de novos conflitos, inclusive qualificados pela rubrica criminal. Condutas que por sua natureza têm previsão típica penal, mas, na sua origem, revelavam-se, ainda, como uma pretensão resistida qualquer, que poderiam ser facilmente resolvidas pelo meio tradicional de solução de conflitos ou a implantação de políticas públicas efetivamente inclusivas. A ausência de resposta estatal potencializa o conflito, oportunizando que a sua solução seja agora apenas fornecida por meios coercitivos penais, cujo desfecho implica em um maior (diria muito maior) investimento de recursos públicos, seja humano, seja orçamentário.

Do mesmo modo, a resposta estatal deficiente, cuja avaliação foca fatores meramente quantitativos (o que se tornou uma tendência em face dos números exponenciais de litígios judicializados), pode retirar um conflito de uma área mais facilmente administrável para uma outra com repercussão social mais grave e perigosa. No mesmo sentido, a resposta tardia não soluciona conflitos. Existem infindáveis situações problemáticas, mas um grande potencializador de conflitos é a atuação deficiente do Estado, que se faz agravar quando o Judiciário se encontra totalmente estrangulado, administrando o dia a dia, sem uma perspectiva de alteração de quadro, a permanecer neste modelo tradicional ou ortodoxo. Rodolfo de Camargo Mancuso chamando atenção para nossa cultura demandista, denuncia que a resposta estatal ao conflito

pelo serviço judiciário vem “num crescente e incessante aumento da demanda, a que se tem tentado (equivocadamente) responder com o crescimento desmesurado do Judiciário, tudo ao final resultando na oferta de uma justiça de massa, preche de carências e deficiências diversas”.<sup>261</sup>

Posta assim, a questão passa pela compreensão mais apurada do conceito de acesso à justiça. Judicializar conflitos não revela mais a mesma segurança com relação à sua solução. Facilitar o acesso ao sistema judicial, apenas como recurso político, implica em correr o risco de convivermos em uma sociedade litigiosa, com a grave consequência de banalização dos conflitos postos à apreciação do Estado em um efeito potencialmente perverso e de difícil reparação. Há que se encontrar um novo paradigma para o enfrentamento da questão, sustentado por uma nova visão de mundo e por um modelo teórico, cuja hipótese pode ser facilmente constatada na sua execução. Não é mais cabível apenas se contentar com a observação de que os conflitos chegam ao Judiciário por ausência efetiva de políticas públicas no Executivo que possam desestimular a sua geração. De certo modo, essa constatação não está superada, isto é um fato. Todavia, o momento exige uma nova postura, uma aproximação com a realidade, a refutação de solução meramente formal, novas fórmulas de procedimento, a implantação de uma nova cultura e um esforço integrado de todos os atores envolvidos nesta questão no sistema judicial.

Para uma compreensão mais apurada deste quadro é necessário examinar o que torna excessivo a judicialização de conflitos, do mesmo modo o que se tem em conta como excesso, examinando a resposta jurisdicional ao conflito em sua perspectiva histórica e esta, bem como a organização das instituições essenciais à função jurisdicional do Estado, o seu papel e a sua responsabilidade no sistema público de postulação jurídica e o impacto desigual na distribuição orçamentária que ostentam.

---

<sup>261</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. p. 11.

## 2.1 A resposta jurisdicional ao conflito.

*Contra o positivismo, que permanece junto ao fenômeno afirmando “só há fatos”, eu diria: não, justamente fatos não há, há apenas interpretações.*<sup>262</sup>  
(Friedrich Nietzsche).

Interpretar é um fenômeno ínsito da atividade humana, em qualquer tempo, em qualquer sentido, em qualquer vertente do relacionamento social. Da atividade valorativa encontrada na interpretação decorre o julgamento. Interpretar e julgar, portanto, não são atividades surgidas somente com a formação dos Estados modernos, mas remontam à nossa memória histórica, perpassando o antigo testamento, as representações mitológicas-gregas e romanas, como o julgamento de Páris ou o julgamento de Orestes, o julgamento de Sócrates e o julgamento do Gólgota, até a crença quase universal da concepção divina do julgamento final. O julgamento de um fato compõe uma realidade histórico-cultural. Hannah Arendt afirma que “o julgamento é uma, se não a mais importante atividade em que ocorre esse compartilhar o mundo”.<sup>263</sup>

Julgar significa separar com o objetivo de por fim a uma incerteza, o que expressa, em última análise, que o ato de julgar implica na eliminação da insegurança. Para Paul Ricoeur,<sup>264</sup> em um sentido mais usual, julgar é expressar uma opinião, é fazer uma avaliação manifestando uma preferência, o que se revela como elemento hierárquico; daí decorre um encontro de um lado objetivo com um lado subjetivo no ato de julgar: aquele se refere à tomada de uma proposição como verdadeira, enquanto este se vincula à adesão da proposição tomada por justa ou verdadeira. Descartes assegura que “o conhecimento do entendimento deve sempre proceder a determinação da vontade”,<sup>265</sup> privilegiando um juízo quando não há clareza na distinção. Por isso, afirma Ricoeur que o sentido mais contundente da expressão de julgar se traduz na tomada de uma posição.

Como resposta jurisdicional ao conflito, a intervenção do Estado na prática social

<sup>262</sup> Apud CASA NOVA, Marco Antônio. *Interpretação enquanto princípio de constituição do mundo*. p. 31.

<sup>263</sup> ARENDT, Hannah. *A crise na cultura: sua importância social e política*. p. 276.

<sup>264</sup> Neste sentido: RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. p. 163.

<sup>265</sup> DESCARTES, Rene. *Meditação Quarta. Do verdadeiro e do falso*. Item 13.

incorpora no ato de julgar todos os sentidos comumente usados: opinar, avaliar, ter por verdadeiro ou justo, e, por fim, tomar uma posição. Tal itinerário é submetido a uma autorização (derivada da competência) em um cenário que para Paul Ricoeur exige quatro condições: a) leis escritas; b) presença de um quadro institucional; c) intervenção dos encarregados de julgar; e, por fim, d) existência de uma ação que provoque a resposta estatal, manifestada através do processo, esperando que esta resposta coloque fim à controvérsia suscitada. Em verdade, a resposta jurisdicional ao conflito põe termo à dialética estabelecida no processo, chamada por Paul Ricoeur de jogo e contrajogo de argumentos, e sendo superadas as instâncias recursais (revisoras), tal resposta se caracterizará ao final pelo uso da força (pública) para garantir a sua efetividade. Nas palavras de Paul Ricoeur: “o processo está para o direito como a partida de xadrez está para a regra: em ambos os casos é necessário ir até o fim para conhecer a conclusão. Só assim põe a sentença termo a uma deliberação virtualmente indefinida”.<sup>266</sup>

Por outro lado, ao se procurar uma regra para operar a subsunção ao caso em que se examina, exercitando um juízo reflexivo, na melhor concepção kantiana, a resposta jurisdicional ao conflito não se limita apenas a solucionar os casos postos à deliberação. Tal exercício oportuniza a abertura de um espaço para todo um curso de jurisprudência, na medida em que cria o precedente que serve como argumento e ponderação, senão como fonte primária, para encontrar a solução que se avalia mais adequada.

No seu aspecto representativo, o ato de julgar tem uma função distributiva de justiça. Organiza-se a distribuição de bens que podem, inclusive, não serem mensuráveis ou determináveis, delimitando a pretensão e corrigindo injustiças, “quando a atividade dum parte consiste na usurpação do campo de exercício de outras partes. Neste sentido, o ato de julgar de facto consiste em separar”.<sup>267</sup> Tal entendimento advém da tradição do direito romano, expresso no brocardo *suum cuique tribure*, atribuindo a cada um o que era seu. Paul Ricoeur relata que toda filosofia de direito de Kant se baseia na “distinção entre o meu e o teu, sobre o acto que traça uma linha entre um e outro”.<sup>268</sup> Mas o ato de julgar, que implica em cortar ou separar,

---

<sup>266</sup> RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. p. 165.

<sup>267</sup> *Idem*. p. 166.

<sup>268</sup> *Idem*. p. 166.

pondo fim a uma incerteza se traduz apenas em uma “forma codificada de um fenômeno mais lato a saber, o conflito”.<sup>269</sup> Trata-se, por óbvio, de um fenômeno social de maior relevância, “inerente ao funcionamento da sociedade civil e situado na raiz da discussão pública”.<sup>270</sup>

Paul Ricoeur afirma que “atrás do processo há o conflito, o diferendo, a querela, o litígio, e, como fundo do conflito, há a violência”.<sup>271</sup> Há uma clara percepção que quando se institucionaliza o espaço de justiça socialmente estamos fazendo uma opção contra a violência. Por trás da resposta que o Estado encontrou para operar essa tecnologia distributiva existe um embate para definir os seus critérios, permitindo que o conflito funcione, assim, como elemento facilitador da violência, desestabilizando as relações ainda em sua causa. Por outro lado, é inegável a clara opção social contra a violência, não só incluindo a ofensa à incolumidade do outro para garantir uma partilha mais favorável, mas também a violência manifestada pela reação que incorpora o desejo de vingança, ou a pretensão de se fazer justiça por si mesmo, elegendo, por óbvio, o que se entende ser justiça diante de um quadro presumido de desigualdade na distribuição. A vingança vai sempre potencializar o sofrimento de uma nova vítima com o infligido pelo vingador, numa compensação insensata.

A resposta jurisdicional ao conflito implica em uma intervenção neste ambiente violento, visando especialmente a violência dissimulada, representada pela vingança. Portanto, o espaço de justiça funda-se materialmente em uma sociedade quando presentes os instrumentos eficazes para que esta intervenção possa substituir as partes no conflito instaurado e dizer o direito de cada um, extirpando a possibilidade de que cada um possa fazer o que entende por justiça por seus próprios meios. Na visão de Rousseau é a liberdade civil, limitada pela vontade geral, instituída pelo contrato social, que se opõe à liberdade da natureza, onde o limite obedece apenas a força de cada um. Em acréscimo ao realismo hobbesiano, Rousseau inseriu na concepção de estado civil o conceito de liberdade moral, “a única coisa capaz de tornar o homem verdadeiramente senhor de si, porque o impulso exclusivo do apetite é escravidão, e à obediência à lei que o homem prescreveu a si mesmo é liberdade”.<sup>272</sup> Adotando esse raciocínio,

---

<sup>269</sup> RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. p. 166.

<sup>270</sup> *Idem*. p. 166.

<sup>271</sup> *Idem*. p. 166.

<sup>272</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. p. 875/2728.

Rousseau ressalta a importância a ser dada a questão da legalidade<sup>273</sup> como decorrente da vontade geral (adjetivada de indestrutível), o que vai permitir o desenho institucional da necessária intervenção. No ambiente do racionalismo iluminista, tal concepção influenciou profundamente o pensamento revolucionário do final do século XVIII, provocando a “unificação do direito com a eliminação da confusão proveniente de normas consuetudinárias e escritas, aleatoriamente aplicadas”.<sup>274</sup>

Entretanto, por outro lado, aderindo-se a ideia de um sistema cooperativo social, há que se reconhecer que o ato de julgar (de por fim a uma incerteza), e a sua decorrente capacidade, encerra uma questão moral, não somente no sentido rousseauiano de obediência legal. Para Hannah Arendt é, inclusive, a mais importante questão moral. Em seu entendimento haveriam duas questões implicadas: a primeira seria como distinguir o certo do errado, havendo no ambiente um prejulgamento da questão ou dúvida de quem realmente somos para julgar,<sup>275</sup> denunciando que o nosso concerto social para apresentarmos uma resposta jurisdicional ao conflito não ultrapassa os limites e a subjetividade de cada um envolvido no julgamento, incluindo aí toda idiosincrasia decorrente da singularidade de cada indivíduo; a segunda, quando indaga: “em que medida, se é que há alguma medida, podemos julgar acontecimentos

---

<sup>273</sup> Rousseau entendia que estamos “moralmente obrigados a agir de um determinado modo apenas na medida em que a regra da ação é posta de maneira autônoma pela nossa própria vontade” (LIMONGI, 2002, pos. 404/830), qual seja, desde que não nos seja imposto coercitivamente. Para Hobbes, entretanto, a obrigação em seu sentido próprio é uma obrigação jurídica, “uma obrigação de agir conforme ao que o outro espera de nós em virtude dos atos contratuais que empreendemos” (LIMONGI, 2002, pos. 409/830). Portanto, na medida em que o Estado tem poder de fato, coercitivo, para assegurar o cumprimento dos contratos - qual seja: das nossas palavras, do conteúdo que manifestamos por sinais e interesses -, é possível instituir um campo jurídico de obrigações e direitos para torná-los (os contratos) válidos. Nestes termos, concebido que as relações jurídicas se apoiam em uma relação de força (de poder) no pensamento hobbesiano, Rousseau o acusa de nunca ter encontrado a fundamentação da legitimidade do Estado. Estaria, assim, Hobbes, fornecendo ao Estado “um falso direito de governo, posto que este direito, no limite, está assentado sobre o seu poder” (LIMONGI, 2002, pos. 532/830). Seguindo o raciocínio de Rousseau, o direito hobbesiano se esmorece se não existe um poder para fazê-lo cumprir. Segundo Maria Isabel Limongi (2002, pos. 532/830), haveria a seguinte indagação de Rousseau: “não seria isso o indicador de que não se trata verdadeiramente de um direito, mas de um simples poder de se fazer obedecer, que leva o nome, e apenas o nome, de um direito?”. No entanto, a lógica do contratualismo hobbesiano, bem como a “distinção entre o plano das relações de poder e o plano das relações direito que ele supõe” (LIMONGI, 2002, pos. 537/830) não é atingida por esta dura crítica do famoso iluminista. Diferentemente de Descartes, Rousseau não foi contemporâneo de Hobbes, razão porque não pôde contraditá-lo em um debate. Todavia, sobre a questão obstada se pode afirmar que para Hobbes “não é o poder do Estado que funda a obediência, mas, precisamente, o contrato tornado válido por seu poder” (LIMONGI, 2002, pos. 537/830).

<sup>274</sup> NOJIRI, Sérgio. *A interpretação judicial do direito*. p. 132.

<sup>275</sup> A respeito: ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. p. 81.

ou ocorrências passados em que não estávamos presentes?”<sup>276</sup> explicitando o caráter formal da intervenção estatal como recurso legitimador da violência que vai interferir no ambiente conflitual, apresentando uma resposta (oficial) mesmo que seja insuperável a dúvida da parte de cada um, o que vai apenas por fim à incerteza somente em razão do nosso arranjo social.

O comportamento humano é marcado pela história da violência, o que faz a compreensão do significado de justiça mais habitualmente pelo o que não é injusto. Neste sentido, Paul Ricoeur: “O grito – É injusto! – expressa, bem frequentemente, uma intuição mais clarividente no que respeita à verdadeira natureza da sociedade, e o lugar que aí ainda tem a violência, do que qualquer discurso racional ou razoável sobre a justiça”.<sup>277</sup> A resposta jurisdicional ao conflito, consubstanciada no ato de julgar, deveria implicar em algo mais além da segurança e da paz social. A resposta só haveria de ser aperfeiçoada em um ambiente que, por óbvio, implicasse na extirpação da violência de qualquer gênero, inclusive a estatal. Qual seja, partindo da necessidade de intervenção com a conseqüente substituição das partes em conflitos, o ato de julgar (a intervenção estatal) necessita fundamentalmente dos que tiveram as suas pretensões separadas (o meu e o teu) de reconhecimento da decisão estatal. Desvenda-se aqui o mecanismo fundamental de interação social que abordamos no primeiro capítulo nas lições de Georg Simmel e Remo F. Entelman: em sociedade ou estamos cooperando ou estamos em conflito.

A intervenção estatal no domínio do conflito expõe a necessidade de uma sociedade em um esquema de cooperação e exige mais do que um procedimento (formal) como resposta para solucionar a relação conflitual. Espera-se a compreensão da existência de uma “dimensão comunitária subjacente à dimensão puramente processual da estrutura social”.<sup>278</sup> Ou seja, a ideia de reconhecimento de que cada um teve que se submeter a partilha de fato está inserida em um esquema social cuja resposta se apresenta em dois sentidos: “por um lado, cortar, por fim à incerteza, separar as partes; por outro, fazer reconhecer a cada um a parte que o outro ocupa na mesma sociedade”.<sup>279</sup> Deste modo, conclui Paul Ricoeur: “o ganhador e o perdedor do processo seriam reputados ter cada qual a justa parte no esquema de cooperação que é a

<sup>276</sup> ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. p. 81.

<sup>277</sup> RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. p. 167.

<sup>278</sup> *Idem*. p. 168.

<sup>279</sup> *Idem*. p. 169.



sociedade”.<sup>280</sup>

## 2.2 Uma resposta, dois sistemas, inúmeros direitos

*Nossa história jurídica, nos códigos e nas filosofias, mais cuidou da legitimação que da opressão.* (Alysson Leandro Mascaro)<sup>281</sup>

Em razão das invasões bárbaras (300/800 d.C.) e a queda do império romano no ocidente (476 d.C.) até o século XII a Europa vivia segundo um direito germano-feudal comum, derivado dos costumes e tradições (quase sempre orais), distribuído de forma não sistemática por entre cada uma das inúmeras tribos.<sup>282</sup> No século XII, um grupo de bolonheses, liderados por Irnerius (1050/1125)<sup>283</sup> retoma o estudo do direito romano, especialmente de uma compilação de textos jurídicos da tradição romana, realizada pelo imperador bizantino Justiniano<sup>284</sup> entre os anos de 529 a 534 d.C., que a partir do século XVI passaria a ser denominada de *Corpus iuris civilis*. Os estudos de Bologna dão início à escola dos glosadores e ao direito comum (*ius commune*) continental, cuja característica é a fidelidade ao texto de Justiniano (ao qual os glosadores atribuíam uma origem quase sagrada), “razão pela qual a atividade dos juristas deveria consistir em mera interpretação, buscando o esclarecimento do sentido das palavras e o seu caráter analítico (glosas interlineares ou marginais), que em geral não era sistemático”.<sup>285</sup> A glosa consistia na explicação das palavras de conteúdo mais hermético. Guilherme Camargo Massaué ensina que o “desenvolvimento da escola foi acoplado à significação dos textos analisados, baseado numa crença ontológica determinada pela divindade; a *fé* no conteúdo do texto provoca a orientação da *ratio* no contemplar a vida,

<sup>280</sup> RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. p. 169.

<sup>281</sup> *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. p. 15.

<sup>282</sup> Segundo Jefferson Carús GUEDES, “Antes de se formar o conjunto legal que hoje é denominado Direito Medieval, a Europa Continental viu-se sob o domínio sucessivo de regras jurídicas residuais romanas, direito consuetudinário germânico e direito romano-germânico, de forma variável em cada região, não sendo possível uma correspondência precisa com as nações hoje existentes”. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. p. 39.

<sup>283</sup> De grande importância para a Escola dos Glosadores, Acurcio (1184/1263), jurista italiano que lecionou por 40 anos na Universidade de Bologna, foi o compilador final dos glosadores.

<sup>284</sup> Justiniano nomeou o jurista Triboniano (500/547) como um dos encarregados para preparar o *Corpus iuris civilis*.

<sup>285</sup> DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. CROCETTI, Priscila Soares. *Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law*. p. 14.

principalmente o Direito”.<sup>286</sup>

À época havia uma profusão de ordens jurídicas (reais, municipais, corporativas, familiares e especialmente a canônica)<sup>287</sup> em conformidade com um sistema descentralizado de poder, a qual o direito comum (*ius commune*) teve que se compatibilizar. Coube, assim, ao novo direito romano (em verdade um direito romano-canônico) a função de direito subsidiário, e a partir do século XIII já estava, como consequência, integrado em grande parte aos reinos do continente. O método dos glosadores “ganhou vulto e chamou a atenção de diversos estudantes de todo o continente europeu. A Itália, com isso, se constituiu no centro do estudo jurídico. O modelo *bolonhês* marca o início do estudo específico do Direito”.<sup>288</sup>

O direito comum expressa a ideia de unidade a ser alcançada na Europa continental, fragmentada em plena idade média; um direito que unifica uma série de elementos, conforme aponta Antônio Manuel Hespanha:<sup>289</sup> a) unidade de várias fontes do direito (direito justiniano/romano, direito canônico e direitos locais); b) constituição de um objeto único de todo discurso jurídico europeu; c) padronização do raciocínio comum, viabilizado por métodos e estilos ensinados nas universidades europeias; e d) compreensão facilitada pelo uso de uma língua em comum: o latim.

Com o desenvolvimento dos estatutos das cidades (em razão do surto urbanista dos séculos XII a XIV) ocorreu a necessidade de integrar esse novo direito ao direito comum. A aglomeração urbana potencializava os conflitos e exigia a valorização de regras locais para a solução dos casos concretos que se sucediam. Neste contexto surge um novo pensamento jurídico. Segundo Drummond e Crocetti, “foi essa a tarefa da nova geração de juristas eruditos, chamados de pós-glosadores ou comentadores, juristas estes que tiveram grande influência na história jurídica europeia até o século XVIII, ao ponto de serem considerados os arquitetos da modernidade europeia”.<sup>290</sup> Os pós-glosadores vão trabalhar o corpo do direito (direito romano,

<sup>286</sup> MASSAÚ, Guilherme Camargo. *A escola dos glosadores (início da ciência do direito)*.

<sup>287</sup> Ensina Jefferson Carús GUEDES que o direito canônico “é resultado das tentativas de ordenação das leis da Igreja vindas da Alta Idade Média que somente nos séculos XI e XII se concretizam com as compilações, valorizadas pelo declínio dos direitos consuetudinário germânico, consuetudinários locais e romano vulgar”. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. p. 40.

<sup>288</sup> MASSAÚ, Guilherme Camargo. *A escola dos glosadores (início da ciência do direito)*.

<sup>289</sup> *Apud* DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. CROCETTI, Priscila Soares. *Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law*. p. 16.

<sup>290</sup>

canônico, feudal e os estatutos da cidade) orientados por finalidades práticas e buscando unificá-lo e adaptá-lo às necessidades normativas dos fins da Idade-Média. Deste modo, vão compartilhar uma nova atitude filosófica (surgida com a descoberta dos textos aristotélicos, aperfeiçoada pela Escolástica - método de ensino crítico europeu dominante entre os anos 1100 e 1500 -, e pela propagação das universidades), valendo-se de instrumentos intelectuais lógico-dogmáticos.

A nova escola tinha uma atividade voltada para a prática, pois, além de seus protagonistas serem professores, eram consultores de magistrados e de particulares. Portanto, possuíam questões práticas para enfrentar e apresentar soluções. Os pós-glosadores tinham “por objeto de trabalho um conjunto de textos jurídicos que expressavam uma ordem jurídica basicamente inalterável, cabendo-lhes unicamente atualizá-la por meio da interpretação, valendo-se, no entanto, desse novo método de pensar corretamente (que era a lógica)”.<sup>291</sup> Além disso, “o papel dos comentadores, ou pós-glosadores, também foi o de incorporar textos que não eram de Direito Romano e “romanizar” esses textos”.<sup>292</sup> Hespanha comenta que com o desenvolvimento do método da nova escola, os juristas passaram a “desempenhar um papel central no equilíbrio político social europeu; inicialmente, na administração central e na diplomacia, lidando, portanto, com grandes questões políticas da sociedade”.<sup>293</sup> Posteriormente, a influência dos juristas também vai chegar à administração local e na aplicação da justiça, “assumindo então um papel arbitral no cotidiano da vida social”.<sup>294</sup> Com o crescimento da importância do jurista na sociedade europeia continental, consolida-se um método jurídico baseado em um texto de autoridade (*Corpus iuris civilis*) com forte dependência da razão escrita, o que posteriormente vai informar o sistema jurídico conhecido como o *civil law*.

---

<sup>291</sup> DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. CROCETTI, Priscila Soares. *Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law*. p. 18.

<sup>292</sup> SALGADO, Gisele Mascarelli. *O direito como tradição inventada e a heteronomia: a recepção do Direito Romano na Idade Média*.

<sup>293</sup> *Apud* DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. CROCETTI, Priscila Soares. *Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law*. p. 18.

<sup>294</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. *Apud* DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. CROCETTI, Priscila Soares. *Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law*. p. 18.

Por outro lado, na Europa insular, a influência das universidades na propagação do *ius commune* não teve o mesmo efeito. Em verdade, quando o novo direito romano chegou à Inglaterra, já havia sido formada uma “classe de técnicos do direito capazes de desenvolver uma jurisprudência criativa (com base no uso anglo-normando) metodicamente similar, sob o aspecto casuístico, à romana clássica, sendo, assim, autossuficiente”.<sup>295</sup> Ou seja, enquanto no continente se adotava o *Corpus iuris civilis* como direito positivado agregando a legislação local, o direito inglês se desenvolvia com a prática dos tribunais, aproximando-se mais do direito romano clássico que o neo-direito romano, de matiz romano-canônica, que se desenvolvia na Europa continental.

No sentido da formação descentralizada do direito medieval continental, advindo dos povos germânicos (anglos, jutos e saxões), a Inglaterra no século X e XI já possuía em inúmeros distritos cortes para dirimir controvérsias com usos e costumes locais. À essas cortes locais juntava-se a jurisdição dos senhores feudais, “que atuavam principalmente em questões fundiárias”.<sup>296</sup> Com a invasão normanda (povo de origem nórdica que falava francês e vivia no norte da França) em 1066, iniciou-se uma maior centralização do poder na Inglaterra: as cortes judiciais foram mantidas (direito anglo-juto-saxão), mas com certo esvaziamento do poder senhorial e das cortes locais; o direito inglês e comum a toda a Inglaterra passa a ser exclusivo dos Tribunais Reais de Justiça; foi criado um complexo unitário e permanente de cortes reais (inicialmente para “alta justiça” exercida pelo Rei); foram enviados juízes itinerantes para difusão do direito comum a todos (acima dos costumes locais).

À medida que se estendia (progressivamente) a jurisdição real afirmava-se o direito aplicado nas cortes reais em detrimento dos costumes locais anglo-saxões. Assim, a formação da *common law* ou do direito comum a toda Inglaterra passou a ser obra exclusiva dos tribunais, podendo-se, por fim, afirmar que o “momento de nascimento das instituições judiciais centralizadas na Inglaterra dominadas pelos normandos se identifica com o momento mesmo de nascimento do Direito Inglês”.<sup>297</sup> A expressão *common law* vem das características de que os

---

<sup>295</sup> DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. CROCETTI, Priscila Soares. *Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law*. p. 20.

<sup>296</sup> *Idem.* p. 21.

<sup>297</sup> DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. CROCETTI, Priscila Soares. *Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law*. p. 21.

casos julgados nas cortes do rei eram submetidos a um direito comum, contrapostos a todos os costumes locais. Roscoe Pound explica: “O rei inglês sentava-se no tribunal e resolvia controvérsias importantes, e, quando mais tarde esse tribunal se desenvolveu em um sistema de tribunais, os juízes destes eram delegados dele, não para executar-lhe a vontade, mas para decidir os casos de acordo com o costume comum”.<sup>298</sup> Como preposto real, os juízes representavam, desta forma, a vontade do rei, valendo-se dos precedentes para fundamentar a sua decisão “como o rei era obrigado a fazer quando se sentava em pessoa”.<sup>299</sup>

Historicamente estava se desenhando a divisão entre dois grandes sistemas jurídicos para operar a resposta jurisdicional ao conflito. No continente descentralizado, a pretensão da adoção de um complexo de normas comuns, reforçava a ideia de soberania, bem de acordo com a sua origem bizantina, que revelava a formação unitária do Império Romano. Desenvolve-se uma jurisprudência doutrinal, formulada por teóricos acadêmicos, em detrimento da jurisprudência judicial.<sup>300</sup> Por outro lado, na Europa insular, a diferença do desenvolvimento dos sistemas pôde, em parte, ser explicada pela unidade territorial (facilitada pelos limites marítimos) precocemente alcançada pelos normandos, o que oportunizou o exercício centralizado da jurisdição, contrastando com o sistema desenvolvido na Europa continental, então fortemente fragmentada por inúmeros reinos.

A jurisprudência doutrinal, circunstanciada pela perspectiva sistemática, dogmática e normativa do direito justiniano, tornou-se, assim, o único meio capaz de atingir grande parte do continente, que não dispunha, por óbvio, de uma jurisdição central. Por conseguinte, mesmo que existisse qualquer jurisprudência continental, “sempre estaria obrigada com a superior autoridade legislativa do *Corpus Iuris*”.<sup>301</sup> Os princípios, portanto, do direito continental eram os propagados pelas universidades, que independentemente da fragmentação territorial, passaram a ter juristas com uma formação comum, de tradição romanística. Por outro lado, a tradição inglesa jurídica não incorporou a concepção de direito que advém da obra de um legislador soberano. Na Inglaterra lei e direito escrito tiveram um valor marginal secundário e o

---

<sup>298</sup> POUND, Roscoe. *Liberdade e garantias constitucionais*. p. 10.

<sup>299</sup> *Idem*. p. 10.

<sup>300</sup> Neste sentido: DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. CROCETTI, Priscila Soares. *Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law*. p. 26.

<sup>301</sup> DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. CROCETTI, Priscila Soares. *Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law*. p. 26.

*common law* se desenvolveu empiricamente como *case law* não escrita, através de estratificações sucessivas de precedentes judiciais. Roscoe Pound ensina que enquanto na teoria romana a lei dimanava do imperador, “na teoria inglesa era preexistente, e o rei ou os seus juízes a achavam e aplicavam aos casos que tinham ante si como algo obrigatório tanto para eles como para as partes”.<sup>302</sup>

No entanto, neste momento histórico, ao se desenharem dois sistemas para uma resposta (doutrinal e jurisprudencial), há que se reconhecer que a questão da legalidade se apresentava ainda de forma incipiente, embora ostentasse o mesmo objetivo: segurança jurídica ou previsibilidade para a intervenção estatal. No medievo as relações sociais hierarquizadas, quando não divinizadas, eram baseadas em um sistema de desigualdades e de privilégios.<sup>303</sup> A legalidade vai se tornando plena com o desenvolvimento do capitalismo, que à época experimentava somente a embrionária complexidade advinda do comércio oportunizado pelas rotas abertas pelas cruzadas. Alysson Leandro Mascaro defende que “no mundo pré-capitalista a legalidade está incompleta, pois que só o comércio aparece como esboço da dinâmica futura do capitalismo”.<sup>304</sup> Em face da intensificação da atividade comercial o feudalismo foi se rompendo, tendo o mercantilismo fundado, por volta do século XV uma nova ordem estatal, política e jurídica.

Na lógica da relação social e jurídica medieval o servo vai sempre ser diferente do senhor. “O senhorio feudal não é um título abstrato à venda no mercado, é um *status* muito particular reconhecido socialmente pela tradição por exemplo, mantido pela força ou pelo domínio dos meios de produção”.<sup>305</sup> Entretanto para o mercado, ou seja, para as relações comerciais que se avolumavam, tanto fazia se o comprador era o servo ou o senhor, desde que pagasse o preço estipulado. Tal movimento, como valor comportamental, implicava numa relação de igualdade anteriormente não experimentada. Antes tratava-se de um comportamento de mando e submissão, em uma relação econômica profundamente estática e

---

<sup>302</sup> POUND, Roscoe. *Liberdade e garantias constitucionais*. p. 10.

<sup>303</sup> Segundo Jefferson Carús GUEDES, “a marca da Europa continental é a organização de um sistema de governo local e fragmentado, considerado frágil em sua construção política, no qual as relações sociais estavam amparadas em um contrato desigual entre o vassalo e o senhor”. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. p. 39.

<sup>304</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. p. 24.

<sup>305</sup> *Idem*. p. 39.

vinculada à personalidade do dominante, resguardadas pelas normas (ou interpretações) jurídicas que lhe emprestavam legitimidade. Agora se esboçava a ideia de liberdade (de comprar e vender) e da igualdade (nas relações comerciais). Ser livre é poder escolher o seu produto, vender a sua mão de obra e poder pagar o preço que se estabelece. Ser igual era oportunizar a todos a possibilidade de compra. Segundo Alysson Leandro Mascaro, “no mundo antigo, a atividade mercantil esboçou por exemplo aquilo que hoje se entende por direito romano. Nos estertores da idade média, fez surgir o Estado moderno”.<sup>306</sup>

O desenvolvimento da atividade comercial no medievo impõe à burguesia emergente a necessidade de unificação territorial. Assim, para o mercado, sob o ponto de vista da circulação da mercadoria, era mais seguro (previsível) que houvesse apenas uma normatização dentro do mesmo espaço territorial (poderíamos também dizer mais barato, considerando o custo-benefício tributário, por exemplo, advindo de taxações impostas por inúmeros senhores feudais para permitir a circulação comercial em seu território). Também se fazia necessária, em face dos deslocamentos habituais dos burgueses, que as regras para dirimir os conflitos das atividades comerciais, fossem, de alguma maneira, centralizadas. A ideia de unificação territorial implicava também no alargamento do mercado consumidor e, por conseguinte, na possibilidade de acúmulo de riqueza. Estava desenhada no continente, portanto, a oportunidade para a formação do Estado moderno, com seu viés absolutista. Na Inglaterra, graças a sua unificação precoce e a instauração pelos normandos de uma jurisdição centralizada, o sistema jurisprudencial tornou-se mais operativo e previsível para a prática comercial, oportunizando historicamente um protagonismo insular no desenvolvimento do capitalismo (e, portanto, da legalidade).

Alysson Leandro Mascaro assegura: “o direito moderno aqui se esboça, ao fazer com que a instância da transação da circulação mercantil, a forma de relação seja de iguais perante a lei”.<sup>307</sup> O Estado Absolutista dá abertura à circulação de mercadorias, que presume a igualdade (comprador/vendedor) na troca comercial e a liberdade de contratar por sua vontade, até então um privilégio. Para as relações privadas já se pode admitir que a conquista jurídica da igualdade e o desenvolvimento do comércio (mercantilismo) cunham ainda mais as condições para o

---

<sup>306</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. p. 25.

<sup>307</sup> *Idem*. p. 25.

acúmulo de capitais. A propriedade privada, a igualdade formal e a liberdade negocial passam a constituir o corpo do direito privado e não são mais concessões políticas. Ao contrário, se constituem nos limites de onde se pode operar a política. “A Idade Moderna, absolutista, é o mundo no qual a cidadania é ganha, os direitos se afirmam. A política aqui é fundamental na medida em que não é ação compartimentalizada e respaldada previamente na lei, é ação aberta”.<sup>308</sup> A modernidade que se iniciava “nos legou a noção de sujeito, o Estado, o Direito, e as instituições”.<sup>309</sup> A política torna-se, portanto, o garante do direito à igualdade (formal) e à liberdade (da manifestação de vontade). No mundo em que se instala a legalidade acaba a injustiça formal, apontando a lógica do direito burguês cada vez mais autônomo e distante da concepção jusnaturalista.

Neste contexto histórico, com a afirmação da legalidade na lógica do mercado, a mudança dos glosadores (que estavam restritos a uma mera junção de regras jurídicas) para os comentadores (que se lançavam no campo da interpretação) obedeceu a lógica política da centralização do poder. No continente os textos do *Corpus iuris civilis* derivavam de uma cultura imperial (bizantina), cujo raciocínio se assentava na soberania e na personalidade do soberano. O direito passou a legitimar esta nova aspiração: o conceito de unificação territorial com a criação dos Estados nacionais. Gisele Mascarelli Salgado afirma que a recepção (invenção) do direito romano “foi um elemento decisivo para consolidação dos reis no poder. A construção de um novo Estado forte dependia não só de armas, centralização do poder e uma série de medidas econômicas e políticas, mas também de uma construção jurídica”.<sup>310</sup> Para tanto, era necessário criar as condições para a legitimação do novo momento tendo surgido a possibilidade com a adoção de normas que vigiam em um Estado cuja presença do soberano se fazia indispensável. Iniciou-se, assim, um consórcio entre os interesses reais, os acadêmicos e as universidades, os grandes responsáveis pela propagação de um direito comum legitimante de uma nova ordem.

Jacques Verger, citado por Gisele Mascarelli Salgado, resume:

*Seja como for, uma coisa é certa: o surgimento das primeiras universidades não foi um fenômeno espontâneo, simplesmente uma pura criação de mestres e*

<sup>308</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. p. 28.

<sup>309</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. p. 23.

<sup>310</sup> SALGADO, Gisele Mascarelli. *O direito como tradição inventada e a heteronomia: a recepção do Direito Romano na Idade Média*.



*estudantes. Mesmo que a ação pessoal destes possa ter sido indispensável, ela sempre foi sustentada por uma vontade política que permitiu conseguir vencer as resistências (principalmente aquelas dos poderes locais, do bispo e de seu chanceler em Paris, da cidade em Bolonha) e oferecer à nova instituição sua legitimidade e seu estatuto jurídico. Essa vontade política foi, ao mesmo tempo, aquela do príncipe (particularmente visível na Inglaterra, mais discreta em Paris) e aquela do papa (especialmente ativo em Paris e em Bolonha).*

*O apoio dos poderes superiores, eclesiásticos e laicos às primeiras universidades não era puramente desinteressado. Esperava-se delas uma contribuição para o desenvolvimento de disciplinas sobre as quais tais poderes fundavam sua própria legitimidade: o direito romano era um instrumento essencial para o renascimento do Estado.<sup>311</sup>*

Grande parte da difusão que as universidades tiveram no continente a partir do século XII (e o prestígio dos juristas) se deve a uma simbiose com os interesses dos soberanos, impondo-se a concepção de que “todo o Estado ou principado moderno deveria possuir sua própria universidade, para formar as elites religiosas e sobretudo administrativas das quais eles teriam necessidade, sem que se tivesse de recorrer as universidades estrangeiras”.<sup>312</sup> Certamente, o direito romano recepcionado nos interesses e nas tradições dominantes da Idade Média não era o mesmo direito romano compilado por Justiniano ou mesmo praticado na Roma antiga. O fenômeno da interpretação, incorporado pelos pós-glosadores, vai legitimar esse novo estado das coisas e preparar a formação no ambiente capitalista dos Estados Modernos.

Com o tempo, o próprio Estado Absolutista, amparado em um regime social tributário do privilégio, passa a ser um novo obstáculo para o crescimento da atividade comercial/mercantilista. O privilégio, a partir de algum momento, anula a liberdade negocial e interfere na igualdade formal, revelando que a base de sustentação do capitalismo (e da afluência de riqueza) ainda não dispõe de um mecanismo de reprodução autônomo. Deste modo, o Estado Absolutista não permitia à burguesia as condições do domínio da produção (somente da circulação). O ciclo capitalista iria se formar com o fim do privilégio e o domínio da produção, independente da vontade do soberano. Portanto, o Estado Absolutista já dava “mostras dessa tensão não resolvida, ao garantir já a lógica burguesa do contrato e da igualdade

<sup>311</sup> SALGADO, Gisele Mascarelli. *O direito como tradição inventada e a heteronomia: a recepção do Direito Romano na Idade Média.*

<sup>312</sup> VERGER, Jacques. *Apud SALGADO, Gisele Mascarelli. O direito como tradição inventada e a heteronomia: a recepção do Direito Romano na Idade Média.*

com o mercado, mas, ao mesmo tempo, mantendo o estatuto jurídico pré-capitalista do privilégio, reflexo do *status* antigo em tempos modernos”.<sup>313</sup>

Com a abertura de novos mercados acima dos mercados locais (grandes navegações), o capitalismo mercantil se tornou manufatureiro (entre o século XVI e XVIII) e, posteriormente, industrial (Revolução Industrial nas últimas décadas do século XVIII). É a indústria (a produção e não a circulação) que irá completar o ciclo de auto-reprodução do capital. Já não havia mais a necessidade de uma associação direta (patrimonialista) entre interesse dos capitalistas com os interesses estatais. A vitória da legalidade é a vitória de um mundo que toma a forma de um grande mercado, igualando todos na condição de compradores/vendedores. A revolução liberal da Inglaterra (1688) em especial, a dos Estados Unidos (1776) e da França (1789, com pretensões universalizante) decretam o fim do Estado Absolutista.

O Iluminismo reforçou a necessidade burguesa de um governo de leis sobre o governo dos homens, elevando a legalidade a uma racionalidade universal. Surge daí o jusnaturalismo racionalista. “A doutrina kantiana dos imperativos categóricos é a sua tentativa de confluência da prática econômica capitalista, universalista e desprendida dos vínculos sociais tradicionais, à moralidade burguesa”.<sup>314</sup> Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) restou assegurado que os homens nascem livres e são iguais em direitos (artigo 1º), bem como foi declarado os direitos naturais e imprescritíveis do homem (artigo 2º): a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. A lei torna-se a expressão da vontade de todos (artigo 6º), é assegurado o direito de votar e ser votado e o princípio da separação dos poderes. O desenho jurídico do direito do novo mundo capitalista se consubstancia nos direitos fundamentais positivados no liberalismo para assegurar precipuamente a liberdade (contratual, refutando a opressão), a igualdade (formal), a propriedade (privada dos donos do capital que acumulavam riquezas), a segurança das relações jurídicas para a garantia da eficácia contratual dos negócios realizados.

---

<sup>313</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. p. 26/27.

<sup>314</sup> *Idem*. p. 47.

Estes direitos, com a formação do Estado Liberal, são os limites da política,<sup>315</sup> cabendo ao Estado além disso apenas garantir a lógica do sistema capitalista (industrial) reprodutor da riqueza. Surge, portanto, com o capitalismo o direito em sua plenitude técnica, que no sistema da *common law*, vai fazer do direito a técnica da previsibilidade (segurança) dos julgamentos repetidos, e, para o sistema da *civil law*, a “técnica do constrangimento legislativo das possibilidades do julgamento por meio da prévia promulgação de leis”.<sup>316</sup> No direito liberal, as categorias jurídicas formuladas pretendem abarcar todos os imprevistos, sendo a cláusula “*rebus sic stantibus*” o limite aceitável pelo direito para a consideração da incerteza.<sup>317</sup>

Para o liberalismo, o sujeito de direito está focado no indivíduo e o seu objeto será a liberdade (com claro propósito de defendê-lo das agressões estatais e preservar o espaço privado). Neste ambiente são forjados os direitos de primeira geração: liberdade política e a liberdade civil (artigos 1º, 2º e 6º da Declaração).<sup>318</sup> Para a resposta jurisdicional ao conflito adota-se um paradigma individual-normativista, com a sua ferramenta exegética positivista, de onde a separação entre o direito e a moral implica fundamentalmente na proibição de interpretar.<sup>319</sup> A restrição imposta para que apenas o fato fosse subsumido à norma (limitação hermenêutica) visava sobretudo neutralizar o julgador em razão do arbítrio (abuso) judicial levado à efeito no sistema de privilégios adotado no absolutismo. A resposta jurisdicional, neste momento, portanto, estava circunscrita à atuação da vontade concreta da lei.

---

<sup>315</sup> Para dar contorno a essa expressão, necessário valer-se das lições de Luís Carlos Martins ALVES JR.: “O Direito é o principal instrumento normativo de concretização do discurso e das promessas Políticas. O Direito serve à Política. Não obstante, o Direito é o limite da política. Os fins (políticos) legítimos, para serem legítimos, pressupõe meios lícitos (de acordo com o Direito). *Direitos constitucionais fundamentais: vida, liberdade, igualdade e dignidade*. p. 141.

<sup>316</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. p. 44.

<sup>317</sup> Neste sentido: MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. p. 44.

<sup>318</sup> A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (outubro de 1789) dispõe: Art. 1.º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum. Art. 2.º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Art. 6.º A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

<sup>319</sup> Neste sentido: STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. p. 43.

Ao Estado é imposto uma obrigação negativa, com separação nítida entre os poderes (artigo 16 da Declaração).<sup>320</sup> Para Montesquieu<sup>321</sup>, “tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo”,<sup>322</sup> assim “a maior liberdade possível decorre da existência de vários poderes, que opondo-se, entre si, moderar-se-iam reciprocamente, impedindo o abuso por parte de um deles”.<sup>323</sup> Em resumo, a ideia de liberdade individual, resgatando o sentido hobbesiano, implicava na “ausência de obstáculos, impostos pelos Estados, para que as pessoas exerçam suas escolhas e possam decidir quais caminhos pretendem trilhar”.<sup>324</sup>

Como decorrência, no modelo liberal, há um claro protagonismo do Legislativo para assegurar a liberdade civil e política e reduzir o Estado a um simples policial da sociedade. Buscou-se a substituição da vontade do governante pela vontade da lei, com o propósito de garantir o bem geral (pela vontade geral), no sentido preconizado por Rousseau. Nas palavras de Eduardo Cambi, “direitos fundamentais negativos se amoldam ao positivismo jurídico, na medida em que reduzem o direito à lei e a atividade dos operadores do direito à busca da vontade do legislador”.<sup>325</sup> A obrigação de não fazer imposta pelo liberalismo, implicou, assim, em uma maior passividade do Estado na relação conflitual (Estado x sociedade x indivíduo).

No entanto, ao se estabelecer que os fundamentos das relações sociais estão apenas fulcrados na vontade da lei, que por sua vez encontra o seu limite em um comando geral e abstrato, produzindo efeitos formais (apenas no campo da existência e não no campo da eficácia), não demorou para que o Estado Liberal produzisse acirramentos sociais (séculos XIX e XX). O liberalismo, que presava a liberdade pela não intervenção do Estado, chocou-se com a realidade social, em face da contradição revelada por seu modelo absenteísta. Não era mais o Estado arbitrário e absolutista o grande inimigo do capital, senão nichos da sociedade que se

---

<sup>320</sup> Artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

<sup>321</sup> SOARES, Guido Fernando Silva, afirma que na Inglaterra, segundo os postulados de Locke, o importante era controlar o rei (e menos os juízes) pela instituição de princípios imutáveis que assegurassem a separação dos poderes. “Na teoria de Montesquieu, qualquer veleidade de dar-se aos juízes o poder de fazer lei seria ir contra o postulado da separação dos poderes”. In *Common law: introdução ao direito dos EUA*. p. 28/29.

<sup>322</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. p. 169.

<sup>323</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. p. 67.

<sup>324</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. p. 172.

<sup>325</sup> *Idem*. p. 174.

organizavam (e aumentavam a sua relevância social) para demandar por justiça e igualdade social. Como subproduto (incontrolável) da Revolução Industrial, a insurgência violenta da classe dos trabalhadores colocou o capital em risco e revelou a necessidade de uma nova organização social.

A concentração de riqueza, segundo Canela Júnior, “acabou gerando gigantescos bolsões de miséria nas classes inferiores, permitindo, como já visto, a expansão das ideias totalitárias, amparadas em um sistema arbitrário de referência, com as consequências nefastas das duas últimas grande guerras mundiais”.<sup>326</sup> Neste contexto, o Estado Social surge como resultado de um pacto entre as classes trabalhadoras e os detentores dos meios de produção, alterando substancialmente a concepção liberal. Os donos do capital aceitam ser fortemente tributados enquanto os trabalhadores moderam as reivindicações que podem comprometer a economia capitalista, em especial as paralizações e as revoltas violentas. O Estado deixa o seu viés abstencionista e passa a tutelar a negociação entre o capital e o trabalho.

As políticas públicas se traduzem num forte intervencionismo estatal na produção de bens e serviços, não como concessão do capital, como explica Lenio Streck, “mas a única forma de a sociedade capitalista preservar-se, necessariamente mediante empenho na promoção da diminuição das desigualdades socioeconômicas”.<sup>327</sup> O rearranjo social, no pós segunda guerra, foi materializado com a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) explicitando os princípios para uma nova ordem que emergia, reconhecendo que “a esfera de direitos necessário a assegurar a autonomia da vontade dos indivíduos é tornar as pessoas membro de uma sociedade”.<sup>328</sup> Deste modo, a liberdade e a igualdade passam a se relacionar com a dignidade e com os direitos, e estabelece-se o dever de agir fraternalmente com relação ao próximo (artigo 1º); declara-se a proteção ao direito à vida (bem como a liberdade e a segurança pessoal - artigo 3º), além da proteção, sem qualquer distinção, de todos em razão da igualdade legal (artigo 7º); institui-se o conceito de segurança social, para a garantia dos direitos

---

<sup>326</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. p. 71.

<sup>327</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. p. 24.

<sup>328</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. p. 175.

de segunda geração: direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade e ao desenvolvimento da personalidade (artigo 22).

No mundo que renascia após o terror experimentado na primeira metade do século XX, ainda circunstanciado por um grave desequilíbrio social, era importante declarar os seguintes direitos (artigo 25):

*Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.*

*A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.*

Tais direitos, tornados fundamentais, foram constitucionalizados (principalmente no pós-guerra)<sup>329</sup> por inúmeras nações (ao menos tornados exigíveis por disposição legal), abrindo um leque de proteção social que passaria a ser demandado ao próprio Estado. O dever de agir positivamente implica na promoção da igualdade de fato, surgindo a necessidade do Estado tratar desigualmente os desiguais, reconhecendo as diferenças jurídicas. Para atender aos inúmeros direitos subjetivos declarados (antes não experimentados) eleva-se o Executivo ao *status* de protagonista.

Com tantos direitos sociais assegurados era natural que o Estado não pudesse adimpli-los, ao menos em algum seguimento. Seja por orientação política (ideológica), seja por escassez de recursos (desequilíbrio fiscal), decorrendo daí inúmeras promessas não cumpridas que passou a ser reconhecida como uma nova crise de modelo de Estado. Houve, a partir dos anos 70 do século XX, uma reorganização das ideias liberais (reação), amparada na revolução

<sup>329</sup> No entanto, tal preocupação não era nova. Ainda no século XVII, dos ideais iluministas que posteriormente vieram ilustrar o mundo pós-revolucionário, Hobbes tratou da igualdade entre ricos e pobres como um questão de segurança do povo: “*que a justiça seja administrada com igualdade a todas as camadas da população, isto é, que seja feita justiça tanto aos ricos e poderosos quanto às pessoas pobres e humildes*” (*Leviatã*. p. 245). Preocupou-se com a solidariedade, prevendo a necessária atividade social do Estado (com séculos de antecedência) quando um cidadão tornar-se incapaz de trabalhar em razão de um acidente: “*não devem ser deixados à mercê da caridade dos particulares, mas serem socorridos (naquilo que as necessidades da natureza exigir) pelas leis do Estado*” (*Leviatã*. p. 246); ou, ainda, decretando que: “*como é falta de caridade do homem que abandona aquele que não tem forças, também é falta de caridade do soberano de um Estado expô-lo ao acaso de uma caridade incerta*”. (*Leviatã*. p. 246/247).

tecnológica em curso, fazendo com que a velocidade das informações (e das transformações) pudessem desenhar um sistema global econômico (com mais um ciclo de acumulação de riqueza em decorrência da facilidade de operar por entre as nações especialmente o capital especulativo). No mesmo sentido do entendimento de Bauman (citado no Capítulo I), de que em tempos de globalização a ideia de soberania e Estado perdeu a importância,<sup>330</sup> Eduardo Cambi defende que este momento se caracteriza pela *heterotopia*, isto é, “a pulverização e multiplicidade dos centros de decisão política e empresarial que não mais se limitam as fronteiras geopolíticas dos Estados nacionais, estando espalhadas em diversos lugares do mundo”,<sup>331</sup> bem como pelo surgimento de novos centros de poder (*poliarchia*), “facilitando a dominação não mais de Estado sobre Estados, de povos sobre povos, mas de empresa sobre povos e nações, de alguns sobre todos”.<sup>332</sup>

Bauman informa que quando tomados pela ideia de globalização, a imobilidade não é mais uma opção, em um mundo que se apresenta em permanente mutação. A liberdade de movimento que passa a ser uma “mercadoria escassa distribuída de forma desigual, logo se torna o principal fator estratificador de nossos tardios tempos modernos ou pós-modernos”.<sup>333</sup> Quem pode se movimentar, assim, pode fazer parte da grande aldeia global de consumo. Quem consome passa ser um incluído.

Daí é razoável imaginar as inúmeras possibilidades de surgimento de conflitos, que vão desde as promessas não cumpridas originadas pelo (rearranjo capitalista) do Estado Social, até a novel luta pela liberdade de se movimentar e poder se incluir no sistema globalizado de consumo (reação liberal). Para Lenio Streck, neste contexto, aperfeiçoa-se uma nova organização política: o Estado Democrático de Direito que se consubstancia em um “*plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito”,<sup>334</sup> e tem como questão prioritária a “incorporação efetiva da questão da igualdade

---

<sup>330</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. p. 100.

<sup>331</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. p. 179.

<sup>332</sup> *Idem*. p. 179.

<sup>333</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: consequências humanas*. p. 8.

<sup>334</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. p. 47.

como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento mínimo das condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade”.<sup>335</sup>

Apesar (ou em decorrência) da complexidade deste momento histórico, que oportuniza a convivência de dois modelos antagônicos (obrigação de fazer versus postura absenteísta), que implicam no resgate social de promessas (anunciadas) com a reação liberal pela minimização do Estado (ideia que sofreu um duro golpe após a crise econômica global de 2008), surge, na linha da constitucionalização dos direitos fundamentais, instrumentos normativos para a exigência da realização do Estado Social, tais como: ação civil pública, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção. Deste modo, a “lei passa a ser privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pelo ordem jurídica”.<sup>336</sup> O Estado Democrático de Direito manifesta, assim, o surgimento dos direitos de terceira geração, direitos transindividuais destinados à proteção do gênero humano (direito ao desenvolvimento e ao progresso, direito ao meio ambiente sustentável, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade), erigindo, desta volta, o protagonismo do Judiciário.

A incongruência do modelo vigente oportuniza um aumento das demandas por direitos fundamentais, ao tempo em que o Estado convive com limitações reais (em muitos casos) ou ideológicas (em outros). Por sua vez, o Legislativo para não ficar deslocado do jogo político que se desenhava, visto que passou a imergir em uma profunda crise de legitimidade representativa, aumenta a proliferação de direitos infraconstitucionais, tanto de cariz liberal (assegurando regras para estabilizar as novas relações do capital – agora de cunho global) quanto de afirmação de direitos sociais, nos levando a conviver com uma fatura normativa (e, portanto, também de expectativas) em um ambiente absolutamente contraditório. Neste sentido, Eduardo Cambi afirma que a “crise da lei confunde-se com a crise da representação, ou da legitimidade dos parlamentos, além da mitigação da legalidade, por não ser mais a lei a expressão da vontade geral”.<sup>337</sup>

---

<sup>335</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. p. 47.

<sup>336</sup> *Idem*. p. 47.

<sup>337</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. p. 183. Continua o autor: “A lei resulta de grupos de pressões (representantes de



Com o protagonismo do Judiciário, o Estado Democrático de Direito vai se caracterizar pelo aumento do espaço do poder da justiça constitucional (ao tempo de um rigoroso controle das decisões judiciais em face da necessidade de fundamentação), por uma crise da democracia representativa, e por uma postura contraditória do Executivo, ora liberalizante, ora socializante, sem definir-se ideologicamente, o que redundará em atos comissivos ou omissivos com frequentes prejuízos à sociedade e ao indivíduo. Aqui, o conflito está posto em sua máxima concepção (todos contra todos): Estado x sociedade, Estado x Estado(s), Estado x indivíduo(s), sociedade x indivíduo(s), sociedade x comunidade(s), indivíduo(s) x indivíduo(s), comunidade(s) x indivíduo(s), comunidade(s) x comunidade(s). Certamente a resposta a que o Estado pode dar apresenta, no mesmo molde, uma real complexidade.

Para assegurar o mínimo de condições de vida ao indivíduo, à comunidade (minorias) ou mesmo à sociedade, o protagonismo do Judiciário (amparado pela tese substancialista) oportunizou a intervenção judicial em políticas públicas (propostas pelo Executivo e aprovadas pelo Legislativo). A judicialização da política e das relações sociais, que não é uma opção do Judiciário, senão um comando constitucional, tem, para Canela Júnior, o objetivo de cumprir “preceitos e princípios ínsitos aos direitos fundamentais sociais e ao núcleo político do Estado Social”,<sup>338</sup> decorrendo, daí, necessariamente, um nítido enfraquecimento “da distinção entre a esfera política e jurídica”.<sup>339</sup> Para Mancuso, por sua vez, este contexto de intervenção, “pode, não raro, evoluir para um preocupante ambiente de politização do Judiciário ou tribunalização da política, tudo concorrendo para, no limite, atritar a separação entre os Poderes (mesmo em sua atenuada acepção contemporânea)”.<sup>340</sup> A intervenção judicial nas políticas públicas, portanto, enterra definitivamente a concepção liberal, há muito ultrapassada, da separação dos poderes.<sup>341</sup>

---

empresários, ruralistas, religiosos, sindicalistas, servidores públicos etc.) e de mecanismos de votação ilegítimos (v.g. voto das lideranças). A lei não traduz a vontade geral, sendo contraditória, ocasional, fragmentária, numerosa e cambiante (p. 183).

<sup>338</sup> CANELA JÚNIOR. Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. p. 77.

<sup>339</sup> *Idem*. p. 78.

<sup>340</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. p. 290.

<sup>341</sup> Ensina Rodolfo de Camargo MANCUSO que “a ideia-força, desenvolvida por Montesquieu, de que no Estado de Direito seria conveniente, senão já necessária, uma divisão tripartite dos Poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, veio sofrendo, ao longo do tempo, duas leituras que, gradativamente, acabaram por descaracterizar a original concepção da tese, além de torná-la defasada em face da concepção contemporânea de Estado de Direito. A

Na desordem que testemunhou no século XVII, Hobbes evocou os poderes (as vantagens, a ordem) do monstro *Leviatã* (que se caracterizava por trazer consigo uma instância institucional para dirimir conflitos, nos afastando do estado de natureza) para combater o caos representado pelo monstro *Behemoth* (que importava na guerra de todos contra todos). O conflito entre Poderes, na sua versão do século XXI (que a *priori* não significa o fim da liberdade, contrariando Montesquieu), inaugura um ambiente social em que todos podem postular judicialmente contra todos, em uma busca por um direito que ampare qualquer pretensão que se repute legítima (em razão da fartura legislativa), o que produz, por consequência, na falta de alternativas efetivas, um excessivo número de ações judiciais, direcionadas (paradoxalmente) ao próprio Estado, para que possa oferecer uma resposta ponderada, apesar do excesso embaraçar de forma contundente a efetividade da própria resposta.

Se ao tempo de Hobbes a paz exigia reciprocidade<sup>342</sup> (para a paz ser efetiva e duradoura era exigida a submissão voluntária de todos ao poder comum e a limitação de direitos naturais), no ambiente conflitual moderno (recheado de expectativas legais, poderíamos dizer naturalizadas ou de um neojusnaturalismo) a pacificação das relações sociais exige muito mais que uma resposta jurisdicional formal, legitimadora da força e da opressão do poder do Estado. Exige a assunção de que apesar do Estado ser único e decorrente do exercício de seu poder-soberania, deve ser entendido, em verdade, como poder-função, de onde se comunica harmonicamente as suas vertentes administrativa, legislativa e judiciária para a resolução dos conflitos (e não a cada um isoladamente) na medida de sua complexidade. Do mesmo modo, exige-se a participação da sociedade civil para enfatizar a conscientização da cidadania (com prestígio da ocupação dos espaços públicos de debate/solução), com objetivo de edificar o consenso (a cooperação) dentro de uma imprescindível prática democrática. Sem esse concerto social, a resposta a que o Estado se obriga será sempre débil, inconsistente, limitada e

---

primeira dessas leituras consiste na equivocada avaliação de que na França pós-monárquica se concebesse e se praticasse uma verdadeira distribuição equitativa de atribuição dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (...). A segunda leitura da separação entre os Poderes, de início anunciada, a recepciona em sua literalidade, sem se dar conta da inviabilidade de uma perfeita e estanque divisão de trabalho, no sentido de uma distribuição equitativa e isonômica de atribuição entre os Poderes, quando na verdade o Poder Estatal é unitário, concepção de *per se* incombinável com a ideia de um fracionamento ou divisão ao interno do Estado, o que poderia até fragilizar sua coesão interna". *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. p. 291.

<sup>342</sup> Neste sentido, LIMONGI, Maria Isabel. *Hobbes*. pos. 426/830.

frequentemente apropriada por grupos que podem exercer influência na distribuição da solução convenientemente encontrada.

### 2.3 As consequências do excesso de judicialização (acesso à política e acesso à justiça)

*A justiça é inacessível, cara, complicada, lenta, e inadequada. A justiça é a denegação da justiça. A justiça é injusta. Não existe justiça. (Ada Pellegrini Grinover)<sup>343</sup>*

A nova versão da guerra de todos contra todos está inserida em um ambiente de intervenção institucional, que inegavelmente minimiza os perversos efeitos do caos, tal como imaginado por Hobbes, ou ainda, se comparado com o terror que teve a oportunidade de testemunhar no século XVII, parece ser bem mais civilizada. Contudo, a nossa organização social, com todos os mecanismos judiciais, toda arquitetura normativa e todo aparato estatal (auxiliado pelas produções acadêmicas e movimentos organizados da sociedade civil) advinda das luzes da Idade Contemporânea (pós-revolucionária), não foi capaz de evitar as barbáries do século XX. Como aponta Bobbio, lembrando também dos exemplos de Hobbes, o sistema internacional está destinado a conservar o estado de natureza (guerra permanente), ou seja, “a paz internacional só pode ser alcançada mediante a força superior de uma potência sobre a outra”,<sup>344</sup> operando a ideia da indissociabilidade do preceito da sanção.

Vivemos, assim, ainda no século XXI, em um delicado arranjo em nossas relações internacionais, ao tempo em que internamente exerce-se a soberania na fórmula hobbesiana do poder comum (submissão institucional). Não parece haver uma saída para esse impasse. Construindo-se a afirmação de direitos fundamentais, inclusive por disposição constitucional (no âmbito interno) e inúmeros tratados internacionais (direitos humanos jusnaturalizados explicitando valores supranacionais), a sua exigência (que só pode ser realizada internamente), tende a ser operada pelo mecanismo de judicialização de conflitos, o que pode nos levar a um nó institucional. Enquanto o conflito se desenvolver entre indivíduos ou pessoas jurídicas apenas no âmbito de pretensões privadas, é natural a concepção de uma função estatal

---

<sup>343</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. p. 21.

<sup>344</sup> BOBBIO, Norberto. *Hobbes*. p. 178.

interventiva específica como a jurisdicional (embora prejudicada em sua capacidade de apresentar uma resposta efetiva em face do déficit advindo da quantidade superlativa de conflitos judicializados). No entanto, quando a complexidade da relação conflitual envolver o indivíduo x Estado ou ainda o Estado x Estado, está exposta uma abordagem que diz respeito não só ao direito subjetivo que se pretende realizar, senão ao interesse comum, social, o que não é mais exigível (nem mesmo razoável) uma solução compartimentalizada, deixando sob a responsabilidade exclusiva da função jurisdicional o problema. A abordagem nestes termos apresentada, deve envolver o todo social e todas as funções do Estado, sem a qual, a jurisdição (que implica em uma intervenção) vai se manifestar por inúmeros comandos ineficazes e provocar ainda mais o acirramento das relações sociais, significando a potencialização dos conflitos.

A imagem de que há um excessivo número de conflitos judicializados (leia-se levado a uma instância institucional) não é nova. Muito menos a fartura na produção legislativa. Na Utopia, Thomas More contrastando a imaginária ilha com a realidade posta no início do século XVI (por volta de 1516), denunciava: “comparo Utopia com tantos países que fazem lei sem cessar, e não obstante são sempre incapazes de solucionar os seus problemas”;<sup>345</sup> ou ainda: “mas esse sem-números de leis, que aumenta a cada dia, não é suficiente para capacitar tal homem a obter e conservar o que é seu, ou mesmo distingui-lo do que pertence a outrem – de onde essa sucessão infinita de processos que atravancam os tribunais”.<sup>346</sup> Um pouco antes, em 1509, o grande amigo de More, Erasmo de Rotterdam, ao retratar o “elogio da loucura” como uma crítica mordaz ao comportamento político-social (e religioso) da época, elenca o processo como um dos grandes males que alguém pode causar a outrem. Nas palavras de Erasmo: “sem falar ainda de todos os males que o homem causa ao seu semelhante, como a pobreza, a prisão,

---

<sup>345</sup> MORE, Thomas. *Utopia*. p. 73.

<sup>346</sup> MORE, Thomas. *Utopia*. p. 73. Completa o autor no Livro Segundo criticando a importância (política) que assumiu os juristas (advogados) à época: “Utopia tem poucas leis, pois a formação dos cidadãos é tal que poucas já bastam. Uma das coisas que mais criticam em outros países é o fato de que apesar da enorme quantidade de volumes sobre leis e interpretações das leis que possuem, não parecem nunca ter o suficiente. Achar injusto que as pessoas tenham que se submeter a um código legal extenso demais para que se possa lê-lo, ou tão difícil que ninguém o consiga compreender. Além disso, não há advogados no país, pois esses espertalhões que manipulam os processos e distorcem as leis não teriam com que ocupar-se em Utopia (p. 156).

a infância, a vergonha, os tormentos, as emboscadas, as traições, os processos, os ultrajes, as patifarias...”<sup>347</sup>

A sucessão infinita de processos que atravança os tribunais imerge todo o Estado (e não somente Judiciário) em uma profunda e continua crise. Trata-se de um fato que afeta toda a sociedade e a estrutura do Estado, não podendo ser analisado separadamente. Pelos registros históricos revelados por Thomas More e Erasmo de Rotterdam, a crise na resposta judicial é bem anterior a compreensão de que o crescimento e o intervencionismo do Estado, “têm nos levado ao inchaço exagerado, inelutavelmente acompanhado de ineficiência crônica”,<sup>348</sup> concepção que Ada Pellegrini Grinover afirmou que “tem sabor de lugar comum”.<sup>349</sup> O fato, entretanto, está posto como registrado: do inchaço exagerado decorre a ineficiência crônica; “a sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da justiça, a complicação procedimental, tudo leva a uma insuperável obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários”.<sup>350</sup>

A colocação do problema exige, inicialmente, que se estabeleça quais são as suas causas e as suas consequências. A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da justiça e a complicação procedimental, só para ficarmos nos exemplos citados pela professora Grinover, embora sempre tomados como causas do problema, na verdade apenas reforçam, cada um por seus meios (e muito deles de difícil superação), a incapacidade do Estado de oferecer uma resposta jurisdicional às pretensões deduzidas de forma satisfatória e efetiva. Isto é, tais indicadores podem ser vistos como consequências e não como causas (e muito menos isoladas). O problema, portanto, encontra-se no déficit da resposta estatal (tomada em seu aspecto geral e não em casos particulares que podem estar sujeitos a interferência política ou de ordem pessoal) e tem uma causa principal (não única): o excesso de judicialização de conflitos.

Esmiuçando o motivo que oportuniza o excesso de judicialização, podemos apontar a nossa natureza conflituosa, contumaz, e pouco cooperativa à uma pretensão alheia (nos termos em que foi abordado no Capítulo I), especialmente na teoria da coerção integral formulada por Ralf Dahrendorf, onde: toda a sociedade e cada um de seus elementos estão sujeitos, em

---

<sup>347</sup> ERASMO, Desidério. *Elogio da loucura*. p. 44/45.

<sup>348</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. p. 21.

<sup>349</sup> *Idem*. p. 21.

<sup>350</sup> *Idem*. p. 21.

qualquer período a um processo de mudança; ou ainda o fato de ser toda sociedade uma estrutura em si contraditória e explosiva de elementos; além de que todo elemento de uma sociedade contribui para a sua mudança, diante da inexorável constatação de que qualquer sociedade se conserva mediante a coerção exercida por alguns dos seus membros sobre outros membros.<sup>351</sup> Junte-se a essa complexa abordagem sociológica do conflito o fato de que o Estado (mergulhado na concepção hobbesiana da submissão ao poder comum), substitui as partes em conflito oferecendo a ação para provocar a jurisdição, que por sua vez vai se efetivar sempre pela adoção de uma relação processual. É o que diferencia a resposta jurisdicional das demais funções estatais, conforme nos ensina a clássica lição de Chiovenda: “a atividade jurisdicional é sempre atividade de substituição; é, queremos dizer – a substituição de uma atividade pública a uma atividade alheia”.<sup>352</sup>

Finalmente, há que ser considerado que com o desenvolvimento da legalidade (acompanhando o progresso do sistema capitalista junto com a criação dos Estados modernos) que produziu uma profunda mudança nas relações sociais (e comerciais), tornando-se a sua interação cada vez mais “intensa e atuante, seja em nível de conflitos clássicos intersubjetivos, multiplicando-os e pulverizando-os, seja em nível de novos conflitos metaindividuais”<sup>353</sup>, reforçando a hipótese da historicidade traçada por Ralf Dahrendorf. Assim, o que nos diferencia do estado de natureza (caótico) é o fato de nosso poder comum instituído (o Estado) nos apontar que a solução do conflito deve ser processual (e não pessoal ou privada), revelando-se o seu caráter oficial e exclusivo (em troca é oferecida a proibição da resposta estatal de ofício, ou mesmo *ultra, infra* ou *extra petita*). Neste contexto, do mesmo modo que parece ser inevitável o conflito, parece ser inevitável que haja uma solução estatal, o que pode ser pontuado como um dado comportamental: culturalmente estamos programados para resolver conflitos judicializando as nossas pretensões.

As consequências do excesso de judicialização de conflitos são agravadas quando analisadas dentro de outro contexto, de onde o Judiciário emerge como protagonista,

---

<sup>351</sup> Neste sentido: DAHRENDORF, Ralf, *apud* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. p. 227.

<sup>352</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. p. 300.

<sup>353</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. p. 21.

implicando uma maior criação (exercício/atuação) da atividade jurisdicional. Este fato, sim, como aponta Mauro Cappelletti, é típico do século XX, decorrendo da transformação do modelo de Estado de Liberal para Social, e estaria associada a “uma revolta contra o formalismo”.<sup>354</sup> Sustenta o autor que esse fenômeno está combinado a um “crescente sentimento de desilusão não apenas em face dos parlamentos, mas também em relação ao poder executivo, à administração pública e suas inumeráveis agências”.<sup>355</sup> O protagonismo do Judiciário, entretanto, para Mauro Cappelletti, pode ser temerário: “certamente, o surgimento de um dinâmico terceiro gigante, como guardião e controlador dos poderes políticos do novo estado leviatã, constitui por si mesmo um acontecimento não imune aos riscos de perversão e abuso”.<sup>356</sup> Os riscos apontados por Cappelletti seriam de: a) autoritarismo; b) lentidão; c) gravosidade; d) inacessibilidade; e) irresponsabilidade; f) inquisitorialidade policesca; g) dificuldade de controlar o emprego correto da discricionariedade; h) inefetividade; e, por fim, i) legitimidade democrática. Tantos riscos contribuem para a instabilidade do sistema, fazendo com que seja ainda mais intensificada a pluralidade de conflitos. Qualquer dado que interfere nas relações sociais, especialmente se qualificados como de perversão e abuso, produzem uma reação conflitual (judicial em regra), retroalimentando o ciclo de causa e efeito que se torna sequencial e ininterrupto.

Apenas para se situar no tema da ingerência judicial em políticas públicas, é necessário apontar ausência de um consenso doutrinário (cada vez menor, mas ainda resistente)<sup>357</sup> sobre os limites da jurisdição;<sup>358</sup> até que ponto se presta exclusivamente para restaurar a ordem

---

<sup>354</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. p. 31. Segundo o autor a revolta seria nos EUA contra o formalismo do *case method*; na França (e áreas de influência) contra o positivismo jurídico; e, na Alemanha, contra formalismo científico e conceitual. Assim, “em todas as suas expressões, o formalismo tendia a acentuar o elemento da lógica pura e mecânica do processo jurisdicional, ignorando ou encobrindo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional, da escolha”. (p.32).

<sup>355</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. p. 44.

<sup>356</sup> *Idem*. p. 49.

<sup>357</sup> Manuel Gonçalves FERREIRA FILHO ensina que: “De modo algum, entretanto, o Judiciário pode – para a doutrina clássica – apreciar o mérito do ato de outro Poder. Não lhe cabe, jamais, examinar do ângulo da conveniência ou oportunidade os atos, comissivos ou omissivos, do Legislativo ou do Executivo. É o que exprime a famosa doutrina do ‘ato político’ ou do ‘ato de governo’ a limitar a apreciação pelo Judiciário dos atos de outros Poderes”. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. p. 193.

<sup>358</sup> Como representante da doutrina clássica, Rui BARBOSA, em 1892, anotou: “si o governo se serviu, convenientemente ou inconvenientemente de faculdades, que se supõem suas, pertence ao Congresso julgar. É a questão política. Si cabem, ou não cabem, ao governo as atribuições que se serviu, ou si, servindo-se delas, transpôs, ou não, os limites legais, pertence á justiça decidir. É a questão jurídica. O Congresso julga da utilidade. O Supremo

jurídica violada, ou pode ir além, reforçando a concepção criativa ou interventiva, cuja correção é necessária por meios de outra natureza (metajurídicos), “como são os meios econômicos, financeiros, políticos, técnicos, científicos, artísticos etc.”.<sup>359</sup> O certo é, porém, que a judicialização de conflitos não está somente relacionada a eliminação de uma incerteza (corrigível por uma ação declaratória), mas é em sua grande parte originada em fatos da vida que podem transcender aos fatos metajurídicos (a transcendência decorre de lei e é exigida para a constatação da repercussão geral, por exemplo), mas que na sua natureza são amparados por princípios ou direitos fundamentais assegurados. Haveria uma certa debilidade institucional e uma frustração social, se o sistema jurídico (que deve sempre ser analisado como o próprio Estado e não como um apenso) se mantivesse atento apenas à eliminação das incertezas, omitindo-se em analisar os atos praticados por outro Poder.

Mancuso anota que “as crises judicializadas não têm como ficar alocadas exclusivamente na seara jurídica, até porque o Direito provém dos fatos (*ex facto oritur jus*) e esses se apresentam matizados por múltiplos aspectos”.<sup>360</sup> Deste modo, se faz necessário naturalizar a resposta estatal. O fato do Judiciário suprir a omissão do Executivo em implantar políticas públicas (que na verdade visam a apenas resgatar as promessas constantes em nosso pacto social) ou mesmo uma omissão legislativa, diante de um fato da vida que produz efeitos reais embora não sejam por conveniência regulamentado (v.g. a omissão em relação a união estável/casamento homoafetivo), não implica, por si, no surgimento de um novo grande leviatã, como na colocação de Cappelletti, mas certamente contribui para agravar o excesso de conflitos judicializados. Somente este fato (o excesso de judicialização de conflitos), contudo, é que vai evidenciar os riscos listados por Cappelletti e cada um destes riscos, por sua vez, tem o seu potencial de produzir mais conflitos. Dentro do fenômeno contemporâneo da reação criativa, que do mesmo modo apresenta uma multiplicidade de causas, talvez, possamos encontrar a revolta contra o formalismo apontado por Cappelletti.

---

Tribunal, da legalidade. O critério do Congresso é a necessidade governativa. O do Supremo Tribunal é o direito escrito”. (*O estado de Sítio, sua natureza, seus efeitos, seus limites* p. 163).

<sup>359</sup> MESQUITA, José Inácio Botelho de. *Apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. p. 45.

<sup>360</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. p. 45.



A omissão do Estado no atendimento de um mínimo existencial é que perverte as relações e os valores sociais, sendo um dos fatores que potencializam o excesso de judicialização de conflitos. Por isso na doutrina (cada vez mais incisiva) muitos são os que defendem a indispensável função criativa ou ativação do Judiciário. Neste sentido, Silvio Dobrowolski sustenta que: “o judiciário nos tempos atuais não pode propor-se a exercer a função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos”.<sup>361</sup> Fazendo um necessário contraponto, desenhando um limite para a atividade criativa, e partindo da premissa de que há de fato uma patente distinção entre o enunciado da norma e a própria norma (que passa a existir somente após o processo interpretativo, ou seja após a atribuição de significado ao enunciado), Sérgio Nojiri admite apenas a criação judicial do direito se “for utilizada apenas no sentido de produção de normas jurídicas individuais e concretas, decorrentes de normas gerais e abstratas”.<sup>362</sup> Ao contrário, inovar representaria tão somente a “introdução de permissões, comandos e proibições não contemplados expressamente nas disposições legais”,<sup>363</sup> prevalecendo sobre o texto legal “a vontade política ou ideológica do julgador”.<sup>364</sup>

Substituir a vontade do legislador pela vontade do julgador, a princípio, parece apenas uma expressão que oferece um conteúdo vazio, pois não temos a vontade do legislador antes que seja atribuído um significado ao enunciado normativo. Quando essa questão é com frequência colocada em discussão deve-se ao fato de que pode ocorrer atribuição de significado normativo por questões políticas ou ideológicas do julgador. A democracia estaria sendo subvertida pela juristocracia, ou pelo lugar comum que se convencionou chamar ‘república de juízes’. Tal situação, pode gerar efeitos perversos, se levada ao pé da letra. Montesquieu, exaltando a virtude da lei, denunciava que “nos Estados despóticos, não existe lei: a regra é o próprio juiz”.<sup>365</sup> A criação judicial amparada pela visão de mundo e pelos valores do julgador implicaria, assim, no surgimento de um neodespotismo. Ou ainda, nas palavras de Lenio Streck,

---

<sup>361</sup> DOBROVOLSKI, Silvio. *A necessidade do ativismo judicial no Estado Contemporâneo*. p. 99.

<sup>362</sup> NOJIRI, Sérgio. *A interpretação judicial do Direito*. p. 144.

<sup>363</sup> *Idem*. p. 144.

<sup>364</sup> *Idem*. p. 145.

<sup>365</sup> *Apud* Edilson Pereira NOBRE JÚNIOR. *Ativismo judicial: possibilidades e limites*.

“corre-se o risco de criar cidadãos de segunda classe, que em vez de reivindicarem seus direitos no campo da política, apostam no paternalismo jurisdicista”.<sup>366</sup>

Ademais, é necessário pontuar que a omissão do Estado não é apenas das funções executiva ou legislativa. O Judiciário muitas vezes se omite no reconhecimento de um direito fundamental, mesmo os de valores supranacionais, implicando na busca de uma solução nos fóruns internacionais de direitos humanos, especialmente quando o Estado se obriga por convenção a sua submissão a uma corte internacional (como a Corte Interamericana de Direitos Humanos). Assim, tal omissão, direcionada por questões políticas ou ideológicas, no modelo despótico, é a materialização do próprio arbítrio e os conflitos tomam a forma exponencial.

Paulo Paiva, por sua vez, aponta o protagonismo judicial como paradoxo da democracia constitucional ou dificuldade contramajoritária.<sup>367</sup> Assim, a atividade criadora se consubstanciaria em uma mudança “nos parâmetros políticos-decisórios da democracia e teria como característica principal dar curso a uma progressiva restrição da discricionariedade dos órgãos político-majoritários”.<sup>368</sup> Por esse raciocínio, é bom esclarecer, reforça-se a concepção da rigidez constitucional, revelando uma “progressiva expansão do judiciário dentro da dinâmica governamental”,<sup>369</sup> com o objetivo de “garantir a rigidez dos direitos fundamentais contra o experimentalismo democrático”.<sup>370</sup> Contudo, também há um experimentalismo judicial, revelando que no jogo social, os atores repetem a cena, independente dos seus respectivos personagens. Para minimizar esse nefando efeito, estabelecemos em nosso pacto social a necessidade de fundamentação da decisão judicial e o direito de petição.

A cultura jurisdicista denunciada por Streck é um dos pilares do excesso de judicialização de conflitos. O indivíduo que não se sente privilegiado no espaço público, que tem dificuldade de acesso à política, para compensar manifesta a sua postulação no espaço judicial, pela possibilidade maior de acesso à justiça, o que encerra um paradoxo. Ambas as ações (política e judicial) estão direcionadas ao Estado. Tal comportamento pode sugerir que a via judicial é vista (pressentida) como um atalho à via política, de difícil compreensão à grande

---

<sup>366</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. p. 64.

<sup>367</sup> PAIVA, Paulo. *Juristocracia?* p. 500.

<sup>368</sup> *Idem*. p. 500.

<sup>369</sup> *Idem*. p. 524.

<sup>370</sup> *Idem*. p. 525.

parte da população, que não percebe culturalmente a coisa pública ou o espaço público como seu, em razão de todo o processo histórico de exclusão (e opressão) que foi submetida. Tal fato é agravado por um comportamento oligárquico da elite que enxerga a coisa pública (e o espaço público) como uma *longa manus* dos seus interesses privados. No Brasil, em especial, ensina Marcelo Arend, repercutindo as lições de Raymundo Faoro, “que sobre a sociedade, acima das classes sociais, o aparelhamento político brasileiro impera, rege e governa, em nome próprio”.<sup>371</sup> Deste modo, a consequência é que “a comunidade política conduz, comanda e supervisiona os negócios públicos como negócios privados seus. Existe uma eterna confusão entre público e privado. É o domínio caracterizado pelo patrimonialismo”,<sup>372</sup> realizado por um grupo (estamento) que se apossa do Estado.

O empobrecimento da ocupação do espaço público e, portanto, da discussão sobre políticas públicas, faz surgir a viabilidade da intervenção judicial. Com efeito, a não percepção da maioria e a apropriação de alguns do espaço público, como espaço legítimo para o debate e construção das pretensões sociais, aprofunda o abismo entre as classes sociais, direcionando a resolução dos conflitos para uma instância aparentemente mais acessível. Certamente é mais fácil (ou rápido) deduzir uma pretensão judicialmente do que construir um argumento e debater em um espaço comum. Para os que podem se apropriar do espaço público (o que naturalmente ocorre de forma estamental), surgem soluções políticas às suas demandas, porquanto o poder político (mais próximo) espontaneamente se torna mais sensível às suas pretensões. Para os que não se reconhecem no jogo político, apenas lançam mão de uma pequena luz no fim do túnel, do mesmo modo que o necessitado estende a mão na esperança (ou diante da incerteza) de receber alguma doação e satisfazer a sua necessidade mais urgente. A falta de uma cultura que propicie o acesso à política tem, portanto, relação direta com a multiplicação de demandas judiciais, o que por fim acaba por prejudicar o próprio acesso à justiça: é como se a multidão que não se reconhece no espaço público se espremesse ao mesmo tempo para passar nos estreitos limites do túnel que poderá conduzi-la a qualquer luz em seu fim.

---

<sup>371</sup> *Atraso via modernização cultural: uma leitura evolucionista das obras de Faoro e Furtado*. p. 661.

<sup>372</sup> AREND, Marcelo. *Atraso via modernização cultural: uma leitura evolucionista das obras de Faoro e Furtado*. p. 661.

Há, ainda, uma outra questão que sobrecarrega as consequências do excesso de judicialização de conflitos. Além de todos os riscos listados por Cappelletti, ou ainda no mesmo sentido apontado pela professora Grinover, Lenio Streck informa que vivemos uma crise de modelo ou modo de produção do Direito que não nos permite o enfrentamento da complexidade contemporânea dos conflitos judicializados. A crise do modelo se “instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com uma perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos individuais”.<sup>373</sup> O modelo em crise é amparado por uma visão individualista que sustenta o prestígio da parte sobre o todo, do indivíduo acima da sociedade, o que por fim leva ao “apego a um conjunto de normas e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em normas da certeza jurídica e da segurança do processo”.<sup>374</sup> Seguindo assim, não estaríamos preparados para compreender os novos fenômenos jurídicos, encontrando “dificuldade para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos, protegem os direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos”.<sup>375</sup>

Em razão do acúmulo (ou da repetição) de pretensões judicializadas demandando a realização dos direitos fundamentais consagrados, surgiu a necessidade de se estabelecer um critério do que pode ser um mínimo existencial a ser garantido pela intervenção judicial. Na ADPF 45-9<sup>376</sup>, o Ministro Celso de Mello decidiu que:

*Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.*

---

<sup>373</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. p. 46.

<sup>374</sup> *Idem.* p. 46.

<sup>375</sup> *Idem.* p. 46.

<sup>376</sup> Supremo Tribunal Federal, DJ de 04.05.2004.

*Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.*

Visto assim, como aponta a professora Grinover, a decisão da Suprema Corte do Brasil aponta os requisitos para a intervenção no controle das políticas públicas: a) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido; b) a razoabilidade da pretensão deduzida e; c) a existência de disponibilidade financeira do Estado.<sup>377</sup> A princípio parece não haver muita dificuldade de compreender o que seria a existência de disponibilidade financeira do Estado para adimplir a obrigação exigida, ou mesmo a razoabilidade da pretensão, que significa, “em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados”.<sup>378</sup> Mas enfim o que seria o mínimo existencial a ser garantido pelo Estado, diante de todos os direitos de primeira, segunda e terceira gerações consagrados? A própria professora Grinover responde: “o mínimo existencial é considerado um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado”.<sup>379</sup> Logo, diante do leque de direitos fundamentais assegurados, via de regra por nosso pacto social, revela-se a impossibilidade do Estado de a todos atender, restando ao Judiciário, como limite, garantir o mínimo existencial. Enumera a professora Grinover, com apoio em estudo de Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior, os seguintes direitos para a garantia do mínimo existencial: a) educação fundamental; b) saúde básica; c) saneamento básico; d) concessão de assistência social; e) tutela do ambiente, e; f) acesso à justiça.<sup>380</sup>

O acesso à justiça situa-se, portanto, diante do rol de direitos relacionados às condições mínimas da existência humana. Logo, negar acesso à justiça, como forma de evitar o excesso de judicialização de conflitos, é uma opção retrógrada que pode oportunizar um viés arbitrário, mas que se tem verificado cada vez com maior frequência. Podemos até afirmar que se trata de

<sup>377</sup> Neste sentido: GRINIVOVER, Ada Pellegrini. *O controle das políticas públicas pelo poder judiciário*. p. 17.

<sup>378</sup> GRINIVOVER, Ada Pellegrini. *O controle das políticas públicas pelo poder judiciário*. p. 19.

<sup>379</sup> *Idem*. p. 18.

<sup>380</sup> Neste sentido: GRINIVOVER, Ada Pellegrini. *O controle das políticas públicas pelo poder judiciário*. p. 18.

uma tendência, exposta pela construção de uma jurisprudência defensiva ou por reformas legislativas com a finalidade tão-somente de desafogar tribunais, tornando-se muito distante da necessária resposta do Estado para dirimir conflitos reais e cotidianos. Tal opção acentua a conflituosidade das relações sociais, e, apenas aparentemente, fornece a impressão de que a resposta estatal esteja sendo de fato efetiva (incorpora-se os argumentos numéricos ao tempo em que se ignora a qualidade da decisão). Em parte, esse fato se explica por uma reação a que Maria Tereza Sadek chamou de a “dimensão não política da crise do judiciário”, constatando a insatisfação popular aos serviços prestados por essa “agência pública prestadora de serviço”,<sup>381</sup> em especial com a questão relacionada a celeridade processual. Logo, passou a ser mais importante julgar rápido do que julgar bem, reforçando o estigma de que o que vale são as impressões e não as soluções. Negar jurisdição é a mais grave consequência do excesso de judicialização dos conflitos.

O entendimento embaçado dos limites e condições do acesso à justiça, bem como a sua contumaz confusão com a demanda judicial (necessidade de resolução dos conflitos por uma manifestação jurisdicional) contribuem, ainda, com a perversidade das consequências do problema do excesso de judicialização de conflitos, enfraquecendo a compreensão integral deste instituto, que não pode, repita-se, ser visto apenas como uma resposta setORIZADA e incompleta por parte do Estado (limitada ao Judiciário), senão dentro de um contexto complexo e multi-institucional.

#### **2.4. O que importa nos números do excesso de judicialização dos conflitos (a inviabilização do sistema judicial)**

*Algo próximo se passa com a prestação judiciária estatal: as causas do excessivo demandismo judicial não são particularmente investigadas ou diagnosticadas, e por isso mesmo não resultam eficazmente enfrentadas.*  
(Rodolfo de Camargo Mancuso)<sup>382</sup>

---

<sup>381</sup> SADEK, Maria Tereza. *Judiciário: mudanças e reformas*. p. 85.

<sup>382</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. p. 52.

Os números demonstram que o excesso de judicialização de conflitos está sistematicamente inviabilizando a prestação jurisdicional. O Conselho Nacional de Justiça - CNJ vem divulgando anualmente uma pesquisa denominada *Justiça em Números*, da qual podemos extrair, da edição de 2011 (ano-base 2010)<sup>383</sup> os seguintes dados: existiam no Brasil em 2010 16.804 juízes<sup>384</sup> (14.410 no 1º Grau e 2.262 no 2º Grau) e 321.963 servidores no Judiciário (19,5 servidores por juiz). Considerando a justiça estadual, federal e trabalhista a média era de 1303 novos casos por juiz apurados dos seguintes dados: 1.036 novos casos por juiz de 1º grau, 1607 novos casos por juiz do Juizado Especial e 1267 novos casos por juiz de 2º grau. Levando em conta que os juízes gozam de 60 dias de férias (artigo 66 da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979) e vinte dias úteis de trabalho por mês (para compensar por aproximação os feriados do ano), tínhamos em 2010 que a média aproximada para cada juiz era no 1º Grau de 103,6 novos casos por mês ou 5,18 casos por dia. Nos Juizados Especiais foram 160,6 por mês e 8,03 casos por dia. Para os magistrados de 2º grau essa relação foi 126,7 novos recursos por mês ou o equivalente a 6,3 por dia. No geral, em 2010 foram ajuizados 24.227.727 novos casos e prolatadas 22.152.378 sentenças.

Aos novos casos juntam-se os casos pendentes. Segundo a pesquisa do CNJ, tais casos chegam a 59.166.724, totalizando 83.394.451. Dividindo o montante dos casos pendentes por 16.804 juízes, encontramos o total de 3.521 processos por juiz (independente da complexidade do caso). A carga de trabalho para cada juiz de 1º Grau é em média 5.085 processos, para os de Juizado Especial 4.224 e para os magistrados de 2º Grau 2.819 processos; no total a média de carga de trabalho é de 4.042 processos por juiz. No mesmo raciocínio de 10 meses por ano e 20 dias de trabalho por mês, para que não houvesse congestionamento, cada juiz deveria fazer 20,1 sentenças por dia. Por isso a taxa de congestionamento apurada na pesquisa aponta que é de 61,6% no 1º Grau na fase de conhecimento e 87,6% na fase de execução. Nos Juizados Especiais, criados em 1995 (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995) para dar mais celeridade aos conflitos não complexos a serem dirimidos pelo Judiciário, o congestionamento é de 47,5%

---

<sup>383</sup> Disponível no sítio [http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel\\_justica\\_numeros\\_2010.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf)

<sup>384</sup> Dado corrigido na edição de 2013 do *Justiça em Números* para 16.591 juízes. Optamos por não corrigir os números retirado da pesquisa de 2011 em razão de ser o valor corrigido irrelevante, não alterando o raciocínio proposto.

(fase de conhecimento) e 51,1% (fase de execução). No 2º Grau, a taxa de congestionamento chega em média a 50,3% dos processos em grau de recursos, segundo demonstrava a pesquisa.

Se tomarmos apenas os novos casos anualmente propostos (24.227.727) seriam necessários que fossem prolatadas mais de 2.422.772,7 sentenças por mês ou 121.138,6 por dia. Novamente considerando o número indicado de 16.804 juízes somente para manter o trabalho em dia, com os novos casos propostos, cada juiz deveria fazer 7,2 sentenças, recorrendo ainda ao cálculo de 20 dias/mês e 10 meses/ano. Considerando o número total de processos (novos + pendentes) de 83.394.451 para que houvesse uma resposta satisfatória seriam necessários prolatar 4.962 sentença/ juiz, ou ainda, 496,2 sentenças mês ou 24,81 por dia.

Na edição de 2013 (ano-base 2012),<sup>385</sup> a pesquisa do CNJ apontou que o número de juízes aumentou irrisoriamente 1,62%, passando para 17.077<sup>386</sup> (2010 – 16.804 juízes), expondo que apenas 273 juízes ingressaram no judiciário em dois anos.<sup>387</sup> O total de servidores do judiciário, por sua vez, passou para 390.338 (2010 - 321.963), representando um aumento considerável de 19,5 servidores/juiz em 2010 para 22,85 servidores/juiz em 2012. Em dois anos, portanto, aumentou em média três servidores a mais por juiz, ou 21,2%.

Tabela 1: Dados Gerais do Justiça em Números

Pesquisa 2011 (ano base 2010)/2013 (ano base 2012)					
Total de Juizes		% de aumento	Casos Novos		% de aumento
2010	2012		2010	2012	
16.804	17.077	1,62%	24.227.727	28.215.812	16,46%

Fonte: CNJ - Justiça em Números - Edições 2011 e 2013

<sup>385</sup> Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>

<sup>386</sup> Assim distribuídos: juízes estaduais, 11.960; juízes federais, 1.174; juízes trabalhistas, 3.250; juízes eleitorais, 3.178; juízes militares estaduais, 39; juízes auditores militares, 32; ministros dos tribunais superiores, 82.

<sup>387</sup> Ou 486 juízes considerando a correção de 16.804 para 16.591 juízes em 2010, conforme a edição da pesquisa de 2013 (aumento ainda irrisório de 2,92%).



No entanto, em 2012 o número de casos novos saltou para 28.215.812 (2010 - 24.227.727 casos novos),<sup>388</sup> e os casos pendentes para 64.018.470. O déficit é evidente: enquanto em 2010 eram 59.166.724<sup>389</sup> casos pendentes, em 2012 saltou para 64.018.470, uma diferença que representa um aumento de 4.851.746 casos pendentes, ou seja, 8,2% em dois anos.<sup>390</sup> Os processos em tramitação (soma dos casos novos aos casos pendentes) saltaram de 83.394.451 em 2010 para 92.234.282, o que representa um aumento de 8.839.831, ou o equivalente a 10,60%.<sup>391</sup> O aumento dos novos casos no período 2010/2012 foi de 3.988.085, representando 16,46%.<sup>392</sup>

Tabela 2: Dados Gerais do Justiça em Números

Pesquisa 2011 (ano base 2010)/2013 (ano base 2012)					
Casos Pendentes		% de aumento	Processos em Tramitação		% de aumento
2010	2012		2010	2012	
59.166.724	64.018.470	8,20%	83.394.451	92.234.282	10,60%

Fonte: CNJ - Justiça em Números - Edições 2011 e 2013

Em 2012, portanto, cada juiz, de uma forma geral, ficou responsável por 5.401 processos em tramitação, o que significa que cada um teria que despachar 27 processos por dia para ao final do ano todos os processos em tramitação terem recebido ao menos um movimento. Naquele ano foram prolatadas 24.762.048 sentenças (2010 - 22.152.378 de sentenças), revelando um aumento de 2.609.670 sentenças no período 2010/2012, o que importa em um acréscimo de 11,78% ao tempo em que o aumento do número de juízes foi de apenas 1,62%. É claro o aumento de produtividade, mas o que a pesquisa não pôde medir foi ao custo do quê.

O número de sentenças prolatadas em 2012 indica que (na média) cada juiz julgou 1.450 vezes no ano, 145 vezes por mês ou 7,2 vezes por dia, e mesmo assim só considerando os casos novos (28.215.812), as 24.762.048 sentenças produziram um déficit de 3.453.764 processos que

<sup>388</sup> Dado corrigido na edição de 2013 para 23.956.266.

<sup>389</sup> Valor corrigido para 60.457.501 na edição de 2013.

<sup>390</sup> Considerando a correção dos casos pendentes de 2010 para 60.457.501 na edição de 2013 o aumento é de 3.560.969, ou de 5,89%.

<sup>391</sup> Com a correção da edição de 2013 o aumento seria de 7.811.515 ou 9,25%.

<sup>392</sup> Pela correção da edição de 2013, o aumento seria ainda maior: 4.250.546, ou de 17,73%.

foram deixados para serem acrescentados aos processos pendentes para o ano seguinte. Para a eliminação do déficit seria necessário somente para os casos novos que tivessem sido prolatadas 1.652 sentenças/ano (165/mês ou 8,25/dia). Para eliminar o número de processos em tramitação, seria, por sua vez, necessário que cada juiz fizesse 5.401 sentenças ano, ou 27 por dia.

Tabela 3: Processos e Sentenças

Processos no Judiciário – 2012							
Total de Sentenças Prolatadas	Média de Processos/Juiz			Déficit de Processos	Eliminação do Déficit de Processos		
	Ano	Mês	Dia		Ano	Mês	Dia
24.762.048	1.450	145	7,2	3.453.763	5.401	540	27

Fonte: CNJ - Justiça em Números - Edição 2013

Os números apontados pela média geral ainda estão longe da realidade que encontramos ao setORIZARMOS a pesquisa sobre o que de fato representa o drama do excesso de judicialização de conflitos. Tomando, por exemplo, a notícia publicada no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, em 15.06.2013, foi informado na manchete que: *“Humberto Martins comemora 7 anos de STJ com 86 mil processos julgados”*.<sup>393</sup> Logo, o Ministro Humberto Martins desde 2006 vem julgando 12.285 processos/ano, o que importa em 1.228 processos/mês, 61,4 por dia ou 7,6 processos por hora (considerando que se dedique somente para o julgamento de 8 horas diárias). E o problema é geral: na notícia divulgada também pelo sítio oficial eletrônico, em 06.02.2014, é anunciado que: *“STJ alcança produtividade recorde em julgamentos. Nos últimos meses, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) bateu recordes de produtividade em julgamentos. Os anos de 2012 e 2013 são os que apresentam maior número de processos julgados; somados, são mais de 720 mil casos resolvidos”*.<sup>394</sup> Assim, guardando o raciocínio idêntico, da mesma forma que o Ministro Humberto Martins, os demais ministros integrantes do STJ estão julgando 7,5 casos por hora, ou o equivalente a um caso a cada 6 minutos aproximadamente.

<sup>393</sup> Disponível em [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=110035](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=110035)

<sup>394</sup> Disponível em [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=113143](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=113143)

Por onde se possa analisar esses dados, divulgados por uma mídia oficial, é absolutamente inconcebível. Os Ministros do STJ estão fazendo por hora o que a média nacional dos juízes apontada na pesquisa do CNJ de 2013 faz por dia, e por mais que se possa dispor de uma assessoria qualificada, o que se espera de um magistrado superior é ao menos o conhecimento e a supervisão do que está sendo assinando (produzido pelo gabinete).<sup>395</sup> Tal fato aponta para uma carga desumana de trabalho, visto que além de julgar 61 casos por dia (média do Tribunal), o Ministro tem que participar das audiências da Turma e da Seção ao qual está vinculado (o que demanda muito tempo), além de participar das seções da Corte Especial (em alguns casos), receber os representantes das partes e despachar com a assessoria.

Como consequência deste fato, vem ocorrendo no Superior Tribunal de Justiça o acirramento do debate sobre a adoção de mecanismo de filtragem das matérias a serem decididas no tribunal, desde que comprovada a sua repercussão geral.<sup>396</sup> Para tanto, já tramita, inclusive, uma proposta de emenda à Constituição (PEC 209/12) que prevê:

*No recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento.*

A repercussão geral para recurso especial (atualmente em vigor somente para o recurso extraordinário), se juntaria a outros mecanismos de filtragem, tais como a súmula vinculante, súmula impeditiva de recurso, julgamento de demandas repetitivas, visando a diminuição do número de processo em tramitação na instância superior. Outrossim, como denuncia Mancuso, mais uma vez estamos fazendo a opção pelo mais fácil, escondendo as causas e combatendo os efeitos. A repercussão geral para o Superior Tribunal de Justiça assalta o propósito de sua missão constitucional de unificar nacionalmente a jurisprudência infraconstitucional, firmada de

---

<sup>395</sup> Outra notícia disponibilizada no sítio do STJ, em 15.10.2013, dá conta que: *Mesmo com aumento de 51% na produtividade, acúmulo de processos no STJ cresce o dobro do Judiciário.* Apesar de aumentar a produtividade em 51%, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) viu seu estoque de processos crescer bem acima do Poder Judiciário nos últimos quatro anos. *Os dados são do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), divulgados na manhã desta terça-feira (15). Enquanto o estoque geral aumentou 10,6%, no STJ o estoque cresceu 22% no mesmo período.* Disponível em [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111757](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111757)

<sup>396</sup> Notícia o sítio eletrônico do STJ em 18.09.2013: *STJ reúne parlamentares para debater filtros em recursos especiais.* Disponível em: [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111336](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111336)

forma diversa pelos inúmeros tribunais estaduais e federais. A escolha dos casos que interessam ao tribunal julgar é uma característica (e uma necessidade) presente somente nas Supremas Cortes, que, de regra, separam os casos em que não há consenso moral (pela sua definição jurídica) possível de ser construído pela sociedade. No mais, estamos diante da discussão do entendimento e do alcance do direito que necessitam de unificação (especialmente agravado pelo federalismo que contorna o nosso país), que importa a grupos e comunidades distintas de várias regiões, e que devem ser do mesmo modo julgados sem que haja possibilidade de qualquer discriminação (predomínio da pauta por interesses econômicos ou de grupos organizados) ou mesmo de omissão (pela ausência do enfrentamento do tema). O mecanismo da repercussão geral impõe mais um juízo recursal discricionário, desconsiderando as severas restrições para o cabimento do recurso especial limitadas apenas aos casos de contrariedade, negativa a lei federal e divergência jurisprudencial com outro tribunal, além do fato de que o recurso especial está sujeito a uma análise de admissibilidade (rigorosa) prévia pelo próprio tribunal recorrido.

Porém, o problema do excesso de judicialização de conflitos em tramitação no Superior Tribunal de Justiça é inegável. Talvez mereça ser visto por outra ótica, além da já saturada fórmula de negar (ou dificultar) a jurisdição pela assunção de filtros recursais. O STJ foi criado pela Constituição de 1988 e entrou em funcionamento em 1989. A população brasileira pelo censo de 1991 era de 146.917.459.<sup>397</sup> No censo de 2010 nós já éramos 190.755.799<sup>398</sup> e, finalmente, em agosto de 2013 atingimos o patamar de 200.000.000 de brasileiros.<sup>399</sup> Logo, desde a criação do STJ (há 25 anos) a população brasileira cresceu em 53.082.541 de habitantes, ou o equivalente a 36,13% (número bem superior a população atual da Argentina – 40,1 milhões em 2010 ou da Espanha, 47,2 milhões 2012). Por sua vez, a estrutura judicial do STJ permaneceu a mesma de 25 anos atrás: 30 ministros judicantes e 3 ministros em funções administrativas (ao menos afastados de turmas e seções). Por óbvio que a taxa de litigiosidade social não está só relacionada com o aumento da população, mas esse é um fato condutor da quantidade de demandas judiciais. Ademais, com a criação do STJ na Constituição de 1988

---

<sup>397</sup> IBGE. *Censo Demográfico*. 1991.

<sup>398</sup> IBGE. *Censo Demográfico*. 2010.

<sup>399</sup> Estadão. Disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,brasil-passa-dos-200-milhoes-de-habitantes-e-populacao-comeca-a-cair-em-2043,1069157,0.htm>

também foi concebido um novo formato para as instituições essenciais à justiça, tendo, daí um enorme desenvolvimento da possibilidade postulatória, seja pela advocacia pública, seja pelo Ministério Público, mas, principalmente, o que se pode notar com mais clareza na última década, da Defensoria Pública. Assim, com a organização maior do espaço de postulação, maior foi a pressão junto ao Judiciário, em especial ao STJ.

Deste modo, uma parte do problema pode ser explicado. Com 53 milhões de habitantes a mais, com uma forte estruturação material das instituições essenciais à função jurisdicional nos últimos 25 anos, não parece razoável que o STJ possa dar a mesma resposta para a solução dos conflitos postos à sua deliberação que se esperava em 1989. Com efeito, diante deste quadro, parece injustificável que se mantenha o mesmo número de ministros atuantes no Tribunal, antes que se possa abrir o debate sobre a adoção de mecanismos que dificultem ou neguem acesso à jurisdição, com evidentes prejuízos aos jurisdicionados.

Exemplificando com os números, informa a pesquisa do CNJ de 2011 que 18% dos 295.102 casos novos do STJ são criminais. Logo, em 2010, entraram aproximadamente 53.118 processos criminais, que divididos pelos mesmos 10 ministros desde 1989 (Quinta e Sexta Turmas integrantes da Terceira Seção), temos 5.311 novos casos criminais por ano, 531/mês, que representam a necessidade de 26,5 julgamentos por dia só para atender os casos novos. Vale ressaltar, ainda, que estamos exemplificando em casos de natureza penal, onde por questão de humanidade não é razoável esperar uma resposta tardia. O comportamento desviante, por sua singularidade, não pode ser tratado como conflito de massa, porquanto exige análise individualizada. Isto é, qualquer processo que envolva a restrição da liberdade humana deveria ter prioridade e não ser colocada, sob o ponto de vista da crítica do senso-comum, no lugar onde se possa aguardar, sem perversos prejuízos, uma manifestação jurisdicional qualquer. Some-se a tudo isso a necessidade de uma resposta qualitativa (não somente formal) e a indissociabilidade de matéria desta natureza (penal) da apreciação do judiciário: na questão da pena não há alternativa à forma judicial de resolução do conflito. Portanto, esperar que um ministro possa dar uma resposta satisfatória em uma área de extrema importância humanitária tendo que tomar mais de 26 decisões por dia, além de participar de julgamentos na turma e na seção, despachar com assessoria, atender os representantes da parte e etc., nos parece pueril.

No Brasil, segundo os dados do *Justiça em Números* de 2013 (ano-base 2012), foram constatados na justiça estadual de primeira instância 1.635.061 novos casos criminais, que somados aos 3.889.890 casos pendentes totalizavam 5.524.951 casos criminais em tramitação. Na Justiça federal, também de primeira instância, foram distribuídos 91.545 casos criminais e se encontravam pendentes para julgamento 170.133 processos, o que perfazem 261.678. Em 2012, portanto, estavam tramitando ao todo 5.786.629 processos criminais na primeira instância. Por sua vez, nos tribunais de segunda instância estaduais, os novos casos criminais distribuídos foram de 416.424, que somados aos 316.385 casos pendentes, totalizavam 732.809 processos criminais em tramitação. Na segunda instância da justiça federal foram 21.644 casos novos criminais e 24.195 casos pendentes, inteirando 45.839 processos criminais em tramitação. Entre a justiça estadual e a federal de segunda instância tramitavam, portanto, 778.648 processos criminais, dos quais foram tomadas 433.543 decisões terminativas na justiça estadual e 20.760 na justiça federal totalizando 454.305 decisões que foram objeto de avaliação dos representantes das partes para eventual ingresso com recurso cabível no STJ.

Com toda essa quantidade (454.305) de decisões terminativas criminais, tomadas na segunda instância da justiça brasileira (apesar do índice de congestionamento dos processos criminais ser da ordem de 86,4%), chegaram apenas ao STJ, como novos casos criminais, 54.188 processos em 2012. Logo, somente 11,92% das decisões da segunda instância foram levadas à discussão no STJ, o que denota um número absolutamente compatível com a missão constitucional de uniformização de jurisprudência do direito infraconstitucional. A princípio não parece estar havendo abuso no direito de recorrer quando os números são analisados de uma forma global (excetuando os casos pontuais, que via de regra estão relacionados com atividade procrastinatória de acusados protegidos pelo poder econômico). O problema, entretanto, situa-se no fato de que estes 11,92% de processos criminais que chegaram ao STJ representaram em 2012, para o fator humano (cada um dos 10 ministros com competência criminal), uma carga de trabalho de 5.418 processos/ano, 541/mês ou 27 por dia, somente com relação aos casos novos. Os casos pendentes em 2012, segundo o CNJ, eram de 68.957, totalizando 123.145 processos criminais, ou seja, para cada magistrado uma carga de 12.314 processos/ano, 1.231/mês, o que representa a necessidade de se tomar 61,5 decisões por dia para poder haver

uma resposta satisfatória em uma matéria que necessita, em regra, de providências urgentes, sob pena dos recursos perderem o seu objeto.

Tabela 4: CNJ Casos Criminais

Balauço dos Casos Criminais - 2013 (ano base 2012)		
Decisões Terminativas de 2ª Instância	Novos Casos no STJ	% de casos do STJ com as decisões terminativas de 2ª Instância
454.305	54.188	11,92%

Fonte: CNJ - Justiça em Números - Edição 2013

Com relação aos recursos criminais efetivamente julgados pelo STJ em 2012, não resta dúvida de que estamos vivenciando um problema cuja a gravidade começa a se tornar imensurável. Segundo a pesquisa do CNJ, somente nos casos criminais os 10 ministros do STJ produziram 60.710 decisões monocráticas ou colegiadas que puseram fim a relação processual criminal. Portanto, cada um julgou, naquele ano, 6.071 processos/ano, 607/mês, ou o espantoso patamar de 30,3 decisões criminais por dia. Resta dizer, outrossim, que a Terceira Seção do STJ também tinha competência para julgamento de processos não criminais (previdenciários) o que foi alterado somente por mudança no regimento interno do Tribunal ocorrida em dezembro de 2011, o que agravava ainda mais a possibilidade de resposta satisfatória.

Tabela 5: Julgamento STJ

Casos Efetivamente Julgados no STJ - Criminal			
Total Geral	Por Ministros		
60.710	Ano	Mês	Dia
	6.071	607	30,3

Fonte: CNJ - Justiça em Números - Edição 2013

Tais números indicam a necessidade de revisão do quantitativo de ministros nesta Corte superior. Não há outra solução, não se pode dificultar acesso à jurisdição ou promover meios

alternativos de resolução de conflitos criminais. Os recursos criminais não são promovidos em massa, senão na análise individualizada de cada caso. Estamos, igualmente, diante do fato que o patamar de recursos impetrados é moderado com relação as decisões terminativas da segunda instância estadual e federal. Trabalhar com um número de 11,92% de recursos para uma instância especial é bastante adequado na área penal, cuja interpretação do direito nas instâncias inferiores não é muito homogênea. O que deve ser ressaltado é o tamanho da atividade jurisdicional no Brasil (em 2012 haviam 5.786.629 processos criminais em tramitação que ainda não haviam chegado à segunda instância), e partindo de 454.305 decisões criminais terminativas de segunda instância por ano, o número de processos que o STJ recebeu (54.188) é proporcionalmente pequeno, o que corresponde a apenas 0,93% dos processos em tramitação em 2012.

O problema se situa no fato de que apesar de serem proporcionalmente poucos os processos criminais que chegam ao STJ, é inexigível que um ministro possa produzir 30 decisões por dia na área penal, sem que tais decisões gerem desconfiança dos operadores do direito e dos jurisdicionados sobre o seu conteúdo, acirrando ainda mais o grau de litigiosidade, com a impetração de novos recursos (internos e ao STF), fazendo imergir essa atividade jurisdicional em uma profunda e circular crise de legitimidade. Exemplificando, entre 2006 e 2012, no Supremo Tribunal Federal a discussão de matéria penal aumentou em 192% e a discussão sobre processo penal em 128%.<sup>400</sup>

Em matéria não-criminal a realidade se apresenta de forma não menos assombrosa. Em 2012, ainda segundo o *Justiça em números* (edição 2013), chegaram na segunda instância estadual 1.701.769 casos novos, que somados aos 1.299.989 casos pendentes, perfaziam 3.001.758 processos. Foram prolatadas, no período, 1.781.655 decisões não-criminais que puseram fim a uma relação processual, portanto, em tese, estavam sujeitas a recursos para o STJ. Como no período chegaram 207.194 novos casos não-criminais ao STJ, este número representa 11,62% das decisões não-criminais terminativas na segunda instância, isto é, valor muito próximo ao encontrado nas decisões terminativas criminais (11,92%).

---

<sup>400</sup> Dados do *Supremo em Números*. 2013.



Tabela 6: CNJ Casos Não Criminais

Balço dos Casos Criminais - 2013 (ano base 2012)		
Decisões Terminativas de 2ª Instância	Novos Casos no STJ	% de casos do STJ com as decisões terminativas de 2ª Instância
1.781.655	207.194	11,62%

Fonte: CNJ - Justiça em Números - Edição 2013

Do mesmo modo, não se verifica um excesso de recursos, mas, tão somente uma minimização da estrutura do STJ. Cada um dos 20 ministros integrantes da Primeira e Segunda Seção (incluindo aí o Ministro Humberto Martins anteriormente citado), recebeu 10.359 novos casos por ano, 1.035/mês, ou 51,79/dia. Somados aos pendentes (247.360) totalizaram 454.554 processos. Para uma resposta satisfatória, cada ministro deveria julgar 22.727 processos por ano, 2.272/mês, ou a inacreditável marca de 113,63 por dia. Dos que foram efetivamente julgados em 2012, isto é, das decisões (monocráticas ou colegiadas) não-criminais terminativas (que puseram fim a uma relação processual), o número revelado pela pesquisa do CNJ é de 286.421 processos. Desta forma, a média foi de 14.321 decisões terminativas por ano, 1.432/mês, ou a espantosa marca de 71,60 decisões por dia. Considerando, assim como para o Ministro Humberto Martins, uma carga de 8 horas diárias somente dedicadas ao julgamento, descobrimos que os Ministros do STJ, em 2012, julgaram, na média, 8,95 processos não-criminais por hora. Claro que aqui, diferentemente dos processos criminais, existe o fenômeno da litigância de massa, que pode (deve) por outros meios ser ajustada.

Tabela 7: Casos Julgados - não criminais

Julgamentos			
Casos Efetivamente Julgados	Média de Casos Julgados		
	Ano	Mês	Dia
286.421	14.321	1.432	71,6

Fonte: CNJ - Justiça em Números - Edição 2013

No mesmo sentido, considerando a soma das decisões terminativas não-criminais na segunda instância (1.781.655) com as criminais (454.305), contabilizaríamos 2.235.960 decisões que poderiam ser objeto de recursos para o STJ. Destas, no total, só chegaram ao STJ 261.382 processos, ou o equivalente a 11,68%, revelando ser este o patamar médio de inconformismo com as decisões terminativas prolatadas na segunda instância estadual e federal. Considerando que oficiam 2.379 desembargadores, ainda segundo os dados do CNJ, a quantidade de ministros (33), para uma Corte que tem a missão de unificar a jurisprudência infraconstitucional, é de apenas 1,38% do total de desembargadores para atender a média de 11,68% de demanda. Em um exercício de proporção, a quantidade de ministros do STJ deveria obedecer esse patamar, sob pena de eternizarmos a discussão e o estrangulamento do sistema judicial.

O contexto como se apresenta, agravado pela imutabilidade institucional do STJ desde 1989, não permite uma perspectiva, nem sequer a longo prazo, de que esse círculo vicioso possa ser rompido, exigindo que se busque a legitimidade perdida, abalada pela ordem superlativa dos números divulgados pelo CNJ, com o enfrentamento e a discussão desse tema de uma forma objetiva e desvelada.

## **2.5 O custo do excesso de judicialização de conflitos (ausência de uma análise sistêmica)**

É inegável que os números revelados pelo CNJ estão revelando o esgotamento do sistema judicial em todas as instâncias. Em 2010, o judiciário consumiu 1,11% do PIB (47 bilhões de reais), equivalendo a uma contribuição anual de R\$ 246,55 por habitante (190.755.799 habitantes).<sup>401</sup> Somente dois anos depois (2012), as despesas alcançaram 1,32% do PIB (57,2 bilhões de reais), ou R\$ 300,48 por habitante (considerando o número estimado de 193.946.886 pelo IBGE).<sup>402</sup> Houve um aumento de 21,59% em relação ao ano de 2010, mas esse patamar não excedeu a 3,2% do total das despesas realizadas por todas as unidades da Federação (União, Estados e Municípios). Por outro lado, merece o registro de que o Judiciário produziu uma

---

<sup>401</sup> Censo Demográfico de 2010.

<sup>402</sup> Fonte: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/08/brasil-tem-193946886-habitantes-aponta-estimativa-do-ibge.html>

receita de 23,4 bilhões, o equivalente a 46,5% de sua despesas. De todo o gasto do Judiciário, segundo o relatório do CNJ de 2013, a justiça estadual consumiu 55% (com 11.960 juízes), seguido pela Justiça do Trabalho com 21% (com 3.250 juízes), da Justiça Federal com 13% (1.714 juízes) e da Justiça Eleitoral com 7,08% (3.178 juízes à disposição), lembrando apenas que em média, para cada juiz, o Judiciário tem 22,85 servidores.

A par de não se verificar uma distribuição homogênea, visto que em 2012 dos 92.234.282 processos em tramitação, 72.058.759 eram de competência dos estados, o que representa mais de 78% do total de processos, a justiça estadual foi responsável por apenas 55% dos gastos do Judiciário (relação de 6.024 processos por juiz). O mais bizarro, demonstram os números, é a relação da Justiça Federal, com 11.236.943 processos (12,1% do total) e que soma 13% dos gastos, com a Justiça do Trabalho, com 7.112.719 (7,71% do total) e que consome 21% das despesas do Judiciário. Na Justiça Federal a relação era de 6.555 processos por juiz, enquanto que na Justiça do Trabalho era de apenas 2.188 processos por juiz. Ou seja, a carga de trabalho submetida a um juiz do trabalho correspondia apenas a 33,3% da carga submetida a um juiz federal ou de 36,3% de um juiz estadual.<sup>403</sup>

Tabela 8: Processos Judiciais

Distribuição/Competência/Custo - 2012					
Justiça	Total de Processos em Tramitação	Distribuição dos Processos	% de Processos em comparação ao total de Processos	Custo em relação ao Orçamento Realizado	Processos/ Juiz
Estadual	92.234.282	72.058.759	78%	55%	6.024
Federal		11.236.943	12,10%	13%	6.555
Trabalhista		7.112.719	7,71%	21%	2.188
Eleitoral		819.635	0,88%	7,08%	257

Fonte: CNJ - Justiça em Números - Edição 2013

<sup>403</sup> A situação da Justiça Militar estadual e das Auditorias Militares é ainda mais curiosa. Ao todo, somadas as competências, tramitaram em 2012 apenas 16.603 processos, o que corresponde a 0,01% do total de processos do Judiciário.

Desta proporção (ou desproporção) é possível fazer várias leituras. Poder-se-ia afirmar de que na Justiça do Trabalho se faz um investimento correto para a necessidade de resposta jurisdicional. Ou, poderíamos supor que por traz disso há uma maior organização de grupos e interesses na resolução de conflitos trabalhistas, entendendo melhor o jogo político-orçamentário, com a conseqüente atração de maiores investimentos públicos, sem necessariamente entregar uma melhor prestação jurisdicional. O mesmo ocorre na Justiça Eleitoral, onde estão destacados 3.178 juizes responsáveis pela tramitação, em 2012, de 819.635 processos (relação de 257,9 processos por juiz ou de apenas 0,88% do total de processos em tramitação) e que consumiram mais de 4 bilhões de reais, ou 7,08% do total das despesas do Judiciário. De qualquer modo há um forte indicativo, portanto, de que se prestigia muito mais a resolução de conflitos trabalhistas e eleitorais que, por exemplo, os conflitos criminais, ou os relativos à família, à criança, ao idoso, ao consumidor, aos previdenciários, etc. Este fato denota uma certa esquizofrenia, e parece ter um debate muito secundário (setorizado), para não dizer inexistente.

Considerando tão-somente o orçamento do Judiciário, a resposta jurisdicional ao conflito operou em 2012 com um custo de 57,2 bilhões de reais, o que significa que cada um dos 97.234.282 de processos em tramitação teve o custo médio de R\$ 620,15. Especificando esses valores, na justiça estadual, o custo do processo foi de R\$ 435,27/ano; na Justiça Federal foi de R\$ 636,83; na Justiça do Trabalho o custo do processo aumentou para R\$ 1.688,04; e explode, na Justiça Eleitoral, para o valor de R\$ 4.945,07 por cada processo em tramitação. Assim, o custo de um processo na Justiça Eleitoral foi 1.136% maior que na justiça estadual, e 776% acima do custo do processo na Justiça Federal. Na Justiça do Trabalho o custo do processo foi, respectivamente, 387% e 265% mais caro que na justiça estadual e na Justiça Federal. Na cena política que determina as prioridades orçamentárias para o Judiciário o jogo está muito bem definido. A discrepância do custo dos processos indicam com clareza quem são os beneficiados.

Tabela 9: Custo do Processo

Esfera	Orçamento/Por número de Processos em Tramitação	
	Custo Médio Total do Processo	Custo Médio do Processo
	R\$	R\$
Estadual	620,15	435,27
Federal		636,83
Trabalhista		1.688,04
Eleitoral		4.945,07

Fonte: CNJ - Justiça em Números - Edição 2013

Neste patamar da litigiosidade, se dobrarmos o orçamento destinado ao Poder Judiciário de 1,3% para 2,6% do PIB, considerando que tal medida poderia reduzir à metade a carga de trabalho de cada juiz (média de 5.401 para 2.700 processos), mesmo assim cada juiz deveria proferir 270 decisões por mês ou 13,5 por dia, independentemente da complexidade do caso, para conseguir estar em dia com os processos em tramitação e dar uma resposta mais efetiva aos litigantes judiciais. Como a atividade judicial não se resume a fazer sentenças, uma vez que grande parte do tempo empregado se consome com a instrução do processo (audiências para ouvir testemunhas, peritos, tentativa de conciliação entre as partes), além dos despachos de expediente, questões incidentais, provas, etc., é patente a necessidade de alterarmos o paradigma da judicialização dos conflitos.

Entretanto, é incompleto analisarmos isoladamente o Poder Judiciário na complexidade dos números apurados pelo CNJ. A análise deveria ser sistêmica, incluindo os gastos públicos e as dificuldades operacionais da Defensoria Pública e do Ministério Público nos níveis estadual e federal, além da Advocacia Pública nas três esferas de governo (municipal, estadual e federal), porquanto não há solução isolada para esta controvérsia. O Judiciário não trabalha só, tem que ser provocado. À parte da advocacia privada, restrita a quem pode pagar as custas processuais e honorários advocatícios, cada vez mais limitados às pessoas jurídicas e à classe média alta, o sistema judicial se ampara substancialmente em instituições públicas postuladoras dos interesses do próprio Estado, da sociedade e do cidadão hipossuficiente. Por outras palavras, a

maioria considerável das postulações ao Judiciário é de responsabilidade destas instituições, denominadas procuraturas constitucionais.<sup>404</sup>

Quando se analisa a rubrica casos novos ou casos pendentes, é impossível desconsiderar a relevância quantitativa decorrente da atuação da Advocacia Pública, da Defensoria Pública e do Ministério Público. No relatório *Supremo em Números* de 2013, dos 10 maiores litigantes no STF, temos: uma autarquia (INSS) e a União Federal, além de três Estados (São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais), a Defensoria Pública e o Ministério Público. Da iniciativa privada, somente uma concessionária de telefonia e um banco. Inegável, portanto, como as instituições públicas têm um forte protagonismo na postulação judicial e, portanto, na responsabilidade pelo excesso de judicialização de conflitos.

Conquanto os números apresentados pelo CNJ sejam impactantes, não são números completos. Só para exemplificar, do orçamento executado pelo sistema de justiça nos Estados, apurado pelo II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil,<sup>405</sup> produzido pelo Ministério da Justiça em 2006, 71,30% foram destinados ao Judiciário, enquanto 25,37% ao Ministério Público e 3,33% à Defensoria Pública. No III Diagnóstico da Defensoria Pública do Brasil,<sup>406</sup> de 2009, o Ministério da Justiça apurou, no mesmo sentido, que com relação ao orçamento total dos Estados, o Judiciário ficou com 5,34%, o Ministério Público com 2,02% e a Defensoria Pública, que se encontra em franco desenvolvimento institucional, com a tendência de elevação na participação orçamentária nos próximos anos, com 0,40%. Os valores referentes ao Ministério Público e a Defensoria Pública somados (2,02% + 0,40% = 2,42%) correspondem a 45,31% do valor destinado ao Judiciário (5,34%), ressaltando que a Advocacia Pública, que defende o próprio Estado e detém uma parte considerável do orçamento do sistema judicial, restou de fora desta conta nos dois diagnósticos mencionados.

Todavia, infelizmente, cada segmento cuida de si, não há comunicação e nem propensão a planejamento compartilhado, num insensato exercício de medição de força (política) para a revelação de quem pode mais. Deste modo, exemplificando, o poder político do Judiciário consegue aprovar legislativamente a criação de inúmeras varas em diversas localidades

---

<sup>404</sup> Na doutrina o termo foi introduzido pelo prof. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO em *As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais*. p. 55.

<sup>405</sup> Disponível no sítio: [http://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/Diag\\_defensoria\\_II.pdf](http://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/Diag_defensoria_II.pdf)

<sup>406</sup> Disponível no sítio: [http://www.anadep.org.br/wtksite/IIIdiag\\_DefensoriaP.pdf](http://www.anadep.org.br/wtksite/IIIdiag_DefensoriaP.pdf)

(estadual ou federal) e obriga o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Pública a transferirem pessoal e recursos não anteriormente planejados pelo simples fato de que uma vara judicial não funciona somente com a estrutura à disposição do Judiciário, sem a atuação das instituições essenciais à função jurisdicional. Muitas vezes se instala o atraso porquanto as instituições precisam trilhar o mesmo caminho e aprovar aumento de pessoal e orçamento no Legislativo.

Essa falta de planejamento integrado cria inúmeras dificuldades operacionais para todas as instituições e, em especial para a Defensoria Pública, que sofre com déficit orçamentário e de pessoal. Neste particular, é de se lamentar que a Constituição de 1988 não tenha avançado para a criação de um Conselho Nacional de Justiça (e não do Judiciário, como hoje se apresenta), com a integração e o planejamento de todas as atividades das instituições que compõem o sistema judicial para que o Estado (indivisível), demandado não como um ente abstrato e fragmentado, possa, por fim, apresentar uma resposta mais adequada a um conflito real.

### CAPÍTULO III

#### O ACESSO À JUSTIÇA

Vivemos em uma época de desconstrução dos valores, do reconhecimento de que velhas fórmulas popularizadas já não suprem as expectativas, de que os conflitos se avolumam não obstante a sofisticação das técnicas racionalistas empregadas para o seu desvio ou sufocamento. Estamos implicados com o comportamento de prometer e não entregar e de conviver (quase indiferentes) com as suas deletérias sequelas. Por outro lado, continua sendo possível projetar neste ambiente caótico a ideia de concretização de uma igualdade que, se não vai se completar materialmente, ao menos vai permitir que possamos desenvolver instrumentos de combate para minimizar as decorrências das promessas não cumpridas.

Realizar o que se tem por justo (mesmo diante da vagueza denotativa do que isso possa insinuar) passa a ser um valor social que ainda sobrevive e que, por consequência, vai exigir outras ferramentas, ou outros modos de se conceber a intervenção estatal e restaurar (ao menos tornar mínimo) o que se teve por perdido. O acesso à justiça se coloca como instrumento possível de resgate do que prezamos por efetivo para estabilizarmos as nossas relações sociais, a ponto de que o conflito seja concebido somente como um dado comportamental que guarda o germe criativo de toda sociedade, exigindo um “domínio e um controle racional das coisas humanas”, como apontado por Ralf Dahrendorf.<sup>407</sup>

Dito assim, acesso à justiça não pode ser confundido como mais um direito anunciado, mas, antes, como um canal com múltiplas vias por onde se possa buscar a medida da intervenção em uma situação conflitante, com o objetivo indisfarçável de que não se propague o conflito e contamine, pela violência, a própria estrutura do Estado. No entanto, tal qual a complexidade humana, que lhe empresta forma e valor, é preciso compreender não só o que esse instrumento significa, bem como quais são as suas possibilidades e maneiras de combate (administração) dos conflitos, mas sobretudo de como operá-lo para que possa fazer valer a máxima da efetividade.

---

<sup>407</sup> DAHRENDORF, Ralf, *apud* BOBBIO, Norberto; *et. al. Dicionário de política*. p. 228/229.



### 3.1 Compreendendo a extensão do tema (algumas observações)

*Começa-se a instalar-se um certo desencanto com relação aos grandes princípios do Direito que orientaram durante tanto tempo a legitimação do verdadeiro e do Justo. Começa-se a conviver com a perda de todo um sistema de objetos, de crenças que fizeram o elogio da certeza.* (Luis Alberto Warat)<sup>408</sup>

O grau de litigiosidade judicial aumentou no Brasil no último quadriênio (2009/2012) em 10,6%, passando de 83.390.313 para 92.234.282 processos em tramitação,<sup>409</sup> importando dizer que, em 2012, cerca de 48% da população brasileira (considerando o número estimado de 193.946.886 de habitantes pelo IBGE)<sup>410</sup> estava litigando judicialmente. Em uma leitura precipitada poderíamos afirmar que vivemos em um estado de pleno acesso à justiça, ao menos ao Judiciário: metade da população litigando com a outra metade, reforçando a máxima de que atualmente todos estão contra todos.

Entretanto, é necessário ressaltar que há uma enorme concentração na postulação judicial, e visto que o conflito não é segmentado, tal fato se torna mais um indicador de nossa inclinação pelo abismo social. Informa o Conselho Nacional de Justiça, em pesquisa denominada *100 maiores litigantes*, de 2011,<sup>411</sup> que em nível nacional 51% dos processos são relativos ao poder público federal (38%), estadual (8%) e municipal (5%). Outros 43% estão divididos pelo setor bancário e de telefonia. Assim, temos que do total de processos em tramitação em 2011, só 6% estava relacionado às pessoas físicas e jurídicas, cujo segmento de atuação não se relaciona com o setor bancário ou de telefonia, algo em torno de apenas 5.534.056 processos.

Analisando os números referentes à justiça estadual, temos que 54% dos processos em tramitação pertencem a bancos; 31% ao poder público, sendo que para o estadual (14%), municipal (10%) e federal (7%); o setor de telefonia fica com 10%, e o restante (5%) com as pessoas físicas e jurídicas de outros segmentos.

Considerando a relação processual destes grandes litigantes tão-somente pelo polo passivo, a pesquisa do CNJ indica que o setor público federal está presente em 67% dos

---

<sup>408</sup> WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. p. 35.

<sup>409</sup> CNJ. *Justiça em Números*. 2013.

<sup>410</sup> Fonte: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/08/brasil-tem-193946886-habitantes-aponta-estimativa-do-ibge.html>

<sup>411</sup> Disponível em [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)

processos como demandado; o setor público estadual em 72% e, na contramão da tendência, o setor público municipal só participa na condição passiva em apenas 3%.<sup>412</sup>

Tal fato merece maior reflexão e certamente não está relacionado com a “boa qualidade” dos serviços municipais prestados. Mas é possível inferir que a medida que vamos nos afastando da concentração do poder (do acesso à informação, da renda, do ingresso no espaço político mais democrático e da organização mais ativa da sociedade civil) e ingressamos em um mundo mais real (menos estatístico) é que encontramos os verdadeiros problemas relacionados ao cotidiano do cidadão. Neste mundo se tornam mais visíveis as relações de dominação política, inclusive com a predominância histórica do uso de força, marcando o nosso comportamento social nos extremos: ora somos lenientes e tolerantes, ora somos violentos e intolerantes.

Este dado nos remete ao paradoxo do acesso à justiça em um ambiente contaminado pelo excesso de judicialização de conflitos. Por certo que conflitos existem com relação ao poder público municipal e não há um efetivo acesso (para não dizer quase nenhum) à outros meios de resolução de conflitos que justifiquem tão inexpressiva demanda contra os municípios. Tão pouco se justifica pela competência constitucional diminuída que foi legada aos municípios pela Constituição de 1988. O artigo 23 ao tratar da competência dos municípios, mesmo sendo comum com aos Estados e a União, estabeleceu questões relacionadas com o saneamento, combate à pobreza, saúde e assistência pública, proteção do meio ambiente, dentre outras. Nas competências exclusivas, previstas pelo artigo 30, além de legislar sobre assuntos locais, temos a competência de ordenamento territorial, parcelamento e ocupação do solo urbano, a organização do transporte coletivo e da educação fundamental.<sup>413</sup> Muitos desses assuntos

---

<sup>412</sup> Completando a informação, com relação ao setor privado, os bancos estão 55% dos processos no polo passivo e as empresas de telefonia em 78%. Os demais litigantes dividem-se proporcionalmente em cerca de 51%/49%.

<sup>413</sup> Competências privativas do artigo 30 da Constituição Federal: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

importam com frequência na possibilidade de uma relação conflituosa, normalmente em face de omissão do Estado. Alguns deles estão, inclusive, classificados como condições mínimas de existência humana digna que se pode exigir prestações positivas.<sup>414</sup>

Mas os números não parecem indicar qualquer responsabilidade municipal pela garantia, ao menos, do mínimo existencial. De fato, ninguém mora em uma abstração jurídica como a União ou como os Estados (apesar de inúmeras competências comuns), mas em municípios (bairros, ruas, onde se verificam as relações de vizinhanças, as necessidades de mobilidade urbana, de acesso à serviços públicos) onde deveriam (ao menos) aparecer um maior número de demandas, exigindo uma postura mais ativa do poder público ou o início de ocupação de um espaço público para as discussões comunitárias e as definições de prioridades.

Observe-se, por outro lado, uma grande participação no polo ativo dos municípios com relação a todos os processos em tramitação em 2011 (5%), ou com relação somente à justiça estadual no patamar de 10%. Portanto, a competência municipal gera bastante ações judiciais. Assim, em regra, é o município que vai atrás do cidadão exigindo dele a reparação de alguma mora ou o desatendimento de alguma regra local. Para a consideração de tais números é preciso lembrar das grandes cidades e das capitais onde se pode admitir que os habitantes tenham um maior acesso à informação, à renda, ao espaço político, ao tempo de uma maior participação da sociedade civil organizada em associações, sindicatos, etc. O IBGE informa<sup>415</sup> que em 2010 existiam no Brasil 194 municípios entre 100 e 500 mil habitantes, e 31 municípios com mais de 500 mil habitantes, que importam em uma população de apenas 86.564.827 dos

---

<sup>414</sup> O artigo 23 da Constituição Federal de 1988 estabelece as seguintes competências aos municípios Comuns aos Estados e União: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

<sup>415</sup> Disponível: [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores\\_sociais\\_municipais/tabela1a.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/tabela1a.shtm)

190.755.799<sup>416</sup> habitantes. Os grandes centros representavam tão-somente 225 municípios, 45,3% da população em 2010. Nos demais 5.336 municípios, concentram-se o restante 54,5% da população brasileira.

Reforçando a hipótese, o Instituto de Pesquisas Aplicadas – IPEA publicou a pesquisa denominada *Mapa da Defensoria Pública no Brasil*, de 2013, onde constata a presença da Defensoria Pública, órgão constitucional de prestação de assistência jurídica integral, em apenas 28% das comarcas (unidade de organização administrativa do Estado que pode abranger um ou mais municípios). Por outro lado, segundo a pesquisa, nas cidades com mais de 100 mil habitantes, considerando apenas uma renda mensal de três salários-mínimos (conjugação da população x hipossuficiência em uma análise sociodemográfica), a Defensoria Pública está presente em 79,2% das comarcas. Foram identificadas apenas 216 comarcas nesta situação, contrastando com as 1.926 comarcas sem defensores públicos. No mesmo sentido, a pesquisa constatou que estão criados 8.449 cargos de defensores públicos no Brasil e apenas 5.054 providos, o equivalente a apenas 59,8%.

Compreender esse mecanismo de concentração das demandas judiciais e a lentidão do Estado de prover uma assistência jurídica integral para aqueles que comprovarem insuficiência de recursos, pode em parte demonstrar com clareza o nosso real déficit de acesso à justiça. É preciso, na verdade decifrar, a extensão do significado de acesso à justiça, com todas as suas implicações e possibilidades, numa perspectiva que a história tem revelado as suas peculiaridades e a superação de anacrônicos conceitos.<sup>417</sup>

A impressão que se generaliza é que muitos falam sobre acesso à justiça e poucos compreendem a sua atual significação teórica: as abordagens, em regra, são pontuais, ou limitadas a repetição de comando normativo. Por fim, parece haver uma associação indissolúvel de acesso à justiça a uma resposta estatal jurisdicionada, quando se tem por óbvio a limitação (humana e material) de se atender a todos que demandam a resolução judicial dos conflitos.

---

<sup>416</sup> IBGE. Censo Demográfico. 2010.

<sup>417</sup> Neste sentido as lições de CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Brian, de que “o conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante”. *Acesso à justiça*. p. 9.

### 3.2 Da concepção teórica de acesso à justiça (O Judiciário como *ultima ratio*)

*A justiça é uma das noções mais prestigiosas de nosso universo espiritual. Seja-se crente ou incrêdo, conservador ou revolucionário, cada qual invoca a justiça, e ninguém ousa renega-la* (Chaïm Perelman).<sup>418</sup>

Em um espaço em que se exige a intervenção para a resolução de conflitos, o Estado, lembrando a lição de Boaventura de Sousa Santos, se comunica com a sociedade através do seu sistema jurídico.<sup>419</sup> A comunicação se dá em forma de preceitos, autorizando o indivíduo a se movimentar em seus contornos, bem como determina limites à própria atuação estatal. Do lado de fora do preceituado está o proibido, a lesão que provoca o conflito. Há portanto um nexo causal entre o preceito, a sua violação e o ambiente conflitual (ação violadora e reação conformadora). Garantir o preceituado é função primária do Estado, contornado pelo poder político no exercício da limitação da competição entre indivíduos e grupos dentro de uma coletividade, porquanto, em última análise estaria se garantindo a existência do próprio Estado (em contraste permanente com a sociedade).

Nesta atmosfera, inicia-se a confusão entre preceito (direito) e justiça. De alguma forma, para conferir um maior domínio ao direito anunciado como limite de um comportamento, o Estado se apropria do sentido de justiça, fazendo crer que uma coisa essencialmente implique em outra. Isto decorre da necessidade do Estado se colocar acima de qualquer grupo que compõe a sociedade e exigir a devida submissão. As regras anunciadas, direcionadas para limitar a possibilidade conflitual, neste desenho, procedem de uma relação de poder e de grupos que podem exercê-lo, e é necessário lhe emprestar uma autoridade.

Historicamente este fato vem sendo denunciado. No século XVI Michel de Montaigne escreveu: “a autoridade das leis não está no fato de serem justas e sim no de serem leis. Nisso reside o mistério de seu poder; não tem outra base, e essa lhe basta”.<sup>420</sup> No século seguinte, Blaise Pascal afirmou:

*A justiça sem força é impotente. A força sem a justiça é tirânica. A justiça sem força é contradita, porque sempre há homens maus. A força sem a justiça é*

---

<sup>418</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. p. 146.

<sup>419</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. p. 117.

<sup>420</sup> MONTAIGNE, Michel de. *Ensaïos*. Livro III. p. 327.

*acusada. É preciso pois colocar juntas a justiça e a força; e, para fazê-lo, que aquilo que é justo seja forte, ou aquilo que é forte seja justo.*

*A justiça é sujeita a disputas: a força é muito reconhecível, e sem disputa. Assim, não se pode dar a força à justiça, porque a força contradisse a justiça e disse que ela era injusta, dizendo que ela é que era justa; e, assim, não podendo fazer com que o que é justo fosse forte, fez-se com que o que é forte fosse justo.<sup>421</sup>*

Na leitura de Jacques Derrida, o pensamento de Pascal “põe juntas a justiça e a força e faz da força uma espécie de predicado essencial da justiça”.<sup>422</sup> Isto é, o justo não tem uma percepção social forte, porquanto, na dicção de Pascal, é sujeito à disputa (sobre alcance do seu entendimento).<sup>423</sup> Havendo disputa, se perde a compreensão do que é justo, salvo se apropriada pelo vencedor, que por fim vai ditar as regras, estabelecendo a extensão moral do justo (fazendo com o que é forte fosse justo). Ou ainda, no pensamento de Montaigne, sabemos “por experiência que a pluralidade de interpretações dissipa e desagrega a verdade”.<sup>424</sup> Assim, muitas interpretações (disputas) do que seria realmente o justo não lhe confere veracidade, mas ressalta uma noção confusa de um valor universal, como nas palavras de Chaïm Perelman.<sup>425</sup> Por outro lado, com relação à força não há nenhuma interpretação, por ser um comando absoluto; não há dúvida sobre o seu imediato reconhecimento. A força é a evidência da justiça, conformando-a.

Daí surge a apropriação do sentido de justiça que passa a existir somente no contexto legal, de direito,<sup>426</sup> formalmente anunciado pelo Estado, do qual lhe empresta um fundamento

---

<sup>421</sup> PASCAL, Blaise. *Pensamentos*.

<sup>422</sup> DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. p. 22.

<sup>423</sup> Jefferson Carús GUEDES, comentando Aristóteles, lembra que o filósofo já reconhecia “que os termos justiça e injustiça são usados em vários sentidos, sendo termos equívocos, embora essa equivocidade seja conexa e de difícil detecção”. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. p. 32.

<sup>424</sup> MONTAIGNE, Michel de. *Ensaio*. Livro III. p. 323.

<sup>425</sup> A respeito: PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. p. 146. Citando Eugène DUPRÉEL, conclui o autor: “Cada qual seria livre para definir a justiça como lhe aprouvesse, como conviesse aos seus interesses pessoais, daí a irremediável confusão da noção”. p. 147. Ou ainda: “De fato, bem pouco numerosas são as leis sobre as quais os homens estão em acordo, dando-lhes a mesma interpretação. Nada mais controverso do que o caráter justo ou injusto das leis”. p. 180.

<sup>426</sup> Na percepção de Jacques DERRIDA: “O direito não é a justiça. O direito é o elemento do cálculo. É justo que haja um direito, mas a justiça é incalculável. E as experiências aporéticas são experiências tão improváveis quanto necessárias da justiça. Isto é, há momentos em que a decisão entre o justo e o injusto nunca é garantida por uma regra.” *Força de lei*. p. 30.

místico (uma autoridade decorrente do mistério do seu poder),<sup>427</sup> proveniente desta assimilação e da crença humana em sua legitimidade, conforme apontou Bertrand de Jouvenel.<sup>428</sup>

Falar de justiça, é falar do que é forte, do que pode ser calculado, dividido, resolvido, pela força (da persuasão, porque não haverá conflito em um ambiente de cooperação), pela força (legitimada) da lei. No pensamento aristotélico da igualdade, traduzido por Jefferson Carús Guedes, “justo é tudo que está em conformidade com a legislação, com as regras de conduta impostas pela comunidade política, em face do interesse comum, visando a felicidade”.<sup>429</sup> Do mesmo modo, a lógica escolástica de São Tomaz de Aquino afirma que todo o direito positivo origina-se do direito natural (direito como fim e justiça como virtude): “se o roubo deve castigar-se (como direito natural), a concreta determinação de como deve ser a pena deve incumbir ao direito positivo. Assim, os decretos e as sentenças justas são resultados da aplicação do direito positivo aos casos particulares”.<sup>430</sup> Por sua vez o direito positivo se forma, na visão racionalista de Rousseau e Hegel, pela justiça que emana da vontade geral (a somatória da vontade de cada um), isto é, da imposição (força) da vontade da maioria em detrimento da debilidade da minoria.<sup>431</sup>

Com a apropriação do sentido, justiça é lei (por isso se mantém no crédito) e a lei é a ordem (imersa em sua simbologia)<sup>432</sup> que só pode ser operada quando é possível por fim a uma incerteza, eliminando a insegurança, pelo ato de separar a parte de cada um. E o sentido mais contundente, lembrando as lições de Paul Ricoeur, do ato de separar é a tomada de uma posição.<sup>433</sup>

---

<sup>427</sup> Tércio Sampaio FERRAZ Jr. referindo-se aos juristas ressalta que “eles não fazem o Direito, apenas mantêm o mistério divino do Direito, ou seja, o princípio de uma autoridade eterna fora do temo e mistificante, conforme as exigências dos mecanismos de controle burocrático num contexto centralista”. *Apud* STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. p. 107.

<sup>428</sup> *Apud* CABRAL, Francisco Sarsfield. *O poder e o Estado: a necessidade de assumir a política*. p. 71/72.

<sup>429</sup> GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. p. 33.

<sup>430</sup> *Idem*. p. 41.

<sup>431</sup> A respeito: PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. p. 152.

<sup>432</sup> Neste sentido, Lenio STRECK: “Parafrazeando Lacan, é possível dizer que o que vivenciamos (como lei) não é a própria coisa (lei), mas, sim, é alguma coisa sempre simbolizada, constituída e estruturada por mecanismos simbólicos. A lei (uma vez apreendida como realidade, é dizer, simbolicamente estruturada) nunca é ‘em-si-mesma’, nunca é ‘ela mesma’, porque somente se apresenta/aparece para nós mediante a sua simbolização (linguagem). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. p. 307.

<sup>433</sup> Neste sentido: RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. p. 164.

Dentro de um círculo conflitual surge a necessidade de se posicionar (o que implica em intervenção), porquanto a desordem (o conflito) tem por pano de fundo a violência, e a violência é elemento desintegrador da base social e, por assim dizer, da própria existência do Estado. Em um movimento de autoconservação, a tomada de posição, como atributo da resposta, passou a exigir uma técnica para a sua operação, o que implicou na especificação (necessária) de uma função estatal.

Para tanto, como anotado no Capítulo II, Paul Ricoeur indicou que a condição para atuar a resposta estatal exigia a lei escrita, o quadro institucional, a intervenção e a ação para provocar a jurisdição.<sup>434</sup> Daí coincidir a ideia de justiça com a ideia de lei (ordem). Camus, interpretando Nietzsche, afirmava: “é impossível viver em uma terra sem lei, porque viver supõe justamente uma lei”.<sup>435</sup> Se não há possibilidade de vida sem lei, o comando estatal que institui um preceito passa a ser percebido como o antídoto à desordem e, portanto, como instrumento essencial de conservação. A lei ampara e conserva, portanto, a lei é algo tomado como justo, não somente em seu conteúdo (discussão secundária), mas principalmente em seu desígnio.

Entretanto a lei por si só não basta, exige a intervenção, porquanto não há lei se não há a atribuição de um significado normativo, logo necessário se faz a intervenção (institucional) com a finalidade de dizer o direito. Assim, acesso à justiça significa acesso à proteção estatal ao contexto das regras que regulam o comportamento e que necessitam de intervenção para a apresentar uma solução. Acesso à justiça é acesso à ordem, que se consubstancia nos valores juridicamente pactuados e colocados à disposição dos cidadãos; é acesso ao amparo do Estado, à liberdade, e à negação da violência, à dignidade da vida. Acesso à justiça revela uma reação natural guiada pelo instinto de conservação fundamental, que no final representa a própria existência. O apego ao ordenamento jurídico decorre desta reação instintiva ao perigo de extinção. Por isso, Camus pondera, ainda nos ensinamentos de Nietzsche: “O predomínio absoluto da lei não é liberdade, mas também não o é a disponibilidade absoluta. Todos os possíveis somados não dão a liberdade, mas o impossível é a escravidão”.<sup>436</sup> Enfim, a ordem é

---

<sup>434</sup> Neste sentido: RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. p. 164.

<sup>435</sup> Neste sentido: CAMUS, Albert. *O homem revoltado*. p. 93.

<sup>436</sup> CAMUS, Albert. *O homem revoltado*. p. 92.



imprescindível, a lei indispensável e a intervenção necessária, e esse conjunto, assim considerado, revela a extensão do significado do que seja justiça e a importância de poder acessá-la.

Resta ao Estado, portanto, como garante da lei, da ordem e da intervenção, proporcionar o acesso à justiça. Em uma feliz dicção de Amélia Soares da Rocha e Ana Paula Araújo Holanda, acesso à justiça expressa o “acesso de todo indivíduo aos serviços, propriedades e utilidades do Estado”.<sup>437</sup> Logo, acesso à justiça significa acesso ao próprio Estado, a evocação do poder comum, “direito de caráter primordialmente civil”,<sup>438</sup> de primeira geração, institucionalizado para operar a intervenção necessária e a conservação social. Alicia Ruiz define acesso à justiça como uma política pública antidiscriminatória, “*que compromete al Estado y a cada uno de sus órganos en su realización y no únicamente como un problema de la justicia*”.<sup>439</sup>

Não há necessariamente que se confundir acesso à justiça com a esperada resposta jurisdicional, mas, tão-somente, acrescentá-la. Forçoso se faz reconhecer, enfim, que acesso à ordem, à lei e à intervenção é um direito direcionado ao Estado como um todo. A sequência desenhada por Paul Ricoeur (lei escrita + instituição + intervenção + ação) pode ser exigida de qualquer segmento estatal, não necessariamente de um em especial.

De uma forma geral, todas as instituições estatais (de qualquer Poder) não estão livres de obrarem com a interpretação do comando normativo, por isso não parece razoável que se procure uma ponderação na tomada de posição apenas quando realizada jurisdicionalmente.<sup>440</sup> E tal fato não corresponde à realidade. Quando a procura pelo entendimento do ordenamento se dá entre indivíduo x indivíduo (grupos x grupos) é natural e esperado que o mecanismo de resposta estatal seja a jurisdição, onde a discussão passa à parte das instituições públicas. Todavia, quando a procura se dá entre indivíduo (grupos) x Estado, não é aceitável que haja a

<sup>437</sup> ROCHA, Amélia Soares da. HOLANDA, Ana Paula Araújo. *As inovações da lei orgânica da defensoria pública e a concretização do acesso à justiça*. p. 303.

<sup>438</sup> Neste sentido: ALVES, Cleber, que complementa: “(...) indispensável mesmo no exercício pleno da prerrogativa fundamental da liberdade humana do respeito à igualdade jurídica de todos os cidadãos”. *In Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. p. 38.

<sup>439</sup> RUIZ, Alicia. *Asumir la vulnerabilidad*. p. 44.

<sup>440</sup> Maria Tereza SADEK leciona que: “Acesso à justiça não diz respeito única e exclusivamente ao Poder Judiciário e aos Tribunais, instituições com atribuições de garantirem direitos e arbitrar disputas, de forma imparcial, segundo os preceitos legais. Acesso à justiça corresponde a uma série interligada e combinada de fenômenos. Significa, antes de tudo, o conhecimento de direitos e reconhecimento de situações nas quais haja quebra ou ameaça a direitos. p. xxi.

dependência de que só vai valer uma resposta qualificada pela jurisdição. No entanto, parte considerável da doutrina, como Canotilho, que aponta uma distinção entre garantia de acesso aos tribunais<sup>441</sup> e direito de acesso à justiça administrativa,<sup>442</sup> acaba por reforçar o estigma da jurisdição (e da propensão da judicialização dos conflitos) ao defender a possibilidade de intervenção judicial independente da manifestação administrativa.

A ação (que provoca a resposta administrativa) tem o mesmo efeito de restaurar a ordem (no ambiente conflitual), agindo na tomada de uma posição do Estado, visto de uma forma geral. Por isso o ordenamento jurídico também regula como se dará a provocação e a resposta por intermédio de um processo administrativo (não jurisdicional).<sup>443</sup> O Estado administrativo pode e deve tomar uma posição, pondo fim a uma controvérsia e isso é feito com muita frequência. No entanto, há, em alguma medida, uma contradição entre os interesses do Estado e os interesses do governo (grupo político no poder). Quando se pode ditar regras, é possível que o interesse público, propriamente considerado, não se alinhe ao interesse dos governantes, sendo, assim, imaginável a concentração deliberada de competência (para a jurisdição), como forma de inviabilizar (ou protelar) o sistema de resposta do Estado. Tal fato, de alguma forma, pode explicar o porquê do poder público estar respondendo por 51% das ações em tramitação. Em uma outra ponta, não há a possibilidade de se manter a decisão unicamente administrativamente para atender a eventuais interesses de grupos políticos no poder em razão do princípio constitucionalmente protegido da inafastabilidade da jurisdição.

Essa possibilidade desafia um revide democrático. Ao trazermos para o campo da igualdade (construída) a perspectiva de atuação do Estado (como um todo) estamos no exercício do próprio Estado de Direito (ou de justiça). Não há, portanto, democracia sem Estado, porque não há democracia sem uma organização politico-administrativa, e, conseqüentemente democracia implica em um arranjo estatal.<sup>444</sup> Isto é, democracia “não representa apenas um

---

<sup>441</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 491/492.

<sup>442</sup> *Idem*. p. 502/503.

<sup>443</sup> Neste sentido: Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

<sup>444</sup> Neste sentido, os ensinamentos de Joseph SCHUMPETER, trazidos por Cleber Francisco ALVES e Marília Gonçalves PIMENTA: “o método democrático é aquele acordo institucional para se chegar a decisões políticas em que os indivíduos adquirem o poder de decisão através de uma luta competitiva pelos votos da população”. *Acesso à justiça em preto em branco: retratos institucionais da defensoria pública*. p. 5.

valor entre vários, tais como liberdade, igualdade ou justiça”,<sup>445</sup> mas, especificamente porque, como ensina Cleber Francisco Alves transcrevendo as lições de David Held, é “o valor que pode estabelecer o vínculo e a mediação relativamente a confrontos sobre questões prescritivas e normativas muito polêmicas”,<sup>446</sup> e no estado de natureza (na rua) não haverá consenso (ordem ou justiça). A democracia, tem, assim, por pressuposto, um viés institucional.<sup>447</sup>

Por isso a afirmação de Marinoni de que “o acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania”;<sup>448</sup> e cidadania significa, nas lições de Pérez-Luño, “*en el vínculo de pertenencia a un Estado de derecho por parte de quienes son sus nacionales, situación que se desglosa en un conjunto de derechos y deberes; ciudadano será la persona física titular de esta situación jurídica*”.<sup>449</sup> Ou nas palavras de Paulo Bonavides: “A cidadania é a prova de identidade que mostra a relação ou vínculo do indivíduo com o Estado”.<sup>450</sup> Para Hannah Arendt cidadania é o direito a ter direitos, “pois a igualdade em dignidade e direito dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso a um espaço público comum”.<sup>451</sup> Portanto, esse sentimento de pertencimento, este vínculo institucional, e, em consequência, com o ordenamento jurídico (Estado de direito), que exige acesso ao espaço público (acesso à política), torna o cidadão titular de direitos e deveres legitimado para postular perante o próprio Estado a restauração de uma ordem (a situação puramente jurídica anotada por Kant).<sup>452</sup>

---

<sup>445</sup> ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. p. 16.

<sup>446</sup> *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. p. 16.

<sup>447</sup> Ainda, segundo David Held, “a democracia não pressupõe acordo sobre valores distintos; ela propõe um modo de relacionar valores entre si e deixar a resolução valores dos conflitos de valores aberta aos participantes em processo público, sujeitas apenas a certas normas de proteção ao próprio processo”. *Apud* ALVES, Cleber Francisco e Marília Gonçalves PIMENTA. *Acesso à justiça em preto em branco: retratos institucionais da defensoria pública*. p. 5.

<sup>448</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. p. 25.

<sup>449</sup> *Apud* GORCZEVISKI, Clóvis. MARTIN, Nuria Belloso. *A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática*.

<sup>450</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. p. 93.

<sup>451</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt*. p. 58.

<sup>452</sup> Neste sentido, Kant: “A situação dos cidadãos, considerada como situação puramente jurídica, se funda nos seguintes princípios: (1) A liberdade de cada membro da sociedade enquanto homem; (2) A igualdade frente a qualquer outro enquanto súdito; e, (3) A independência de cada membro da comunidade enquanto cidadão”. Esses princípios, afirma, não são leis dadas por um Estado instaurado, mas leis que, por si só, fazem possível a constituição do Estado, segundo os princípios da pura razão que emanam do direito externo do homem”. *Apud* GORCZEVISKI, Clóvis. MARTIN, Nuria Belloso. *A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática*.

O acesso à justiça implica essencialmente na provocação jurídica do Estado para que reaja democraticamente ao tomar uma posição, considerando a sua finalidade pública e os interesses dos administrados. A reação do Estado consiste em dar uma resposta adequada à pretensão (administrativa ou judicial) aduzida; e, por adequado, é necessário compreender a extensão do seu sentido material. Maria Tereza Sadek explica que: “o reconhecimento formal de direitos, contudo, não implica diretamente em sua efetivação. Daí a tão apontada distância entre legalidade e a realidade”.<sup>453</sup> A realidade permeada por promessas não cumpridas exige uma providência da legalidade (da ordem constituída), que se voltando para o seu não cumprimento (por ação ou omissão) permite a vivência do resgate do que se tem por justo. Portanto, acesso também expressa a ideia material de resposta, dentro de uma perspectiva que se desenvolve por um concerto sistêmico (institucional).

Necessário se faz concordar com os ensinamentos de Mancuso de que o conceito de jurisdição não mais se limita ao poder de dizer o direito,<sup>454</sup> apesar da nossa tendência à nomocracia (resposta normativa ao problema).<sup>455</sup> A incerteza pré-existente não se refere apenas ao conteúdo e a extensão da descrição normativa, supríveis por uma declaração judicial, mas, especificamente, pela possibilidade efetiva de encerrar uma controvérsia (incerteza) com a adjudicação do que for de direito ao seu titular, consubstanciando-se em uma resposta efetiva. Pedir e não levar, por condições alheias ao fundo da questão, tais como a morosidade, o custo, a burocratização, a complicação procedimental, a resposta tardia etc., torna a jurisdição frustrada (ou a resposta fracassada), repetindo a desgastada fórmula de prometer e não entregar, agora não mais em uma perspectiva normativa ou abstrata, mas específica e concreta.

Em uma região marginal como a nossa o tema da jurisdição frustrada ganha mais relevo: os conflitos perpassam a concentração de renda, a desigualdade social e revelam um déficit de cidadania. Nas palavras de Ana Rita Vieira Albuquerque, “a realidade social em que vivemos impõe a construção de uma esfera pública pluralista fundada na generalização da cidadania, inclusive com o objetivo de superar o mito do Estado forte e dos particularismos que ainda

---

<sup>453</sup> SADEK, Maria Teresa Aina. Prefácio in *A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: alguns caminhos e possibilidades*. p. xv.

<sup>454</sup> Neste sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função jurisdicional no contemporâneo Estado de Direito*. p. 306.

<sup>455</sup> Neste sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. p. 52.

predominam na esfera econômica”.<sup>456</sup> Entretanto, como apontam Amélia Soares Rocha e Francilene Gomes de Brito Bessa, há uma “ausência de assimilação da coisa pública”.<sup>457</sup> Este descolamento, essa deficiência no sentimento de pertencimento, alimenta a roda de causas e efeitos, produzindo mais conflitos e tentativas vãs de solução. Conclui a professora Sadek: “qualquer impedimento que afete o direito de acesso à justiça tem, pois, o potencial de limitar ou mesmo impossibilitar a efetivação da cidadania”,<sup>458</sup> e não há diálogo democrático “se as pessoas não tiverem condições de dignidade ou se os seus direitos, ao menos em patamares mínimos, não forem respeitados”.<sup>459</sup> Superar a inadaptabilidade da jurisdição de entregar uma resposta satisfatória compõe uma nova concepção sobre o acesso à justiça, sem necessariamente excluir a atuação jurisdicional do Estado.

Em outro estudo, Maria Tereza Sadek esclarece que “o preceito contido no direito de acesso à justiça não se confunde e nem se limita ao ingresso no Poder Judiciário. Esse direito é muito mais abrangente e também menos formalista”.<sup>460</sup> Acesso à justiça se consubstancia em um “dos direitos básicos da cidadania”<sup>461</sup> e a sua importância social se reveste no fato de que “a um só tempo tem a natureza de direito fundamental e de uma garantia dos demais direitos fundamentais”.<sup>462</sup> Do mesmo modo, as lições de Alicia Ruiz: “*El acceso a la justicia involucra pero no se agota en el sistema judicial. Es un punto fuerte de entrelazamiento entre el derecho y la democracia*”.<sup>463</sup> Para tanto, a autora propõe um enfoque epistemológico diferenciado para o acesso à justiça, que deve também ser “*una aposta política por un futuro en cual expresiones como ‘democracia’ y ‘derecho’ tengan otros sentidos distintos y más abarcadores que los que están en uso*”.<sup>464</sup>

Visto assim, o princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional, consagrado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira, não sugere a tautologia de que o acesso à justiça (de

<sup>456</sup> ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Cidadania e vida digna: a concretização dos direitos fundamentais sociais através da defensoria pública*. p. 66.

<sup>457</sup> ROCHA, Amélia Soares da. BESSA, Francilene Gomes de BRITO. *Defensoria pública brasileira: realidade e perspectivas*. p. 26.

<sup>458</sup> SADEK, Maria Tereza Aina. Prefácio in *Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento*. p. xx.

<sup>459</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Apud* Ana Rita Vieira ALBUQUERQUE. In *Cidadania e vida digna: a concretização dos direitos fundamentais sociais através da defensoria pública*. p. 66.

<sup>460</sup> SADEK, Maria Tereza Aina. *Defensoria Pública: a conquista da cidadania*. p. 21.

<sup>461</sup> *Idem*. p. 21.

<sup>462</sup> BESSA, Leandro Sousa. *A Defensoria Pública como instituição garante dos direitos humanos no cárcere*. p. 87.

<sup>463</sup> RUIZ, Alicia. *Asumir la vulnerabilidad*. p. 38.

<sup>464</sup> *Idem*. p. 38.

concepção abrangente) tenha que se limitar à resposta jurisdicional. Para tanto, a Constituição estrutura a proteção ao acesso à justiça em forma de diversas outras cláusulas imutáveis (tal como a da inafastabilidade da jurisdição) quando dispõe sobre a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem hipossuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV), quando determina a observância do devido processo legal (art. 5º, LIV), a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV), quando garante o direito de petição independente de taxas aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abusos de poder (art. 5º, XXXIV, “a”), quando garante a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania (art. 5º, LXXVII)<sup>465</sup>, ou, ainda, quando determina a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII).

Tais previsões contidas na Constituição estruturam o acesso à justiça e não são direcionadas necessariamente à providências jurisdicionais. Observe-se que a assistência jurídica obriga a providências administrativas e judiciais, tal qual aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral quando são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Ou, ainda, quando a Constituição se refere ao devido processo legal (que pode ser administrativo), ao direito de petição para todos os Poderes Públicos, aos atos necessários ao exercício da cidadania (que não são judiciais), ou a garantia da razoável duração do processo estendidas a todos tanto no âmbito judicial quanto administrativo. Tem-se por certo, em conclusão, que a estrutura normativa à disposição para um efetivo acesso à justiça não limita (simplifica) a resposta estatal, abrindo inúmeras alternativas à sua realização.

Nesta leitura sistêmica do instituto de acesso à justiça não se nega a resposta jurisdicional (nem se tem como antagônica), mas se estabelece uma ordem na lista de prioridade, deixando o Judiciário como uma *ultima ratio*, quando os mecanismos de respostas do Estado não mais corrigirem a lesão e a ameaça ao direito. E tal disposição existe para que o

---

<sup>465</sup> A Lei 9.265, de 12 de fevereiro de 1996 considera os seguintes atos necessários ao exercício da cidadania: I - os que capacitam o cidadão ao exercício da soberania popular; II - aqueles referentes ao alistamento militar; III - os pedidos de informações ao poder público, em todos os seus âmbitos, objetivando a instrução de defesa ou a denúncia de irregularidades administrativas na órbita pública; IV - as ações de impugnação de mandato eletivo por abuso do poder econômico, corrupção ou fraude; V - quaisquer requerimentos ou petições que visem as garantias individuais e a defesa do interesse público; VI - O registro civil de nascimento e o assento de óbito, bem como a primeira certidão respectiva.

instrumento (garantia)<sup>466</sup> que protege todos os demais direitos não seja inviabilizado pelo excesso de judicialização de conflitos.

Não é mais razoável em uma sociedade democrática, diante da normalidade do funcionamento institucional, que o comando normativo, que todos tanto prezam, como providência estatal para dirimir os conflitos (multifacetados, complexos e de massas), obrigue a fazermos uma leitura reduzida do instituto do acesso à justiça, limitando-se a providências sabidas que não mais comportam possibilidade de serem para todos efetivas e de desgaste evidente. Zaffaroni com frequência alerta para o fato de que quando se trata de conflitos sociais (conflitos de massa) *“la incapacidad, la pérdida de capacidad de los poderes políticos del Estado, hace que se saquen de encima el conflicto, derivándolo al judicial con a creación de la ilusión de que ahí se va a resolver”*.<sup>467</sup> Do mesmo modo, não é justificável sobre o ponto de vista da cidadania ou da proteção da dignidade da pessoa humana, que segmentos do Estado (democrático) se abstenham de resolver uma demanda direcionada (quando possível), apenas pela comodidade (conveniência) de se aguardar uma resposta judicial, alimentando um círculo vicioso de sinistras implicações.<sup>468</sup>

Quando em um ambiente democrático se verifica um protagonismo em quantidade superlativa do Estado nos conflitos existentes, há que se concluir que em alguma medida as relações sociais que dão forma e suporte aos mecanismos do Estado estão enfermas, necessitando de atenção intensiva para despertar as prerrogativas da cidadania e da sensatez (ou ainda do próprio exercício democrático). Warat denuncia que hoje *“convivemos com a triste figura de uma cidadania nebulosa que não quer ser representada, unicamente escapar do político para assistir ao espetáculo de representação”*.<sup>469</sup>

Conformar-se com o estado em que nos encontramos, é perpetuar a nossa propensão conflitual e com ele o abismo social. Direcionar a postulação para o Estado-administração afina

---

<sup>466</sup> Jorge MIRADA, citado pelas sempre lúcidas lições de Paulo BONAVIDES, reforçando o aspecto instrumental das garantias assevera: *“os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se”*. *Curso de direito constitucional*. p. 528.

<sup>467</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. HULSMAN, Louk. *Análisis crítico del acceso a la justicia*. p. 97.

<sup>468</sup> Ricardo LORENZETTI, que já foi presidente da Corte Suprema de Justiça da Argentina, sustenta que: *“es importante afirmar que el sistema del Poder Judicial no es la única vía para solucionar todos los problemas. Ni el derecho penal, ni el derecho privado, civil, comercial ni en ninguno. Es muy importante que nosotros favorezcamos los que hoy se denomina las reglas del buen gobierno o de la gobernabilidad, las sociedades bien organizadas”*. In *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. p. 72.

<sup>469</sup> WARAT, Luis Alberto. *Epistemología e ensino do direito: o sonho acabou*. p. 37.

a prática democrática, exige comprometimento do governante, resposta efetiva e consciência de cidadania, o que significa inclusão ou resgate da cidadania pela ocupação do espaço público, ao tempo em que permite ao Judiciário operar a solução de conflitos qualitativamente (livrando-se do estorvo quantitativo), conflitos que não foram consensuados por outros meios de resolução de conflitos ou que se tornaram de difícil solução, numa perspectiva de uma decisão mais duradoura e legítima pelo seu reconhecimento, quando se opera uma intervenção mais criteriosa.

Neste contexto, é inegável que essa estruturação também vai exigir das instituições públicas responsáveis pela postulação judicial uma nova postura, um novo direcionamento e uma nova forma de engajamento. É necessário que o concerto institucional opere de forma mais eficaz, integrado na pretensão de uma resposta mais efetiva e duradoura do Estado na solução do conflitos de interesses postos à deliberação. O Título IV da Constituição brasileira oportuniza que estas instituições sejam essenciais à justiça (em seu sentido mais amplo) e não se limite ao exercício do seu mister apenas junto ao Judiciário. A releitura do conceito, com a consequente extensão do significado de acesso à justiça, implica em um novo modelo de instituição responsável pela postulação e defesa dos direitos da sociedade, do Estado e do cidadão em situação de vulnerabilidade, que tenham por objetivo o acionamento do Judiciário tão-somente como a *ultima ratio*.

### **3.3 Obstáculos sociais, culturais, éticos e econômicos ao acesso à justiça (fatos do mundo)**

*Quando con esto no alcanza para dar la ilusión de que está haciendo algo, entonces se llega al máximo de ilusión (E. Raúl Zaffaroni)<sup>470</sup>*

O direito ao efetivo acesso à justiça, considerado por parte da doutrina como um "direito social básico",<sup>471</sup> e por outra como direito civil de primeira geração,<sup>472</sup> é aceito

---

<sup>470</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. HULSMAN, Louk. *Análisis crítico del acceso a la justicia*. p. 98.

<sup>471</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. p. 15.

<sup>472</sup> Neste sentido, ALVES, Cleber, que em reforço cita posicionamento adotado por José Murilo de CARVALHO. *In Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. p. 36. Do mesmo modo se posiciona Angelita Maria MADERS: "acesso à justiça é um direito fundamental, também denominado direito



comumente nas sociedades contemporâneas, revelando-se como direito humano de fundamental importância por sua peculiar condição de ser um direito que assegura outros direitos,<sup>473</sup> na expressão do exercício da cidadania e de resgate do que consideramos ser a dignidade da pessoa humana. Leandro Despouy denomina de “*un derecho en si mismo*”.<sup>474</sup> Por essa razão foi previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 11), na Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 6º) e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 8º).<sup>475</sup>

Boaventura de Sousa Santos chama atenção para o fato de que a constitucionalização dos direitos sociais pós-guerra “transformou o direito de acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a todos os demais”.<sup>476</sup> O acesso à justiça situa-se diante do rol de direitos/garantias relacionados às condições mínimas da existência humana, revelando um valor que transcende ao exercício de um direito e se relaciona diretamente com o desenvolvimento elementar da vida (liberdade e igualdade).<sup>477</sup>

Entretanto, apesar do acesso à justiça consagrar valores que tomamos por justo, necessário e indispensável para a manutenção da dignidade na convivência social;<sup>478</sup> e, a despeito de concebermos que “o valor da pessoa humana como valor-fonte da ordem da vida em sociedade encontra a sua expressão jurídica nos direitos humanos”,<sup>479</sup> ainda convivemos com uma realidade paradoxal, marcando a distância do significado valorativo para a realização

humano de primeira geração e, portanto, deve ser concretizado em sua plenitude e em prol de todos para se obter igualdade social. *Acesso à justiça no Brasil: o papel da Defensoria Pública na erradicação da pobreza*. p. 52.

<sup>473</sup> Nas palavras de Angelita Maria MADERS: “Para assegurar os demais direitos humanos, o Estado deve voltar-se para o fortalecimento dos modos e meios necessários de acesso à justiça, pois esta somente terá sentido 'quando a sua reivindicação abranger a totalidade da condição humana', pois uma atmosfera de violência, de desigualdade socioeconômica, de diferentes formas de pobreza paira sempre onde a riqueza social é partilhada injusta e desigualmente”. *Acesso à justiça no Brasil: o papel da Defensoria Pública na erradicação da pobreza*. p. 56.

<sup>474</sup> DESPOUY, Leandro. *Acceso a la justicia: impacto de la pobreza sobre los derechos humanos*. p. 115.

<sup>475</sup> Ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

<sup>476</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. p. 167.

<sup>477</sup> Destaca Tiago FENSTERSEIFER: À luz também do *princípio do Estado Social*, o conceito de mínimo existencial está diretamente relacionado à dimensão existencial humana mais elementar, conferindo a todo cidadão a garantia constitucional de acesso a um conjunto mínimo de prestações sociais estatais (direitos fundamentais sociais) que pode tomar tanto a feição de um direito de natureza defensiva quanto prestacional, sem o que a sua dignidade se encontraria profundamente comprometida ou mesmo sacrificada. *In: O papel constitucional da Defensoria Pública na tutela individual e coletiva e efetivação dos direitos fundamentais*. p. 480.

<sup>478</sup> Luís Roberto BARROSO ensina que: ‘é a partir do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana que se irradiam todos os direitos materialmente fundamentais, que devem receber proteção máxima, independentemente de sua posição formal, da geração a que pertencem e do de prestação a que dão ensejo. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. p. 179/180.

<sup>479</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt*. p. 57.

do discurso volitivo. Existe um bátratro entre as nossas considerações (com o que importamos) e a nossa prática (com o que fazemos). Na interpretação de Alicia Ruiz, acesso à justiça é ainda *“un espacio por el que navegan teorías que intentan tranquilizar buenas conciencias y llenar un vacío casi insondable en el que, como barcos a la deriva, naufragan los discursos garantistas”*.<sup>480</sup>

Há, porém, um impacto diferenciado, entre habitantes das diferentes classes sociais, quando se naufraga os discursos garantistas mencionados por Alicia Ruiz. E tal fato toca a questão da igualdade e da vulnerabilidade. A visão liberal nos legou a ideia de liberdade e de autoresponsabilidade, o que implicou, como ensina Ricardo Lorenzetti, na noção *“de capacidad plena, de discernimiento pleno y de ejercicio también pleno de la libertad”*,<sup>481</sup> e na suposição de que todos são iguais (formalmente) perante a lei. Houve, portanto, uma contradição entre os valores da liberdade (autoresponsabilidade) e vulnerabilidade (igualdade construída),<sup>482</sup> exigindo um tratamento jurídico de proteção à hipossuficiência. Para um Estado pequeno, como informa Gustavo Maurino, *“los derechos que fundaron el liberalismo constitucional eran también pequeños, escasos”*.<sup>483</sup> De fato, ultrapassada esta concepção liberal, o ordenamento jurídico avançou na noção de proteção aos vulneráveis, estabelecendo inúmeros instrumentos normativos, mas não superou os obstáculos que se mostraram presentes para a sua realização. O problema da desigualdade é diretamente afetado pelos obstáculos ao acesso à justiça, o que implica no agravamento do ambiente conflitual: *“já que a revolta dos que nada possuem correspondem à má-consciência dos possuidores, expressando-se uns e outros através de ideologias opostas, buscando os primeiros a superação do status quo e os segundos a sua manutenção”*.<sup>484</sup>

Para Mauro Cappelletti e Bryan Garth, importantes teóricos sobre o tema, o conceito de efetivo acesso é, entretanto, uma concepção vaga; apesar do avanço normativo no sentido de reconhecimento da necessidade de se diminuir a desigualdade material, a própria definição de

<sup>480</sup> RUIZ, Alicia. *Asumir la vulnerabilidad*. p. 37.

<sup>481</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Acceso a la justicia de los sectores vulnerables*. p. 62.

<sup>482</sup> Neste sentido, explica FRISCHEISEN, Maria Luiza Fonseca que a “igualdade formal é aquela que se dá perante a lei, já a efetividade da igualdade, com a diminuição das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos, objetivo da nossa República nos termos do art. 3º da Constituição Federal, depende da própria implantação das normas legais, ou seja, a igualdade não será somente perante a lei, mas também construída pela lei. *In Construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: alguns caminhos e possibilidades*. p. 19.

<sup>483</sup> MAURINO, Gustavo. *Acceso a la justicia de los excluidos (en lo social, cultural y económico)*. p. 142.

<sup>484</sup> Plauto de Faraco AZEVEDO, *Apud* MADERES, Angelita Maria. *Acceso à justiça no Brasil: o papel da Defensoria Pública na erradicação da pobreza*. p. 57.

efetividade do acesso não guardaria uma compreensão pacífica. Para os professores, poderia ser, por sua vez, "expressa como a completa igualdade de armas"<sup>485</sup> para que a solução dos conflitos imposta pelo Estado não seja indiferente ao direito, mas, tão-somente, limitada aos méritos jurídicos da pretensão postulada, afastando as dissimilaridades entre os litigantes. A ideia de igualdade, no entanto, é utópica: "as diferenças entre as partes não podem jamais serem erradicadas".<sup>486</sup> Identificando os obstáculos ao acesso à justiça, a questão é saber até que ponto podem ser removidos, até que ponto essa desigualdade materialmente considerada pode ser amenizada ou mesmo tolerada.

O estudo de Cappelletti e Garth, realizado nos anos 70 do século XX, com base na realidade norte-americana e da Europa ocidental,<sup>487</sup> identificou os seguintes obstáculos ao acesso à justiça em uma abordagem que permite fazer também uma leitura além da postulação judicial: a) custas judiciais elevadas, especialmente agravadas pelos honorários de sucumbência, além da inibição das causas de pequeno valor (pequenas causas) em razão dos custos judiciais, que podem exceder ao montante da controvérsia. O tempo a espera de uma decisão também agrava o custo processual, tornando-se para muitas pessoas uma "justiça inacessível";<sup>488</sup> b) possibilidade das partes,<sup>489</sup> especialmente com relação aos que detêm recursos financeiros consideráveis, o que gera "vantagens óbvias ao propor ou defender demandas";<sup>490</sup> e, c) possibilidade para reconhecer um direito e propor uma ação em sua defesa (diferenças de educação, meio e status social), relacionado basicamente com a capacidade de se informar e a efetiva disponibilidade da informação necessária sobre as leis e o ambiente judicial.

Compondo, ainda, o conjunto de obstáculos, do encontro entre o litigante habitual com o litigante eventual, há uma possibilidade de quebra da paridade de armas porquanto aquele: a) tem maior experiência com o direito o que lhe possibilita um melhor planejamento; b) tem

---

<sup>485</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. p. 15.

<sup>486</sup> *Idem*. p. 15.

<sup>487</sup> Ao menos no que restou limitado o conteúdo da edição brasileira do *Acesso à justiça*. O projeto dos professores Cappelletti e Garth (Projeto Bologna), no original, contém outros volumes com dados de diversos países que não foram em sua integralidade traduzidos na edição brasileira.

<sup>488</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. p. 21.

<sup>489</sup> CAPPELLETTI e GARTH destacam com relação à pessoas ou organizações com considerável recursos financeiros: "Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma destas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa". *Acesso à justiça*. p. 21.

<sup>490</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. p. 21.

possibilidade de desenvolver relações informais com quem irá decidir as causas; c) pode-se diluir os riscos da demanda por ter inúmeros casos; d) pode-se testar uma estratégia com relação a determinados casos. Há por fim, os problemas dos interesses difusos, em razão da dificuldade de mobilização (agregação) de iniciativas do setor privado para a proteção de direitos fragmentados ou coletivos que não lhe afetem diretamente ou lhe tragam um vantagem econômica, diante da necessidade de correção de uma falha na condução de política estatal.

Boaventura de Sousa Santos, na linha de Cappelletti e Garth, classificou os obstáculos em econômicos, sociais e culturais.<sup>491</sup> Com relação aos obstáculos sociais e culturais, defende que, não obstante esse problema perpassa a questão da desigualdade econômica, há fatores como o conhecimento de direitos ou mesmo de reconhecimento de um problema jurídico que afetam o acesso à justiça: “podem ignorar os direitos em jogo ou ignorar a possibilidade de reparação jurídica”.<sup>492</sup> Neste contexto haveria uma maior hesitação das pessoas juridicamente vulneráveis em postular uma solução judicial, seja em face de pertencer a uma classe socialmente desfavorecida, seja em razão de culturalmente não ter o hábito de defender os seus direitos.

Essencialmente o obstáculo econômico se refere ao custo elevado para se litigar judicialmente, que pode ser, inclusive, maior que o valor da causa. Por fim, referindo-se aos estudos de Cappelletti e Garth conclui Boaventura de Sousa Santos 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”.<sup>493</sup> Reforçando, ainda, o obstáculo econômico, ter-se-ia que somar às dificuldades dos mais vulneráveis, a administração do Judiciário em face da duração não razoável do processo, o que, por fim, acaba elevando o custo da postulação judicial. Sendo a postulação judicial um processo que em regra se desenvolve pela dialética, em face de interesses contrapostos (resistência a uma pretensão), Boaventura de Sousa Santos chama a atenção até que ponto o obstáculo econômico (lentidão da resposta) não beneficia uma das partes: “Neste domínio, e a título de exemplo, é importante investigar em

---

<sup>491</sup> Neste sentido: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. p. 168.

<sup>492</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. p. 170.

<sup>493</sup> *Idem*. p. 168.

que medida largos estratos da advocacia organizam e rentabilizam a sua atividade com base na demora dos processos e não apesar dela”.<sup>494</sup> Por outras palavras, sendo o poder uma relação entre atores, o poder econômico exerce a lógica do custo-benefício, calculando o custo de sua utilização ao interferir de inúmeras formas para retardar a resposta do Estado. Quando compensa, passando ao lado de questões éticas, é sempre possível a utilização do sistema judicial defasado e inoperante (em face do excesso de judicialização de conflitos) pelo poder econômico obstando o outro contendor ao acesso integral à uma ordem jurídica justa e igualmente construída, em razão de sua vulnerabilidade econômica.

Em uma outra abordagem é preciso reconhecer, como alerta José Augusto Garcia de Sousa, que “para o acesso à justiça, portanto, a adesão à realidade, ao concreto, é fundamental. Deseja-se a efetividade máxima dos direitos, mas a ela não se chega sem atenção aos fatos do mundo”,<sup>495</sup> e, a inviabilização do acesso à justiça, em face do excesso de judicialização de conflitos, como um fato do mundo, salta aos olhos. Este fenômeno não se relaciona somente à lentidão da resposta, mas especialmente à qualidade, além do fato que produz uma postura defensiva (jurisprudencial) evitando que os processos sejam devidamente analisados em grau de recursos, bem como de inúmeros expedientes que impedem a discussão dos casos, como adoção de filtros recursais. A propensão demandista (judicial) que vivenciamos denota a evidência de um obstáculo cultural ao acesso à justiça, porquanto reduz a discussão a um único segmento do Estado, simplificando a transferência do problema conflitual, não obstante já se ter em conta a dificuldade de se concretizar uma resposta satisfatória.

O excesso de judicialização de conflitos ao obstaculizar o acesso à justiça revela, por evidente um paradoxo. Mas até certo ponto pode-se compreender um caráter reativo, uma vez que por trás de conflitos individuais ou de grupos, existe a eventualidade de um conflito com a ordem que se encontra posta (de diversos precedentes históricos). Não é novidade que a atividade de resposta do Estado, incluindo a jurisdicional, sempre esteja dependente (a reboque) da agenda de interesses que comprometem o poder político e o poder econômico. Existe por aqui, por mais que projetamos valores que provocam os sentidos de nossa existência

---

<sup>494</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. p. 169.

<sup>495</sup> GARCIA DE SOUSA, José Augusto. *50 atuações coletivas da defensoria pública: um estudo empírico atento aos “consumidores” do sistema de justiça*. p. 198.

social, uma interseção com pretensões outras de manutenção primária dos interesses dos grupos que se encontram no poder, e não necessariamente coincidente com a vontade geral. Tal fato, em alguma medida, é temperado com avanços (concretização dos valores normativamente ajustados) e retrocessos (com negativa de direitos que aludem aos fatos do mundo).

O discurso político (ou econômico) constrói todo um raciocínio jurídico apto a legitimar esse estado de ambiguidade e a estrutura administrativa e judicial do Estado se coloca à disposição deste fim (sem necessariamente haver uma vinculação ideológica). Nas palavras de Alicia Ruiz, *“la estructura del discurso jurídico encubre, desplaza e distorsiona el lugar del conflicto social y permite al derecho instalarse como legitimador del poder, al que disfraza y torna neutral”*.<sup>496</sup> Assim, sendo preciso avançar sem ocasionar rupturas do sistema, este processo deve (por precaução) ser sempre controlado, e, deliberadamente, promover a concentração da resposta unicamente (ou preferencialmente) para a via judicial como uma forma eficaz de controle.

Ainda no campo cultural, além dos interesses de manutenção da ordem constituída há obstáculos existentes no âmago do sistema judicial, que reforçam o estigma da ineficiência da resposta estatal. Eduardo Cambi não se ausenta ao apontar os obstáculos que vêm impedindo que o Judiciário “assuma mais efetiva corresponsabilidade política na efetivação dos direitos fundamentais”:<sup>497</sup> a) conservadorismo dos operadores jurídicos, qual seja todos os que atuam com a resposta estatal, incluindo juízes, membros do Ministério Público, Advocacia Pública e da Defensoria Pública; b) negativa de reconhecimento de direito constitucionalmente previsto, em razão de um “cinismo de uma cultura jurídica que não leva a sério os direitos constitucionais, transformando-os em mera declarações programática, mais ou menos utópicas”;<sup>498</sup> c) atuação rotinizada voltada para a justiça retributiva, o que podemos complementar com o reforço do estigma da “teoria de todos os dias” denunciada por Alessandro Baratta,<sup>499</sup> em face de um discurso inserido no sentido comum teórico dos juristas, em conformidade com as lições de Luis

---

<sup>496</sup> RUIZ, Alicia. *Asumir la vulnerabilidad*. p. 42.

<sup>497</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. p. 203.

<sup>498</sup> *Idem*. p. 203.

<sup>499</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. p. 177.

Alberto Warat;<sup>500</sup> para Eduardo Cambi, o sistema é politicamente despreparado e hostil para o exercício da justiça distributiva; d) estrutura judiciária “deficiente, precária e com enormes carências tanto em recursos humanos como em recursos técnicos e materiais”;<sup>501</sup> e e) planejamento orçamentário inadequado. De fato, os números de distribuição orçamentária no sistema (apontados no Capítulo II), com o natural reflexo na estrutura humana e material, demonstram o quão grave é esse obstáculo, que em regra (com poucas exceções) atinge todo o sistema (instituições essenciais à justiça).

Cambi aponta, ainda, como obstáculo, a não profissionalização da administração judiciária, para uma melhor resposta nos limites da sua possibilidade. De fato, por tradição, ou apego ao poder, de uma forma geral no sistema, e não só no Judiciário, há uma propensão para os operadores do direito (agentes públicos), com formação para a área fim, envolver-se com a administração, o que, salvo raríssimas exceções, revela uma condução amadora ou improvisada das instituições do sistema de justiça. Sem dúvidas, podemos adjetivar de desnecessária levando em conta que em 2012, segundo o CNJ, haviam 22,85 servidores por juiz. Assim, cada órgão ou cada membro do sistema estabelece uma rotina de procedimentos singular, cuja diferença se dá próxima ao extremo dificultando a compreensão e, por fim, a eficiência do próprio sistema. Além dos obstáculos acima listados, Eduardo Cambi delata também a “ausência de opinião pública forte e de movimentos sociais organizados para a defesa dos direitos”,<sup>502</sup> e a existência de um direito processual formalista.

Nesta direção, Ada Pellegrini Grinover afirma que acesso à ordem justa “pressupõe um corpo adequado de juízes, com sensibilidade para captar a realidade social e as suas vertiginosas transformações”.<sup>503</sup> De tal maneira, denuncia, chamando de crise de mentalidade, uma organização da magistratura burocrática e verticalizada, problemas com o recrutamento de juízes, a adoção de uma linguagem distante, além de um “excessivo corporativismo de juízes

---

<sup>500</sup> Segundo Luis Alberto WARAT, “podemos dizer que os hábitos semiológicos de referencia encontram-se constituídos: por uma série móvel de conceitos, separados, estes últimos, das teorias que os produziram; por um arsenal de hipóteses vagas e, às vezes, contraditórias; por opiniões costumeiras; por premissas não explicitadas e vinculadas a valores; assim como, por metáforas e representações do mundo. Todos estes elementos, apesar de sua falta de consistência, levam a uma uniformidade última de pontos de vista sobre o direito e suas atividades institucionais”. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. p. 32.

<sup>501</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. p. 203.

<sup>502</sup> *Idem*. p. 203.

<sup>503</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. p. 25.

encastelados em posições de gabinete que pouco ou nada têm a ver com uma realidade em transformação”.<sup>504</sup> Do mesmo modo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, desta volta citado por Lenio Streck, afirma que a crise do Judiciário tem três matizes: uma estrutural, em razão da deficiência dos juízes e falta de controle; uma funcional, por inadequação das normas vigentes e a questão que toca ao acesso à justiça; e, uma individual, chamada de crise do imaginário. Tratando a crise do imaginário como um amálgama das duas primeiras, Lenio Streck ressalta que a cada episódio que agrava a crise do Judiciário, em razão de “inefetividade, inaccessibilidade à justiça, lentidão da máquina etc. – o *establishment* responde com soluções *ad hoc*, como por exemplo uma sequência de reformas *ad hoc* do processo civil, a lei dos juizados especiais civis e criminais e o efeito (de poder) representado pela súmula vinculante”.<sup>505</sup>

Por fim, apontando para um obstáculo ético, uma vez mais Warat denuncia o desencanto com a cultura jurídica na transformação contumaz da justiça como espetáculo:

*Todos os dias na rua comprovamos que vai tomando um corpo um sentimento sobre o fim da justiça. Os atos da justiça sendo devorados pelos meios de comunicação, esvaziado de conteúdo como espetáculo. Uma atitude que, ao melhor estilo publicitário, alterou a esfera jurídica, ao ponto de chegar a fazer juízes ansiosos por converter-se em estrelas de um discurso público, propensos a trocar a sua imagem de neutralidade pela de animador da mídia. Juízes que atuam como se fossem psicodélicos super-heróis de televisão. Uma greve de justiça, como diria Baudrillard? Uma justiça que desencanta porque trivializa seus vínculos com a ética. Juízes muito mais preocupados em seduzir que em argumentar racionalmente.*

Junte-se a tudo isso, o fato de que a crise do sistema (de resposta), como apontado por Mancuso e por Streck, aflora a nossa tendência de combater os problemas com novas normas, que acaba por desprestigiar a telocracia, “pelo qual um problema deve, primeiramente, ser diagnosticado, em ordem a surpreender sua causa próxima ou remota, eventual ou necessária, conjuntural ou eficiente, para só depois, através de condutas, programas e estratégias, ser eficientemente combatido”.<sup>506</sup> A resposta normativa passa a ser mais atrativa na mesma

<sup>504</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. p. 25.

<sup>505</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. p. 85.

<sup>506</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. p. 52.



medida que se torna mais fácil ser divulgada (e nesse sentido compreendida), “passando ao destinatário a falaciosa impressão de que algo foi feito”,<sup>507</sup> não obstante não haja benefício sem custo.

A lei tem um custo alto, especialmente pela sua enorme carga simbólica, que acaba por estruturar a noção que temos da realidade. No entanto, a “realidade” não pesquisada, não atenta aos fatos do mundo, não sensível a princípios de construção social como a democracia e a ocupação do espaço público, torna-se um processo tautológico no circuito nada virtuoso de prometer e não entregar, de alta expectativa seguida de uma contumaz violenta frustração. Não há nada mais nocivo, que mais obstaculize o acesso ao direito de ter direitos, do que a omissão (ou ilusão) na realização do próprio direito (que não é um problema de matiz normativo, mas sim comportamental), transpondo o discurso (que mantém a nossa coesão social) a um lugar vazio e sem conteúdo.

### 3.4 Como enfrentar os obstáculos ao acesso à justiça (olhando para a litigiosidade)

*El horizonte luminoso de la igualdad es apenas perceptible, una ilusión que sostiene malamente el imaginario de la modernidad frente a un mundo oscuro, opaco, habitado por individuos sin identidad ni reconocimiento, a los que se procura inviabilizar, desconocer y olvidar (Alicia Ruiz)<sup>508</sup>*

Para o enfrentamento dos obstáculos mencionados, Cappelletti e Garth apresentam soluções práticas disciplinadas por uma tipologia própria definindo “diferentes estágios da construção do direito de acesso à justiça”,<sup>509</sup> uma vez que a “restrição desse direito traz como consequência a negação de todo e qualquer direito”.<sup>510</sup> A tipologia adotada por Cappelletti e Garth, em face da observação de iniciativas identificadas na Europa ocidental, nos Estados Unidos e no Canadá ainda na década de 60 e início da de 70 do século passado, é apresentada

<sup>507</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. p. 53. Complementa o autor: “a fúria legislativa é onipresente, não poupa nenhum tema, ocorrência ou situação fática ou jurídica, e não dá mostra de arrefecer, chegando à culminância de consentir a edição de normas cujo objetivo é alertar para a necessidade de serem cumpridas outras normas pré-existentes (!), desprezando o milenar aviso de que a lei se presume conhecida (*ignorantia legis neminem excusat*)”. p. 65.

<sup>508</sup> RUIZ, Alicia. *Asumir la vulnerabilidad*. p. 37/38.

<sup>509</sup> ROCHA, Alexandre Lobão. *A exclusão legal da população carente*. p. 59.

<sup>510</sup> *Idem*. p. 59.

na forma de três ondas, que acabaram por referenciar a formação de paradigmas de acesso à justiça até hoje estabilizados, embora se reconheça ainda uma deficiência na solução do problema. Kim Economides propõe uma releitura das ondas de acesso à justiça indicando uma quarta tipologia, relativa a “dimensões éticas e políticas da administração da justiça”.<sup>511</sup> afastando a concepção de que o problema é de oferta de serviços jurídicos, “mas antes abrir novas perspectivas na definição da própria justiça”.<sup>512</sup>

Conquanto exista aqui ou ali um desenvolvimento maior nesta ou naquela onda, em geral, por questões afetas também ao campo político, as propostas apresentadas ainda não foram em sua totalidade inteiramente aproveitadas. Embora paradoxal, ao mesmo tempo em que se reconhece a execução deficitária das soluções apresentadas por Cappelletti e Garth, o estágio de litigiosidade da sociedade foi, de alguma forma, potencializado, redundando, conseqüentemente, como demonstra, em sua medida, os números revelados pelo Conselho Nacional de Justiça, no esgotamento do sistema judicial.

Mancuso ressalta que a crescente litigiosidade da sociedade tem as seguintes causas: a) falta de acesso (desinformação e oferta) dos meios alternativos de resolução de conflitos; b) acentuada juridicização da vida em sociedade, agravada pela oferta de inúmeros direitos positivados gerando inúmeras expectativas irrealizáveis; c) leitura equivocada (a que chamou de ufanista e irrealista) do princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional, transformando o que deveria ser “direito de ação (específico e condicionado) num prodigalizado dever de ação!”,<sup>513</sup> d) crescimento desmedido da estrutura do Judiciário, o que demandou uma aumento colossal na destinação orçamentária, exigindo, para a sua manutenção que o “aumento de oferta contribua para retroalimentar a demanda”.<sup>514</sup>

Do mesmo modo, acrescenta o autor que culturalmente temos a inclinação de repassar ao Estado a solução de todos os problemas, com o objetivo de que possa dirimir conflitos de

---

<sup>511</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. p. 31.

<sup>512</sup> *Idem*. p. 31.

<sup>513</sup> *Idem*. p. 54.

<sup>514</sup> *Idem*. p. 54. Seguindo a ordem de seu pensamento, o autor explica: “Se é verdade que a cultura demandista ou judiciarista participa em larga escala da etiologia da questão judiciária nacional, não é menos verdade que ela vem sendo mantida e insuflada em decorrência de uma política judiciária equivocada, calcada na óptica quantitativa de ofertar mais do mesmo, ou seja, mais processos = mais Fóruns, juízes, serventuários, investimento em informatização, tratando-se aí de uma corrida perdida por antecipação, seja pela visível exacerbação da litigiosidade social, seja pelo consequente aumento do *input* dos processos, seja, enfim, porque o aumento do processo acaba por retroalimentar a demanda”. p. 58.

qualquer espécie, fazendo com que o “Judiciário opere como um receptáculo imediato (uma sorte de guichê universal de reclamações) recepcionando toda a sorte de pretensões, resistências, insatisfações e intolerâncias, ainda que de pequena monta ou de parca senão nenhuma complexidade ou relevância”.<sup>515</sup> Tal comportamento, à despeito de incrementar a litigiosidade, revela uma dependência à “cultura da sentença”<sup>516</sup> e denota o quanto está judicializado o nosso cotidiano.

Qualquer abordagem que se proponha a enfrentar os obstáculos ao acesso à justiça não pode perder de vista as causas e os efeitos da litigiosidade judicial, de tal modo que uma solução não pode levar a outro problema ou ao agravamento de um problema pela sua simplificação. Acesso à justiça demanda por resposta efetiva e não apenas mais um meio judicial com pretensões de centralizar o conhecimento do conflito sem se dar conta da necessidade de resolvê-lo. Superar os obstáculos exige essa visão contextualizada (do social, do cultural, do ético e do econômico), que importa, inicialmente no reconhecimento de que estamos diante de um problema complexo que oferece contornos ao precipício social, à desigualdade, interfere diretamente na vida dos mais vulneráveis, reforça a ubiquidade da pobreza e da miséria e, por fim, coloca em risco a própria legitimidade do sistema político.

Neste particular, Gustavo Maurino dá contornos finais a essa questão quando leciona que *“a legitimidad de los sistemas políticos está ahora asociada con la promesa de constituir experimentos genuinamente participativos, inclusivos, abiertos, basados en la búsqueda de oportunidades para el consenso y el diálogo de todos los afectados”*.<sup>517</sup> A busca pela superação dos obstáculos deve se basear neste novo jogo político, inclusivo, baseado na construção de um diálogo para a preservação de um valor justo, necessário e indispensável para a convivência social.

---

<sup>515</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. p. 54. Segundo o autor, “para os japoneses a melhor manifestação de cidadania consiste, justamente, em não precisar do serviço judiciário oficial ou a ele só recorrer em casos extremos”. p. 57.

<sup>516</sup> Expressão adotada por Kazuo WATANABE, *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. p. 53.

<sup>517</sup> MAURINO, Gustavo. *Acesso a la justicia de los excluidos (en lo social, cultural y económico)*. p. 143.

### 3.4.1 O paradigma da assistência judiciária (a primeira providência)

O obstáculo das custas judiciais elevadas e da possibilidade da parte de litigar judicialmente, especialmente com relação aos mais pobres, tem sido historicamente objeto de preocupação. Como ensina Gustavo Corgosinho, iniciativas de “patrocínio gratuito teriam se dado na Roma Antiga, chegando a ser inscrita na Lei das Doze Tábuas (451-450 a.C.) e havendo registro de prática durante o império de Constantino (272-337 d.C.), primeiro soberano romano a professar o cristianismo”.<sup>518</sup> Na legislação romana incorporada por Justiniano (482-565 d.C.) havia as seguintes disposições no Digesto (Livro I, Título XVI, §5º): “*se não tiverem advogado eu lhes darei*”. Ou ainda: “*deverá dar advogado aos que peçam, ordinariamente às mulheres, ou aos pupilos, ou aos que de outra maneira são débeis, ou aos que não estejam em seu juízo, se alguém os pedir; e ainda que não haja nenhum que o peça deverá dá-lo de ofício*”. Na França, durante o reinado de Carlos V (1338-1380) havia uma ordenação que “obrigava a todos os advogados e os procuradores a pleitearem gratuitamente em favor dos pobres, sendo também gratuitos o serviço forense para estes”.<sup>519</sup>

Influenciada pelo cristianismo, que via a defesa das causas dos necessitados como uma obra de caridade de forte traço religioso,<sup>520</sup> a legislação portuguesa, especialmente as Ordenações Filipinas de 1603 (que vigeu no Brasil inclusive depois da independência),<sup>521</sup> tinha a seguinte previsão com relação à impossibilidade de pagar as custas judiciais:

*E sendo o agravante tão pobre que jure que não tem bens móveis, nem de raiz, nem onde pague o agravo, dizendo na audiência huma vez o Pater noster pela alma del Rey Dom Diniz, ser-lhe-á havido, como que pagasse os novecentos réis, con tanto que tire de tudo certidão dentro do tempo, em que havia de pagar o agravo”. (Livro 3º, Título LXXXIV, §10).*

A expressão “assistência judiciária” foi consagrada pelo “*Code de l' Assistance Judiciaire*”, da França, de 22 de janeiro de 1851, instituindo um dever honorífico para a classe dos

<sup>518</sup> CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública. Princípios institucionais e regime jurídico*. p. 17.

<sup>519</sup> COSTA, Nelson Nery. *Manual do defensor público*. p. 7.

<sup>520</sup> A respeito: CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública. Princípios institucionais e regime jurídico*. p. 17.

<sup>521</sup> Lei de 20 de outubro de 1823.

advogados. Na verdade, com a revolução liberal do final do século XVIII, tomou-se fundamental que o Judiciário assegurasse o direito de defesa, especialmente nos casos criminais, cuja a liberdade não poderia mais ser cerceada sem um julgamento justo. A adoção deste "modelo honorífico", que permaneceu até a instalação do modelo *judicare* pela Inglaterra, seguida de outros países europeus e norte-americanos, em meados da década de 70 do século XIX, atendia, assim, uma necessidade formal de defesa e não a uma defesa necessária e materialmente comprometida com o assistido. Era preciso julgar com o devido processo legal (que tomava forma pós-revolução) e cabia aos advogados caritativamente atender esse múnus.<sup>522</sup> Apesar da vigência à época de um Estado de Direito, o necessitado vivia em um "estado de favor", na dependência de uma caridade para poder postular judicialmente os seus direitos.<sup>523</sup>

Afastando-se do estigma da caridade, surgiu na Europa um novo modelo de assistência judiciária, baseado no "sistema *judicare*", que consistia no pagamento pelo Estado à advogados particulares por cada representação judicial das pessoas mais pobres. Pretendia-se, assim, propiciar "aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado".<sup>524</sup> Apesar do visível avanço em relação ao sistema honorífico, o estudo de Cappelletti e Garth registrou que o *judicare* "desfaz a barreira de custo, mas faz pouco para atacar barreiras causadas por outros problemas encontrados pelos pobres",<sup>525</sup> confiando às pessoas menos favorecidas reconhecer as causas e procurar auxílio, ao mesmo tempo em que não incentiva ao advogado particular auxiliar aos pobres a "compreender os seus direitos e a identificar as áreas em que se podem valer de remédios jurídicos".<sup>526</sup>

---

<sup>522</sup> Cléber Francisco ALVES e Marília PIMENTA comentam que "durante séculos, o problema de acesso dos pobres à justiça foi tratado, no mundo ocidental, dentro de uma perspectiva 'caritativa', como um dever moral e meritório do homem piedoso. Somente no século XIX o Estado passou a ocupar-se dessa matéria, todavia ainda numa ótica inadequada para o equacionamento do problema, tendo sido esse dever moral erigido em obrigação jurídica, ou seja, um 'dever gratuito honorífico' impondo-se, legalmente, aos advogados o patrocínio das causas dos pobres" *Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública*. p. 32

<sup>523</sup> Fábio Luís Mariani de SOUSA anota que "havia entendimento de que a figura do defensor era incompatível com a sistemática do processo inquisitório, eis que o julgamento, a acusação, e também a defesa, incumbiam ao próprio tribunal. Em razão deste entendimento a Ordenação Criminal Austríaca (1803), chegou a excluir completamente o direito de defesa. Na França, o *Code d'instruction criminelle* (1808), admitia a defesa em todas as causas, tornando-se obrigatória em casos graves. O exemplo francês foi seguido pela maior parte das legislações processuais reformadas dos territórios alemães, com especial relevo para a Ordenança Prussiana (1849). Na Inglaterra o direito de defesa foi regulado por uma legislação de 1836, sendo admitida sua participação de forma geral, em todos s procedimentos." *Defensoria pública e o acesso à justiça penal*. P. 195.

<sup>524</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH. Bryan. *Acesso à justiça*.p. 35.

<sup>525</sup> *Idem*. p.38.

<sup>526</sup> *Idem*. p. 38.

Ademais, o *judicare* também se limitava a casos individuais, desconhecendo que os mais necessitados encontravam problemas jurídicos que poderiam ser resolvidos em grupo. Ou ainda, problemas com relação a diferença cultural entre o advogado e o seu assistido, a localização geográfica dos escritórios e, principalmente, a distinção que poderia haver entre os casos particulares e os casos custeados pelo sistema *judicare*, obviamente bem menos remunerados, o que sugeria que o tempo do profissional dedicado a estes casos poderia ser menor que o tempo dedicado aos clientes particulares,<sup>527</sup> alimentando a desigualdade com relação a um efetivo acesso à justiça.

Os Estados Unidos desenvolveram uma nova experiência em relação ao sistema *judicare*, que se espalhou com contundência pela América Latina. A criação de uma instituição (Legal Service Corporation) que mantinha advogados remunerados pelos cofres públicos (defensores públicos). No estudo de Cappelletti e Garth são inúmeras as referências aos benefício deste sistema, tais como: "tende a ser caracterizado por grandes esforços no sentido de fazer as pessoas pobres conscientes de seus novos direitos e desejosas de utilizar advogados para ajudar a obtê-los".<sup>528</sup> Ou ainda: "as vantagens dessa sistemática sobre o *judicare* são óbvias. Ela ataca outra barreira ao acesso individual, além dos custos, particularmente os problemas derivados da desinformação jurídica pessoal dos pobres".<sup>529</sup> Com isso foram criados escritórios nas periferias para facilitar o acesso físico dos que não podiam pagar advogados ou arcar com custas judiciais. Os defensores públicos trabalhavam ainda no sentido de ampliar os direitos dos mais pobres, através de lobbies "e de outras atividades tendentes a obter reforma na legislação, em benefícios dos pobres dentro de um enfoque de classe".<sup>530</sup>

Sobre a adoção deste novo sistema, Edwin H. Sutherland, um dos grandes sociólogos da Escola de Chicago, ainda na primeira metade do século XX, teve a oportunidade de comentar:

---

<sup>527</sup> CAPPELLETTI e GARTH registraram: "É, sem dúvidas, altamente sugestivo que os pobres tendam a utilizar o sistema *judicare* principalmente para problemas que lhes são familiares - em vez de reivindicar os seus novos direitos, como consumidores, inquilinos, etc. Ademais, mesmo que reconheçam a sua pretensão, as pessoas pobres podem sentir-se intimidadas em reivindicá-la pela perspectiva de comparecerem a um escritório de advocacia e discuti-la com um advogado particular. Sem dúvidas, em sociedades em que os ricos e os pobres vivem separados, pode haver barreiras tanto geográficas quanto culturais entre os pobres e os advogados". *Acesso à justiça*. p. 38.

<sup>528</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH. Bryan. *Acesso à justiça*. p. 40.

<sup>529</sup> *Idem*. p. 40.

<sup>530</sup> *Idem*. p. 40.

*Por causa da ineficiência e falta de correção do sistema de conselhos designados, alguns estados autorizaram um defensor público especial que dedica todo o seu tempo à defesa das pessoas pobres acusadas de crimes. O defensor público remonta à Roma antiga; existia também na Espanha no século XV e em muitos países europeus nas últimas décadas; Nos Estados Unidos foi ele adotado pela primeira vez em Los Angeles, em 1913, e, desde então, tem sido autorizado em sete estados (Califórnia, Connecticut, Illinois, Minnesota, Nebraska, Tennessee e Virgínia), ainda que se limite em geral às grandes cidades desses estados.*

*O sistema do defensor público é superior ao sistema do conselho designado. As delongas são reduzidas, fazem-se raramente requerimentos técnicos e a despesa é menor para o estado. Ao mesmo tempo provêm eles ao acusado proteção mais eficiente que o sistema dos conselhos designados. Por serem especializados, podem eles contribuir para o desenvolvimento da opinião pública e do processo criminal, o que eram os conselhos designados incapazes de fazer. Os argumentos formulados contra o sistema do defensor público, em comparação com o conselho designado, são evidentemente espúrios".*<sup>531</sup>

Luigi Ferrajoli, observando o incremento do sistema institucional na América Latina, assim se pronunciou sobre o modelo *judicare* italiano (defensa de ofício):

*En Italia, la garantía de la defensa se reduce, para los pobres, a ese simulacro de defensa que es la defensa de oficio, y solo para los paupérrimos el patrocinio gratuito. La experiencia Latinoamericana, en cambio, invita a vieja cultura europea, a confrontarse con un modelo de defensa que es a todas luces incomparablemente más equitativo y eficaz que el que tenemos en Europa; y, al mismo tiempo, nos impone a repensar, sobre la base de los fundamentos de los derechos de defensa, los fundamentos relacionados a sus garantías, ante todo, por supuesto, el Instituto de la Defensa Pública.*<sup>532</sup>

No Brasil, a assistência judiciária teve previsão nas Constituições de 1934,<sup>533</sup> 1946,<sup>534</sup> 1967<sup>535</sup> e na Emenda nº 01, de 1969.<sup>536</sup> Foram criados em diversos Estados Serviços de Assistência Judiciária, na forma do modelo estadunidense, mas sempre com o viés judicial, da necessidade de resolução do conflito perante o Judiciário. Por outro lado, alguns Estados

<sup>531</sup> SUTHERLAND, Edwin. H. *Princípios de Criminologia*. p. 328.

<sup>532</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Acceso a la justicia, proceso penal y sistemas de garantías*. p. 22.

<sup>533</sup> Art. 113, nº 32 - A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando para esse efeito órgãos especiais e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

<sup>534</sup> Art. 141, §35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.

<sup>535</sup> Art. 150, §32 - Será concedida assistência judiciária aos necessitados.

<sup>536</sup> Art. 153, §32 - Será concedida assistência judiciária aos necessitados.

adotaram o modelo *judicare*, que apesar da grande transformação operada com a adoção de um novo paradigma a partir de 1988, continuava, ainda, sobrevivendo de forma questionável, onerando os cofres públicos, sem a devida proporção de custo benefício e reforçando ainda mais a ideia de litigiosidade judicial.

Santa Catarina foi o último Estado brasileiro a manter o sistema *judicare* e o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a sua legislação, determinando que se adaptasse ao modelo constitucional (Defensoria Pública) em vigor desde 1988. O julgamento unânime da ADI 4270/SC, realizado em 14 de março de 2012, foi assim ementado:

*Art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina. Lei complementar estadual 155/1997. Convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) para prestação de serviço de “defensoria pública dativa”. Inexistência, no Estado de Santa Catarina, de órgão estatal destinado à orientação jurídica e à defesa dos necessitados. Situação institucional que configura severo ataque à dignidade do ser humano. Violação do inc. LXXIV do art. 5º e do art. 134, caput, da redação originária da Constituição de 1988. Ações diretas julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade do art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina e da lei complementar estadual 155/1997 e admitir a continuidade dos serviços atualmente prestados pelo Estado de Santa Catarina mediante convênio com a OAB/SC pelo prazo máximo de 1 (um) ano da data do julgamento da presente ação, ao fim do qual deverá estar em funcionamento órgão estadual de defensoria pública estruturado de acordo com a Constituição de 1988 e em estrita observância à legislação complementar nacional (LC 80/1994).<sup>537</sup>*

Como em sua origem a assistência judiciária no Brasil ficou afeta à Ordem dos Advogados, segmentos desta instituição até hoje procuram manter privilégios de advogados conveniados em alguns Estados brasileiros, que são remunerados pelo Estado (sistema *judicare*) sem nenhum critério de seleção, chegando, inclusive, a corporativamente trabalhar contra a adoção de um novo sistema.<sup>538</sup> Esse problema não é novo e da mesma forma é enfrentado em países europeus e latino-americanos. Luigi Ferrajoli destaca, em sua clássica obra sobre o

<sup>537</sup> Supremo Tribunal Federal. ADI 4270/SC. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJe 25.09.2012.

<sup>538</sup> Sustenta com propriedade Manoel Sabino PONTES: "Negar ao cidadão um bom serviço público por sua condição social é inadmissível preconceito que ofende duramente ao princípio da moralidade administrativa. Em um país onde a imensa maioria da população necessita dos serviços de um defensor público, utilizar meios criativos para não cumprir a Constituição, deixando de fornecer uma assistência jurídica de qualidade, é perseguir exatamente o contrário do bem comum" *Inconstitucionalidade da utilização pelo Estado de meios alternativos à Defensoria Pública*. p. 95.



garantismo penal, que: "é fácil compreender que semelhante figura (defensor público) encontrará sempre a oposição corporativa da categoria dos advogados. Mas sem ela resulta comprometida a paridade de partes, que forma um dos pressupostos essenciais do contraditório e do direito de defesa".<sup>539</sup> Tal oposição corporativa vem sendo severamente combatida, a ponto de ser proposta a ADIN 4163, pela Procuradoria Geral da República, contra dispositivo de lei estadual paulista que obrigava a Defensoria Pública do Estado a fazer convênio de assistência judiciária (modelo superado) com a OAB/SP. A ADI que restou assim ementada em decisão unânime do Supremo Tribunal Federal:

*É inconstitucional toda norma que, impondo a Defensoria Pública Estadual, para prestação de serviço jurídico integral e gratuito aos necessitados, a obrigatoriedade de assinatura de convênio exclusivo com a Ordem dos Advogados do Brasil, ou com qualquer outra entidade, viola, por conseguinte, a autonomia funcional, administrativa e financeira daquele órgão público.*<sup>540</sup>

Em suma, podemos destacar que o paradigma de assistência judiciária enfrentou o problema que obstaculizava o efetivo acesso à justiça para a propositura ou para a defesa de ações de interesses dos mais pobres, ou no sentido que pode ser usado mais adequadamente como os dos mais vulneráveis.<sup>541</sup> Em todo caso, o que era assegurado constitucionalmente ou por inúmeros outros atos normativos, tinha apenas um destinatário para se procurar a resposta do Estado: a jurisdição. O que se poderia demandar por esse sistema era apenas o que poderia ser postulado judicialmente. O acesso à justiça aqui se confundia com o acesso ao próprio Poder Judiciário, reforçando a ideia da litigiosidade judicial, abrindo um caminho para a superação de obstáculos ao tempo em que contribuía fortemente (em termos também quantitativo, como resíduo da inclusão) para o embaraço na resposta estatal.

---

<sup>539</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo. 3ª edição. Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 538.

<sup>540</sup> Supremo Tribunal Federal. ADI 4163. Rel. Min. Cezar Peluso. DJe 01.03.2013.

<sup>541</sup> Em um estudo publicado em espanhol, Cleber Francisco ALVES, faz a seguinte ressalva: “*Es necesario definir el sentido de la palabra ‘pobreza’, que no puede ser comprendida estrictamente como sinónimo de carencia de bienes materiales, aunque ésta sea la manera más fácil de delimitar objetivamente su significado. Factores como el analfabetismo, dolencias crónicas y deficiencias (físicas e mentales), inseguridad e vulnerabilidad a la violencia, susceptibilidad a desastres o adversidades naturales, aislamiento físico o social a veces también deben considerarse para configurar la noción de pobreza*”. *Pobreza y derechos humanos: el papel de la defensoria pública en la lucha pela erradicación de la pobreza*. p. 149/150.

### 3.4.2 O paradigma da assistência jurídica integral (modernizando o enfrentamento dos obstáculos)

No Brasil, a concepção judiciária perdurou até a Constituição de 1988, que inaugurou um novo paradigma de acesso à justiça: a assistência jurídica, estabelecida como uma garantia fundamental (art. 5º, LXXIV) que deve ser integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Para a efetivação desta garantia fundamental a Constituição criou a Defensoria Pública reforçando o seu caráter de instituição essencial à função jurisdicional do Estado e incumbindo-lhe também a orientação jurídica e a defesa em todos os graus dos necessitados (art. 134). Foi também assegurada à Defensoria Pública autonomia funcional, administrativa e iniciativa de lei orçamentária,<sup>542</sup> além de proibir a advocacia para os defensores públicos, que devem ser selecionados por concurso público e ter dedicação exclusiva.<sup>543</sup> Lei complementar à Constituição Federal (Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, alterada pela Lei Complementar nº 132, de 07 de outubro de 2009), colocando um ponto na controvérsia sobre a possibilidade de adoção de um sistema misto (*judicare* e defesa institucional)<sup>544</sup> no Brasil, determinou que a assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será

---

<sup>542</sup> A Resolução 2.801 de 05 de junho de 2013, da Organização dos Estados Americanos (OEA) determina que “*Sin perjuicio de la diversidad de los sistemas jurídicos de cada país, destacar la importancia de la independencia, autonomía funcional, financiera y/o presupuestaria, de la defensa pública oficial, como parte de los esfuerzos de los Estados Miembros para garantizar un servicio público eficiente, libre de injerencias y controles indebidos por parte de otros poderes del Estado que afecten su autonomía funcional y cuyo mandato sea el interés de su defendido o defendida*”. No mesmo sentido a Defensoria Pública de la Nación Argentina que tem previsão constitucional, autonomia funcional, administrativa e financeira (art. 120) e a Lei nº 4.423, de 12 de outubro de 2011 para o *Ministerio de la Defensa Pública* do Paraguai.

<sup>543</sup> Carlos WEISS leciona que “a Constituição andou bem ao dotar a Defensoria Pública de atributos e prerrogativas que, ao menos em tese, servem para garantir aos Defensores Públicos a possibilidade de atuação independente sem que se sintam ameaçados pelos atos que praticarem, mesmo que contrários aos interesses e opiniões do governo”. Sobre autonomia funcional e administrativa, continua o autor: “É predicativo institucional, tanto que se poderia falar – e às vezes se fala – em autonomia institucional, mas ela se comunica aos membros da instituição, porque suas atividades-fim se realizam por meio deles. Assim, eles compartilham dessa autonomia institucional, porque não tem que aceitar interferência de autoridades ou órgãos de outro Poder no exercício de suas funções institucionais”. *A implementação das decisões e recomendações internacionais de direitos humanos em matéria de tortura: a atuação da defensoria pública*. p. 154/155.

<sup>544</sup> Adverte Haman Tabosa de MORAES e CÓRDOVA que: “A opção feita pelo legislador constituinte foi bastante clara: o modelo escolhido para a prestação da assistência jurídica integral e gratuita pelo Estado brasileiro é único e se dá por meio da Defensoria Pública. Todo resto é mero desdobramento da burla constante que se faz a essa opção e a esse modelo, sendo certo que a manutenção da instituição enfraquecida, sem o mesmo tratamento dispensado às demais instituições que integram o sistema de justiça, vulnera diariamente o direito de milhões de brasileiros hipossuficientes” *Defensoria pública da união: desafios e possibilidades*. p. 234.

exercida pela Defensoria Pública (art. 4º, §5º).<sup>545</sup> Portanto, a instituição Defensoria Pública tem por missão garantir o efetivo acesso à justiça aos considerados hipossuficiente, não mais, entretanto, se limitando à abordagem da 1ª onda identificada por Cappelletti e Garth, que se resumia a assistência diante de um conflito já judicializado.

A mudança na abordagem de acesso à justiça não é meramente conceitual, tem um viés prático e pode contribuir, quando efetivada à sua máxima consequência, no descongestionamento do sistema judicial e numa maior perspectiva de exercício da cidadania (ou da democracia).<sup>546</sup> Cabe à Defensoria Pública, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita (art. 1º). Tem-se por concebido, portanto, que a ideia de assistência jurídica engloba a assistência judiciária, bem como esta já havia incorporado a concepção da gratuidade de justiça (enfrentamento do obstáculo referente às custas judiciais), o que permite asseverar que parte dos conflitos possam ser enfrentados ainda antes de sua judicialização. Neste sentido, a Lei Complementar nº 80 especifica que a primeira função institucional da Defensoria Pública é a de "promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos" (art. 4º, inciso II).

Enquanto a assistência judiciária restringe-se ao enfrentamento do conflito à limitação do atendimento judicial (centralização aos órgãos do Judiciário) amparando-se em uma concepção formal de justiça, a perspectiva da assistência jurídica, por sua vez, projeta-se para viabilizar a solução do conflito antes de sua judicialização, conformando-se à efetividade necessária ao atendimento de um direito que conduza à dignidade da pessoa humana

---

<sup>545</sup> Na lição de Roberto Gonçalves de FREITAS FILHO: "A Defensoria materializa a ação oficial, assegurando à cidadania que o Estado desempenha a sua atividade. Desse modo, estabelece a perspectiva pública no trato dos interesses dos carentes. O conjunto de prerrogativas, o corpo dos servidores selecionados por concurso, a continuidade e independência de ação, tudo atua para que a prestação de serviço aos carentes seja verdadeiramente de boa qualidade". *Ética e advocacia pro-bono*. p. 43.

<sup>546</sup> Sobre a mudança verificada, sustenta Olívio de Souza SANTOS JÚNIOR: "A passagem do paradigma - o conceito de paradigma vem da filosofia da ciência de Thomas Khun, significa os aspectos centrais dos esquemas gerais de pré-compreensão e visões de mundo condicionando o agir humano e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo - do obsoleto paradigma de assistência judiciária para a Defensoria Pública implicou em um giro institucional radical, que corresponde as diferentes perspectivas da relação Estado/sociedade". *A defensoria pública na tutela transindividual do meio ambiente*. p. 91.

(concepção substantiva). Notadamente, através da orientação jurídica (possibilidade da parte relacionada com o obstáculo para reconhecer um direito e propor uma ação em sua defesa), a difusão de informações referidas aos direitos e deveres da sociedade,<sup>547</sup> como uma atividade de caráter preventivo, o procuratório extrajudicial e a utilização de todos os meios alternativos de solução de conflitos (MARC) que se dispõem.<sup>548</sup>

Assim delineada, por ser integral (em todas as áreas do direito, utilizando-se de todos os meios processuais e extraprocessuais existentes, inclusive em desfavor de pessoas jurídicas de direito público) a assistência jurídica permite focar nos obstáculos de acesso à justiça além do econômico, reduzindo as potenciais querelas judiciais (com destaques para as que são propostas contra o Estado reclamando prestação de serviços públicos), principalmente pela possibilidade também de se considerar coletivamente os problemas jurídicos dos hipossuficientes, na busca por uma solução mais racional.<sup>549</sup>

Igualmente, por exemplo, se um cidadão se encontra com um problema com uma concessionária de serviços públicos como água, luz ou telefone, o modelo de assistência jurídica integral exige que Defensoria Pública prioritariamente encontre uma solução extrajudicial, que pode ser de um simples ofício à concessionária inadimplente, apontando a falta e pedindo a sua reparação, até a reuniões com os responsáveis para se chegar a um acordo sobre o problema detectado. Entretanto, não havendo solução consensual, antes de se propor uma ação judicial, pode-se verificar se tal inadimplemento atinge outros consumidores para, se for o caso, ingressar com uma ação civil pública para proteção de direitos coletivos ou direitos individuais

---

<sup>547</sup> Bruno Diaz NAPOLITANO e Bruno Ricardo Miragaia SOUZA professam: "Desde então, portanto, o acesso a justiça deixa de ser simplesmente aos órgãos do Poder Judiciário, e sim, num conceito mais amplo passa ser acesso à ordem jurídica justa, ou seja, a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano, sem olvidar-se a importância ao acesso à jurisdição, com os meios processuais adequados". *Acesso à justiça no Brasil: o papel da defensoria pública na erradicação da pobreza*. p. 65.

<sup>548</sup> Cléber Francisco ALVES esclarece que: "a noção de assistência jurídica é bem mais ampla, aliás, como convenientemente preconizada pela atual Carta Magna brasileira, abrangendo a orientação e consultoria jurídicas, inclusive de caráter preventivo, o procuratório extrajudicial, quando necessário, além da possibilidade de acesso aos meios alternativos de solução de conflitos e ainda a conscientização acerca dos direitos da cidadania". *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. p. 236.

<sup>549</sup> Angelita Maria MADERS anota que: "não basta investir para vencer obstáculos econômicos do acesso à justiça; deve-se investir para vencer os obstáculos sociais culturais com a educação jurídica do cidadão, com a conscientização sobre os seus direitos, prestando assistência jurídica integral e gratuita considerando os problemas coletivos das classes economicamente subordinadas. Deve haver a democratização do Direito, da sociedade e da justiça, o que exige um maior envolvimento e participação dos cidadãos". *Acesso à justiça no Brasil: o papel da Defensoria Pública na erradicação da pobreza*. p. 58.

homogêneos. Por outro lado, no sistema do paradigma anterior da assistência judiciária haveria o ingresso de inúmeras ações individuais repetidas (mesma causa de pedir), onde muitas redundariam em acordos no Judiciário, que se ocuparia em dirimir conflitos que de outra forma poderiam ser resolvidos sem a adoção de ações coletivas. Ademais, junte-se a isso ao sistema *judicare*, oportunidade que estaria o Estado incentivando a adoção de medidas judiciais, porquanto seria essa a forma de remuneração dos advogados conveniados, que não tem interesse, assim, por uma solução extrajudicial. Essas providências alternativas e informativas, são fatores que objetivamente garantem a efetividade substantiva do direito a ter direito, bem como contribui decisivamente para diminuição do excesso de judicialização dos conflitos.

O acesso à justiça garantido pela assistência jurídica integral e gratuita pela atuação de um órgão constitucionalmente previsto de dedicação exclusiva e multidisciplinar implica em “inclusão jurídica daqueles marginalizados pelo (e no) sistema, no sentido de concretizar os direitos fundamentais e fazer da nossa Constituição Federal e dos tratados internacionais de direitos humanos um modelo não utópico como a realidade tem indicado”.<sup>550</sup> Além do mais, como lembra Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré, a inclusão jurídica “acarreta a inclusão social/psicossocial e econômica. De fato, a solução de um problema jurídico daquela pessoa que procura pelos serviços da Defensoria Pública acaba repercutindo na sua vida como um todo, no aspecto social, psicológico e econômico”. Em verdade, quando se está diante de um problema relatado à Defensoria Pública, seguindo essa concepção de que acesso à justiça significa em uma última leitura acesso ao Estado, fica muito difícil separar o que é realmente um problema puramente jurídico de um problema psicossocial ou econômico. As causas se tornam um amálgama entrelaçando efeitos que se retroalimentam.

Ante a dificuldade de se distinguir o puramente jurídico, o Estado (provocado pelo direito de acesso) não pode se omitir e apresentar uma resposta meramente jurídica sob pena de perpetuar o ambiente conflitual. Não enfrentar a causa (muitas vezes contornável) e apenas se preocupar com os efeitos, que vão demandar uma ação judicial em regra, significa conformar-se com as consequências da intervenção, da força, e do surgimento de uma nova resistência. Onde havia a resistência a uma pretensão horizontalizada entre A e B, haverá com a

---

<sup>550</sup> RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *A dimensão quântica do acesso à justiça*. p. 91.

ação judicial uma intervenção deslocando com frequência a resistência para o comando do próprio Estado (interventor nas relações privadas).

No momento inicial de conhecimento do conflito levado ao Estado (à Defensoria Pública), abre-se a oportunidade de se responder imediatamente (com resultados relevantes) seguindo a ideia de desarmar o conflito em sua raiz, e não postergá-lo como ato autoridade, ameaçando, ao resistente da pretensão lançada, os rigores da lei (leia-se da intervenção). Ou vice-versa, ao pretendente que se encontra resistido por outrem. A palavra da autoridade, da lei, da intervenção ou do processo judicial, sugere o início de um conflito judicializado que, se não é possível ter como dispensável, melhor seria reconhecer a sua inevitabilidade apenas depois de lançadas inúmeras providências no sentido da tentativa de seu desarme.

Neste particular, a Lei Orgânica da Defensoria Pública permite que se faça essa abordagem interdisciplinar (psicossocial) e com isso o sistema de assistência jurídica integral contribui de forma relevante para diminuição de conflitos judicializados. Contudo, tal paradigma precisa ainda ser assimilado com mais precisão pela comunidade jurídica (que tende a ver o problema puramente jurídico, reforçando o estigma da segmentação estatal). Do mesmo modo, essa providência também sugere uma atuação combinada de todas as instituições essenciais à justiça, para que esse escopo seja alcançado, liberando o Judiciário deste mister de fazer atendimento interdisciplinar e permitindo que se dedique com mais vigor ao julgamento dos casos postos à sua deliberação.

A concepção de acesso a justiça como direito humano fundamental, a importância do modelo de assistência jurídica gratuita exercida pela instituição Defensoria Pública, com defensores públicos de carreira que gozam de independência e autonomia funcional, vem sendo adotada por diversos países latino-americanos e ocupando espaços em fóruns internacionais. A Organização dos Estados Americanos - OEA aprovou, por sua sessão plenária de 07 de junho de 2011, o primeiro ato normativo do sistema interamericano que dispõe sobre o acesso à justiça (Resolução nº 2.656), destacando o trabalho realizado pelos defensores públicos, em diversos países. Para tanto, foi considerado que na defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos realizada pela assistência jurídica gratuita decorre o fácil e oportuno acesso de todas as pessoas à justiça, sobretudo daquelas que se encontram em situação especial de vulnerabilidade. Em

sua integra<sup>551</sup> a Resolução da OEA dispôs sobre a garantia ao acesso à justiça e o papel dos defensores públicos, nos seguintes termos:

a) *Afirmar que o acesso à justiça, como direito humano fundamental, é, ao mesmo tempo, o meio que possibilita que se restabeleça o exercício dos direitos que tenham sido ignorados ou violados;*

b) *Apoiar o trabalho que vêm desenvolvendo os defensores públicos oficiais dos Estados do Hemisfério, que constitui um aspecto essencial para o fortalecimento do acesso à justiça e à consolidação da democracia;*

c) *Afirmar a importância fundamental do serviço de assistência jurídica gratuita para a promoção e a proteção do direito ao acesso à justiça de todas as pessoas, em especial daquelas que se encontram em situação especial de vulnerabilidade;*

d) *Incentivar os Estados membros que ainda não disponham da instituição da defensoria pública que considerem a possibilidade de criá-la em seus ordenamentos jurídicos;*

e) *Instar os Estados a que promovam oportunidades de cooperação internacional para o intercâmbio de experiências e boas práticas na matéria;*

f) *Incentivar os Estados e os órgãos do Sistema Interamericano a que promovam a celebração de convênios para a oferta de capacitação e formação dos defensores públicos oficiais;*

g) *Apoiar o trabalho da Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEP), no fortalecimento da defesa pública nos Estados membros.*

No mesmo sentido, a Resolução 2.714 de 05 de junho de 2012 da Organização dos Estados Americanos - OEA, reiterando os termos da Resolução 2.656/11, destaca o trabalho dos defensores públicos na defesa das vítimas de violações aos direitos humanos, e ressalta a importância do acordo em 2010 que permitiu a criação de um quadro de defensores públicos interamericanos (DPI's) junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).<sup>552</sup> Compõe

---

<sup>551</sup> Disponível em <[http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/11698/AG\\_RES\\_2656\\_pt.pdf](http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/11698/AG_RES_2656_pt.pdf)>

<sup>552</sup> No *Relatório Anual 2012* da Corte Interamericana de Direitos Humanos restou assim ressaltada a importância do defensor público interamericano (DPI): “Uma das principais contribuições do atual Regulamento da Corte, em vigência desde 1 de janeiro de 2010, foi a criação da figura do Defensor Público Interamericano. Deste modo, a reforma do Regulamento buscou garantir o acesso à justiça interamericana mediante a concessão de assistência legal gratuita às supostas vítimas que não possuem recursos econômicos ou de representação legal perante a Corte. Para isso, com a finalidade de implementar a figura do defensor interamericano, a Corte firmou no ano 2010 um Acordo de Entendimento com a Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEP). Naqueles casos nos quais as

esse quadro dois defensores públicos de cada país interamericano que serão selecionados pela Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEF) para mandato de dois anos. A primeira designação de defensores públicos interamericanos (DPI's) sobreveio em 25 de abril de 2011, no caso nº 11.618 (Caso Furlan e família versus Argentina)<sup>553</sup> e várias outras designações se sucederam no período.

A importância da atuação institucional da Defensoria Pública no sistema interamericano, robustece a vocação da instituição para a defesa dos direitos humanos, contribuindo com a concretização do comando normativo de proteção aos direitos fundamentais. Carlos Weiss destaca que se deve compreender a criação da Defensoria Pública como um órgão “destinado à realização de direitos humanos, e não só oferecer profissionais destinados a substituir o advogado particular para atuação em casos de litígios interindividuais de baixa complexidade e sem nenhum conteúdo político”.<sup>554</sup> Abre-se, portanto, uma expectativa de acesso à fóruns anteriormente inacessíveis (ou inimagináveis numa perspectiva limitada de assistência judiciária). Neste sentido observa-se a dicção da Lei Orgânica Nacional que determina ser função institucional da Defensoria Pública representar aos sistemas internacionais de direitos humanos, postulando perante os seus órgãos (art. 4º, inciso VI), bem como promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações (não necessariamente judiciais) capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela (art. 4º, inciso X).

---

supostas vítimas não possuem recursos econômicos e/ou de representação legal perante a Corte, a AIDEF designará a um defensor público pertencente à referida Associação para que assumira sua representação e defesa legal durante todo o processo, com o objetivo de que seus direitos sejam efetivamente garantidos. Quando alguma suposta vítima não conta com representação legal em um caso, a Corte comunicará o fato ao Coordenador/a Geral da Associação, para que dentro do prazo de 10 dias, designe o defensor ou defensora que assumirá a representação e defesa legal, assim como o lugar onde se lhe devem notificar as comunicações pertinentes. Outrossim, a Corte notificará à pessoa designada como defensor público pertencente à AIDEF a documentação referente à apresentação do caso perante o Tribunal, de modo que ele ou ela assumira desde este momento a representação legal da suposta vítima perante a Corte durante todo o trâmite do caso”. p. 90.

<sup>553</sup> Fonte: Associação Interamericana de Defensorias Públicas – AIDEF, disponível no sítio eletrônico:

<[http://www.aidef.org/wtksite/cms/conteudo/339/balan\\_o\\_gestao2009-2012\\_portugues.pdf](http://www.aidef.org/wtksite/cms/conteudo/339/balan_o_gestao2009-2012_portugues.pdf)>.

<sup>554</sup> WEISS, Carlos. *A implementação das decisões e recomendações internacionais de direitos humanos em matéria de tortura: a atuação da defensoria pública*. p. 153/154.



Outra Resolução da OEA, de 05 de junho de 2013, ressaltou a importância da Defensoria Pública na prestação de assistência jurídica integral no sistema interamericano nos seguintes termos:

*Alentar, cuando corresponda, a los Estados Miembros a promover la participación de los defensores públicos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a fin que el derecho a defensa técnica sea ejercido y garantizado desde la primera actuación del procedimiento dirigida en contra de una persona a nivel nacional hasta, cuando proceda, la emisión de la sentencia por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*<sup>555</sup>

Acesso ao sistema internacional, vale dizer, vai mais além do que o acesso ao Estado, na esperança de uma resposta tradicional contornada pelo exercício de sua soberania. Representa o acesso à um concerto de intenções declaradas por um conjunto de Estados, cujo resultado é a criação e afirmação de organismos supranacionais de proteção ou de julgamento de violações consideradas lesivas (valoradas) por este conjunto de nações. Portanto, o acesso à proteção internacional se revela como indispensável para que seja efetivada a determinação constitucional de prestação de assistência jurídica e integral aos necessitados (vulneráveis) e a superação do obstáculo econômico de arcar com custos de um processo que demanda providências no âmbito externo ao Estado de origem do conflito.

### **3.4.3 O paradigma do enfrentamento coletivo dos conflitos (a racionalização do sistema)**

Com a sedimentação histórica dos direitos de primeira geração relacionados à liberdade (direitos civis e políticos), direcionando o que o Estado não deve fazer; dos direitos de segunda geração referentes à igualdade (direitos sociais), disciplinando, ao contrário, o quanto o Estado deve intervir para assegurar condições mínimas de dignidade; surge a terceira geração de direitos inspirados em valores da solidariedade, presentes em um mundo cada vez mais sem

---

<sup>555</sup> Resolução 2.801, item 7.

fronteiras, globalizado, em movimento constante,<sup>556</sup> de avanço contínuo dos direitos humanos internacionalizados, exigindo soluções fraternais além da liberdade e da igualdade. Atento as exigências contemporâneas, seguindo a linha histórica da conquista dos direitos, a Constituição brasileira escreveu que um dos objetivos fundamentais da nossa República é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

Essa nova dimensão solidária revela interesse em proteção à direitos que ultrapassam a esfera individual, direitos que se projetam no transindivíduo ou no metaindivíduo, sendo considerado de importância coletiva. A coletividade, assim consignada, aponta algumas necessidades comuns e genéricas, como o interesse na preservação do meio ambiente, da paz, da autodeterminação dos povos, e de algumas necessidades específicas referentes às relações estáveis de consumo, à proteção integral das crianças, dos adolescentes e dos idosos, à proteção aos portadores de deficiência, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, dentre outros. De toda sorte, os interesses que surgem na proteção destes valores se transformam em direito de importância comum. Desta ordem, não há atribuição à determinada pessoa ou grupo para o exercício destes direitos, senão à própria coletividade que deve ser protegida "pelo Estado como consequência de sua missão de 'gestor' do interesse público".<sup>557</sup>

A exteriorização dos interesses da coletividade faz surgir categorias de direitos que amparam esta pretensão comum, como os direitos difusos, caracterizados pela indivisibilidade, e que se encontram relacionados a uma coletividade indeterminada, ligada, porém, por uma circunstância fática; direitos coletivos ou aqueles referentes à pessoas indeterminadas, em um primeiro momento, mas que podem posteriormente serem determinadas, visto que se encontram ligadas entre si por um relação jurídica base previamente estabelecida e que também se caracterizam por sua indivisibilidade; e direito individual homogêneo, de inspiração na *class action* do direito estadunidense, que diz respeito à pessoas determináveis ligadas por

---

<sup>556</sup> Zygmunt BAUMAN afirmou que: "Todos nós estamos, a contragosto, por desígnio ou à revelia, em movimento. Estamos em movimento mesmo que fisicamente estejamos imóveis: a imobilidade não é uma opção realista em um mundo em permanente mudança" *Globalização. As consequências humanas*. p. 8.

<sup>557</sup> CINTRA, Antônio Carlos Fontes. *Direito do Consumidor*. p. 249.

uma situação fática também comum, que embora tenham também um tratamento coletivo, por questão de política processual,<sup>558</sup> "são direitos essencialmente individuais".<sup>559</sup>

À vista deste novo cardápio de direitos, o Estado é chamado a proteger os interesses da coletividade através de seus entes legitimados a propor ação civil pública, que é o instrumento competente para acionar a jurisdição do próprio Estado e fornecer uma solução, através do processo, ao caso concreto. Solução que no caso de direito difuso e do direito coletivo, como já assinalada, é indivisível, ao contrário do direito individual homogêneo, o que vai requerer uma nova forma de execução da decisão jurisdicional.

De qualquer forma, a providência para a solução de conflitos desta natureza é judicial, salvo a possibilidade de ajustamento de conduta por um termo que pode (e deve) preceder a postulação ao Judiciário. Mesmo assim, considerando a necessidade de ajuizamento de uma ação civil pública, que poderia ser concebida somente em caráter supletivo, depois de esgotadas as tratativas para o ajustamento de conduta em face do responsável pela lesão coletiva, a sua adoção é evidentemente mais vantajosa para o sistema judicial, afastando a profusão de inevitáveis ações individuais que seriam ajuizadas requerendo a proteção destes direitos.

Deste modo, se mostra suficientemente necessária a utilização de um instrumento comum à toda coletividade para disciplinar a postulação de um direito de abrangência ilimitada, como o difuso, que pode interessar a toda a humanidade, ou mesmo o coletivo, que apesar de ter uma dimensão de menor amplitude, porquanto adstrito a um grupo social identificável por uma prévia relação jurídica estabelecida, também se revela como um direito indivisível. A indivisibilidade diz respeito a impossibilidade de se identificar o direito de cada integrante deste grupo ou coletividade. Assim, exemplificando, uma providência judicial requerida aproveita a todos, porquanto indivisível. Por outro lado, várias providências judiciais individualmente ajuizadas no Judiciário sem uma ordenação espacial e temática, implicaria em uma legitimação postulatória regulada sem um *numerus clausus*, o que certamente tumultua a resposta jurisdicional, deixando o conflito latente enquanto se aguarda uma solução do próprio Estado.

---

<sup>558</sup> A respeito, Antônio Carlos Fontes CINTRA: "A criação da categoria de direitos individuais homogêneos é apenas um recurso processual, como é o litisconsórcio e a conexão, que serve como política processual a fim de garantir coesão decisória, acesso à justiça e economia processual. *Direito do Consumidor*. p. 254.

<sup>559</sup> CINTRA, Antônio Carlos Fontes. *Direito do Consumidor*. p. 253.

A legislação brasileira achou por bem legitimar para propor as ações civis públicas as instituições essenciais à justiça (procuraturas constitucionais) de defesa da sociedade, do cidadão hipossuficiente, do Estado (município, Estado, União e suas autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista), além da sociedade civil organizada associativamente que tenha em sua finalidade institucional a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou qualquer outro direito difuso ou coletivo.<sup>560</sup> A opção de se legitimar tanto o Estado quanto o cidadão hipossuficiente e os representantes públicos da sociedade (forma geral) e da sociedade civil associativamente organizada para determinados fins (forma específica), revela o caráter democrático da legislação brasileira, cujo objetivo é assegurar um efetivo acesso à justiça utilizando-se de todos os meios processuais e extraprocessuais (termo de ajuste de conduta) possíveis para a solução de conflitos qualificados por esta natureza.

A utilização da ação civil pública para a solução de conflitos atinentes à coletividade tem se demonstrado um importante instrumento de questionamento do *establishment* político e econômico, contumazes violadores dos direitos humanos, inclusive os de terceira geração e os direitos de proteção especial da sociedade. Não tardou, portanto, a aparecer uma disputa entre os atores legitimados, em especial com a revelação de setores do Ministério Público (representante público da sociedade) de desqualificar ou reduzir a legitimação da Defensoria Pública (representante do cidadão hipossuficiente), com a pretensão de limitar a sua atuação apenas aos economicamente vulneráveis, inviabilizando a proteção ampliada dos direitos difusos cujos titulares são pessoas indeterminadas. Até o momento, no entanto, essa pretensão (qualificada e resistida, revelando portanto um conflito de interesses entre entes legitimados para solucionar conflitos de interesses) não vem surtindo efeitos. A ação judicial proposta<sup>561</sup> para limitar a atuação da Defensoria Pública não obteve provimento liminar e não há uma data prevista, até então, para o seu julgamento. A Defensoria Pública vem se utilizando deste instrumento cotidianamente com argumentos que parecem ser insuperáveis: a) não há razão para se limitar um instrumento processual de inclusão efetiva a um determinado ente

---

<sup>560</sup> Art. 5º da Lei nº 7.473, de 24 de julho de 1985, alterado pela Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007.

<sup>561</sup> ADI 3.943.

legitimado, concedendo-lhe uma exclusividade que vai de encontro com todo o direcionamento e proteção do direito fundamental de acesso efetivo à justiça; b) a assistência jurídica que o Estado se obriga a prestar pela Defensoria Pública é integral em sua concepção, o que é incompatível com qualquer limitação pretendida; c) a Constituição Federal prevê claramente a competência concorrente de diversos entes para a propositura da ação civil pública.<sup>562</sup>

Em um minucioso estudo sobre a necessidade da Defensoria Pública ajuizar ações civis públicas, inclusive na defesa de direitos difusos, José Augusto Garcia de Sousa afirmou:

*A Defensoria Pública tem um triunfo que os demais legitimados não costumam apresentar, a saber, o seu atendimento individual. Sem dúvida ele acaba estimulando o ajuizamento de ações coletivas. Em virtude da quantidade de atendimentos e do volume dos processos oficiados, adquirem os defensores um conhecimento profundo a respeito dos problemas que mais afligem a população carente, aí incluindo o argumento da parte adversária. E surge, naturalmente, o anseio – ou melhor, o dever – de atacar coletivamente os problemas, de maneira a evitar sua infundável reiteração. Assim germinadas, as ações coletivas da Defensoria Pública tendem a ganhar em consistência e fidelidade aos anseios da coletividade atendida fugindo do risco, sempre presente na litigância coletiva, das ‘ações civis públicas de gabinete’, nas quais o autor legitimado tenta adivinhar os anseios dos destinatários.*<sup>563</sup>

Ademais, há que se entender exatamente qual é o alcance do significado da hipossuficiência ou de necessitado. O Estado prestará assistência jurídica integral aos que comprovarem insuficiência de recursos. Na apreciação dos primeiros obstáculos ao acesso à justiça, apontado por Cappelletti e Garth (custas elevadas e possibilidade das partes) verifica-se, objetivamente, uma preocupação econômica com o desequilíbrio das partes processualmente consideradas. Entretanto, à evidência, o aspecto econômico se relaciona com a defesa individual de direitos. Neste particular, a leitura da garantia constitucional de assistência jurídica aos que comprovarem insuficiência de recursos é certamente econômica. Mas sob a abordagem de interesses comuns, de titularidade indeterminada, cuja importância da tutela se estende ao bem de proveito geral, a leitura da hipossuficiência econômica já não aparece como sendo exclusiva. A respeito, defende Ada Pellegrini Grinover que "a exegese do termo constitucional

---

<sup>562</sup> Art. 129, §1º - § 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

<sup>563</sup> GARCIA DE SOUSA, José Augusto. *50 atuações coletivas da defensoria pública: um estudo empírico atento aos ‘consumidores’ do sistema de justiça*. p. 249.

(insuficiência de recursos) não deve limitar-se aos recursos econômicos, abrangendo recursos organizacionais, culturais, sociais".<sup>564</sup> Completa a professora:

*Isso porque existem os necessitados no plano econômico, mas também existem necessitados do ponto de vista organizacional. Ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de plano de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente, etc.*

No mencionado estudo, a professora Grinover lembra uma observação de Boaventura de Sousa Santos: "a necessidade de a Defensoria Pública, cada vez mais, desprender-se de um modelo marcadamente individualista de atuação". Tal advertência, encontra-se profundamente ligada com a concepção efetiva de acesso a justiça, ao tempo em que colabora para diminuição da judicialização dos conflitos. Neste sentido, reforça o argumento José Augusto Garcia de Sousa ao lecionar que "a legitimidade da Defensoria Pública não pode ser discutida à luz de paradigmas rasgadamente individualistas",<sup>565</sup> ou, ainda, por Antônio Carlos Fontes Cintra<sup>566</sup> ao lembrar que "falar em democracia é falar em igualdade e a Defensoria Pública surge como ente estatal essencial para se garantir o reequilíbrio de forças dentro de um país tão socialmente desigual".<sup>567</sup>

De fato, José Augusto Garcia de Sousa lembra, como elementar, a concepção de que o processo que tem por finalidade o enfrentamento coletivo dos conflitos, como predicado do acesso à justiça, o "indivíduo não é parte",<sup>568</sup> portanto, não se pode criar mais um obstáculo, sob a pecha de não haver legitimidade, porquanto nem todos os destinatários da providência

<sup>564</sup> Parecer de 16 de setembro de 2008, disponível no seguinte sítio eletrônico:

<http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4820/Documento10.pdf>

<sup>565</sup> GARCIA DE SOUSA, José Augusto. *50 atuações coletivas da defensoria pública: um estudo empírico atento aos 'consumidores' do sistema de justiça*. p. 252.

<sup>566</sup> CINTRA, Antônio Carlos Fontes. *Direito do Consumidor*. p. 260.

<sup>567</sup> Completa Antônio Carlos Fontes CINTRA: "Em uma sociedade capitalista, onde o poder do dinheiro passa a superar o equilíbrio de forças idealizado por Montesquieu, configurado na tripartição entre executivo, legislativo e judiciário, é imperioso que um novo sistema de freios e contrapesos venha a surgir e o caminho para isso é a fortificação de entes públicos destinados à defesa dos menos favorecidos, em especial das relações de consumo, onde o ímpeto do poder econômico se mostra com mais força. Nessa missão surge a instituição da Defensoria Pública. Assim, a junção da ação civil pública com Defensoria, conferindo a esta última a legitimação para a propositura da primeira, se apresenta como reafirmação dos ideais democráticos e pluralistas de nossa Constituição" *Direito do Consumidor*. p. 260.

<sup>568</sup> GARCIA DE SOUSA, José Augusto. *50 atuações coletivas da defensoria pública: um estudo empírico atento aos 'consumidores' do sistema de justiça*. p. 252.

coletiva não seriam necessitados ou hipossuficientes. Conclui o autor: “os interesses e os direitos difusos se caracterizam pela largueza, pela generosidade. Pertencem a coletividade indeterminada, inclusive sob o aspecto temporal. Não tem dono. São considerados altruísticos”.<sup>569</sup> Neste quadro, não pode prevalecer um argumento formal de apego conceitual e anacrônico (com claros prejuízos ao acesso à justiça, especialmente porque direitos coletivos não são objetos de proteção jurisdicional por se encontrarem tipificados, “mas sim pelo fato de constituírem direitos subjetivos constitucionalmente assegurados, cuja necessidade de tutela em função de sua relevância social”.<sup>570</sup>

Por esta razão, a alteração última da Lei Complementar que organiza nacionalmente a Defensoria Pública dispôs objetivamente (e de forma enfática) ser função institucional: a) promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes (art. 4º, inciso VII);<sup>571</sup> b) exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal (art. 4º, inciso VIII); c) promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela (art. 4º, inciso X); d) exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado (art. 4º, inciso XI).

---

<sup>569</sup> GARCIA DE SOUSA, José Augusto. *50 atuações coletivas da defensoria pública: um estudo empírico atento aos 'consumidores' do sistema de justiça*. p. 252.

<sup>570</sup> *Idem.* p. 254.

<sup>571</sup> Com relação ao aproveitamento de benefício de pessoas hipossuficientes em uma ação pública, assevera José Augusto GARCIA DE SOUSA: “Sem prejuízo da indivisibilidade característica dos direitos difusos, são as pessoas necessitadas, inegavelmente, as que mais precisam da tutela respectiva. De fato, quem possui menos defesas diante de um acidente ambiental? Quem costuma lotar nosso caótico e brutal sistema penitenciário? Quem se utiliza dos precários serviços públicos de saúde? Nestes setores, e em muitos outros, há inumeráveis pleitos difusos à espera de uma providência. Dentro de uma hermenêutica minimamente substancialista, voltado para os ‘consumidores’ dos sistema de justiça, não há argumento melhor para abonar a legitimidade coletiva da Defensoria Pública, a instituição destinada constitucionalmente à defesa dos carentes”.

Neste cenário, restringir a atuação da Defensoria Pública apenas aos direitos individuais homogêneos, afastando da solução das controvérsias de natureza difusa e coletiva, significa o embaraçamento do acesso à justiça, na contramão da segunda onda preconizada por Cappelletti e Garth e por toda sistemática de proteção emprestada com vigor pelo ordenamento internacional especialmente de proteção aos direitos humanos e ao acesso à justiça.

Embora seja comparativamente reduzida em relação às demandas individuais, a propositura de ações em prol da coletividade tem os seus grandes protagonistas na Defensoria Pública e no Ministério Público, haja visto que as unidades da federação e as suas empresas, fundações e autarquias, são representadas judicialmente pela Advocacia Pública que atua sem independência funcional, restando submetida à vontade política do governante do momento. Trata-se, infelizmente de uma anomalia, pois a grande missão do Estado é a proteção do interesse público por toda a sua rede institucional em atenção ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. À Defensoria Pública e ao Ministério Público foram conferidas autonomia funcional na Constituição para litigar, inclusive, em desfavor do Poder Público, o que se traduz em uma grande vantagem, uma vez que, como já anotado, o Estado é um dos grandes violadores dos direitos afetos à coletividade. É crescente também a participação da sociedade civil, especialmente na proteção das relações de consumo.

Essa segunda onda de acesso começa a tomar corpo de forma substantiva, mas ainda necessita de aperfeiçoamento de instrumentos processuais para que a sua execução não se confunda, de forma geral, com a execução dos direitos individuais e possa gerar os efeitos esperados para a proteção efetiva dos direitos da coletividade. É inegável a sua importância para a racionalização do sistema judicial e, evidentemente a redução da judicialização de conflitos. Por mais que a solução ainda em seu termo mais agudo possa indicar a postulação em juízo, é certamente mais vantajoso a fomentação deste sistema.

Assim, exemplificando, a Defensoria Pública pode ingressar em uma comunidade carente e identificar centenas de famílias com problemas comuns (oriundos do mesmo fato) que estão afetando a coletividade. Pode-se optar, dependendo da natureza do direito, por tantas quantas forem necessárias as ações de proteção individuais, o que vai congestionar o



Judiciário local, ou pode-se escolher a via coletiva, que vai qualificar o conflito com relação àquela comunidade, reduzindo-a apenas a uma ação de proteção de direito individual homogêneo (quando divisível) ou ação para proteção do direito difuso violado (quando indivisível). Essa opção favorece o sistema judicial como um todo (logística da Defensoria Pública, do Ministério Público, do Judiciário, servidores, peritos, etc.), evita decisões contraditórias que levam ao descrédito do sistema, diminui os gastos públicos para o enfrentamento da questão, e, principalmente, confere a todos os lesados efetiva igualdade no acesso à justiça na resolução de um caso concreto. É um modelo que prestigia a resposta qualitativa do Estado.

#### **3.4.4 Os meios alternativos de solução de conflitos (a eficiência no enfrentamento dos obstáculos)**

Ao identificarem a terceira onda com um "novo enfoque de acesso à justiça", Cappelletti e Garth reconhecem que os programas de assistências judiciárias e o enfrentamento das questões de forma coletiva (1ª e 2ª ondas, respectivamente) já estavam, ao seu modo, atendendo a necessidade de inclusão no sistema judicial. Porém, encontrava-se ainda em curso um movimento com um alcance muito mais amplo, além da solução judicial. Segundo os autores, o novo enfoque "centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas".<sup>572</sup> A ideia de prevenção do conflito de alguma forma já havia sido incorporada quando da estabilização do paradigma da assistência jurídica em substituição à judiciária. O novo enfoque passou a identificar "os mecanismos e formas procedimentais diferenciadas, modificações estruturais nos tribunais, uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, e os meios alternativos de solução de conflitos",<sup>573</sup> sendo este último uma forma opcional e não excludente

---

<sup>572</sup> CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. p. 67/68.

<sup>573</sup> DE VITTO, Renato Campos Pinho. CASTRO, André Luís Machado de. *Defensoria Pública como instrumento da consolidação da democracia. Novas direções na Governança da justiça e da segurança*. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. 2006, p. 232

à centralização do Estado na administração da resolução dos litígios, que se desenvolve por meio de sua atividade jurisdicional.

De fato, não é nenhuma novidade histórica a utilização de meios alternativos à centralidade estatal para a solução de conflitos. Em verdade, há uma profusão de direitos não formalizados produzidos na complexidade das relações sociais cotidianas, com objetivo de disciplinar situações efetivas e concretas e que encontra uma natural aceitabilidade em face das múltiplas dificuldades de se acessar o sistema formal de solução de litígios. São regras comportamentais (costumes) que funcionam em um primeiro momento de forma satisfatória, atendendo aos interessados em situações específicas, menos genéricas do que o comando normativo estatal, autorizando a concluir pela inexistência do monopólio do Estado<sup>574</sup> para resolução de conflitos ou mesmo para a produção de normas.<sup>575</sup> Gláucia Falsarella Foley, lembrando Boaventura de Sousa Santos, afirma que "apesar de não admitido oficialmente pelo Estado, há, nas sociedades contemporâneas, uma constelação de direitos, vários sistemas jurídicos que regem os conflitos e a ordem social",<sup>576</sup> procurando a justiça no contexto específico em que se colocam as partes. "Nesta óptica, os tribunais só desempenham um papel indireto e, talvez mesmo, menor".<sup>577</sup>

É possível situar historicamente o desenvolvimento dos meios alternativos de resolução de conflitos no movimento de *Alternative Dispute Resolution* (ADR) ocorrido nos Estados Unidos, fortemente influenciado pela cultura comunitária dos colonos e, posteriormente, dos imigrantes, que procuravam evitar a solução jurisdicional para manter a coesão e solidariedade do grupo a que pertenciam, como base de sua afirmação e fortalecimento cultural. Posteriormente, no movimento de contracultura dos anos 60 e 70 do século passado, foi retomada a ideia de valorização do espaço comunitário, estimulando-se a participação ativa da comunidade na solução dos litígios, com o conseqüente aprimoramento do efetivo acesso à

---

<sup>574</sup> Segundo Gláucia Falsarella FOLEY "o monopólio estatal da resolução de litígios nunca foi uma realidade. Há um direito vivo, latente, que se traduz na forma que os cidadãos lidam com as adversidades da vida no cotidiano".

*Justiça comunitária: por uma justiça da emancipação.* p. 67.

<sup>575</sup> Completa Gláucia Falsarella FOLEY: "Como afirma Aguiar, o direito que se expressa nas lutas sociais, não se restringe à legalidade estatal, 'emergindo em todas as situações onde existam as relações de alteridade, onde os olhares diversos sobre problemas engendrem soluções novas, aberturas diferentes e consignações de novos direitos"

*Justiça comunitária: por uma justiça da emancipação.* p. 67/68.

<sup>576</sup> FOLEY, Gláucia Falsarella. *Justiça comunitária. Por uma justiça da emancipação.* p. 71.

<sup>577</sup> *Idem.* p. 69.

justiça.<sup>578</sup> Afastando-se das formas tradicionais de resolução de conflitos (jurisdicional e de autotutela), o movimento ADR resgatou as técnicas de autocomposição como a arbitragem, a conciliação e a mediação.

A arbitragem repete, à sua medida, o padrão jurisdicional, diferenciando-se pela eleição de um terceiro para a solução do litígio em um processo voluntário, evitando-se, assim, o juiz natural. Neste método pode-se escolher um árbitro com credenciais de especialista, esperando que a sua expertise possa apresentar a melhor decisão para o caso que se apresenta e atender melhor as partes em conflito de interesses. Essa forma alternativa de solução de conflitos vem sendo utilizada nas causas de natureza comercial, assim como ocorreu nos Estados Unidos desde a primeira metade do século passado.<sup>579</sup> Na legislação brasileira<sup>580</sup> as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Para tanto, poderão escolher livremente as regras de direitos que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. A lei permite, ainda, que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Entretanto, este sistema vem sendo utilizado de forma bastante acanhada, limitando-se a contendas comerciais com relevante interesse econômico, que certamente não são os casos que contribuem substancialmente para o congestionamento do Poder Judiciário. A nova legislação nacional da Defensoria Pública (art. 4º, inciso II) prevê a sua utilização, o que sendo efetivamente implementado servirá para que as partes socialmente mais vulneráveis em contenda de direitos disponíveis, completamente afastadas deste método, possam optar por um processo voluntário, cuja decisão terá os mesmos efeitos de uma sentença judicial, inclusive, quando condenatória, torna-se um título executivo. Essa técnica pode funcionar bem para litígios de vizinhanças ou referentes à comunidades ou grupo rivais, antes da necessidade de se propor uma ação judicial.

---

<sup>578</sup> Ainda segundo Gláucia Falsarella FOLEY: "Ao mesmo tempo em que os movimentos sociais - articulados na defesa dos direitos civis - lutavam pela democratização do acesso à justiça, a participação política da comunidade e o empoderamento, promovida pela mediação comunitária, tornaram-se as principais metas dos defensores da justiça popular". *Justiça comunitária: por uma justiça da emancipação*. p. 87.

<sup>579</sup> Citando AUERBACH (*Justice without law?*) Gláucia Falsarella FOLEY afirma que nos Estados Unidos "a arbitragem comercial resistiu e, em 1950, quase 3/4 dos conflitos comerciais eram solucionados por meio deste instituto". *Justiça comunitária: por uma justiça da emancipação*. p. 87).

<sup>580</sup> Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

A conciliação é outra técnica que dispensa o pronunciamento jurisdicional, mas, que da mesma forma, se socorre para a sua condução de um terceiro, "com poderes para sugerir, ponderar, aconselhar as partes quanto a melhor solução para o conflito".<sup>581</sup> Tem sido utilizado como recurso processual,<sup>582</sup> inclusive no processo de arbitragem,<sup>583</sup> para se evitar a instrução e a sentença judicial ou arbitral, estimulando um acordo entre as partes e conseqüentemente otimizando o tempo para que, no caso do Judiciário, a resposta às outras questões postas à sua deliberação possa ser mais célere. De qualquer forma, é substancial o tempo em que o Judiciário despense com as técnicas de conciliação e os números apresentados pelo CNJ não permitem outro entendimento, senão que o atual modelo de conciliação (processual) não vem surtindo o efeito desejado. Isto é explicado, de alguma forma, pelo nível de litigiosidade que se encontra presente nas partes quando se apresentam em uma audiência judicial, depois de ajuizada a respectiva ação. Evitar que a litigiosidade chegue a esse ponto é fundamentalmente trabalhar uma solução antes da judicialização do conflito. Qual seja, nada impede que esta conciliação (ou tentativa) se realize antes da propositura da ação judicial (e não após), especialmente pelas demais instituições públicas do sistema judicial (Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública) ou mesmo pela advocacia privada ou outras iniciativas da sociedade civil.

Enquanto a conciliação vai administrar o litígio, a mediação trabalha em suas causas, com ajuda de um terceiro mediador sem poder de decisão que vai facilitar "um processo pelo qual os disputantes podem gerar suas próprias soluções para o conflito",<sup>584</sup> coordenando a negociação por meio "da discussão do problema, dos temas que precisam ser resolvidos".<sup>585</sup> A mediação por seu processo é transformadora, enquanto a conciliação "é um termo de cedência de um litigante a outro, encerrando-o".<sup>586</sup> Revela-se, assim, como instrumento de empoderamento comunitário, estimulando novas práticas sociais com a conseqüente redução do nível de litigiosidade, adotando soluções distantes do ordenamento jurídico, invertendo a

---

<sup>581</sup> FOLEY, Gláucia Falsarella. *Justiça comunitária: por uma justiça da emancipação*. p. 79.

<sup>582</sup> Art. 331 do Código de Processo Civil; art. 89 da Lei 9.099/95; e art. 846 da CLT.

<sup>583</sup> Art. 21, §4º da Lei nº 9.307/96.

<sup>584</sup> FOLEY, Gláucia Falsarella, citando Stephen LITTLEJOHN. *Justiça comunitária: por uma justiça da emancipação*. p. 80.

<sup>585</sup> FOLEY, Gláucia Falsarella. *Justiça comunitária: por uma justiça da emancipação*. p. 80.

<sup>586</sup> Luis Alberto WARAT *apud* FOLEY, Gláucia Falsarella. *Justiça comunitária: por uma justiça da emancipação*. p. 79.

lógica adversarial dialética, que depende de um terceiro para dizer interventivamente qual é a melhor solução para o caso que se apresenta. Gláucia Falsarella Foley instrui que "a mediação sugere que quando há conflito, disputas e dificuldades humanas há a oportunidade para a reconciliação, a comunicação, o entendimento, o aprendizado".<sup>587</sup> Portanto, a mediação é emancipatória e prestigia o espaço comum, buscando a solução nos limites da manifestação cultural das partes em conflito, onde o direito é expresso de forma oposta à jurisdição formal, de dentro do problema para fora e não de fora para dentro, com a imposição de valores estranhos aos disputantes.

Nesta abordagem sobre um "novo enfoque de acesso à justiça", Cappelletti e Garth deixam algumas advertências para que não haja uma inversão de valores na utilização destes procedimentos diferenciados, com a utilização de pessoas leigas ou paraprofissionais. Alertam que "o risco, no entanto, é que o uso de procedimentos rápidos e de pessoal com menor remuneração resulte num produto barato e de má qualidade. Esse risco não pode ser nunca esquecido".<sup>588</sup> O alerta final de Cappelletti e Garth, sobre as consequências da adoção de um novo enfoque de acesso à justiça é bastante contundente:

*A finalidade não é fazer uma justiça 'mais pobre', mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres. E, se é verdade que a igualdade de todos perante a lei, igualdade efetiva - não apenas formal - é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior 'beleza' - ou melhor qualidade - do que aquele que dispomos atualmente.*<sup>589</sup>

Daí surge a necessidade de atuação de instituições públicas postuladoras do sistema judicial na prática mediativa, como determina, por exemplo, a Lei Orgânica da Defensoria Pública, que obriga a instituição a prioritariamente se valer da mediação, conciliação e arbitragem, no cumprimento do seu mister institucional. Verifica-se, assim, ao qualificar como prioritário, que o legislador pretende que uma instituição essencial à justiça, antes de Judicializar um litígio, aplique as técnicas de composição e administração de conflitos à sua

---

<sup>587</sup> FOLEY, Gláucia Falsarella. *Justiça comunitária: por uma justiça da emancipação*. p. 81.

<sup>588</sup> CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. p. 165.

<sup>589</sup> *Idem*. p. 165.

disposição. Não nos parece, portanto, que seja um comando normativo alternativo ou subsidiário. Trata-se de uma imposição cogente que vai exigir uma mudança radical do comportamento institucional, resguardando o Judiciário, como *ultima ratio*, apenas para a resolução de casos que não puderem ser de outra maneira solucionados.

Do mesmo modo, nada impede que o Ministério Público fomente as suas promotorias comunitárias e se utilize dos meios alternativos de solução de conflitos, contribuindo para que o sistema judicial possa dar uma resposta mais efetiva a profusão de conflitos existentes na sociedade, contribuindo ao máximo com a redução da litigiosidade e, conseqüentemente, com o excesso de judicialização de conflitos, como é feito com mais frequência pelo Ministério Público do Trabalho, nos termos previstos pela Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 (art. 83, XI).<sup>590</sup>

Totalmente em conformidade com a necessidade urgente de utilização de meios alternativos de solução de conflitos está o Regimento Interno da Advocacia Geral da União,<sup>591</sup> que institui a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal com competência para: I - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União; II - requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação; III - dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios; IV - buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial; V - promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório; VI - propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação; e VII - orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados. São competências que se de fato concretizadas contribuem efetivamente com a

---

<sup>590</sup> Art. 83, XI - atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho.

<sup>591</sup> Aprovado pelo Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010.

diminuição de conflitos judicializados e, por conseguinte, com uma resposta mais célere do Estado.

O setor público federal é um dos grandes litigantes, respondia por 38% de todos os processos em tramitação em 2012 (67% como demandado), implicando em número superlativo de processos judiciais sob a sua responsabilidade. Se estendermos para os processos administrativos em tramitação, tal proporção seria ainda muito mais impressionante. Não existe demanda (judicial ou administrativa) sem uma causa. São milhares de pretendentes/resistentes (litigantes) esperando uma resposta do Estado. Neste contexto emerge uma determinação constitucional: há o Estado que assegurar como princípio norteador da atividade pública (de resposta) a eficiência, mas se depara com frequência com o que Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy chamou de excessiva litigância intragovernamental. Não há, assim, consenso interno dentro da gestão do próprio poder público, o que implica em “um presidencialismo de pouca articulação interna, cujo resultado, a par da ameaça de ineficiência do Poder Executivo e da perpetuação do impasse, produz recorrente judicialização de problemas internos, fomentando-se, ainda mais, a chamada crise do Poder Judiciário”.<sup>592</sup>

Aqui o conflito está posto na concepção inverossímil do Estado x Estado. Verifica-se, por oportuno, que para o enfrentamento deste grave problema, como lembrado por Arnaldo de Sampaio Moraes Godoy, pode-se propor instâncias que vão necessitar de mudança cultural, núcleo preventivo de litigância, adoção de meios alternativos de resolução de conflitos (no caso a arbitragem), além de substancializar a atuação do servidor público e até vincular o ajuizamento de ações judiciais à autorização do Advogado-Geral da União.<sup>593</sup> Sem uma

---

<sup>592</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o leviatã: litigância intragovernamental e presidencialismo de articulação institucional*. p. 78.

<sup>593</sup> Arnaldo Sampaio de Moraes GODOY apresenta as seguintes propostas para a superação da litigância intragovernamental: “a) proposta de concepção de métodos estatísticos confiáveis para que se possa mapear objetivamente a situação presente, especialmente quanto a litigância intragovernamental no Judiciário e quanto ao trânsito de precatórios entre órgão e entes públicos; b) proposta de uma mudança cultural, no sentido de que se busque mentalidade mais prospectiva, prática e proficiente, por parte do servidor público; espera-se uma maior preparação e recepção de fórmulas conciliatórias, mediante o uso mais recorrente de conferências de consenso; c) proposta de uma tonificação de competências da Casa Civil da Presidência da República, de modo que se possa ter neste órgão um núcleo político preventivo de litigância intragovernamental; concomitantemente, com o objetivo de se ampliar espaços para produção do necessário consenso, propõe-se o incentivo para criação de núcleos de conciliação em todos os órgãos e entes da Administração, a exemplo do que já ocorre com as ouvidorias; d) proposta de readequação da Câmara de Conciliação e Arbitragem que se tem presentemente na Advocacia-Geral da União, enquanto espaço para apreciar, como se tribunal administrativo fosse, situações não apaziguadas e aparadas na Casa Civil; e) proposta de manutenção da Consultoria-Geral da União, com competências definidas para proferir laudos

profilaxia institucional (mudanças no modelo de atuação), não haverá somente uma litigância esquizofrênica como a do Estado x Estado, mais especialmente a formação de um grande obstáculo ao acesso à justiça em face do excesso de judicialização (irracional) e da ineficiência da resposta estatal comprometendo o enfrentamento em outras esferas de conflitos (Estado x indivíduo(s), sociedade x indivíduo(s), sociedade x comunidade(s), indivíduo(s) x indivíduo(s), comunidade(s) x indivíduo(s), comunidade(s) x comunidade(s)). Como leciona em outro estudo Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Grace Maria Fernandes Mendonça, “os mecanismos de conciliação e arbitragem também qualificam a busca da eficiência por parte da Administração Pública”.<sup>594</sup> Logo, procurar a eficiência constitucionalmente obrigada implica na adoção destas instâncias de enfrentamento propostas ou de meios alternativos à resolução de conflitos (MARC’s) por todas as instituições do sistema de justiça. Tal solução é possível com o instrumental normativo que hoje já se encontra à disposição, não havendo necessidade de inovações com o objetivo de superar ou minimizar definitivamente os obstáculos ao exercício de um direito humano fundamental.

### 3.5. Acesso à justiça penal

*É no terreno da defesa que se mede, mais que em qualquer outro, a vigência das garantias penais e processuais e, por outro lado, a desigualdade dos cidadãos frente a lei penal (Luigi Ferrajoli).*

---

arbitrais, a serem submetidos ao Advogado-Geral da União e ao Ministro-Chefe da Casa Civil, na hipótese de frustração da conciliação na Câmara ou de prévia articulação, na Casa Civil da Presidência da República; f) proposta de insistência na fixação de marcos regulatórios mais firmes, com o objetivo de se substancializar a atuação do servidor público, especialmente em matérias mais sensíveis, a exemplo de questões tributárias, ambientais e de patrimônio público; e, g) proposta de vincular o ajuizamento de ação judicial entre órgãos e entes da Administração Pública a autorização expressa do Advogado-Geral da União”. *Domesticando o leviatã: litigância intragovernamental e presidencialismo de articulação institucional*. p. 79/80.

<sup>594</sup> Complementam os autores: “Insiste-se que pode haver conciliação em nome da eficiência, em âmbito de Direito Público, ainda que se alcance apenas a Administração. Percebe-se que mecanismos de conciliação e arbitragem também qualificam a busca da eficiência por parte da Administração Pública. No sentido contrário, há leitura refratária do Direito Administrativo, centrada em aforisma tradicional, e que afirmava que administrar é aplicar a lei de ofício. Para o administrador esse modelo tradicional não propiciaria nenhuma possibilidade de inovação. Essa linha conceitual não aceitaria mecanismos de conciliação, de mediação ou transação em nicho de coisas públicas. E é essa mentalidade que se transforma, que se desdobra na busca da eficiência, e que retifica concepções tradicionais de justiça que marcam o Direito brasileiro”. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. MENDONÇA, Grace Maria Fernandes. *Escritórios avançados e câmaras de conciliação e arbitragem da advocacia geral da união: instrumento para alcance da eficiência institucional*. p. 14/15.



O ajuste social derivado desta permanente relação conflituosa vai exigir que os seus atores se coloquem em igualdade de condição para a solução da controvérsia, com o mínimo de repercussão possível na coletividade. No caso da justiça penal, os atores por vezes ingressam em uma zona de obscuridade, uma vez que é imposto ao Estado uma atuação ambígua, quando exigido a intervir na relação conflituosa, seja como provedor da solução imposta para finalizar a controvérsia, seja como o próprio pretendente à submissão postulada, ou ainda, como responsável pela qualificação técnica da resistência do cidadão acusado. Assim, o próprio Estado que acusa é o responsável pela defesa pública (que vai atingir a grande parte dos submetidos ao processo penal), e também pelo julgamento de todas as controvérsias posta à sua deliberação.

É fato que o Estado não possui uma centralidade definida, separa as suas atribuições em um conjunto de instituições setoriais, cada qual com a suas particularidades que vão exigir um esforço dentro da própria estrutura estatal, com o objetivo de se movimentar na arena onde devem ocupar os espaços específicos, em uma relação de contraprestação com o capital político que possa cada um desses atores porventura acumular. Nesta arena, onde circulam interesses muitas vezes contrapostos, embora públicos, é que se encontram as opções que pautam o Estado no exercício da sua governabilidade.<sup>595</sup> São, portanto, escolhas que vão definir prioridades, distribuindo muitas vezes de maneira desigual os recursos estatais, comprometendo, em última análise, os seus próprios objetivos conquistados na afirmação dos direitos fundamentais formalmente assegurados.

Em se tratando da porta de entrada da justiça penal, o seu acesso é bastante generoso e orientado, embora seja uma resposta apenas simbólica. Há uma indicação estatal definida e contundente, revelando a importância da submissão às normas penalizantes, seja ainda em um processo de criminalização primária, na eleição em abstrato da conduta que deve ser reprovada penalmente, seja na criminalização secundária, onde serão selecionados os que de fato serão submetidos à ação punitiva do Estado. O processo de criminalização primária é tão "imenso que nunca e em nenhum país se pretendeu levá-lo a cabo em toda a extensão nem sequer em

---

<sup>595</sup> FOUCAULT lembra que “São as táticas de governo que permitem definir a cada instante o que deve ou não competir ao Estado, o que é público ou privado, o que é ou não estatal, etc.; portanto o Estado, em sua sobrevivência e em seus limites, deve ser compreendido a partir de táticas gerais de governabilidade” *Microfísica do poder*. p. 292.

parcela considerável, porque é inimaginável".<sup>596</sup> Por outro lado, em face da limitação de se atuar no concreto, na subsunção da ação punitiva, há um direcionamento da criminalização secundária, "apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário".<sup>597</sup>

Esta direcionada generosidade estatal, na porta de entrada da justiça penal, pode ser verificadas em números. Entretanto, há regras de competências penais a serem observadas antes da análise dos números divulgados pelo *Justiça em números* do CNJ. A competência será sempre federal se a infração penal<sup>598</sup> for praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União<sup>599</sup> ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas federais; ou ainda se for crime político;<sup>600</sup> crime ambiental, praticado no mar territorial brasileiro, nos rios, lagos e unidades de conservação pertencentes à união; crimes contra o sistema financeiro, a ordem econômico-financeira e a lavagem de dinheiro; crimes praticados a bordo de navios e aeronaves; crimes contra a organização do trabalho; além dos crimes tipificados na legislação comum ou especial que também sejam previstos em tratado ou convenção internacional, desde que haja um nexo de internacionalidade,<sup>601</sup> tais como: crime de tráfico internacional de entorpecentes (Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas);<sup>602</sup> crime de tráfico de mulheres (Convenção para repressão ao tráfico de pessoas e do lenocínio, de Lake Success, EUA);<sup>603</sup> crime de tortura (Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes);<sup>604</sup> crime contra a população indígena (Convenção nº 107, sobre a proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes);<sup>605</sup> crime de guarda de moeda falsa

<sup>596</sup> ZAFFARONI. Raul Eugenio *et alli*. *Direito penal brasileiro*. p. 43/44.

<sup>597</sup> *Idem*. p. 44.

<sup>598</sup> Excluída as contravenções penais e ressalvada a competência da justiça militar e eleitoral (art. 109, I da Constituição Federal).

<sup>599</sup> Alguns tipos penais para efeito de exemplificação: crimes de moeda falsa, descaminho, crimes praticados por e contra servidor público federal no exercício de suas funções, apropriação indébita previdenciária, fraude previdenciária, crimes de licitação, etc.

<sup>600</sup> São considerados crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, pela Lei nº 7.170/83, aqueles que lesam ou expõem a perigo de lesão a integridade territorial, a soberania nacional, o regime representativo e democrático, a pessoa dos chefes dos Poderes da União, ou qualquer crime comum ao ser levado em consideração a motivação e os objetivos do agente e a lesão a estes bens jurídicos relacionados.

<sup>601</sup> Quando iniciada a execução do crime no Brasil, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou vice-versa (art. 109, V, da Constituição Federal).

<sup>602</sup> Decreto nº 154, de 26/06/1991.

<sup>603</sup> Decreto nº 46.981, de 08/10/1959.

<sup>604</sup> Decreto nº 6.085, de 19/07/2007.

<sup>605</sup> Decreto nº 58.824, de 14/07/1966

(Convenção Internacional para a repressão de moeda falsa);<sup>606</sup> crime de pornografia infantil e pedofilia (Convenção sobre os direitos da criança);<sup>607</sup> crimes de corrupção ativa e tráfico de influência nas transações internacionais (Convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais).<sup>608</sup>

Considerando, portanto, essa criminalidade selecionada pelas regras de competência, o CNJ divulgou que em 2010 havia em tramitação na Justiça Federal (1º grau de jurisdição) 4.261.535 processos, sendo que destes apenas 274.341 processos eram criminais, revelando uma proporção de 93,56% (não criminais) x 6,43% (criminais). Os novos casos criminais iniciados em 2010 somam 96.087 em um universo de 1.801.907 novos casos distribuídos na Justiça Federal, o que representa apenas 5,33% do total dos novos casos, ou ainda 35,02% dos casos criminais em tramitação.

No mesmo período, os números apurados pelo CNJ demonstram que foram prolatadas 39.964 sentenças criminais, o que corresponde a apenas 14,56% dos processos em tramitação (274.341). Nas instâncias superiores da Justiça Federal, os novos casos criminais denotam ser 4,38% dos novos casos não criminais (426.440) recebidos em 2010. Verificou-se que no 2º grau de jurisdição (tribunais regionais federais) o total de novos casos criminais foi de 18.701, evidenciando que das sentenças prolatadas (39.964), aproximadamente<sup>609</sup> 46,79% tiveram recursos e 53,21% não. Constata-se, assim, que o grau de litigiosidade criminal apurado pela pesquisa do CNJ em 2010 (274.341 processo criminais em andamento no 1º Grau da Justiça Federal) alcança uma taxa equivalente a 0,14% da população brasileira, enquanto a litigiosidade civil (4.261.535 processos não criminais no 1º Grau) é de 2,23%, considerando a existência de 190.755.799 habitantes (resultado definitivo) apurado pelo censo demográfico<sup>610</sup> também realizado em 2010.

Por sua vez, a competência criminal destinada à justiça estadual opera de forma residual. Qual seja, todos os casos não listados pela Constituição Federal para atuação da Justiça

---

<sup>606</sup> Decreto nº 3.074, de 14/09/1938.

<sup>607</sup> Decreto nº 99.710, de 21/11/1990.

<sup>608</sup> Decreto nº 3.678, de 30/11/2000.

<sup>609</sup> Para efeito de demonstração estatística, foram desprezados os processos que se iniciaram em razão da competência originária dos tribunais regionais federais, que como regra são reduzidos e não comprometem a avaliação da quantidade percentual dos recursos em face das sentenças criminais prolatadas.

<sup>610</sup> Dados do IBGE acessível em: <http://www.ibge.gov.br/censo2010/>

Federal são casos de competência estadual. Para efeito de argumentação vamos denominá-los de criminalidade comum, diferenciando-a da criminalidade selecionada presente no âmbito federal.

Todavia, os números apurados pelo CNJ com relação à justiça estadual, no espaço criminalidade comum, demonstram uma realidade distinta. Em 2010 estavam tramitando 33.012.327 processos, sendo que 6.961.945 eram criminais, representando a proporção de 78,91% (não criminais) x 21,08% (criminais). Os novos casos criminais somam 2.496.482 de um total de 11.124.935 novos casos distribuídos na justiça estadual, evidenciando 22,44% dos novos casos ou 35,85% dos casos criminais em tramitação. Na justiça estadual foram prolatadas 1.825.999 sentenças criminais, que equivalem a 26,22% dos processos criminais em tramitação. No Segundo Grau de jurisdição os novos casos criminais (358.437), em 2010, representavam 19,26% dos casos novos (1.860.106) em geral. Os novos casos criminais demonstravam ser de apenas 19,62% a sua relação com as sentenças prolatadas, o que pode indicar que este foi o percentual aproximado<sup>611</sup> de recursos criminais interpostos. Ou seja, em 80,37% dos casos não tiveram recursos criminais. O grau de litigiosidade criminal (6.691.945 processos em andamento na justiça estadual) alcança a taxa de 3,64% da população brasileira, enquanto a litigiosidade civil (26.050382 processos não criminais em andamento) corresponde a 13,65% da população.

Com efeito, amparados nos números da pesquisa do CNJ, podemos resumir que apesar da Justiça Federal ter 27,14% do orçamento destinado à justiça estadual, a criminalidade comum (processada no âmbito estadual) representa 96,05% dos processos criminais em tramitação no país. Portanto, a Justiça Federal tem apenas 3,94% dos casos criminais da justiça estadual (274.371 x 6.961.945). Na verdade, o número de casos criminais que estavam em 2010 em tramitação na justiça estadual (6.961.945) é 163,36% maior que todos os casos (criminais ou não) em tramitação no mesmo período na Justiça Federal (4.261.535).

O grau de litigiosidade criminal da justiça estadual é de 3,64% em face do número de habitantes do Brasil, enquanto na Justiça Federal, que processa um criminalidade selecionada, esse índice alcança apenas 0,14% com relação à população de 2010, o que revela ser 26 vezes

---

<sup>611</sup> Assim como na Justiça Federal, para efeito de demonstração da estatística na justiça estadual, foram desprezados os processos que se iniciaram em razão da competência originárias dos tribunais de justiça, que também como regra são reduzidos e não comprometem a avaliação da quantidade percentual dos recursos em face das sentenças criminais prolatadas.

menor. De todos os processos que tramitaram na Justiça Federal em 2010 (4.261.535), 93,54% não eram criminais, contra 6,43% (274.341) criminais. Já na justiça estadual esse percentual se situa em 78,91% (não criminais) x 21,08% (criminais). Os processos criminais que tramitaram na justiça estadual são proporcionalmente 327,83% maior do que os que tramitaram na Justiça Federal.

O número de casos novos criminais na Justiça Federal (96.087) correspondia a apenas 3,84% dos 2.496.482 novos casos criminais na justiça estadual em 2010. Esta equivalência, portanto, se situa na faixa de 96,16% (estadual) x 3,84% (federal). Porém, o percentual de recursos judiciais interposto é substancialmente maior com relação à criminalidade selecionada: na Justiça Federal equivale a aproximadamente 49,79% das sentenças prolatadas, enquanto na justiça estadual é de apenas 19,62%. Essa é uma diferença significativa; os números demonstram ser 253,77% maior a taxa de recurso para a criminalidade selecionada do que em relação à criminalidade comum.

Com relação às sentenças criminais prolatadas, os números demonstram que a agilidade da justiça estadual é bem maior no julgamento da criminalidade comum do que no julgamento da criminalidade selecionada pela Justiça Federal. Na justiça estadual o percentual de sentenças com relação aos processos em andamento é de 26,22%, enquanto que na Justiça Federal, em 2010, não ultrapassava 14,56%, diferença de 180,08%.

Esse percentual não se explica pela estrutura contemplada à Justiça Federal. Se dividirmos o número de juízes pelo total de processos criminais em andamento e sentenças criminais prolatadas podemos fazer a seguinte comparação: na Justiça Federal os dados apontavam para a existência de 156,85 processos criminais em andamento e 6,86 sentenças criminais prolatadas pelo número de juízes federais. Por sua vez, na justiça estadual essa média era de 583,17 processos criminais em andamento e 152,95 sentenças criminais prolatadas pelo número de juízes estaduais. Mais uma vez encontramos um diferença substancial, especialmente se considerarmos que apenas uma parcela minoritária dos juízes estaduais/federais estão oficiando na área penal.

A pesquisa do CNJ evidencia, em uma primeira leitura, que o acesso à justiça penal em âmbito federal é mais seletivo, mais caro para o Estado e menos produtivo, não obstante as

regras processuais, em geral, serem as mesmas aplicadas aos processos criminais da justiça estadual. Em alguma medida essa discrepância poderia ser explicada pela complexidade das causas criminais federais, da mesma forma que poderia ser argumentado que há uma atenção maior às causas relacionadas com a criminalidade selecionada ou uma atenção mitigada às causas da criminalidade comum por parte da justiça estadual. Olhando as duas pontas desta questão é possível visualizar a abrangência e a complexidade deste tema, que não vai se esgotar no presente estudo.

Focando, entretanto, somente a questão de acesso à justiça penal, se faz necessária algumas considerações: o acesso não pode ser visto somente como ato voluntário de procurar a justiça (ou o Judiciário), visão clássica relacionada ao litígio de natureza civil (do mesmo modo já superada). Certamente na justiça penal, que obriga a intervenção do Judiciário por uma questão de segurança relacionada ao interesse público (proibição da autotutela), com exceção das ações de iniciativas privadas, que são insignificantes sob o ponto de vista estatístico, o acesso se dá de forma voluntária (direcionada e generosa) para o Estado e de forma forçada para o réu.<sup>612</sup> Surge, no entanto, uma demanda natural que vem em sentido contrário a provocada pela pretensão punitiva estatal (incluindo a pretensão executória da pena), porque não é exigível do acusado que não ofereça resistência à essa pretensão, mas que igualmente vai procurar equacionar questões relativas à justiça social, entre a necessária igualdade jurídico-formal e a real desigualdade socioeconômica no ambiente em que vão se estabelecer essas relações.

O acusado, diferentemente do Estado, tem que superar os obstáculos do acesso à justiça, que se situam no plano econômico social e cultural.<sup>613</sup> A resistência à pretensão punitiva (e executória da pena) do Estado não ocorre sob o domínio da igualdade (paridade), mas apenas se revela em seu sentido formal, tendentes apenas a tomar em consideração princípios historicamente conquistados (ainda que não efetivamente realizados), como o do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Vivemos, até então, da dependência de uma

---

<sup>612</sup> Neste sentido, SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pelas mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. p. 167.

<sup>613</sup> Segundo Boaventura de Sousa SANTOS: “estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o extrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas.” *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. p. 170.

crença normativista, com a eterna sensação de descolamento da realidade, onde projetamos a esperança de que se enunciarmos formalmente os direitos do réu, vamos assegurar o equilíbrio entre as partes, desconsiderando as ferramentas necessárias à sua real efetivação.<sup>614</sup>

Numa análise das perspectivas do conseqüente, ou seja, na consideração da aplicação da lei penal, os obstáculos ao acesso à justiça penal são visíveis nos dados divulgados pelo CNJ. Em âmbito federal, a criminalização primária produz tipos penais selecionados, que vão interferir à sua medida nos interesses da União Federal, que em última análise é uma abstração jurídica. Sob o ponto de vista econômico, social e cultural, não vamos encontrar, em regra, os mesmos destinatários da pretensão punitiva do Estado na justiça estadual e na Justiça Federal. O perfil é diferenciado e o sistema reage de maneira idiossincrática.

Em entrevista com juiz titular de uma Vara Criminal da Justiça Federal,<sup>615</sup> foi informado que os crimes mais comuns em tramitação em sua vara eram de: a) apropriação indébita previdenciária;<sup>616</sup> b) crimes contra a ordem tributária;<sup>617</sup> e c) fraudes previdenciárias. A apropriação indébita previdenciária, para tomarmos um exemplo, implica em deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes. A conduta deixar de repassar/recolher contribuição previdenciária é um crime omissivo próprio que somente pode ser praticado por quem tem o dever legal de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas ou retidas dos contribuintes. É um crime cometido, portanto, por intermédio de uma pessoa jurídica, indicando que o sujeito ativo, em regra, será o empresário ou o empregado responsável (do alto escalão) que está sendo conivente com a intenção ilegal de apropriação de recursos previdenciários pela empresa. No mesmo sentido, os crimes contra a ordem tributária, praticados por pessoas jurídicas que, em regra, vão responsabilizar penalmente os seus proprietários (empresários) ou empregados também do alto escalão da empresa.

---

<sup>614</sup> Para Salo de CARVALHO: “a crença paleopositiva nos sistemas jurídicos harmônicos e dotados de avançados mecanismos processuais, direcionados à satisfação dos direitos das pessoas, é denominada por Ferrajoli de falácia normativista. A falácia normativista, alinhada à falácia politicista - pressuposição de existência empírica de bons poderes que independentemente do direito podem efetivar os direitos, produz no sistema de integração das normas racionalidade ingênua, carente do instável e desestabilizador do contato com o real “. *Antimanual de Criminologia*. p. 122/123.

<sup>615</sup> Entrevista realizada em 11.04.2012 com o juiz titular da 12ª Vara Federal do Distrito Federal, Dr. Marcus Vinícius Reis Bastos.

<sup>616</sup> Artigo 168-A do Código Penal.

<sup>617</sup> Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Seguindo no exemplo, verifica-se que nos casos mais comuns em tramitação na Vara Federal informada, a responsabilidade penal vai se situar em um âmbito econômico, social e cultural mais privilegiado. Os obstáculos já não incidem com a mesma intensidade. É possível, assim, também superar a hipossuficiência organizacional, propiciando que a resistência à pretensão punitiva (e também a executória) seja mais qualificada. Há mais tempo, mais recursos econômicos, maiores possibilidades de entender o caráter ilícito de sua conduta e apresentar soluções ou alternativas de entendimento, ou mesmo alcance sobre o tipo penal imputado. É fato que se pode contar com mais facilidade com auxílio interdisciplinar, lançando mão de perícias contábeis, dentre outros recursos necessários ao exercício efetivo da defesa.

Portanto, sob o foco do acesso à justiça, há um maior equilíbrio de forças quando tratamos da criminalidade selecionada. Se não é paritário, porquanto a estrutura posta à disposição do Estado é ainda mais generosa (a investigação policial é levada a efeito pela Polícia Federal, bem mais aparelhada sob o ponto de vista material e humano que as policiais estaduais), em certa medida já se verifica uma neutralização dos efeitos unilaterais da pretensão punitiva. Por isso, os dados lançados pelo CNJ demonstram que se sentencia muito menos na Justiça Federal. A proporção referente aos casos que tramitavam em 2010 é de apenas 14,56% (na justiça estadual era de 26,22%). Certamente o acesso mais pródigo para quem precisa resistir à pretensão punitiva, produz maiores dificuldades de se formar uma convicção para se sentenciar, haja vista a fartura de dados que se pode produzir, o que também implica em um maior dispêndio de tempo para se analisar.

Na outra ponta, quando há sentença (tanto de condenação, quanto de absolvição), é visível a capacidade das partes (acusação e defesa) no conflito penal, referente à criminalidade selecionada, de interpor recurso judicial. A diferença, também revelada pelo Justiça em Números, é considerável. Como os obstáculos ao acesso à justiça são minimizados quando se trata de crimes federais (seja sob o ponto de vista da defesa ou da acusação), a proporção de recursos interpostos impugnando as sentenças é de aproximadamente 49,79% (federal) x 19,62% (estadual). Não importa se quem recorre da sentença é a instituição estatal que postula a pretensão punitiva ao próprio Estado (o que sugere que pode haver um significativo número de sentenças absolutórias ou de opção de reprovabilidade abaixo do pretendido), ou mesmo a



parte condenada, que não se encontra em regra muito impedida de acessar recursos judiciais, podendo permanecer na resistência à pretensão punitiva nas instâncias judiciais superiores.

### 3.5.1 Acesso e desigualdade

No âmbito estadual, onde se situa a criminalidade comum (96,05% dos processos criminais em tramitação em 2010), em geral o crime é burdo, revelando o baixo nível socioeconômico e cultural do acusado,<sup>618</sup> que na maioria das vezes não pratica qualquer ilegalidade elaborada ou com requinte.<sup>619</sup> Por isso, os 6.961.945 processos criminais em tramitação (2010) correspondiam a 3,64% da população. Assim, em face da quantidade de conflitos formalmente apurados (que já são resultantes de um processo seletivo), o sistema conspira, desde o inquérito policial, para a obtenção do mais fácil, alcançado pela confissão como atalho da investigação, oportunizando a eliminação da complexidade a ser discutida em juízo, facilitando a formação da convicção judicial e a prolação com maior rapidez de sentenças condenatórias.

Com a condenação amparada por confissão, e por um valor exacerbado emprestado à palavra da vítima (de simples identificação, diferentemente dos crimes federais), retórica instituída para compensar a ineficiência das investigações (certamente prejudicada pelo binômio quantidade x capacidade operacional deficitária das agências policiais dos Estados),<sup>620</sup> é explicável que o percentual de sentenças seja bem superior à esfera federal (26,22% x 14,56%).

---

<sup>618</sup> O Censo Penitenciário informa que em 2009 a população carcerária era de 473.626 condenados, sendo que apenas 1.705 (0,35%) dos condenados tinham curso superior completo e 69 (0,01%) dos condenados tinham escolaridade acima do curso superior completo. Disponível no sítio do Ministério da Justiça:

<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRNN.htm>). No entanto, o censo demográfico do IBGE de 2010 indica que 7,9% da população brasileira tinha curso superior, o que representa uma média 2.557,14% maior que a população carcerária.

<sup>619</sup> Segundo o Censo Penitenciário, em 2009, a população carcerária era composta pela prática dos seguintes crimes: 29% (roubo); 20% (tráfico de entorpecentes); 16% (furto); 12% (homicídio) e 5% (crimes contra a dignidade sexual), o que representa 82% dos que estavam cumprindo pena.

<sup>620</sup> Raúl ZAFFARONIZ descreve que: “A disparidade entre o exercício do poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejado efeito de se criminalizar várias vezes toda a população”. *Em busca da pena perdida. A perda da legitimidade do sistema penal.* p. 26.

Em se tratando geralmente de crimes cometidos sem muita elaboração, sem recursos intelectuais ou materiais (são em geral crimes cometidos na rua e não nos escritórios, como os crimes federais), pode-se observar com mais destaque as chamadas "teorias de todos os dias",<sup>621</sup> onde se constrói a convicção judicial, em face de repetidas condutas desviantes, ao ponto de ser possível encontrar um padrão tendente à posição social do acusado. Alessandro Baratta lembra que "isto leva juízes, inconscientemente, a tendências de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados",<sup>622</sup> tanto à apreciação do elemento subjetivo do delito quanto em face da análise de sua personalidade. Há portanto um processo de seleção e estigmatização mais definido, diferentemente do que ocorre no âmbito federal, onde os processos criminais em tramitação em geral decorrem de condutas mais sofisticadas, por isso correspondiam em 2010 somente a 0,14% da população.

Todavia, a "opção pelo mais fácil" no sistema penal estadual (que prestigia somente a pretensão punitiva) não é causa, senão efeito da própria omissão do Estado no aparelhamento da sua agência de defesa pública, que poderia emprestar um maior equilíbrio ao acesso à justiça, minorando os deletérios efeitos do poder punitivo arbitrário (não garantista). O acesso à justiça penal (decorrente de uma reação formal selecionada a um fato criminalizado conhecido) se inicia pela agência policial e se transfere à agência estatal postuladora da pretensão de punir, que são instituições seculares dentro do sistema judicial. Trata-se, portanto, de uma atividade sob o domínio do poder público amadurecida com o tempo e com a práxis. Ingressando o acusado nesta relação não espontânea, ou se estabelece uma resistência privada (em desfavor da pretensão pública), ou se socorre da agência pública de defesa, que ainda é uma novidade em termos institucionais (organizada nacionalmente a partir da Constituição de 1988).

Entretanto, o trabalho de acesso de grande parte da população à justiça penal se faz somente pela agência de defesa pública, que deve garantir assistência jurídica integral tanto na fase inquisitorial quanto na judicial. A logística e a estrutura desta instituição deve ser

---

<sup>621</sup> Segundo Alessandro BARATTA: "Também o insuficiente conhecimento e capacidade de penetração no mundo do acusado, por parte do juiz, é desfavorável aos indivíduos provenientes dos estratos inferiores da população. Isto não só pela ação exercida por estereótipos e por preconceitos, mas também pela exercida por uma série das chamadas "teorias de todos os dias", que o juiz tende a aplicar na reconstrução da verdade judicial". *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. p. 177.

<sup>622</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. p. 177.

organizada para focar essa atuação integral, o que certamente demanda instrumental normativo e suficiente aporte orçamentário e humano.

A questão normativa já conta com um enorme avanço. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.<sup>623</sup> Portanto, foi organizada em carreira de Estado, com dedicação exclusiva de seus membros, e possui autonomia funcional e administrativa e iniciativa de sua lei orçamentária.<sup>624</sup> No tocante à legislação processual penal inúmeros dispositivos legais<sup>625</sup> disciplinam a atuação desta agência, desde a obrigação da agência policial de comunicar a prisão em flagrante à Defensoria Pública, para que a resistência à pretensão de punir se inicie no primeiro momento da segregação cautelar do acusado,<sup>626</sup> até a participação da Defensoria Pública como órgão do sistema penitenciário, no acompanhamento da execução da pena do condenado.<sup>627</sup>

O problema não se situa, como se vê, no âmbito normativo, senão na distribuição desigual pelo Estado dos recursos orçamentários para as agências do sistema judicial. Embora se deva reconhecer um crescimento orçamentário contínuo da Defensoria Pública, esta desigualdade ainda reflete o seu deficiente aparelhamento material e humano, o que compromete a qualidade de sua atuação e explica, em determinada medida, os dados divulgados pelo CNJ, em especial de que na justiça estadual há apenas, aproximadamente, 19,62% de recursos criminais com relação às sentenças prolatadas. Claro que este percentual, visto em números absolutos, comparado com os recursos na Justiça Federal, é superlativo. Mas, o fato de que não havia em 2010 manifestação recursal em 80,38% dos casos criminais

---

<sup>623</sup> Artigo 1º da Lei Complementar nº 80, de 12.01.1994, alterado pela Lei Complementar nº 132, de 07.10.2009.

<sup>624</sup> A concepção de acesso a justiça como direito humano fundamental, a importância do modelo de assistência jurídica gratuita exercida pela instituição Defensoria Pública, com defensores públicos de carreira que gozam de independência e autonomia funcional, vem sendo adotados por diversos países latino-americanos e ocupando espaço em fóruns internacionais. Recentemente a Organização dos Estados Americanos - OEA aprovou, por sua sessão plenária de 07 de junho de 2011, a Resolução nº 2.656, com recomendações neste sentido.

<sup>625</sup> Neste sentido ver: Lei nº 12.403, de 04.05.2011, que alterou o Código de Processo Penal; Lei nº 12.313, de 19.08.2010, que alterou a Lei de Execuções Penais.

<sup>626</sup> Segundo o *III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil* o número de prisões em flagrante comunicadas à Defensoria Pública aumentou de 2007 para 2008 em 229,06%. p. 158.

<sup>627</sup> Artigo 61 da Lei de Execuções Penais.

sentenciados pela justiça estadual é, sob o ponto de vista do acesso à justiça, absolutamente preocupante e nos remete a uma reflexão.

Do orçamento executado pelo sistema de justiça, apurado pelo II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil,<sup>628</sup> produzido pelo Ministério da Justiça em 2006, 71,30% foram destinados ao Judiciário, enquanto 25,37% ao Ministério Público e 3,33% à Defensoria Pública. Em 2009, no ano anterior à pesquisa do CNJ referenciada, o III Diagnóstico da Defensoria Pública do Brasil<sup>629</sup> apurou que com relação ao orçamento total dos Estados, o Judiciário ficou com 5,34%, o Ministério Público com 2,02% e a Defensoria Pública, que se encontra em franco desenvolvimento institucional, com a tendência de elevação na participação orçamentária nos próximos anos, com apenas 0,40%.

Essa desigualdade na distribuição de recursos orçamentários reflete números significantes: segundo o Diagnóstico do Ministério Público dos Estados,<sup>630</sup> também produzido pelo Ministério da Justiça em 2006, havia 2,09 membros do Ministério Público para cada defensor público, sendo que no Maranhão e no Piauí existia uma média inexplicável de 9,75 e 7,46, respectivamente, promotores para cada membro da Defensoria Pública. Nos estados da Bahia e do Amazonas esta média também ficou acima de 5/1.

Em números absolutos o Diagnóstico do Ministério Público informa que havia 8.716 membros estaduais e 925 federais, totalizando 9.641 no ano de 2004. O I Diagnóstico da Defensoria Pública<sup>631</sup> registrou que em 2003 eram apenas 3.154 defensores públicos. Esse número saltou para 4.515 em 2009,<sup>632</sup> ainda bem abaixo do número de membros do Ministério Público, que certamente neste período também se elevou. Além do mais, constatou-se pelo III Diagnóstico da Defensoria Pública que 84% dos processos em tramitação eram cíveis e apenas 16% eram criminais, o que vai exigir a distribuição de força de trabalho, senão proporcional, próxima a essa demanda especializada.

No tocante à comparação de despesas realizadas, o Diagnóstico do Ministério Público dos Estados informa que em 2003, na Bahia, por exemplo, o Ministério Público gastou R\$

---

<sup>628</sup> Disponível no sítio: [http://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/Diag\\_defensoria\\_II.pdf](http://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/Diag_defensoria_II.pdf)

<sup>629</sup> Disponível no sítio: [http://www.anadep.org.br/wtksite/IIIdiag\\_DefensoriaP.pdf](http://www.anadep.org.br/wtksite/IIIdiag_DefensoriaP.pdf)

<sup>630</sup> Disponível no sítio: [http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/conteudo/noticias/cao/pgj/diagnostico\\_mp.pdf](http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/conteudo/noticias/cao/pgj/diagnostico_mp.pdf)

<sup>631</sup> Disponível no sítio: [http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/1828/Diag\\_defensoria.pdf](http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/1828/Diag_defensoria.pdf)

<sup>632</sup> III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil.

707,60 para cada R\$ 1,00 gasto pela Defensoria Pública. Enquanto que em 2004 esta proporção caiu para o ainda impressionante patamar de R\$ 401,92/R\$ 1,00. No Rio de Janeiro, onde se verifica um equilíbrio mais satisfatório entre as instituições, esta proporção foi, em 2003, de R\$ 2,57 gastos pelo Ministério Público para cada R\$ 1,00 da Defensoria Pública. Em 2004, esta relação foi de R\$ 2,33/R\$ 1,00. Como consequência, somente cerca de 42,71%<sup>633</sup> das comarcas eram atendidas pela Defensoria Pública no Brasil em 2008.<sup>634</sup>

Visto assim, a desigualdade entre as instituições é gritante (do mesmo modo são os seus efeitos para o sistema de justiça), embora se possa reconhecer que a movimentação da agência de defesa pública dentro da arena de distribuição de prioridades do Estado vem a cada ano ocupando um espaço maior, o que resulta em uma contínua melhora da qualidade de sua atuação.<sup>635</sup> No entanto, o tempo que o Estado leva para responder eficazmente a algumas demandas é absolutamente nocivo e gera consequências práticas, muitas das quais irreversíveis.

O acesso à justiça deficiente não é simplesmente uma outra omissão na execução de políticas públicas, cujo direito, também formalmente assegurado à população, pode aguardar a iniciativa de um governante iluminado. Na verdade, o acesso à justiça quando por algum motivo é obstaculizado, mesmo que parcialmente, implica que na outra ponta alguém está se favorecendo desta omissão, o que sugere a instabilidade no ambiente dialético que se desenvolve o ajuste social advindo de uma relação conflituosa e da natureza imparcial da própria intervenção estatal. A desigualdade é perversa porque prestigia uma pretensão em detrimento de uma resistência, e ofende a dignidade ao direcionar a solução de conflitos a grupos privilegiados. A desigualdade também sublima a ideia da distribuição de justiça de

---

<sup>633</sup> III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil.

<sup>634</sup> Na pesquisa do IPEA realizada em 2013, anteriormente mencionada, o percentual de comarcas atendidas pela Defensoria Pública é de apenas 28%, sendo que nas cidades com mais de 100 mil habitantes, considerando apenas uma renda mensal de três salários-mínimos (conjugação da população x hipossuficiência em uma análise sociodemográfica), a Defensoria Pública está presente em 79,2% das comarcas.

<sup>635</sup> Em 12 de março de 2014 a Câmara dos Deputados aprovou em segundo turno a Proposta de Emenda Constitucional nº 247/2013 para fazer constar nas disposições transitórias o seguinte: “Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. § 1º No prazo de oito anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo. § 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo às regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.”

classe, o que já se encontra, de certa forma, acentuada no senso comum, amparada pela obviedade que estes números demonstram.

### 3.5.2 Acesso e garantismo

Para Luigi Ferrajoli há um dado da realidade inexorável: "*la extrema desigualdad de las personas frente a la justicia*".<sup>636</sup> De fato, nosso sistema jurídico é pródigo em enunciar direitos. Estamos cercados de boas intenções, mas de pouca realização (ou compreensão) de como ter efetivo acesso aos direitos (enunciados). A forma ocupa um espaço privilegiado, com o objetivo de fundir a legalidade com a "legitimidade do poder político punitivo"<sup>637</sup> e funciona como um retórica minimizadora dos trágicos efeitos da desigualdade, especialmente diante do sistema punitivo.

O ideal iluminista libertário para o direito penal foi aos poucos cedendo espaço ao modelo de defesa social (escola positivista), que amparado no enganoso temor ao delinquente, "mantém a estrutura de perscrutar o criminoso na sua subjetividade e construir mecanismos de proteção da sociedade contra o inimigo",<sup>638</sup> que se identifica especialmente com os habitantes das camadas mais vulneráveis da população. Alexandre Morais da Rosa alerta que o direito penal "possui papel estratégico na manutenção do sistema",<sup>639</sup> ou seja, a estratégia que utiliza a coerção legitimada para fins de seleção,<sup>640</sup> repressão e punitividade. E é nesse ambiente que, contraditoriamente, a intervenção do Estado deixa de "estar associada às garantias e em respeito aos direitos das pessoas"<sup>641</sup> e "demonstra radical potência para romper com a

<sup>636</sup> FERRAJOLI, Luigi. *La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública*. p. 77.

<sup>637</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. p. 123.

<sup>638</sup> Alexandre Morais da ROSA. *O papel do juiz garantista e a execução penal em tempos neoliberais: Eichmann e Big Brother*. p. 326.

<sup>639</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *O papel do juiz garantista e a execução penal em tempos neoliberais: Eichmann e Big Brother*. p. 326.

<sup>640</sup> Neste sentido, Máximo PAVARINI: *La efectividad del sistema penal no está tanto (o no solo) amenazada por el exceso de criminalización primaria, sino por un exceso de vocación con respecto a una esfera relativamente reducida de delitos, en cuya confrontación el sistema de la criminalización secundaria esta "constreñido" a actuar con criterios de elevadísima selectividad*". *Seguridad frente a la Criminalidad y gobierno democrático de la ciudad. Seguridad pública: tres puntos de vista convergentes*". p. 26.

<sup>641</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. p. 122.

legalidade, produzindo ofensa aos direitos humanos de todos os envolvidos",<sup>642</sup> vítimas, acusados e condenados.

Essa omissão do Estado implica em consequências profundas. Para Ferrajoli se trata de uma desigualdade odiosa, pois ataca o terreno das liberdades fundamentais em todos os momentos da intervenção penal: desigualdade na exposição à intervenção punitiva, desigualdade de direitos no processo e, por fim, desigualdade no tratamento da execução penal.<sup>643</sup> São desigualdades que têm origens no próprio direito penal (estrutura normativa antiguarantista e discriminatória que expõe um exacerbado subjetivismo na aplicação da pena) e também extrapenal, do tipo econômica e social, que vai obstar a igualdade do direito de defesa.

Ferrajoli afirma, ainda, que estas desigualdades vão influir sobre as mesmas categorias de sujeitos (os socialmente mais vulneráveis) e são determinadas pelo mesmo fator (tanto normativo quanto efetivo): a debilidade das garantias penais e processuais e, mas em geral, a desigualdade das garantias de todos os demais direitos fundamentais. Como resultado desta crescente desigualdade: "*es lo carácter cada vez más clasista de la justicia penal en todos los países occidentales*",<sup>644</sup> o que vai implicar em um processo de prisionização em massa dos mais vulneráveis, gerado por uma degeneração dos objetivos da justiça penal e sustentada por uma ideologia da exclusão.<sup>645</sup>

Na origem deste processo, aponta Ferrajoli, encontram-se políticas penais que são tão indiferentes às causas estruturais dos fenômenos criminais, como promotoras de um direito penal máximo e desigual, que desconhecem as garantias. São "*políticas interesadas somete en reflejar y secundar y por ello mismo en alimentar, los miedos y los humores represivos presentes el la sociedad*".<sup>646</sup> O lugar privilegiado para esta política é a segurança pública, em face de uma

<sup>642</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. p. 122.

<sup>643</sup> FERRAJOLI, Luigi. *La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública*. p. 77.

<sup>644</sup> *Idem*. p. 79. Na sequência afirma o autor: "*Prueba de ello es la composición social de la población carcelaria, formada, si no únicamente, al menos se su mayor parte - tal como muestran las estadísticas judiciales de estos países por sujetos pobres y marginados: inmigrantes, negros, tóxico-dependientes, detenidos por pequeños delitos contra el patrimonio. En todo el mundo asistimos a un crecimiento exponencial del fenómeno de la prisionización.*

<sup>645</sup> Nas palavras de FERRAJOLI: "*Se trata, como ha sido observado, en una prisionización en masa de la pobreza, generada por una degeneración clasista de la justicia penal y sostenida por una ideología de la exclusión que criminaliza a los pobres, los marginales, o peor aún, a los que son considerados "diferentes" - el extranjero, el islámico, el inmigrante clandestino - bajo la insignia de una antropología racista de la desigualdad*". *La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública*. p. 79.

<sup>646</sup> FERRAJOLI, Luigi. *La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública*. p. 80.

crescente sensação de insegurança social,<sup>647</sup> enfatizada e propagada pelos meios de comunicação,<sup>648</sup> "en particular por esa fabrica de miedo en que se ha convertido la televisión".<sup>649</sup>

A impossibilidade do Estado de dar uma resposta instrumental a toda violência concreta cometida na sociedade, em face da distância entre os efeitos da programação constante entre a criminalização primária e a secundária, limitada esta às possibilidades reais de intervenção estatal, faz surgir uma seletividade estrutural, caracterizada por uma "orientação que restringe sua atuação a determinados delitos e delinquentes, com uma conotação social".<sup>650</sup> Neste contexto, onde a opção se faz por uma "resposta penal simbólica e não instrumental ao fenômeno da criminalidade e à insegurança urbana",<sup>651</sup> estabelece-se um ambiente propício para gerar na opinião pública uma ideia "classista e racista",<sup>652</sup> deformando o imaginário coletivo sobre os mais vulneráveis e o fenômeno da delinquência, atentando-se somente para os efeitos da criminalidade e ignorando suas causas. Na assertiva de Lola Aniyar de Castro, "a delinquência é entendida, portanto, como um problema de ordem pública e não como problema social".<sup>653</sup> Nesta marcha, deixa a justiça penal de se ocupar dos delitos relacionados à criminalidade selecionada, cuja vítima é geralmente de difícil identificação (por ser, via de regra, uma abstração jurídica) para se ater aos delitos que atentam contra a segurança pública (vítimas de fácil identificação).<sup>654</sup>

<sup>647</sup> Lola Aniyar de CASTRO destaca que: "o sentimento de insegurança criado pelos meios servem para que o Estado possa implementar medidas autoritárias (operativos, leis repressivas, militarização da ordem pública e centenas de mortes em supostos enfrentamentos com a polícia). Tudo isso com o consenso coletivo, substituindo outras ações possíveis, como atuação governamental, pelo mais fácil emprego da força". *Criminologia da libertação*. p. 234.

<sup>648</sup> Lola Aniyar de CASTRO faz a seguinte observação sobre a indústria de comunicação: "Os chamados "grandes informadores" trabalham sobre a base da entrega dos cérebros. Portanto, não se trata, propriamente de 'comunicação', porque não há resposta. Trata-se de um trabalho de engenharia social no qual a ordem permanece oculta e a obediência tem raízes subliminares". *Criminologia da libertação*. p. 201.

<sup>649</sup> FERRAJOLI, Luigi. *La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública*. p. 80. No mesmo sentido ver: Francesc BARATA. *La violencia y los mass media. Entre el saber criminológico y las teorías de la comunicación*. Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 29. São Paulo. IBCCRIM. p. 257/267.

<sup>650</sup> ZACKSESKI, Cristina. *Da prevenção penal à nova prevenção*. p. 168.

<sup>651</sup> ZACKSESKI, Cristina. *Da prevenção penal à nova prevenção*. p. 168.

<sup>652</sup> FERRAJOLI, Luigi. *La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública*. p. 80.

<sup>653</sup> CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. p. 235.

<sup>654</sup> Segundo FERRAJOLI: "Es un mensaje que tiende a inocular en la opinión pública la concepción clasista y racista de la equiparación de los pobres, de los negros, o de los inmigrantes, a los delincuentes, y, por lo tanto, deformar el imaginario colectivo sobre la desviación y el derecho penal: para que la justicia penal deje de perseguir los delitos de las "personas de bien" y se ocupe - cosa demás muy fácil - solo de los delitos que atentan contra su seguridad" *La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública*. p. 80.



A resposta penal simbólica, como ensina Ferrajoli, está produzindo, de uma maneira mais marcante que no passado, uma duplicação do direito penal: "*derecho mínimo y tolerante para los ricos y poderosos, derecho máximo e inflexible para los pobres y marginados*",<sup>655</sup> o que evidencia a subjetivação do direito penal, caracterizando-o como "do autor" em detrimento do "direito penal do fato", de inspiração iluminista. Por outro lado, há que se reconhecer que quanto mais o crime se origina da situação de vulnerabilidade, menos resulta a prevenção penal. A pena é, por princípio, exigida ou recrudescida mais de quem tem a maior capacidade de compreender o caráter ilícito de sua conduta. Isso pode resultar efetivo para a criminalidade selecionada, onde é possível se exigir conduta diversa. No entanto, para a criminalidade comum, restrita a poucos delitos, relacionados geralmente à pequenos crimes patrimoniais ou à dependência química, a prevenção pela pena é absolutamente insignificante, em decorrência do seu caráter meramente simbólico, cuja utilidade é somente de evitar a vingança privada. Ferrajoli anota que "*es ilusorio confiar a ella la prevención de los delitos que atentan contra la seguridad individual, en vez de confiar tal tarea a políticas sociales dirigidas a reducir las causas de la desviación*".<sup>656</sup>

Conforme sempre pronunciado por Luigi Ferrajoli, garantismo é em geral conjugado com direitos fundamentais, em especial com os direitos de liberdade, e em particular com igualdade (que é tanto a afirmação de direitos à liberdade quanto de direitos sociais). O garantismo assume, assim, tal qual os direitos fundamentais um caráter universal, "*reconocidos a todos en igual forma y medida*".<sup>657</sup> Há, portanto, um nexos entre garantismo penal, igualdade e democracia, e se entende como condição essencial de credibilidade do direito penal (portanto, de sua legitimidade) o valor da garantia do direito de defesa, que para os mais vulneráveis se opera pela agência de defesa pública, com todo aparato normativo e orçamentário que se faz necessário para que possa prestar uma efetiva assistência jurídica integral.

---

<sup>655</sup> FERRAJOLI, Luigi. "*La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública*. p. 81. Segue o autor: "*Mientras que, frente a la delincuencia de cuello blanco, la justicia es muy frecuentemente impotente - piénsese sólo en la prescripción perseguida sistemáticamente en estos procesos por aguerridos defensores - , frente a la delincuencia de la calle y de subsistencia la justicia penal está informada únicamente por la finalidad de exclusión*" p. 81/82.

<sup>656</sup> FERRAJOLI, Luigi. "*La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública*. p. 83.

<sup>657</sup> *Idem*. p. 84.

Ferrajoli especifica que a defesa pública tem um carácter de direito fundamental e por isso é universal e tem por fundamento o interesse público, "*cuya actuación, justamente porque se trata de un derecho fundamental, no puede ser confiada a las lógicas del mercado como si tratase de derecho patrimonial, sino que requiere estar garantizada por la esfera pública*".<sup>658</sup> Ademais, a natureza cognitiva do processo penal, antes que potestativa, exige a busca da verdade real, o que sempre vai depender da paridade entre as partes no exercício do contraditório, ofertando ao Estado-juiz a melhor solução para a aplicação da lei no caso concreto, o que significa materialmente focar em todos os recursos disponíveis para se afastar uma injustiça, que pode decorrer de uma pretensão punitiva. Para este fim, a defesa pública tem que ser dotada, conclui Ferrajoli "*de poderes análogos a aquellos de la acusación pública*".<sup>659</sup>

Em *Direito e razão*, Luigi Ferrajoli conclui:

*A segunda condição concernente à defesa é que deve ser dotada da mesma dignidade e dos mesmos poderes de investigação do Ministério Público. Uma equiparação só é possível se ao lado do defensor de confiança é instituído um defensor público, isto é, um magistrado destinado a funcionar como Ministério Público de Defesa, antagonista e paralelo ao Ministério Público de Acusação. A instituição dessa "magistratura" ou "tribuna de defesa" como uma ordem separada tanto da judicante como da postulação foi proposta por Filangieri, por Bentham, e depois Carrara e por Lucchini, sob pressuposto de que a tutela dos inocentes e a refutação das provas de culpabilidade integram funções de interesses não menos público de punição dos culpados e da colheita das provas a cargo da acusação.*<sup>660</sup>

No entanto, vivemos em um estado continuado de desrespeito institucionalizado, de perpetuação da desigualdade e de violação efetiva de princípios humanistas de natureza universal, embora, ao contrário, tudo seja formalmente assegurado (enunciado) por nossa Carta constitucional. O Estado é o responsável pelas portas de acesso à justiça penal, substancialmente em todos os seus segmentos (investigação/acusação/defesa/julgamento). Mas a prodigalidade que usufrui ao distribuir os seus recursos orçamentários para uns, ao marcar as suas prioridades no exercício de sua governabilidade, reforça para a defesa pública o

<sup>658</sup> FERRAJOLI, Luigi. *La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública*. p. 85.

<sup>659</sup> *Idem*. p. 86.

<sup>660</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. 3ª edição. p. 537.

caráter seletivo e direcionado que empresta discriminatoriamente ao direito penal. Com isso, eleva-se a desigualdade, mitiga-se o sistema garantista, exalta-se teleologicamente a forma e, por fim, conforma-se com a ideia de renúncia material da produção de justiça.

Acesso à justiça é a concretização da paridade, é a materialização do equilíbrio, é a manifestação do garantismo na sua melhor tradução, para que se possa construir uma saída democrática para o impasse existencial do conflito. O acesso à justiça viabiliza o resgate da proteção aos direitos fundamentais (ressaltando os seus valores), com a conseqüente redução dos danos aos direitos humanos, além de oportunizar a minimização dos poderes punitivos (arbitrários e apenas legitimados pela forma). O acesso à justiça só pode ser efetivamente atingido com a realização plena do direito de defesa, o que implica substancialmente na completa institucionalização da agência de defesa pública, que só será alcançada quando da justa e proporcional distribuição dos recursos orçamentários do Estado.

## CONCLUSÃO

Vivemos uma situação paradoxal: o excesso de judicialização de conflitos embaraça o acesso à justiça, visto que a resposta que o Estado é obrigado a garantir a todos não é acompanhada da razoável duração do processo e nem dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (mandamentos constitucionais). Os números divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça demonstram o esgotamento do modelo que prestigia a prevalência da centralidade estatal na resolução de litígios, o que se faz, quase exclusivamente (poderíamos dizer mecanicamente), pela via da judicialização de conflitos.

Por outro lado, é patente a desigualdade na relação de acesso à justiça pelos que comprovam insuficiência de recursos (econômicos e organizacionais) em face dos obstáculos sociais, culturais, éticos e econômicos de acesso acima descritos, notadamente pelo abismo entre as partes disputantes e os litigantes habituais. Dentre estes, além das grandes corporações com interesse/influência econômica, se encontra o próprio Estado que deve na outra ponta garantir o devido processo legal, com os seus consectários, além de assegurar a aproximação da igualdade material entre as partes. O Estado, portanto, é responsável pela litigância judicial habitual, seja para o seu interesse, para sociedade ou para o hipossuficiente econômico ou organizacional, ao mesmo tempo em que é obrigado a garantir igualdade entre os litigantes e a fornecer decisão judicial que tem por escopo a dissolução do conflito.

O impasse permanece, ainda, quando se procura dar uma resposta judicial favorável à quantidade da demanda proposta, comprometendo-se com metas estatísticas, significando, no geral, o risco de subtração da qualidade da resposta estatal (âmbito quantitativo), apresentando como resíduo a insegurança jurídica e a crise de legitimidade da decisão, o que implica em um número maior de recursos e no congestionamento do sistema em outra ponta. Por outras palavras: a rapidez da resposta, evidenciando uma meta quantitativa, impregna a legitimidade do sistema que passa a ser mais questionado em outras instâncias, prolongando a almejada dissolução do conflito posto à deliberação do Estado. Até mesmo quando se procura a conciliação em substituição à decisão do Estado, evidentemente mais benéfica que a imposição de solução às partes na contenda, o sistema permite a proposição de ação judicial para a

discussão em juízo. A atuação do Judiciário fica desta forma, em alguma medida, também comprometida com acordos que poderiam ser tentados obrigatoriamente em uma fase pré-processual.

Para enfrentar o excesso de judicialização é preciso considerar a possibilidade de se promover uma política pública voltada para descentralização da dissolução de litígios pelo Judiciário, que deve ser preservado como a "ultima ratio" para a resolução de conflitos. Deste modo é possível apresentar uma resposta mais adequada ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, porquanto não haverá outra instância institucional, obrigando a uma seleção qualitativa da judicialização da pretensão. Qualificando a postulação, a resposta estatal será mais efetiva e poderá, ao seu modo, dissolver (desviar ou sufocar) o litígio com uma resposta mais classificada, revelando-se, por consequência mais legítima, o que implicaria na diminuição de recursos judiciais e a protelação do enfrentamento definitivo do problema posto. Quebra-se um elo do círculo que alimenta a judicialização excessiva de conflitos e resgata-se a ideia original da intervenção estatal com fim de pacificação social e não só de imposição do esquecimento do problema decorrente da complexidade das relações sociais, o que se opera pelas regras formais da preclusão ou da coisa julgada.

Qualificar a postulação sugere, no plano operacional, a criação de "espaços conciliação", onde as partes disputantes (sem intervenção de terceiros) deverão obrigatoriamente (ao menos por seus representantes) se reunirem antes da propositura de qualquer ação judicial (exceto nos casos de tutela de emergência). Trata-se de uma medida de caráter processual, porquanto é viável que a lei possa exigir, como um dos requisitos formais para a propositura de qualquer ação judicial de natureza cível, a ata da reunião produzida naquele encontro, discriminando as divergências identificadas, com as suas razões jurídicas e fáticas, que passarão a ser unicamente o objeto da judicialização, se necessário. Deste modo, em caso de ação judicial a petição inicial deverá conter, além da qualificação das partes, a ata resultante da discussão não acordada no espaço conciliação, identificando numericamente os pontos divergentes, expondo objetivamente a causa de pedir e os pedidos com relação a essas divergências.

Ademais, nada impede que as partes no "espaço conciliação" produzam provas testemunhais, que inclusive servirão de suporte para uma solução ainda na fase pré-judicial. No

mesmo sentido, a apresentação e discussão de laudos periciais. Todas essas providências deverão informar previamente a petição inicial, de modo que seja judicializada com provas pré-produzidas (sob o contraditório inicial), restando ao Judiciário somente complementá-las ou reproduzi-las quando absolutamente necessárias. A instrução prévia da pretensão conflitante das partes incrementa a possibilidade de conciliação, ao menos de redução das divergências iniciais, facilitando pontualmente, quando for o caso de sua judicialização, a resposta interventiva do Estado.

No entanto, para se garantir o mandamento constitucional da razoável duração do processo e da celeridade de sua tramitação é necessário, com o propósito também de prestigiar as atividades a serem desenvolvidas no "espaço de conciliação", que seja impedida qualquer iniciativa de conciliação dentro do Judiciário. Neste caso, proposta a ação judicial, o que significa que foi superada a fase pré-judicial a ser desenvolvida no "espaço de conciliação", haverá obrigatoriamente uma intervenção estatal, com os consectários (custas e honorários) para o litigante sucumbente.

Com efeito, essa política alternativa à judicialização excessiva dos conflitos, implica também em um direcionamento das instituições públicas postuladoras (Advocacia Pública federal, estadual e municipal; o Ministério Público, estadual e federal; e a Defensoria Pública, estadual e federal) a uma efetiva adoção dos meios alternativos de solução de conflitos (MARC's), que passa a ser utilizado de forma prioritária, assim como já prevê a legislação da Defensoria Pública e normativos da Advocacia-Geral da União, com o devido suporte de uma equipe multidisciplinar. Em algumas unidades da Federação já estão sendo implantados Núcleos de Mediação e Arbitragem na Defensoria Pública. Não há impedimento para que o Ministério Público não se utilize de suas promotorias comunitárias ou de cidadania para fomentar tanto a mediação quanto a arbitragem, bem como a Advocacia Pública possa estabelecer critérios de arbitragem para a composição e administração dos casos que lhe são atribuídos, como faz a Advocacia-Geral da União.

Além do mais, para se abraçar a ideia de um novo enfoque à justiça, a educação jurídica da população se constitui em um prodigioso instrumento de inclusão e de afastamento do obstáculo de acesso relacionado à impossibilidade de se reconhecer um direito em face da

diferença de educação entre os litigantes. Seguindo essa linha, a Defensoria Pública também já prevê em sua legislação a missão institucional de promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico.<sup>661</sup> Afastando-se esse obstáculo de acesso à justiça é possível prevenir conflitos e evitar o litígio judicial. Uma população bem informada e consciente de sua cidadania demonstra um novo nível de exigência, notadamente com relação tanto à prestação de serviços públicos quanto das grandes corporações, com destaque para os direitos relacionados ao consumidor, à vizinhança, à família, à posse, à locação, à saúde, etc.

Mas não é só isso, a informação difundida aponta para conscientização de uma nova dimensão solidária dos direitos, em uma perspectiva de proteção metaindividual, que vai exigir, no antecedente, um efetivo comportamento social de respeito (cooperação) aos direitos das crianças, dos adolescentes, dos idosos, dos portadores de deficiência, da ordem econômica, da livre concorrência ou do patrimônio artístico, histórico, turístico e paisagístico, etc., em detrimento, do conseqüente, que vai implicar em um movimento de intervenção pela repressão ou pela reação social, o que ocorrerá sempre depois de instaurado o conflito. São inúmeras as vantagens de se difundir os direitos, que tanto podem ser adotados pelas instituições públicas postuladoras quanto pela sociedade civil, que passa a ter um vasto e essencial campo de atuação.

Seguindo ainda no campo do enfrentamento dos conflitos metaindividuais, a utilização de instrumento judicial para a sua dissolução deveria implicar necessariamente, como qualquer outra ação, na utilização do "espaço conciliação", adotando-se os mesmos procedimentos com o objetivo de confecção de um termo de ajustamento de conduta ou de uma ata de reunião com a pontuação das divergências não acordadas. Para a sua efetiva resposta, entretanto, a inicial da ação, a ser manejada em prol da coletividade, deverá demonstrar a viabilidade e a forma de execução da ação, tanto nos casos de direitos individuais homogêneos e dos direitos coletivos quanto nos casos de direitos difusos. No mesmo sentido, como condição para ação, deverá a inicial demonstrar o interesse processual com o intuito de comprovar que "a tutela coletiva trará mais utilidade na defesa dos direitos individuais violados do que a pulverização de

---

<sup>661</sup> Art. 4º, inciso III da Lei Complementar nº 80, de 12 janeiro de 1994.

ações individuais", <sup>662</sup> evitando-se eventuais injustiças com os que discordam deste procedimento coletivo ou possam eventualmente se sentir prejudicados. Essa condição deve, dentre outras possibilidades, ser alcançada pela convocação de uma audiência pública, <sup>663</sup> devidamente registrada para informar a inicial. A adoção das providências para demonstrar o interesse processual fornecerá a possibilidade de um juízo mais seguro (qualitativo) da autoridade julgadora no exame da oportunidade da pretensão coletiva, inibindo, principalmente, que determinados agentes públicos possam se arvorar em substitutos naturais da vontade da coletividade e por suas conveniências postularem judicialmente. <sup>664</sup>

Em se tratando de julgamento de causas sustentadas pelo interesse da coletividade, que digam respeito aos direitos humanos de terceira geração, quando da utilização de ação civil pública, nada mais apropriado que a criação de tribunais de júri para o seu julgamento. Assim, uma demanda criminal ou cível relacionada a lesão coletiva de consumidores ou ao meio ambiente seria apreciado em um tribunal popular, onde se obteria uma resposta mais próxima das expectativas da coletividade, ao tempo em que emprestaria mais legitimidade para a decisão, evitando recursos judiciais e, conseqüentemente, mais congestionamento do sistema. Algumas práticas comerciais, ambientais, ou outra qualquer que implicasse em dano à coletividade, seriam severamente reprimidas sabendo os responsáveis que o seu julgamento cível ou criminal estaria sob a responsabilidade dos valores expressos pelos próprios habitantes da coletividade lesionada. Essa repressão seria na conduta antecedente, evitando-se assim a formação do conflito. Não há impedimento constitucional para a admissão desta sistema e alguns autores, como Guilherme de Souza Nucci, defendem a sua aplicação. <sup>665</sup> A expressão

---

<sup>662</sup> CINTRA, Antônio Carlos Fontes. *Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade da coletivização dos interesses individuais*. p. 21.

<sup>663</sup> Neste sentido a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública determina a convocação de audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais, dentre elas a de promover ações civis públicas (Inciso XXII do art. 4º da Lei Complementar nº 80/1994, alterada pela Lei Complementar nº 132/2009).

<sup>664</sup> Leciona Antônio Carlos Fontes CINTRA sobre o tema: "Justamente porque uma *class action* poderá trazer injustiça, o tribunal deverá pesar os benefícios tanto para as partes como para o processo judicial." <sup>664</sup> Para tanto, consolidou-se na regra 23 das *Federal Rules* americanas que deve-se verificar de antemão dois requisitos: se há prevalência de um interesse de classe e se o meio da *class action* de fato se mostra superior à tutela individual" *Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade da coletivização dos interesses individuais*. p. 21.

<sup>665</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. p. 35.



popular dos valores que possam informar uma decisão judicial é o que mais perto podemos chegar de uma efetiva prática democrática<sup>666</sup> e demonstração de soberania de um povo.<sup>667</sup>

Ainda no plano operacional, uma política pública para descentralização da solução de litígios e para evitar o excesso de judicialização de conflitos não pode abrir mão de formar uma rede com a sociedade civil para a propagação dos MARC's (conciliação, mediação e arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos) em associações de classes, sindicatos, federações e organizações não governamentais. Neste particular, a propagação de projetos como o Justiça Comunitária, que tem por objetivo prestigiar o espaço comum, com a formação de redes através de agentes comunitários de justiça ou de populares para identificar o conflito em sua origem mais remota, se mostra de grande utilidade para incrementar o equilíbrio das relações sociais. O projeto propicia aos agentes ocupar-se com a informação de direitos e técnicas de mediação comunitária ou emancipatória, trabalhando mais próximo do conflito nas comunidades mais carentes. A ideia da superação do obstáculo cultural sugere que a justiça também pode ser encontrada distante do ordenamento jurídico formal, com grande potencial de desarmar o conflito ainda em sua origem.

Esperar que uma política pública possa surtir os desejados efeitos é também dispensar atenção a formação dos futuros operadores. É fato que temos uma cultura extremamente litigiosa imperando no sistema judicial. Esse ranço decorre da formação acadêmica do operador que prestigia, por motivos históricos, a solução concentrada dos litígios, utilizando-se quase exclusivamente do aparato do Judiciário. Não há outra alternativa senão enfrentar essa formação acadêmica estritamente jurídico-contenciosa com uma revisão curricular-acadêmica em que se prestigie com ênfase a formação sociológica em detrimento do pragmatismo da prática contenciosa, alterando o eixo "operador de direito" para o de "cientista social", com foco na problemática jurídica, especialmente na solução descentralizada de conflitos. Uma

---

<sup>666</sup> Ainda na primeira metade do século XIX, afirmou Alexis de TOQUEVILLE: "o sistema do júri, tal como é entendido na América, parece-me uma consequência tão direta e tão extrema do dogma da soberania do povo quanto o voto universal. São dois meios igualmente poderosos para fazer reinar a maioria". *Democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. p. 319.

<sup>667</sup> Completa Alexis de TOCQUEVILLE: "Quando, ao contrário, o júri é estendido às causas cíveis, sua aplicação cai a cada instante diante dos olhos.; ele toca então todos os interesses; todos vem contribuir para a sua ação; ele penetra assim até os usos da vida, dobra o espírito humano a suas formas e confunde-se, por assim dizer, com a própria ideia de justiça". *Idem*, p. 320.

proposta interessante seria a adoção obrigatória da "residência jurídica" por prazo mínimo de um ano após a colação de grau, sem prejuízo do estágio acadêmico, em órgãos públicos ou credenciados pelo poder público, para permitir ao recém formado, mediante concurso público e recebimento de bolsa, a prática efetiva dos instrumentos previstos pelos MARC's, pela ação civil pública, pelo "espaço conciliação" e pelo julgamento popular. Somente após o período obrigatório de residência jurídica o futuro operador do direito poderia solicitar a sua inscrição em órgão de classe ou fazer concurso público para assumir algum cargo que exija capacidade postulatória.

Por fim, ainda nos parece necessária uma política tributária para o enfrentamento da questão. Os números divulgados pelo CNJ nos levam a afirmar a existência de uma concentração postulatória, revelando o obstáculo da litigância habitual. Há práticas comerciais que incentivam apenas o pagamento na instância judicial, porquanto é possível conseguir ágio e colocar as despesas relacionadas como prejuízo operacional. No mesmo sentido, prejuízos decorrentes dos conflitos trabalhistas. O débito existe, mais é sempre vantajoso para o empresário a sua judicialização, uma vez que a obrigatória conciliação judicial pode colocar fim à contenda em face de alguma cessão da parte normalmente mais vulnerável.

Quando constatamos que entrar com ação judicial se torna um bom negócio em termos comerciais, mesmo sendo uma prática permitida em lei, naturalmente o mercado vai encontrar espaço para produzir vantagens econômicas, aumentando a distância entre os litigantes ao tempo que afirma a desigualdade da lei perante as partes. Os abusos são conhecidos, especialmente no caso de concessionárias de serviços públicos que chegam inclusive a dominar os processos em tramitação em determinados juizados. Certamente isso deve ser defenestrado de forma rigorosa. Uma alternativa poderia ser a adoção do critério de custas judiciais progressivas aplicadas aos entes particulares (com dificuldade contábil para apuração de prejuízo operacional decorrente de despesas e condenações judiciais) e também aos entes públicos, com a saída de recursos orçamentários especialmente gravados para este fim, o que possibilitaria, ainda, em fase da elaboração do orçamento no executivo e no legislativo, uma discussão (e, portanto, um maior controle) sobre a quantidade de judicialização de conflitos que

determinado órgão público está prevendo para aquele exercício, fazendo transparecer às suas causas.

São, portanto, inúmeros instrumentos que dispomos para o enfrentamento deste grave problema. Só não podemos permanecer inertes, lateralizando a discussão, como se não soubéssemos dos graves e cotidiano efeitos que decorrem do fato de perdemos (em todos os sentidos) a perspectiva de uma solução estatal confiável. Não estamos diante de uma situação aporética, mas, tão somente, necessitando romper o presente estado de coisas e apontar para um futuro mais sadio socialmente com o resgate de práticas de administração de conflitos, de minimização da incerteza ou da insegurança.

Se existencialmente temos que conviver com o conflito (multifacetado, inevitável e universal), sendo que esta convivência revela a nossa inexorável natureza conflituosa e a impossibilidade de sua superação, que possamos, ao menos, minimizar os danos de uma forma mais inteligente e eficaz, não permitindo que o conflito seja potencializador de outros conflitos numa roda incessante de causas e efeitos que gira na irracionalidade alimentando a insegurança, a incerteza e fissurando na raiz as relações sociais. Sendo todos nós reféns do conflito, vamos fazer valer a nossa vitalidade social com a nossa capacidade de inovação e superação, adotando um novo referencial para o enfrentamento deste problema.

**REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA**

ABRAÃO, Rosa Maria Zaia Borges. *Justiça como ordem: o contrato social e a análise crítica da realização de justiça e igualdade na modernidade*. Porto alegre: Direito e Justiça. v. 33, nº 2. 2007.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2010.

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Cidadania e vida digna: a concretização dos direitos fundamentais sociais através da defensoria pública*. In *Livro de teses e práticas exitosas. Defensoria pública: passaporte essencial à cidadania*. Porto Alegre: VII Congresso Nacional dos Defensores Públicos. 2009.

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

\_\_\_\_\_. *Pobreza y derechos humanos: el papel de la defensoria pública en la lucha pela erradicación de la pobreza*. In *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. Buenos Aires: La Ley. 2008.

ALVES, Cleber Francisco. PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. *Direitos constitucionais fundamentais: vida, liberdade, igualdade e dignidade*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora. 2010.

AREND, Marcelo. *Atraso via modernização cultural: uma leitura evolucionista das obras de Faoro e Furtado*. Brasília: Revista Economia, v.9, nº 3. 2008.

ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2010.

\_\_\_\_\_. *A crise na cultura: sua importância social e política*. In: *Entre o passado e o futuro*. São Paulo. Perspectiva. 1992.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo. Companhia das Letras. 2004.

BARATA, Francesc. *La violencia y los mass media. Entre el saber criminológico y las teorías de la comunicación*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais – IBCCRIM. nº 29. 2000.

BARATTA, Alessandro. *Conceito de segurança na Europa*. Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes. 2000 (mimeo).

\_\_\_\_\_. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. 3ª edição. Rio de Janeiro. Revan. 2002.

BARBOSA, Rui. *O estado de sítio, sua natureza, seus efeitos, seus limites*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora. 1892. Original disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/227378>> . Acesso 25 Jan. 2014.

BARRACHO. CARLOS JOSÉ BERNARDO DA SILVA. *Estratégias de poder e autoridades em contextos sócios-políticos diferenciados*. Tese de doutoramento. Universidade Santiago de Compostela. 2007. Disponível em [http://dspace.usc.es/bitstream/10347/2412/1/9788497509947\\_content.pdf](http://dspace.usc.es/bitstream/10347/2412/1/9788497509947_content.pdf) ). Acesso 31 jul. 2013.

BARROS, Alberto Ribeiro G. *Da liberdade dos súditos em Hobbes a liberdade dos cidadãos em Rousseau*. Fortaleza: Argumentos, ano 4, n. 8. 2012. Disponível em [http://www.filosofia.ufc.br/argumentos/pdfs/edicao\\_8/02\\_da\\_liberdade\\_dos\\_suditos\\_em\\_%20hobbes.pdf](http://www.filosofia.ufc.br/argumentos/pdfs/edicao_8/02_da_liberdade_dos_suditos_em_%20hobbes.pdf) Acesso em 16 fev. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar. 1999.

\_\_\_\_\_. *Comunidade. A busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Zahar. 2003.

BERNARDES, Júlio. *Hobbes e a liberdade*. Edição Kindle. Rio de Janeiro: Zahar. 2002.

BESSA, Leandro Sousa. *A Defensoria Pública como instituição garante dos direitos humanos no cárcere*. In *Acesso à justiça: textos em homenagem à Maria Teresa Sadek*. Florianópolis: Conceito Editorial. 2013.

BISSOCHI, Barbara Silveira Machado. *Ações coletivas e defensoria pública: Instrumentos de promoção do acesso integral à justiça*. In: *Novos paradigmas para o acesso integral à justiça*. Concurso de Teses. VII Congresso Nacional dos Defensores Públicos. Editora Fortium. 2008

BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus. 1991.

\_\_\_\_\_. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. São Paulo: Paz e Terra. 2010.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília. Universidade de Brasília. 8ª edição. Volume 1. 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2007.

\_\_\_\_\_. *Ciência política*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2000. Disponível em [ftp://ftp.unilins.edu.br/leonides/Aulas/Ci\\_ncia%20Pol\\_tica%20-%20I/Paulo%20Bonavides-Ci\\_ncia%20Pol\\_tica%20\(pdf\)\(rev\).pdf](ftp://ftp.unilins.edu.br/leonides/Aulas/Ci_ncia%20Pol_tica%20-%20I/Paulo%20Bonavides-Ci_ncia%20Pol_tica%20(pdf)(rev).pdf)>. Acesso 14 de fev. 2014.

CABRAL, Francisco Sarsfield. *O poder e o Estado: a necessidade de assumir a política*. Portugal. Revista Nação e Defesa. 1982. Disponível em <[http://comum.rcaap.pt/bitstream/123456789/2875/1/NeD21\\_FranciscoSarsfieldCabral.pdf](http://comum.rcaap.pt/bitstream/123456789/2875/1/NeD21_FranciscoSarsfieldCabral.pdf)>. Acesso 17 jul. 2013.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

CAMUS, Albert. *O homem revoltado*. São Paulo: Record. 2011.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo. Saraiva. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina. 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1999.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH. Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1988.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

CASA NOVA, Marco Antônio. *Interpretação enquanto princípio de constituição do mundo*. São Paulo: Cadernos Nietzsche, Vol. 10. 2001.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan. 2005.

CINTRA, Antônio Carlos Fontes. *Direito do Consumidor*. Niterói: Impetus. 2011.

\_\_\_\_\_. *Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade da coletivização dos interesses individuais*. Revista de Direito do Consumidor; RDC; 72; out./dez. 2009.

CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública. Princípios institucionais e regime jurídico*. Belo Horizonte: Editora Dictum. 2009.

COSTA, Nelson Nery. *Manual do defensor público*. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2010.

DE VITTO, Renato Campos Pinho. CASTRO, André Luís Machado de. *Defensoria pública como instrumento da consolidação da democracia*. In *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasil: Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. 2006.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

DESCARTES, René. Meditação Quarta. Do verdadeiro e do falso. Item 13. Disponível em <<http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/pdfs/medita%20coesmetaf.descartes.pdf>>. Acesso em 20 out. 2013.

DESPOUY, Leandro. *Acceso a la justicia: impacto de la pobreza sobre los derechos humanos*. In *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. Buenos Aires: La Ley. 2008.

DIAS JUNIOR, Antônio Carlos. *Classe, política e conflito social no capitalismo: a contribuição de Ralf Dahrendorf*. Londrina. Mediações. Revista de Ciência Social. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/8212>>. Acesso em 11 jul. 2013.

DIAS NETO. Theodomiro. *Segurança urbana. Modelo da nova prevenção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005.

DOBROVOLSKI, Silvio. *A necessidade do ativismo judicial no estado contemporâneo*. Florianópolis: Sequência, v. 16, nº 31. 1995.

DRUMOND, Paulo Henrique Dias. CROCETTI, Priscila Soares. *Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law*. In: *A força dos precedentes*. Salvador: JusPODIVM. 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2010

ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa. 2002.

ERASMO, Desidério. *Elogio da loucura*. Porto Alegre: L&M. 2011.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção ao meio ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

\_\_\_\_\_. *O papel constitucional da Defensoria Pública na tutela individual e coletiva e efetivação dos direitos fundamentais*. In: *Advocacia de estado e defensoria pública: funções essenciais à justiça*. Organização ORDACGY, André da Silva; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Curitiba. Letras da Lei, 2009.

FRISCHEINSEN, Luiza Cristina Fonseca. *Construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: alguns caminhos e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública*. *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. Ministerio Público de la Defensa Argentina. Buenos Aires: La Ley. 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

\_\_\_\_\_. *Los fundamentos del instituto de la defensa pública. In Acceso a la justicia, proceso penal y sistemas de garantías.* II Congreso Nacional de la Defensa Pública. Santo Domingo. Republica Dominicana, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo.* São Paulo: Saraiva. 2003.

FOLEY, Gláucia Falsarella. *Justiça comunitária: por uma justiça da emancipação.* Belo Horizonte: Editora Fórum. 2010.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade.* São Paulo. Martins Fontes. 2005.

\_\_\_\_\_. *Microfísica do poder.* São Paulo: Graal. 2011.

\_\_\_\_\_. *História da sexualidade I: a vontade do saber.* São Paulo: Graal. 2012.

\_\_\_\_\_. *Vigiar e punir. Nascimento da prisão.* 38 edição. Petrópolis: Vozes. 2010.

\_\_\_\_\_. *Segurança, penalidade, prisão.* Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2012.

FREITAS FILHO, Roberto Gonçalves de. *Ética e advocacia pro-bono. In Ética na advocacia: estudos diversos.* Brasília: OAB Editora. 2004.

GARCIA DE SOUSA, José Augusto. *50 atuações coletivas da defensoria pública: um estudo empírico atento aos "consumidores" do sistema de justiça. In Temas aprofundados da defensoria pública.* vol. 1. Salvador: Editora JusPODIVM. 2014.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o leviatã: litigância intragovernamental e presidencialismo de articulação institucional.* Brasília: edição do autor. 2013. Disponível em <<http://www.uniceub.br/media/186544/AGodoy.pdf>>. Acesso em 16 mar. 2014.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. MENDONÇA, Grace Maria Fernandes. *Escritórios avançados e câmaras de conciliação e arbitragem da advocacia geral da união: instrumento para alcance da eficiência institucional.* Brasília: IV Congresso CONSAD de Gestão Pública. 2011. Disponível em <<http://www.repositorio.fjp.mg.gov.br/consad/bitstream/.pdf>>. Acesso em 15 mar. 2014.

GOMES, Marcelo Bolshaw. *A arte do conflito. Confrontação mediada pela dialógica.* Biblioteca On Line de Ciências da Comunicação. Disponível em <[www.bocc.ubi.pt](http://www.bocc.ubi.pt)>. Acesso em 03 jul. 2013.

GORCZEVISKI, Clóvis. MARTIN, Nuria Belloso. *A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática.* Santa Cruz do Sul: EDUNISC. 2011. Disponível em <[http://www.unisc.br/portal/upload/com\\_editora\\_livro/e\\_book.pdf](http://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/e_book.pdf)>. Acesso 13 fev. 2014.



GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1999.

\_\_\_\_\_. *O controle das políticas públicas pelo poder judiciário*. São Paulo. Revista do Curso de Direito da Faculdades de Humanidades e Direito. V. 7. Nº 7. 2010.

GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

HAMILTON. Alexander. MADISON. James. JAY. John. *O federalista*. Belo Horizonte: Líder. 2003

HOBBS, Thomas. *Leviatã. A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone. 2008.

\_\_\_\_\_. *Do cidadão*, São Paulo: Martins Fontes. 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt*. In *Estudos avançados*. nº11. São Paulo: Scientific Electronic Library Online. FABESP. 1997. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a05.pdf>>. Acesso em 23 fev. 2014.

LAPLANCHE, J. PONTALIS, J.B. *Vocabulário da psicanálise*. São Paulo: Martins Fontes. 1986, *apud* FONTES. Flávio Fernandes et. alli. *Retomando o conceito de conflito psíquico a partir da sua origem na clínica freudiana da histeria: o caso Dora revisitado*. Disponível em <[http://www.isepol.com/asephallus/numero\\_07/resenhas\\_02.html](http://www.isepol.com/asephallus/numero_07/resenhas_02.html)>. Acesso em 04 jul. 2013.

LIMONGI. Maria Isabel. *Hobbes*. Edição Kindle. Rio de Janeiro: Zahar. 2002.

LORENZETTI, Ricardo. *Acceso a la justicia de los sectores vulnerables*. In *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. Buenos Aires: La Ley. 2008.

LUCENA FILHO , Humberto Lima. *As teorias do conflito: uma aplicação prática à cultura da consensualidade*. Revista Direitos Culturais. Santo Ângelo/RS. 2012. Disponível em <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer>>. Acesso em 02 jul. 2013.

MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia do poder*. In *Microfísica do Poder*, FOUCAULT, Michel. São Paulo: Graal. 2011.

MACPHERSON. C.B. *Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. Rio de Janeiro: Editora Terra e Paz. 1979.

MADERS, Angelita Maria. *Acesso à justiça no Brasil: o papel da Defensoria Pública na erradicação da pobreza*. In *Livro de teses e práticas exitosas. Erradicação da pobreza na atuação da defensoria pública: as várias dimensões do acesso à justiça*. Natal: X Congresso dos Defensores Públicos do Brasil. 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

\_\_\_\_\_. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. 2ª edição. São Paulo. Quartier Latin do Brasil. 2008.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. *A escola dos glosadores. Início da ciência do direito*. Revista Sociologia Jurídica. Disponível em <<http://www.sociologijuridica.net.br/lista-de-publicacoes-de-artigos-e-textos/66-historia-e-teoria-do-direito-/102-a-escola-dos-glosadores-o-inicio-da-ciencia-do-direito>> Acesso em 20 nov. 2013.

MAURINO, Gustavo. *Acceso a la justicia de los excluidos (en lo social, cultural y económico)*. In *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. Buenos Aires: La Ley. 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva. 2003.

MONTAIGNE, Michel de. *Ensaaios*. Livro III. Rio de Janeiro: Editora Globo. 1961.

MONTEIRO, Dalva de Andrade. *Guerras: Freud explica?*. Cogito [online]. 2002, volume.4. Disponível em <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_pdf&pid=S1519-94792002000100006&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S1519-94792002000100006&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)> Acesso em 04/07/2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martins Claret. 2010.

MORAES e CÓRDOVA, Haman Tabosa de. *Defensoria pública da união: desafios e possibilidades*. In *Advocacia de estado e defensoria pública: funções públicas essenciais à justiça*. Curitiba. Letra da Lei. 2009.

MORE, Thomas. *Utopia*. São Paulo: Martins Fontes. 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempo de globalização*. Belo Horizonte: Fórum. 2011.

\_\_\_\_\_. *As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais*. Porto Alegre: Metrópoles. Revista Jurídica APERGS: Advocacia do Estado, a. 1, nº 1. 2001.

NAPOLITANO, Bruno Diaz. SOUZA, Bruno Ricardo Miragaia. *Erradicação da pobreza na atuação da defensoria pública: as várias dimensões do acesso à justiça*. In *Livro de teses e práticas*

exitosas. *Eradicação da pobreza na atuação da defensoria pública: as várias dimensões do acesso à justiça*. Natal: X Congresso dos Defensores Públicos do Brasil. 2011.

NOJIRI, Sérgio. *A interpretação judicial do direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2005.

NOBRE JÚNIOR. *Ativismo judicial: possibilidade e limites*. Belo Horizonte: Revista de Direito Administrativo e Constitucional, ano 11, nº 43. 2011.

NUCCI, Guilherme de Sousa. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

PAVARINI, Máximo. *Seguridad frente a la Criminalidad y gobierno democrático de la ciudad. Seguridad pública: tres puntos de vista convergentes*. México: Coyoacán. 2006.

PAIVA, Paulo. *Juristocracia? In As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM. 2011.

PONTES, Manoel Sabino. *Inconstitucionalidade da utilização pelo Estado de meios alternativos à Defensoria Pública. In Novos paradigmas para o acesso integral à justiça*. Concurso de teses. VII Congresso Nacional dos Defensores Públicos. Brasília: Fortium Editora. 2008.

PASCAL, Blaise. *Pensamentos*. Ridento Castigat Mores. E-book disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/pascal.html>>. Acesso em 07 fev. 2014.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. 2ª edição. São Paulo. Martins Fonte. 2005.

POUND, Roscoe. *Liberdade e garantias constitucionais*. São Paulo: IBASA. 1976.

RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *A dimensão quântica do acesso à justiça. In Estudos aprofundados: defensoria pública*. vol. 1 Salvador: Editora JusPODIVM. 2014.

RIBEIRO, Renato Janine. *Filosofia política moderna: de Hobbes a Marx*. 1ª edição. Buenos Aires. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; São Paulo: Departamento de Ciência Política - Universidade de São Paulo. 2006. Disponível em: <<http://bib.praxis.ufsc.br:8080/xmlui/bitstream/handle/praxis/429/filopolmpt.pdf?sequence=1>> Acesso 20 jan. 2013.

ROCHA, Alexandre Lobão. *A exclusão legal da população carente*. Brasília: Thesaurus. 2009.

ROCHA, Amélia Soares da. Holanda, Ana Paula Araújo. *As inovações da lei orgânica da defensoria pública e a concretização do acesso à justiça. In Acesso à justiça: textos em homenagem à Maria Teresa Sadek*. Florianópolis: Conceito Editorial. 2013.

ROCHA, Amélia Soares da. BESSA, Francilene Gomes de Brito. *Defensoria pública brasileira: realidade e perspectivas. In Advocacia de estado e defensoria pública: funções públicas essenciais à justiça*. Curitiba: Letra da Lei. 2009.

ROSA, Alexandre Morais da. *O papel do juiz garantista e a execução penal em tempos*

*neoliberais: Eichmann e Big Brother. In Crítica a execução penal. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.*

RICOEUR, Paul. *O Justo ou a essência da justiça*. Lisboa: Instituto Piaget. 1995.

ROMERO, Joaquim José Barbosa. *Moderna teoria do conflito e da violência, concorrentes para a fenomenologia da defesa*. 1988. Disponível em <[http://comum.rcaap.pt/bitstream/123456789/2989/1/NeD51\\_JoaquimJoseBarbosaRomero.pdf](http://comum.rcaap.pt/bitstream/123456789/2989/1/NeD51_JoaquimJoseBarbosaRomero.pdf)>. Acesso em 08 jul. 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Ed. Kindle. Pinguim.

RUIZ, Alicia. *Asumir la vulnerabilidad. In Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. Buenos Aires: La Ley. 2008.

SADEK, Maria Tereza Aina. *Defensoria Pública: a conquista da cidadania. In Estudos aprofundados: defensoria pública*. vol. 1. Salvador: Editora JusPODIVM. 2014.

\_\_\_\_\_. *Judiciário: mudanças e reformas*. São Paulo. Estudos Avançados, v. 18, nº 51. 2004.

\_\_\_\_\_. Prefácio in FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: alguns caminhos e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

\_\_\_\_\_. Prefácio in ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas. 2013.

SALGADO, Gisele Mascarelli. *O direito como tradição inventada e a heteronomia: a recepção do Direito Romano na Idade Média*. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11617&revista\\_caderno=27](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11617&revista_caderno=27)> Acesso 20 nov. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e político na pós-modernidade*. 13ª edição. São Paulo. Cortez Editora. 2011.

SANTOS JUNIOR, Olívio de Souza. *A defensoria pública na tutela transindividual do meio ambiente*. Revista Associação dos Defensores Públicos do Distrito Federal. Ano 4, nº 4. Brasília: Fortium Editora. 2009.

SICHES, Luís Recasens. *Tratado general de sociologia*. México. 3ª edição. Editorial Porrúa. 1960.

SILVA, João Alves. *Teoria de conflitos e direito: em busca de novos paradigmas*. Pensar. Fortaleza. v. 13, nº 2. Jul./dez. 2008.

SIMMEL, Georg. *A natureza sociológica do conflito*. São Paulo: Ática. 1983.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

SOUSA, Fábio Luís Mariani de. *Defensoria pública e o acesso à justiça penal*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora. 2011.

SOUKI, Nádia. *Behemoth contra Leviatã. A guerra civil na filosofia de Thomas Hobbes*. São Paulo: Edições Loyola. 2008.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

SUTHERLAND, Edwin. H. *Princípios de Criminologia*. 3ª. edição. São Paulo: Livraria Martins. 1949.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito e força. Uma visão pluridimensional da coação jurídica*. São Paulo. Dialética. 2001.

UNGER, Mangabeira. *Direito na sociedade moderna*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1979.

WACQUANT. Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. Rio de Janeiro: Revan. 2003.

WALZER, Michael. *Da tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Vol. II. Florianópolis. Fundação Boiteux. 2004.

WEBER. Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4ª edição. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 2009.

\_\_\_\_\_. *Três tipos puros de poder legítimo*. Covilhã/Portugal. Biblioteca On Line de Filosofia e Cultura. Universidade da Beira Interior. Disponível em <[http://www.lusosofia.net/textos/weber\\_3\\_tipos\\_poder\\_morao.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/weber_3_tipos_poder_morao.pdf)>. Acesso 17 Jul. 2013.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 1ª edição. São Paulo. Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *A implementação das decisões e recomendações internacionais de direitos humanos em matéria de tortura: a atuação da defensoria pública*. In *Estudos aprofundados: defensoria pública*. vol. 1 Salvador: Editora JusPODIVM. 2014.

ZACKSESKI, Cristina. *Da prevenção penal à nova prevenção*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais – IBCCRIM. nº 29. 2000.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Em busca da pena perdida. A perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro. Revan. 1991.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. BATISTA. Nilo. ALAGIA. Alejandro. SLOKAR. Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Primeiro Volume. Rio de Janeiro: Revan. 2003.

ZAFARONI, E. Raúl. HULSMAN, Louk. *Análisis crítico del acceso a la justicia. In Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. Buenos Aires: La Ley. 2008.

### **Pesquisas**

BRASIL. *I Diagnóstico da defensoria pública no Brasil*. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. Brasília. 2003.

BRASIL. *II Diagnóstico da defensoria pública no Brasil*. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. Brasília. 2006.

BRASIL. *III Diagnóstico da defensoria pública no Brasil*. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. Brasília. 2009.

BRASIL. *Diagnóstico do ministério público dos estados*. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. Brasília. 2006.

BRASIL. *XII Censo demográfico*. Instituto Brasileiro de Estatística. Brasília. 2010

BRASIL. *Censo penitenciário*. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Dados Consolidados. Brasília. 2008.

BRASIL. *Justiça em números*. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. 2011.

BRASIL. *Justiça em números*. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. 2013.

BRASIL. *100 maiores litigantes*. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. 2011.

BRASIL. *Supremo em números*. Supremo Tribunal Federal. 2013.

BRASIL. *Mapa da Defensoria Pública no Brasil*. Instituto de Pesquisas Aplicadas - IPEA. 2013

## Consultas

BRASIL. Constituição Federal. 1934.

BRASIL. Constituição Federal. 1946.

BRASIL. Constituição Federal. 1967.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 01. 1969.

BRASIL. Constituição Federal. 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45-9. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3943.2077.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal . ADI 4270. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal . ADI 4163. 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Proposta de emenda à Constituição 290/2012.

BRASIL. Congresso Nacional. Proposta de emenda à Constituição 247/2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

BRASIL. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994.

BRASIL. Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943.

BRASIL. Lei de 20 de outubro de 1823.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

BRASIL. Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

BRASIL. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996.

BRASIL. Lei nº 12.313, de 19 de agosto de 2010.

BRASIL. Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011.

BRASIL. Decreto nº 3.074, de 14 de setembro de 1938.

BRASIL. Decreto nº 46.981, de 08 de outubro de 1959.

BRASIL. Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

BRASIL. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991.

BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

BRASIL. Decreto nº 6.085, de 19 de julho de 2007.

BRASIL. Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010.

Organização dos Estados Americanos (OEA) – Resolução nº 2656/2011.

Organização dos Estados Americanos (OEA) – Resolução nº 2.714/2012.

Organização dos Estados Americanos (OEA) – Resolução nº 2.801/2013.

Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) – Relatório Anual 2012.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).