

O Acesso à justiça e a sombra da lei: uma incursão sistêmica ao modelo multiportas

Access to justice and the shadow of the law: a systemic incursion to the multiport model

Marcelino Meleu¹
Aleteia Hummes Thaines²

RESUMO

A presente pesquisa, demonstra que tanto no Brasil, quanto nos demais países da América Latina ainda vigora a sombra pálida da lei, todavia, nos últimos anos vem ocorrendo uma (re)configuração da sociedade latino-americana (designada por alguns de novo constitucionalismo latino americano), no que tange a transformação dos sistemas de justiça, bem como, analisa a complexidade da sociedade e do subsistema jurídico, e, como a Teoria Sistêmica e a autopoiese contribuem para a reconfiguração daqueles sistemas e para a efetivação do acesso à justiça. Objetiva, num âmbito geral analisar o acesso à justiça nas sociedades multiculturais, e, de forma específica, estudar a contribuição do sistema multiportas para a efetivação daquele acesso na policontextualidade. Desta forma, como problema de pesquisa, se analisará, se o modelo multiportas e a teoria sistêmica podem contribuir para a efetivação do acesso à justiça na modernidade. O aprofundamento teórico do estudo baseou-se na pesquisa bibliográfica, consistindo na leitura de várias obras e artigos científicos à respeito do tema, utilizando-se o método sistêmico, preconizado por Niklas Luhmann, que não é indutivo nem dedutivo, uma vez que pretende descrever os sistemas (aberto e fechado) e sua relação com o ambiente. Percebeu-se a importância da reestruturação dos sistemas políticos latino-americanos, fundamentada na reconfiguração dos sistemas de justiça, com introdução naqueles de outras “portas” que não a do processo judicial tradicional para a efetivação do acesso à justiça na modernidade e a contribuição da teoria luhmanniana, especialmente com a noção de autopoiese para que se compreenda tais transformações.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Sombra da Lei; Tribunal Multiportas; Autopoiese

ABSTRACT

The present research, demonstrates that both in Brazil, as in other countries of Latin America still the pale shadow of the law, however, in recent years has taken place a (re) configuration of the Latin American society (designated by some of new Latin American constitutionalism), concerning the transformation of the justice systems, as well as examines the complexity of society and the legal sub-system and, as the Systemic Theory and autopoiese contribute to the reconfiguration of those systems and for effective access to justice. Objective, a general framework to analyze the access to justice in multicultural societies, and, specifically, to study

¹ Advogado. Professor universitário da UNOCHAPECÓ (Chapecó/SC). Doutorando em Direito Público na UNISINOS-RS. Bolsista CAPES. Mestre em Direito pela URI- Santo Angelo/RS. E-mail: marcelinomeleu@gmail.com

² Advogada; Administradora; Professora universitária da UNOCHAPECÓ (Chapecó/SC) e da UNOESC (Chapecó/SC); Doutoranda em Direito Público na UNISINOS-RS. Bolsista CAPES. Mestre em Desenvolvimento pela UNIJUÍ. E-mail: ale_thaines@gmail.com

the contribution of multi-port system for the execution of that access in policontextualidade. In this way, as a research problem, it shall examine, if the multiport model and the systemic theory can contribute to effective access to justice in modernity. The deepening of theoretical study was based on the bibliographical research, consisting in reading several books and scientific articles about the theme, using the systemic method, advocated by Niklas Luhmann, which is not deductive or inductive, since it aims to describe the systems (open and closed) and their relationship with the environment. It was realized the importance of the restructuring of Latin American political systems, based on reconfiguration of justice systems, with introduction in those other "doors" than the traditional judicial proceedings for the execution of the access to justice in modernity and the contribution of luhmanniana theory, especially with the notion of autopoiesis to understand such transformations.

Keywords: Access to justice; Shadow of the law; Multiport Court; Autopoiesis.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende abordar, de forma sucinta, a contribuição do sistema multiportas e da teoria sistêmica preconizada por Niklas Luhmann para a efetivação do acesso à justiça em num contexto de policontextualidade.

A relevância temática está fundamentada na determinação do Direito por ele mesmo por autorreferência, baseando-se na sua própria positividade (Teubner), demonstrando que não há uma possibilidade na globalização, de se fazer, como propõe o normativismo, um processo de tomada de decisões com certa racionalidade, simplesmente seguindo critérios normativos de validade, ou abrindo o sistema para uma maior participação do Sistema Político como condição de efetividade. Esta perspectiva é insuficiente, o que faz surgir uma lacuna, no que concerne ao acesso à justiça e a generalização congruente de expectativas comportamentais, ou seja, o direito.

Em um contexto complexo, como se insere a participação social das comunidades para o desenvolvimento do sistema de justiça, não existe possibilidade de observações verdadeiras, tranquilas e seguras, aliás, não só nesse campo, uma vez que, a complexidade se manifesta de tal forma que numa primeira observação só existiria fragmentação, o que identifica o surgimento de culturas diferentes. Hodiernamente, surgem espaços de identidade em construção e sempre questionáveis. Isso revela uma crise autopoietica, que Teubner, recuperando o que Luhmann afirma no livro “Sociedade da Sociedade”, discute por meio da idéia de policontextualidade.

Essa policontextualidade é que permite que se observe a partir das categorias da teoria dos sistemas, os novos sentidos do Direito.

Nesse sentido, este estudo se justifica, pela necessidade de implementação de ações para efetivação da garantia ao acesso à justiça, de modo a responder juridicamente os anseios

de parcelas da sociedade comumente esquecidas pelos sistemas políticos, e sugere como problema de pesquisa a seguinte indagação: o modelo multiportas e a teoria sistêmica podem contribuir para a efetivação do acesso à justiça na modernidade?

Já a atualidade do tema, se verifica em especial, pela re(configuração) social de países latino-americanos, a partir da implementação de ações, tais como: tribunais indígenas; programas de mediação, etc..., que disponibilizam e reconhecem métodos judiciais e extrajudiciais, além de sujeitos anteriormente não abrangidos por um sistema tradicional de justiça vinculado tão somente a noção de monismo jurídico e processo judicial. Assim, o presente estudo objetiva em um aspecto geral, analisar a transformação dos sistemas de justiça latino americano e, de forma específica, estudar e compreender a contribuição de um modelo multiportas para a efetivação do acesso à justiça a partir da noção de sociedade autopoietica.

O aprofundamento teórico do estudo pauta-se na pesquisa bibliográfica, consubstanciada nas leituras de diversas obras, utilizando-se do método científico sistêmico, preconizado por Niklas Luhmann, que não é indutivo nem dedutivo, uma vez que pretende descrever os sistemas (aberto e fechado) e sua relação com o ambiente para formalizar a pesquisa.

O presente artigo está estruturado em três partes: a primeira: acesso à justiça em um contexto multicultural de modernidade; a segunda: o sistema multiportas e a sombra da lei, e; a terceira: A Contribuição da Teoria Sistêmica e a autopoiese do Direito para a efetivação do acesso à justiça.

Num primeiro momento, será analisado o acesso à justiça e a concepção de modernidade, para logo a seguir apresentar de forma sucinta o modelo multiportas e sua (possível) contribuição para a efetivação daquele acesso.

Por fim, tentar-se-á compreender a Teoria Sistêmica e a autopoiese como cerne para o acesso à justiça, especialmente, no que tange a reconfiguração dos sistemas sociais de tratamento de conflitos, com ênfase na noção de autopoiese.

1 ACESSO À JUSTIÇA EM UM CONTEXTO MULTICULTURAL DE MODERNIDADE

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988 e da conseqüente instauração do Estado Democrático de Direito o acesso à justiça passa a ser percebido como algo que vai além da simples prestação jurisdicional, transcendendo, portanto, o acesso ao Poder Judiciário.

Tal modelo vem ao encontro de uma preocupação da modernidade³. Mas de qual modernidade se trata?

Nesse aspecto convém recordar as distinções propostas por Pierre Guibenti, o qual sugere uma transição no que concerne a qualificação da sociedade, uma vez que, alguns autores consideram que vivemos em um contexto de "pós-modernidade"⁴; "segunda modernidade ou modernidade reflexiva"⁵ ou ainda "modernidade líquida"⁶, portanto "a discussão da transição que estaria actualmente em curso tem-se apoiado, principalmente, na comparação com uma outra transição, a entrada na modernidade, na viragem do século XVIII para o século XIX."⁷

De acordo com as distinções apresentadas, a realidade social passa, inicialmente, por uma mudança paradigmática, ao deixar ser determinada por fatores externos à ação humana, como no caso de uma vontade divina ou pela força da tradição. Essa ruptura marca o início da contextualização da modernidade e, tem na Revolução Francesa e na Independência dos Estados Unidos uma distinção temporal, pois, a partir destas experiências, o homem passa a definir o seu futuro, uma vez que se insere o pressuposto da liberdade na definição da realidade social, além da fuga do abstrato com a razão.⁸

Deste modo, a experiência da primeira fase da modernidade se constitui em descobrir a eficácia da ação e do pensamento humano, de forma, a extrair conclusões práticas desta

³ Para Warat, a modernidade de que se fala "não tem nada a ver com o uso vulgar do termo, que o emprega como equivalente às coisas e às condutas que são atuais; tampouco o empregamos como uma das Idades da história (desde a Revolução Francesa, estamos na idade contemporânea). Pretendo referir-me à modernidade como condição cultural. Quando se trata de falar em modernidade como condição, está se fazendo referência a um fenômeno de organização cultural, um paradigma que surge para o ocidente desde o século XVI [...]". WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 178.

⁴ Para Hommerding aduz que "No caso do Brasil, a modernidade ainda não começou, pois tem sido considerado um país de 'modernidade tardia', em que o *Welfare State* não passou de um simulacro". HOMEERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 25-26.

⁵ "Modernidade reflexiva significa a possibilidade de uma (auto) destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial". BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernidade reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Trad. Magda Lopes. **Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 12.

⁶ Na modernidade líquida a hospitalidade dá espaço à crítica, onde passa do estado de agente passivo para o agente ativo, que questiona e reflete sobre as ações e porquês das coisas e a ação do indivíduo sobre a sociedade e vice-versa. A sociedade sólida, ou mesmo concreta, era impregnada de um certo totalitarismo na medida que é rígida, não tem resiliência e não se adapta as novas formas. Nesse sentido consultar: BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

⁷ GUIBENTIF, Pierre. **Avaliação e Reflexividade: a prática da sociologia na "terceira modernidade"**. In: Cidades - Comunidades e Territórios (Revista do CET - Centro de Estudos Territoriais). n. 10. Lisboa: ISCTE, jun 2005, p. 93.

⁸ Op. cit., p. 93-115.

eficácia. Nesse contexto, a reflexão da ação humana e sua boa aplicação (Kant) ganha destaque⁹.

Contudo, a partir do momento em que o futuro deixa de ser determinado pela tradição, surge a dúvida de quem iria defini-lo, o que abre espaço para a burguesia comercial e industrial impor, por algum tempo, o "seu" futuro, ou seja, o modo pelo qual a ação humana deveria se direcionar. Obviamente que tal perspectiva levava em consideração os interesses daquela parcela, que a partir do século XVIII, especialmente na Inglaterra, passa a explorar instrumentos desenvolvidos pelo capital industrial, e, que acabam transformando e disciplinando a mão de obra. Nesse período, a ideologia liberal de Locke e Adam Smith, bem como, as suas concepções de livre comércio, criam um ambiente propício para o processo de industrialização e o incremento da Revolução Industrial¹⁰.

Tal fato, acirra a discrepância entre o tempo da burguesia, aonde o presente das decisões e ações conduziam à um futuro de mais produção, e, por conseguinte, de mais valia; e, o tempo do operário, cujo tempo era quase que, inteiramente, absorvido pelo seu patrão-burguês, já que não havia uma preocupação com a jornada de trabalho e, deste modo, com uma preocupação voltada a finalidade social e orgânica desta. Essa discrepância foi o estopim para violentíssimas confrontações sociais a partir da metade do século XIX na Europa, o que provocou duas situações. Tal fato, desperta em Weber o interesse pelo estudo de tendências anti-formais do desenvolvimento moderno do Direito. Nessa proposta, um futuro melhor é projetado através de enunciados de direitos humanos, como os constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 e, portanto, legitimando o indivíduo a participar na sua construção. Essa fase é denominada de segunda modernidade¹¹.

Ocorre que, nos últimos anos, se verifica o surgimento de uma terceira modernidade, e, com ela, o recuo do Estado com a desagregação de grandes projetos coletivos que se vinculavam à ideia de progresso e desenvolvimento. Tal desagregação pode ser agrupada em duas categorias. Em um primeiro momento, após décadas de funcionamento da segunda modernidade, ainda se mostram imprevisíveis os efeitos desta, ou ainda, contrários às intenções dos seus atores. Em um segundo momento, se constata que o recuo do Estado Social se deu pela perda de intensidade das relações conflituosas que sustentaram o surgimento daquele modelo, e daquela noção de progresso social. O exemplo mais notório

⁹ Ibid., p. 93-115.

¹⁰ Nesse sentido consultar: MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

¹¹ GUIBENTIF, op. cit., p. 93-115.

desta perda ocorre com a queda do muro de Berlim, a qual veio a confirmar o esgotamento do projeto socialista¹².

Nesse contexto, a implementação das políticas públicas começam a passar também pelo estabelecimento de parcerias, especialmente com o surgimento do tema da globalização e, com ele, uma nova forma de projetar o futuro social, para que esse se insira em uma perspectiva de progresso econômico e social com dinâmica própria e, portanto, menos dependente da ação humana. Tais mudanças atravessam o Direito - que na segunda modernidade emanava, prioritariamente, dos Estados, com uma lógica piramidal e com vistas a dar conta dos embates que diziam respeito à enunciados programáticos das constituições e as ações daquele Estado encarregado de viabilizar os programas projetado - e evidenciam a perda do monopólio do Estado no que tange a sua produção, pois, a matéria jurídica já não se desenvolve a partir de um único polo¹³ e faz surgir o desenvolvimento de mecanismos que não pertencem ao ente político.

As novas tecnologias de informação e comunicação acabam transformando, profundamente, as condições de levantamento, armazenamento e circulação de informações e, com isso, as informações sobre os resultados da atividade social, de modo a abrir novas possibilidades materiais para o trabalho de avaliação, o qual é essencial para a chamada terceira modernidade. Diante deste cenário, que apresenta a percepção de uma crescente complexidade e conflitualidade das sociedades, é necessário que se pense a criação de novas disciplinas de conhecimento e a profunda renovação dos métodos das disciplinas existentes, como no caso do Direito¹⁴.

Integrar o projeto social da segunda modernidade, com o projeto de globalização evidenciado na terceira modernidade é o desafio da contemporaneidade, e, no campo do Direito tal necessidade de integração se mostra ainda mais urgente, uma vez que, do mesmo modo em que são necessárias as prestações sociais, também se evidencia a necessidade de crescimento econômico, sob um espectro globalizado. E, é reconhecendo esse dilema e as propostas econômicas e cidadã que o acesso à justiça vem pautando discussões no campo sociológico e jurídico¹⁵.

¹² Ibid., p. 93-115.

¹³ O que evidencia a fala de surgimento de “um direito ‘pós-moderno’ ou ‘neo-moderno’ [...] e de um novo pluralismo jurídico”. In: GUIBENTIF, Pierre. **Avaliação e Reflexividade:** a prática da sociologia na "terceira modernidade". In: Cidades - Comunidades e Territórios (Revista do CET - Centro de Estudos Territoriais). n. 10. Lisboa: ISCTE, jun 2005, p. 99.

¹⁴ Ibid., p. 93-115.

¹⁵ Nesse sentido, trabalhos como os realizados por Boaventura de Sousa Santos ressaltam que “O Brasil, sem ter um Estado-providência muito denso, tem vindo a consolidar políticas sociais, algumas mais fortes, outras

O tema acesso à justiça e sua viabilização ainda é corrente em vários foros¹⁶, o que demonstra que tal promessa ainda resta incumprida pelas sociedades. Com certeza, avanços ocorreram, pois hoje em dia, o acesso à justiça não é sinônimo de acesso ao judiciário, como já se imaginou, podendo ocorrer, tanto através da prestação jurisdicional, quanto por outras modalidades, como a arbitragem privada, por exemplo.

No que concerne ao acesso à justiça por meio do acesso jurisdicional, a Carta brasileira estabelece a obrigatoriedade do Poder Judiciário de apreciar lesão ou ameaça de direito¹⁷. No cenário internacional, se verifica que o tema consta em vários diplomas, tais como: Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, datada de 4 de novembro de 1950¹⁸ e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969¹⁹. Mas, em que pese à expressa previsão constitucional e internacional do acesso à justiça, este direito não está totalmente concretizado, necessitando de maiores estudos para o desenvolvimento de práticas que realmente o efetivem. Ainda se mostra como uma promessa moderna²⁰ incumprida e que as sociedades que pautam sua organização, recepcionando o tema de acesso à justiça, se auto-obrigaram.

Tal obrigação leva parte da doutrina a identificar o cidadão como consumidor da justiça e, por isso, tem total direito de receber esse “produto final” sem qualquer tipo de

mais débeis” e, que o “neo-liberalismo revelou suas debilidades”. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma revolução democrática da justiça**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 17-25

¹⁶ Que inclusive fomentam grupos de trabalho, como ocorre nos encontros e congressos do CONPEDI, em muitas Instituições de Ensino Superior e organizações do sistema judiciário, para citar apenas alguns exemplos brasileiros. Tais foros alimentam publicações sobre a temática e com isso a discussão da matéria que não se esgota, ao contrário, sempre permeia o direito e sua efetividade.

¹⁷ Art. 5º [...]. XXXV – A lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” In: BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988.

¹⁸ Art. 6º. Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, [...].” In: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. página inicial: basic texts: the convention: European convention: non-official translations of the convention: portuguese: Convenção Europeia dos direitos do homem. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163912EF12B8BA4/0/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2013.

¹⁹ Art. 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, [...].” In: ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. página inicial: português: comissão Interamericana de direitos humanos: cumentos básicos: Convenção Americana sobre direitos humanos. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 11 mar. 2013.

²⁰ Como refere Ost, “há seguramente diferentes formas de se reportar ao futuro: o autor de ficção científica fá-lo por meio da imaginação, o investidor económico pela aposta especulativa; para o crente, o futuro é uma questão de fé e de esperança, ao passo que para o homem político é objecto de cálculos estratégicos e de opções táticas. [...]”. OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 206.

vício²¹, ou seja, todo e qualquer jurisdicionado/consumidor tem assegurado o seu direito de recorrer ao judiciário para defesa de seus bens e direitos, devendo receber um tratamento adequado. Mas, em sendo amplo, o acesso à justiça contempla o acesso à tutela jurisdicional, com decisão proferida em tempo razoável e com qualidade para que trate, adequadamente, o conflito, pacificando a relação conflituosa posta em juízo.

Se há uma tutela jurisdicional que resulta intempestiva para preservação do bem da vida ou do direito ou, ainda, se esta tutela é injusta²², além da inefetividade que causará ao direito, irá ferir o próprio princípio ao acesso à justiça. São muitos os aspectos que dificultam o acesso à justiça no Brasil pela via da tutela jurisdicional. Uma delas guarda respeito ao custo para acessar aquele sistema, que, aliás, sequer é padronizado, pois, por exemplo, “no âmbito da justiça estadual, não só as custas judiciais variam muito de Estado para Estado, como não parece haver um critério racional que justifique essa disparidade. [...] É verdade que o país é regionalmente muito diferenciado, mas mesmo assim há muita irracionalidade”²³, na definição das custas.

Como o acesso efetivo à Justiça sustenta, segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a ocorrência de três “ondas renovatórias do processo”, e, entre elas, afirma a existência de soluções judiciais, extrajudiciais e institucionais, com vistas à solução e à prevenção de litígios²⁴, não há como se negar que o acesso à justiça possui caráter fundamental e representa o mais básico dos direitos humanos em um sistema jurídico moderno.

Todavia, os altos custos, como já referido, acabam afastando os cidadãos menos favorecidos, pois, “a resolução formal dos litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior partes das sociedades modernas”²⁵ o que leva a necessidade de se pensar na primeira onda renovadora, que propõe práticas para os problemas de acesso à justiça. Tal onda compreende “os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentram-se, muito adequadamente em proporcionar serviços

²¹ ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Acesso à justiça & efetividade do processo: a ação monitória é um meio de superação de obstáculos?** Curitiba: Juruá, 2006. p. 42.

²² Considerando aqui que a justiça perpassa um duplo caráter: de virtude e de instituição. [...]. Esse modelo de justiça distributiva pressupõe uma forma mais radical de igualdade, uma igualdade de valores entre os agentes. A fórmula dessa igualdade básica seria: tua vida é tão importante, significativa e válida quanto a minha. [...]”. RICOEUR, Paul. **O Justo 2: justiça e verdade e outros estudos**. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 252-253. Para os fins aqui pretendidos, coloca-se o caráter de institucional da justiça, como definida dentro de uma cadeia organizada pelo subsistema político da sociedade, o primeiro promitente; o sistema judiciário, a comunidade, etc.

²³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma revolução democrática da justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 45-46.

²⁴ Nesse sentido, consultar: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

²⁵ Ibid., p. 15-16.

jurídicos para os pobres”²⁶. Em que pese tal proposta renovatória surgir no final da década de 70 - momento em que Cappelletti e Garth publicam seu estudo - até os dias atuais os altos custos acabam afastando o cidadão mais humilde da justiça formal.

Quando ultrapassada a barreira econômica dos custos do processo, surgem outros empecilhos, como a morosidade, a burocracia estatal, a formação dos juízes e a insuficiência da decisão proferida.²⁷

A Emenda Constitucional (EC) n. 45²⁸ traz mudanças significativas²⁹, sendo que a alteração no art. 5º da Constituição Federal, garante que à todos, no âmbito judicial e administrativo, sejam assegurados uma razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Tal mudança, para parte da doutrina, compreenderia uma resposta à uma “crise na prestação jurisdicional e as dificuldades na implementação dos direitos para a maioria da população”³⁰, e, serviria para contribuir para conquistar uma ampliação no acesso à justiça e, assim, promover a concretização de direitos com qualidade em um razoável lapso temporal.

Tal dispositivo constitucional consistiu-se em um marco que possibilitou a criação de uma secretaria especializada para implementar ações com vistas a uma reforma do judiciário. Através desta mudança de paradigma, a “secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça foi criada com o objetivo de promover, coordenar, sistematizar e angariar propostas referentes à reforma do Judiciário”.³¹

²⁶ Ibid., p. 31-32.

²⁷ MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**: alternativa à jurisdição. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 33. Para tais autores, “no Brasil, caminha-se rumo a uma gradativa expansão dos polos processuais. O percurso teve início com a Ação Popular (art. 5º, LXXII, da CF e Lei 4.717/65), Ação Civil Pública (Leis 7.347/85 e 7.913/89), a partir da CF/88, a possibilidade de impetrar Mandado de Segurança Coletivo (artigo 5º, LXX) e pela expansão da legitimidade ao Ministério Público, que passa a atuar em determinadas ações, e às associações qualificadas para causas relativas à tutela do meio ambiente, do consumidor, etc. Atualmente, a Emenda Constitucional 45, de 2004 (EC 45/2004) trouxe uma série de alterações ao texto constitucional pretendendo promover o acesso à justiça”.

²⁸ A qual altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. No art. 5º houve a introdução do inciso LXXVIII. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 05 mar. 2013.

²⁹ Sem esquecer outras significativas como a introdução dos Juizados de Pequenas Causas, com a Lei n. 7.244 aprovado em 1984. O sucesso de tais juizados fez com que a Constituição de 1988 os incorporassem (arts. 24, X, e, 98, I).

³⁰ SADEK, Maria Tereza. Efetividade de direitos e acesso à justiça. In: RENAULT, Sergio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. (Orgs). **Reforma do judiciário**: comentários à emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 271. Ainda:

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria da Reforma do Judiciário. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/reforma/main.asp?ViewID=%7B123F2D72%2D396C%2D4AB8%2DAEFE%2D9F064C04A146%7D¶ms=itemID=%7B6DD80237%2D89EE%2D4DE6%2D9B63%2D9AEAAE6ABC03%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>>. Acesso em 07 nov. 12. A partir do ano de 2008, além de prosseguir propondo e acompanhando as mudanças legislativas visando estabelecer estratégias para tornar o Sistema de Justiça mais democrático, rápido, eficiente e transparente, a

Como já se referiu, a igualdade perante a lei representa uma das mais importantes características da modernidade, pois, com esta, nenhum atributo externo teria, em tese, força para predeterminar qualquer distinção social. Esta se constitui sobre a máxima “todos nascem livres e iguais”. No Brasil, essa máxima é recepcionada já no preâmbulo da Constituição Federal, que institui no país um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”³².

Em que pese tal garantia, tornou-se “[...] comum afirmar que no Brasil é grande a distância entre a realidade e a legalidade. Esta conclusão apóia-se na avaliação de que os supostos efeitos da legalidade sobre o país concreto tem sido, senão nulos, de pouca monta”³³ e, isso se deve a vários fatores, como já mencionado, por exemplo, por Boaventura de Sousa Santos e tantos outros estudos.

Tal cenário pode sugerir que no Brasil, como em alguns outros lugares, existe uma dualidade, a qual compreende um país legal ou ideal, e outro real, em termos de justiça, sendo que no modelo ideal tem-se um país que prima pela igualdade, pela incorporação de direitos, pelo respeito ao ordenamento, enquanto que, a face real demonstra que há um longo caminho à percorrer, pois, mesmo que passados mais de um quarto de século da promulgação da nossa Constituição, os direitos ainda não são universalmente respeitados, pois, para a maioria da população brasileira, não passam de letra morta. Nesse sentido, as deficiências do sistema de justiça do país muito contribuíram para tal diagnóstico, aliás, “além da morosidade, julga-se que o judiciário é inacessível para a maior parte da população e que as leis não valem de igual modo para todos. Esses traços, por si só, impediram uma aproximação entre os dois Brasis”³⁴, o que mantém o Brasil ainda inserto em um panorama de justiça abstrato³⁵.

Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça passou a atuar também diretamente na execução de ações voltadas a promover a democratização do acesso à Justiça no Brasil. As ações propostas pela SRJ ao Pronasci apontam no sentido do fortalecimento do Estado Democrático de Direito e de seu caráter republicano. No Pronasci a Secretaria de Reforma do Judiciário estará responsabilizada por 04 (quatro) ações:

- 1) **Efetivação da Lei nº 11.340, conhecida como “Maria da Penha”;**
- 2) **Justiça Comunitária;**
- 3) **Assistência Jurídica Integral aos Presos e Familiares;**
- 4) **Capacitação em Direitos Humanos e Mediação para profissionais do Direito.**

³² BRASIL. Constituição Federal. Preâmbulo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 nov. 2012.

³³ SADEK, Maria Tereza. Efetividade de direitos e acesso à justiça. In: RENAULT, Sergio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. (Orgs). **Reforma do judiciário: comentários à emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 275.

³⁴ SADEK, Maria Tereza. Efetividade de direitos e acesso à justiça. In: RENAULT, Sergio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. (Orgs). **Reforma do judiciário: comentários à emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 275.

³⁵ Nesse sentido, Canotilho aponta que com a abstração da justiça não se consegue implementar direitos fundamentais, uma vez que entende que estes não devem responder à justiça em abstrato, mais sim, guiar-se

O acesso à justiça, depois de ultrapassada à conceituação que o ligava como sinônimo de acesso ao judiciário deve levar em conta o tema Direitos Humanos. Aliás, no Brasil, com o advento da EC n. 45, tal vínculo mostra-se mais uma vez indissociável, pois com aquela há um aumento da competência da Justiça Federal, incluindo, a partir de então, os crimes relativos aos Direitos Humanos, sendo que a análise destes “deve ser encarada à luz de sua contemporaneidade e complexidade”, revelando que “o grande desafio, seja do aparelho estatal ou da sociedade civil organizada, seja individualmente, como exercício de cidadania, é transpor o fosso abissal que subsiste entre discurso teórico e a prática de tais direitos”³⁶.

Sob a perspectiva de Direitos Humanos, o acesso à justiça desloca-se para além do poder político estatal, e pressupõe outras respostas para às questões de legitimação, sendo uma resposta vinculada ao princípio da soberania popular e outra ao domínio das leis garantido pelos Direitos Humanos. Com o princípio da soberania popular, os direitos das comunidades ganham destaque, pois ocorre uma vinculação desta, através de uma participação mais ativa, de modo a assegurar a autonomia pública dos cidadãos.³⁷

Habermas alerta que a ideia de Direitos Humanos, que se anuncia no Direito, como liberdades de ação subjetivas e iguais, não pode ser colocado como uma barreira externa ao legislador soberano e, ao mesmo tempo, não pode ser considerado como um requisito funcional instrumentalizado para atender os fins deste legislador. Por isso, o autor aduz que para fins de garantir a expressão correta daquele instituto, há de se “considerar o procedimento democrático a partir de ponto de vista da teoria do discurso: sob condições do pluralismo social e de visões” pois, nessa perspectiva seria “o processo democrático que confere força legitimadora ao processo de criação do direito”³⁸.

Apesar de apresentar algumas dificuldades, especialmente quando pretende o consenso, a proposta de Habermas traz um subsídio importante para que se compreenda o tema do acesso à justiça, pois fomenta uma discussão sobre a legitimação, levando em consideração os postulados de soberania popular e do domínio das leis garantido pelos Direitos Humanos.

E, é justamente a participação popular sob o domínio de atuação, outorgado pelos fundamentos dos Direitos Humanos, que abre a possibilidade de se repensar o acesso à

dentro de uma teoria do direito *praxeologicamente orientada*. Nesse sentido consultar: CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.386.

³⁶ FACHIN, Luiz Edson. A tutela efetiva dos direitos humanos fundamentais e a reforma do judiciário. *In*: RENAULT, Sergio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. (Orgs). **Reforma do judiciário: comentários à emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 239.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad. George Sperger; Paulo Astor Soethe; Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 298-300.

³⁸ *Ibidem*.

justiça, por meios próprios, ou seja, abre a possibilidade de ser implementado também pela própria população. Para tanto, há que se ampliar o enfoque para que se compreenda a existência de formas desjudicializadas de tratamento de conflitos. Esta mudança de concepção guarda relação com um conceito amplo de administração da justiça. Nesse sentido, Álvarez aduz que tal administração deve ser entendida “como la oferta de servicios de tutela que incluyan, además de la jurisdicción estatal, mecanismos alternativos de resolución de disputas. El sistema de justicia ha resultado insuficiente para satisfacer la demanda de justicia de las sociedades modernas”³⁹.

Considerando o acesso à justiça como o princípio essencial de todo o sistema jurídico, implicando não somente que os cidadãos possam exercer seus direitos, mas também que os conflitos sejam tratados, oportuna e adequadamente, supõe-se, de um lado, fomentar uma ampla e heterogênea rede de tratamento de conflitos e, de outro, promover um processamento judicial efetivo dentro da estrutura estatal. Do ponto de vista do primeiro aspecto, há que se considerar uma ampliação, diversificação e descentralização dos serviços da justiça, como ocorrem com a mediação extrajudicial, negociação ou arbitragem privada. De outra banda, quando instado, o poder judiciário, deve promover uma resposta célere e qualificada. Com o atendimento destas premissas, é possível a construção de uma concepção de acesso à justiça, vinculada as premissas de Direitos Humanos, ou seja, uma visão de futuro da justiça coerente com as expectativas dos cidadãos que desejam o melhoramento do sistema, postulando um leque - incluindo o processo judicial - de opções adequadas para dar atenção e tratar seus conflitos.⁴⁰

No que tange a atuação do poder judiciário, esta deve ser constituída de forma a viabilizar o atendimento aos cidadãos, com presteza e qualidade. Uma das formas de outorgar tal atendimento, é considerar que existem várias portas para que o cidadão adentre no âmbito da justiça, como ocorre com o Modelo Multiportas, o qual pode contribuir para a eficácia, a efetividade e a ampliação do acesso à Justiça, por meio de implantação de práticas de gestão preventiva de conflitos.

Mas tal condição ainda é remota, e, não só no contexto brasileiro, pois embora a maioria das constituições da América Latina assegure a proteção dos direitos dos cidadãos, e mais, especificamente, o direito de acesso à justiça, esses direitos de uma forma geral constituem, na realidade, apenas uma aspiração, já que os mecanismos de implementação são

³⁹ ÁLVAREZ. Gladys Stella. **La mediación y el acceso a justicia**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, p. 31.

⁴⁰ Ibid., p. 33.

frágeis, o que justifica o estudo de outros paradigmas, como por exemplo, o Tribunal Multiportas.

2 O SISTEMA MULTIPORTAS E A SOMBRA DA LEI

Nos últimos anos vem sendo implementadas múltiplas portas para fins de acessar o sistema de justiça social.

2.1 O Sistema Multiportas

O chamado Sistema Multiportas de justiça, ou melhor, os Tribunais Multiportas surgem a partir de uma iniciativa do professor Frank E. A. Sander, da Universidade de Harvard, que em 1976, ao participar de uma conferência sobre a insatisfação do público com o sistema de justiça americano, apresentou um estudo para a ampliação do acesso à justiça, nominando-o de *multi-door courthouse*, ou seja de Tribunal Multiportas. Tal projeto propõe a criação de um modelo que encaminha os casos judiciais ingressantes para os métodos mais adequados de resolução de litígios, visando, além deste encaminhamento, uma redução no tempo e dinheiro, favorecendo, assim, um acesso à justiça mais eficiente⁴¹.

Sobre tal modelo, Álvarez considera “quizás la forma de institucionalización mas completa de la RAD em el sector público es el llamado Tribunal Multipuertas⁴²”. No modelo apresentado por Sander⁴³, o sistema de justiça estatal é projetado como uma casa com múltiplas portas, dessa forma, para acessar a essa casa, o cidadão poderá escolher a porta que melhor lhe convier.

O Brasil ainda não possui um modelo similar, em que pese os diversos programas recentemente implementados (Projeto pacificar, justiça comunitária, territórios da paz). O sistema de justiça no país, ainda não propicia, em um único Tribunal, múltiplas formas de

⁴¹ TARGA, M. I. C. C. **Mediação em Juízo**. São Paulo: LTr, 2004, p.107.

⁴² ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La Mediación y El Acceso a Justicia**. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores, 2003, p. 164-165. A autora destaca ainda que este sistema “está concebido como un centro de resolución de disputas que se fundamenta em la tesis de que existen ventajas y desventajas para um caso específico que hacen aconsejables diferentes formas de resolución de disputas. Entonces, em lugar de instalar una sola puerta para obtener un servicio de justicia, debe darse la opción de que los usuarios puedan acceder a la puerta que sea más apropiada a la naturaleza del caso o de las partes. En cierto sentido este modelo de tribunal para el futuro incluye entre los servicios no sólo a la jurisdicción, sino a una variedad de programas RAD entre las derivaciones posibles”.

⁴³ Sobre maiores detalhes quanto ao surgimento deste modelo, indicamos interessante entrevista entre Sander e Crespo veiculada. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 30-37.

tratamento de conflitos. Nesse sentido, convém destacar que o modelo mais próximo da proposta americana é o introduzido pela Resolução n. 125 do CNJ, que propõe o estímulo da mediação e conciliação por meio da instalação de centrais nos tribunais.

Mas, atualmente, o Brasil se volta para aquele modelo, através de algumas iniciativas de estudos, especialmente por brasileiros que tiveram um contato mais próximo com a experiência americana⁴⁴ e com o projeto piloto⁴⁵. A coordenadora do projeto brasileiro, ainda em fase de estudo, Dra. Mariana Crespo, ressalta a importância dos métodos não-adversariais de tratamento de conflitos, vislumbrando no Modelo Multiportas "uma opção viável para as partes envolvidas, permitindo que elas passassem do conflito à solução; em outras palavras, [...] que poderia contribuir para que as pessoas passassem de uma sala onde havia muito barulho para uma sala com muita música!"⁴⁶.

Tal modelo promove a inclusão, no que tange ao sistema de justiça, pois permite aos envolvidos aprenderem as diferentes formas de tratamento dos conflitos, e, romperem com o paradigma da cultura do litígio judicial onde apenas um lado sai vencedor, de modo a propiciar que os envolvidos livremente escolham, depois de serem informados, qual o modelo que pretendem para o tratamento dos seus conflitos.⁴⁷

2.2 Os Julgados de Paz em Portugal

Essa influência, ainda embrionária no sistema brasileiro, acabou por contaminar o sistema português, que, com a inserção dos Julgados de Paz, os quais estão presentes em quase todo o país⁴⁸, conta hoje com mais de uma porta de acesso ao judiciário. Primando por

⁴⁴ Como no caso dos estudos apresentados pela professora doutora Mariana Hernandez Crespo, a qual é diretora executiva e fundadora da Rede de Pesquisas Internacionais sobre métodos alternativos da UST, e professora assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Saint Thomas, onde leciona na área de resolução alternativa de conflitos. Durante seus estudos de mestrado e doutorado em direito pela Faculdade de Direito de Harvard, foi copresidente da Sociedade Americana de Direito. Nesse sentido consultar: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

⁴⁵ O projeto piloto no Brasil foi conduzido por intermédio da Rede de Pesquisas Internacionais em ADR da UST, da qual a professora Hernandez Crespo é fundadora e diretora executiva. "O processo brasileiro da pesquisa teve início em 2006, com os seguintes objetivos: verificar como os brasileiros percebem e descrevem o sistema de resolução de conflitos no Brasil; avaliar a receptividade e a possibilidade de implantação do sistema "Multiportas de resolução de conflitos" no Brasil; identificar quais seriam as medidas necessárias para essa possível implantação". In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 21-23.

⁴⁶ Ibid., p. 29-30.

⁴⁷ Ibid., p. 30.

⁴⁸ As localidades que possuem um tribunal de julgados de paz compreende: Águeda, Aguiar da Beira, Alcobaça, Alijó, Aljustrel, Almodôvar, Anadia, Armamar, Belmonte, Caldas da Rainha, Câmara de Lobos, Cantanhede, Carregal do Sal, Cascais, Castro Daire, Castro

oferecer uma forma diferenciada, se comparada ao modelo de tribunal tradicional, que propusesse um procedimento mais célere e com custos que variam de € 50; € 70 à € 2.500, sendo, o primeiro devido no caso de composição, o segundo no caso de necessidade de prolação de uma decisão, e, o terceiro, no caso de as partes pretenderem recorrer da decisão para um tribunal tradicional⁴⁹.

Com essas diretrizes, os Julgados de Paz "representam já um avanço no sentido de se caminhar para um sistema multiportas, uma vez que congregam um proposta de resolução de litígios alternativos à justiça tradicional, através da mediação, com aspectos próprios de um tribunal comum"⁵⁰, no mínimo já se pode considerar o sistema português como um sistema "biportas"⁵¹, uma vez que se institucionalizou tribunais comuns e Julgados de Paz, onde este último prima pela mediação e aquele, pelo processo tradicional.

Todavia, mesmo incorrendo a mediação, o caso permanece com o Julgado de Paz, se por ele ingressou os interessados, se processando por um modelo próprio de processo, todavia mais ágil que o tradicional.

O paradigma adotado em Portugal é mais um dos tantos modelos que surgem nas últimas décadas, em todo o mundo, seja por evidenciarem uma falência do modelo contencioso judicial, seja para adequar os modelos de justiça a uma sociedade altamente complexa.

Na América Latina, se verificaram nas últimas décadas, esforços no sentido de promoverem reformas que visem adequar os modelos de tratamentos de conflitos à sociedade. Todavia, tais ações se apresentam ainda de forma descoordenadas. Nesse sentido, se constata que

de um lado, tem havido esforços significativos para promover o estado de direito, além da reforma do Poder Judiciário e do processo judicial. Por outro lado, os reformadores têm promovido métodos alternativos de resolução de conflitos na região sem que haja, ao mesmo tempo, uma coordenação significativa com outras ações de reforma judicial, com vistas a influenciar o sistema de resolução de conflitos como um todo.

O Banco Mundial, a Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional (Usaid) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), entre

Verde, Coimbra, Covilhã, Funchal, Fundão, Lamego, Lisboa, Mação, Mangualde, Mealhada, Mértola, Mira, Miranda do Corvo, Moimenta da Beira, Montemor-o-Velho, Murça, Nazaré, Nelas, Óbidos, Odivelas, Oleiros, Oliveira do Bairro, Ourique, Palmela, Penalva do Castelo, Peso da Régua, Porto, Proença-a-Nova, Resende, Sabrosa, Santa Maria da Feira, Santa Marta de Penaguião, Satão, Seixal, Sertã, Setúbal, Sintra, Tarouca, Terras de Bouro, Trancoso, Trofa, Vila de Rei, Vila Nova de Gaia, Vila Nova de Paiva, Vila Nova de Poiares, Vila Real. Disponível em: <<http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/julgados.asp#>>. Acesso em: 03 abr. 2013.

⁴⁹ Maiores detalhes em Conselho dos Julgados de Paz. Disponível em: <<http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/informacao.asp>>. Acesso em: 03 abr. 2013.

⁵⁰ VARGAS, Lúcia Fátima Barreira das. **Julgados de Paz e Mediação**: uma nova face da justiça. Coimbra: ALMEDINA, 2006, p. 88.

⁵¹ Ibid., p. 88.

outros, têm tentado contribuir para a promoção de um estado de direito na América Latina. A ênfase nas reformas tem se desenvolvido em três áreas principais: o aprimoramento do desempenho da justiça, a introdução de reformas legislativas e a promoção da resolução alternativa de conflitos.⁵²

A análise sistêmica apontada por Crespo, além de representar uma crítica a ações isoladas e descoordenadas, sugere que para uma real reformulação do sistema de justiça na América Latina, há de se considerar a totalidade do sistema, o que de certa forma vem pretendendo a comunidade boliviana, após 2009, ao introduzir uma Constituição que se preocupa, além dos indivíduos, com a mãe natureza.

2.3 O Novo Sistema de Justiça Boliviano

Na Bolívia, após intenso e extenso processo constituinte, que contrapôs governo e oposição, houve a ratificação de um novo Texto Constitucional, o qual foi ratificado pela aprovação em referendo popular no mês de janeiro de 2009.

A Constituição Boliviana de 2009 se apresenta como um marco ao Constitucionalismo Latino-americano e, desde seu preâmbulo deixa clara a ruptura com a forma de Estado vigente até então, seja colonial, republicano ou neoliberal e funda um direito plurinacional. Nesse sentido convém destacar que

El pueblo boliviano, de composición plural, dede la profundidad de la historia, inspirado em las luchas del pasado, em la sublevación indígena anticolonial, em la independencia, em las luchas populares de liberación, em las marchas indígenas, sociales y sindicales, em las guerras del agua y de octubre, em las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos um nuevo Estado. Un Estado basado em el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad em la distribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; em convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos. Dejamos em el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolívia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos. Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país.⁵³

⁵² CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei mediante participação do cidadão. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 55-56.

⁵³ Preâmbulo da Constituição da Bolívia de 2009.

O novo ordenamento boliviano proporcionou uma radicalização democrática da própria estrutura da justiça constitucional, com a previsão de eleições diretas por voto popular para os seus membros, os quais terão um mandato e não serão vitalícios. Além disso, o Tribunal passaria a ser plurinacional, com membros eleitos pelo sistema eleitoral ordinário e pelo sistema indígena, uma vez que, o novo texto considera que a soberania se encontra no povo boliviano e se exerce de forma direta e delegada, pois dela emanam as funções e atribuições dos órgãos do poder público.⁵⁴

Esse novo contexto prevê o surgimento de um Estado Unitário Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que se pretende consolidar por meio da inserção de uma educação democrática, participativa, comunitária e descolonizadora (art. 78, I), entre outras. Os saberes, conhecimentos, valores, espiritualidades e cosmovisões tradicionais são reconhecidos como patrimônio nacional (arts. 98, II e 100, I), inclusive com registro de propriedade intelectual (art. 100. II c/c 99, II).⁵⁵

A nova Constituição boliviana representa um novo "pacto político que expressa a pluralidade, ela materializa uma forma de poder que se legitima pela convivência e coexistência de concepções divergentes, diversas e participativas"⁵⁶ e, que se propõe a um pluralismo, o qual, para de fato se caracterizar, deve englobar "fenômenos espaciais e temporais com múltiplos campos de produção e de aplicação, os quais compreendem, além dos aportes filosóficos, sociológicos, políticos ou culturais, uma formulação teórica e prática de pluralidade no direito"⁵⁷.

E, nesse contexto, a Carta da Bolívia, ao pretender que a interculturalidade faça parte do sistema político-jurídico do país, propõe a jurisdição indígena como um direito inviolável e universal. O novo Texto da Bolívia reconhece direitos as nações e povos indígenas, considerando tal parcela como toda a coletividade humana que compartilha identidade cultural, idioma, tradição histórica, instituições, territorialidade e cosmovisão, e, cuja existência é anterior à invasão colonial espanhola (art. 30, I) ao pretender que a interculturalidade faça parte do sistema político-jurídico do país, propõe a jurisdição indígena, como um direito inviolável e universal.

⁵⁴ Como se observa do art. 7º da Constituição Boliviana.

⁵⁵ Artigos da Constituição boliviana.

⁵⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. (Orgs.) **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 19.

⁵⁷ Id. *Ibid.*, p. 21.

Diante deste rol de direitos, se observa que as instituições indígenas passam a integrar a estrutura estatal (art. 30, II, 5), e tais sujeitos passam a exercer seus sistemas políticos, jurídicos e econômicos de acordo com sua cosmovisão (art. 30, II, 14), com plena participação nos órgãos e instituições daquele Estado.

A participação cidadã em um sistema de justiça que prima pela independência, imparcialidade, segurança jurídica, publicidade, probidade, celeridade, gratuidade, pluralismo jurídico, interculturalidade, equidade, com harmonia e respeito aos direitos (art. 178). Sendo que naquele contexto, o sistema de justiça é composto por uma jurisdição agroambiental, por uma jurisdição indígena originária campesina, além de uma jurisdição ordinária (art. 179, I), sem que aja influencia de uma sobre a outra, uma vez que, todas gozam de igualdade de hierarquia (art. 179, II), e estão sujeitas apenas ao Tribunal Constitucional Plurinacional.

Assim, as nações e povos indígenas possuem a legitimidade para exercerem funções jurisdicionais que lhes competem, por meio de suas autoridades, com liberdade para aplicarem seus princípios, valores culturais, através de normas e procedimentos próprios (art. 190, I). Tal sistema de justiça deve primar pelo direito à vida, entre outras garantias previstas no texto boliviano, mas, sem dúvida, marca um novo contexto para se repensar o modelo de jurisdição vigente na América Latina.

Importa ainda destacar naquele modelo, que toda a autoridade pública, deve respeitar as decisões oriundas da jurisdição indígena (art. 192, I), sem interferência, a não ser quando seu apoio for solicitado por aquele órgão independente, para fins de viabilizar o cumprimento de suas decisões (art. 192, II), sendo que.

II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce em los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:

1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciante o querrelante, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.
2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido em una Ley de Deslinde jurisdiccional.
3. Esta jurisdicción se aplica a la relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo originario campesino.⁵⁸

A novidade nesse modelo reside, portanto, no fato de sua gestação estar vinculada a uma reordenação do espaço público participativo, através do surgimento de novos sujeitos de

⁵⁸ Art. 191 da Constituição da Bolívia de 2009.

direito, "em substituição ao sujeito individual abstrato liberal"⁵⁹, de modo a evidenciar uma resignificação na jurisdição, através da participação das comunidades. Nesse contexto, o desafio proposto pelo modelo boliviano, entre outros, consiste em se repensar, em termos de América Latina, "um projeto social e político contra-hegemônico, apto a redefinir os procedimentos clássicos entre os poderes estatal e societário"⁶⁰, especialmente, no que concerne "as formas tradicionais de normatividade e as manifestações plurais não formais de jurisdição", de modo a promover o respeito as diversas culturas existentes nas sociedades que compõe este continente, o que provoca e justifica um repensar do modelo brasileiro, que se constitui como o maior da América Latina, não só em extensão territorial, como em diversidade cultural.

2.4 A Sombra da Lei

Em que pese novidades introduzidas em alguns textos constitucionais na América Latina, que sugere uma multiplicidade de meios para o acesso à justiça, naquele contexto, ainda não se vislumbram experiências como a sugerida por Sander.

Nesse sentido, convém destacar que “nos Estados Unidos, os métodos alternativos de resolução de conflitos constituem, de modo geral, uma alternativa para o Judiciário dentro da própria estrutura do sistema legal, operando sob o que tem sido descrito como ‘a sombra da lei’”⁶¹. Tal expressão não possui equivalente na América Latina, sendo mais comum enfatizar o descompasso existente entre lei e realidade.

Nas lições de Crespo⁶² a sombra da lei representa a influência que a lei exercer sobre interações e transações diárias dos cidadãos. Desta forma, vincula a autora a co-relação do cidadão em sociedade, com o manancial legislativo, ressaltando que “o aprimoramento da sombra da lei assegura um mínimo de justiça e age como uma avaliação comparativa para

⁵⁹ PRONER, Carol. O Estado Plurinacional e a nova Constituição Boliviana: contribuições da experiência boliviana ao debate dos limites ao modelo democrático liberal. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. (Orgs.) **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 147.

⁶⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M. (Orgs.) **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.

⁶¹ CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei mediante participação do cidadão. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 39-40.

⁶² Id. Ibid.

garantir acordos justos e razoáveis. Sem ela, esses acordos justos e razoáveis não poderão ser garantidos⁶³.

A sombra da lei também asseguraria o “Batna⁶⁴”. Todavia, em caso de inexistência da sombra da lei, ou ainda, quando essa sombra é mais frágil/pálida, não é outorgado às partes proteção judicial como um batna e, pior, sequer é garantido aqueles que optaram por um método diverso do processo judicial, tal como mediação, arbitragem, etc..., em caso de falhas no método escolhido, um recurso judicial como uma batna, o que pode gerar frustrações e acordos injustos e não equânimes, pois

a sombra da lei é a influência que a lei exerce sobre as interações e transações diárias dos cidadãos. O aprimoramento da sombra da lei assegura um mínimo de justiça e age como uma avaliação comparativa para garantir acordos justos e razoáveis. Sem ela, esses acordos justos e razoáveis não poderão ser garantidos. Ela também assegura a Batna (*better alternative to a negotiated agreement*, ou seja, melhor alternativa para um acordo negociado) no processo de barganha, garantindo assim acordos justos. É também a possibilidade de recurso, na eventualidade de uma negociação malsucedida, ou a possibilidade de implementação no caso de não cumprimento de um acordo negociado. Por outro lado, quando a sombra da lei não existe, ou quando essa sombra é mais pálida, as partes não têm os recursos judiciais como uma Batna, nem possuem garantia de que terão recurso, ou implementação, no caso de falha do método alternativo de conflito eleito. O resultado é um aumento da probabilidade de acordos injustos e não equânimes. Ao referirem-se à negociação desigual nos casos de acordos de divórcio, Mnookin e Kornhauser argumentam que a possibilidade de revisão judicial dos acordos, segundo um padrão predeterminado de equanimidade, pode reduzir as possibilidades de acordos injustos. Além disso, eles observam que, se as partes sabem que terão de levar seu acordo a um juiz, elas negociarão entre si de uma forma mais justa e terão maiores probabilidades de chegar a um acordo que reflita normas sociais apropriadas. Os cientistas do comportamento sugeriram que a presença de uma “plateia” pode afetar as negociações. Nas negociações fora dos tribunais, o juiz representa uma plateia ao mesmo tempo “real” e “abstrata”.⁶⁵

A plateia, consubstanciada na figura do juiz, traz a tona outro problema para o desenvolvimento da justiça pela porta do processo judicial, qual seja, a atuação do

⁶³ Id. *Ibidem*, p. 41.

⁶⁴ *Better alternative to a negotiated agreement* (melhor alternativa para o acordo negociado).

⁶⁵ CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei mediante a participação do cidadão. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal Multipartas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 41. A autora ressalta que não existe, na América Latina, uma expressão equivalente para o conceito de sombra da lei, sendo mais comum, nesta falta de equivalência, se enfatizar o descompasso entre lei e realidade. Ressalta ainda que “a expressão “sombra da lei” firmou-se definitivamente na área jurídica americana desde que Mnookin e Kornhauser a descreveram pela primeira vez. Para exemplos de diferentes aplicações do termo em diversos campos, ver William Stuntz, *Plea Bargaining and Criminal Law’s Disappearing Shadow*, 117 Harv. L. Rev. 2548 (junho de 2004); Valerie Sanchez, *A New Look at ADR in New Deal Labor Law Enforcement: The Emergence of a Dispute Processing Continuum Under the Wagner Act*, 20 Ohio St. J. on Disp. Resol. 621 (2005); Edward L. Rubin, *The Nonjudicial Life of Contract: Beyond the Shadow of the Law*, 90 Nw. U. L. Rev. 107 (outono de 1995).” *Ibid.*, p. 40.

magistrado. Nesse sentido, Meleu afirma que o juiz tanto pode assumir uma postura idealista, quanto se resignar a atuar de foma medíocre⁶⁶, considerando este termo como àquele “comum, ordinário, vulgar, mediano”. No pensamento de Ingenieros⁶⁷, isso não é diferente, pois este repudia a falta de atitude do medíocre de forma contundente. O papel do juiz, como bem referiu Ost⁶⁸, entre os mais variados temas jurídicos abordados na literatura, é, certamente, o mais recorrente, até porque lhe cabe atuar intensamente em um processo.

Nesse processo, como referiu Ricoeur citado por Ost, “está o juiz, homem da lei certamente, entrincheirado atrás de sua toga e de seu código, mas às vezes também homem sensível, exposto ao recurso que os personagens tentam diante dos leitores, juízes últimos da ficção literária”⁶⁹.

Contrariando um perfil acomodado, medíocre, Meleu⁷⁰ apresenta o juiz idealista, angustiado, que decide com base nos valores da sociedades, valores esses que se encontram arrolados, tanto no texto constitucional, quanto nas prerrogativas de Direitos Humanos e de forma alguma recai na mediocridade de se esconder atrás de uma norma⁷¹ que não contenha esses valores.

Em que pese as mudanças recentes no sistema de justiça brasileiro, o modelo ainda proporcionaria um acesso apenas formal *ao Judiciário*, e não efetivamente *à justiça*, o que impõe o reconhecimento da necessidade de uma ampliação do conceito de acesso à justiça, pois aspectos objetivos e subjetivos – como desconhecimento das leis, sensação de inferioridade ante o formalismo do Judiciário e excesso de burocracia – impedem a efetivação de Direitos Humanos.

Ainda há que se reconhecerem os limites das formas tradicionais da Justiça e seus mecanismos institucionalizados, para fins de valorizar formas descentralizadas e participativas de acesso à justiça, especialmente patrocinada pela sociedade civil, já que o “acesso à justiça significa a possibilidade de reconhecer direitos, de procurar canais civilizados para a solução pacífica de ameaças ou de impedimento a direitos e alta

⁶⁶ No sentido empregado por Ingenieros. Nesse sentido consultar: INGENIEROS, José. **O Homem Medíocre**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

⁶⁷ INGENIEROS, José. **O homem medíocre**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

⁶⁸ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2007.

⁶⁹ RICOEUR *apud* OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2007, p. 97.

⁷⁰ Para maiores detalhes consultar: MELEU, Marcelino da Silva. **O papel dos juízes frente aos desafios do estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

⁷¹ Considerando que “as normas não são mais que letra morta sem eficácia alguma quando o conteúdo de tais requerimentos não se incorporam à conduta humana”. HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 75.

probabilidade de aceitar a decisão”⁷².

Para tanto, urge uma mudança de cultura, seja na atuação dos magistrados, seja na forma de conceber a forma de comunicação entre o Direito e a sociedade, e, neste sentido a teoria sistêmica preconizada por Niklas Luhmann pode contribuir sobremaneira.

3 A TEORIA SISTÊMICA E A AUTOPOIESI DO DIREITO COMO FUNDAMENTO PARA O ACESSO À JUSTIÇA NA POLICONTEXTURALIDADE

A teoria sistêmica obteve uma atenção maior no decorrer do século XX, especialmente em função dos biólogos Humberto Maturana e Francisco Varela, que foram, no entender de Leonel Severo Rocha⁷³, os primeiros

a utilizar contemporaneamente, com sucesso, a ideia de autopoiese. Por isso toda a discussão deve necessariamente levar em consideração este marco inicial. Maturana surpreende os observadores mais tradicionais pela afirmação e confirmação dos obstáculos necessários para o conhecimento do conhecimento. As relações entre a biologia e cognição nunca mais serão as mesmas depois da autopoiese.

Maturana e Varela, portanto, deram uma importante contribuição ao avanço da noção de sistema quando disseram que a cognição e os organismos vivos constituíam-se em *sistemas autopoieticos*. O reconhecer que caracteriza os seres vivos é, portanto, sua organização. Dessa forma, o conceito de sistema, aplicado aos organismos vivos e à cognição, não apenas assumiu determinadas características nunca assumidas e explicitadas antes, como também acrescentou elementos polêmicos, sobretudo à teoria do conhecimento, com relação à forma como os sistemas orgânicos deveriam ser vistos⁷⁴.

Os sistemas orgânicos, para os biólogos referidos, são sistemas *fechados, autorreferenciados e autopoieticos*. Ou seja, um organismo vivo (um animal, um vegetal, uma

⁷² SADEK, Maria Tereza. Efetividade de direitos e acesso à justiça. In: RENAULT, Sergio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. (Orgs). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 280.

⁷³ ROCHA, Leonel Severo. A produção sistêmica do sentido do direito: da semiótica à autopoiese. In: STRECK, Lênio Luiz; Morais, José Luis Bolzan de. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: constituição sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. n. 6.

⁷⁴ Para Maturana e Varela, “todo hacer es conocer y todo conocer es hacer” pois “todo lo dicho es dicho por alguien”. Assim, pode-se distinguir quatro condições que devem ser satisfeitas em uma explicação científica, a saber: “a. descripción del o fenómenos a explicar de una manera aceptable para la comunidade de observadores; b. proposición de un sistema conceptual capaz de generar el fenómeno a explicar de una manera aceptable para la comunidade de observadores (hipótesis explicativa); c. deducción a partir de b de otros fenómenos no considerados explicitamente em su proposición, así como la descripción de sus condiciones de observación em la comunidade de observadores; d. observación de estos otros fenómenos deducidos de b.” In: MATURANA ROMESÍN, Humberto; VARELA, Francisco. **El árbol del conocimiento**. Las bases biológicas del entendimiento humano. Buenos Aires: Lumen, 2003, p. 13-15.

bactéria etc) constitui um sistema, pois apresenta todas as características de um sistema, com partes vinculadas, elementos interdependentes, que funcionam, se mantêm como tal e são capazes de se transformar com o tempo.

Tal ideia de que organismos vivos deveriam ser vistos como sistema já estava presente desde as primeiras décadas do século XX nos trabalhos do biólogo Ludwig Von Bertalanffy, o qual defendia que um “organismo não é um sistema fechado, mas aberto. Dizemos que um sistema é ‘fechado’ se nenhum material entra nele ou sai dele. É chamado ‘aberto’ se há importação e exportação de matéria”⁷⁵. Assim, em que pese já se admitir que organismos vivos deveriam ser vistos como sistema, Maturana e Varella referem, ao contrário, que tanto a cognição como os sistemas orgânicos são *fechados*, uma vez que suas partes interagem mutuamente e entre si, criando um fechamento puramente operacional⁷⁶.

3.1 Autopoiese de Luhmann a Teubner

Após 1980, Luhmann utiliza as ideias de Maturana, fazendo a passagem da vida para a comunicação. Aliás, a biologia sempre influenciou a sociologia, pois a ideia de função é base na ideologia (segundo o funcionalismo, o sistema vai funcionar a partir de alguns objetivos). Quando se está dentro do direito, por exemplo, o objetivo será jurídico, e assim por diante.

A recepção, por Niklas Luhmann dos estudos de Maturana e Varella, faz com que ele parta do pressuposto de que é possível comparar, em uma teoria da sociedade, diversos sistemas voltados para uma determinada função⁷⁷.

⁷⁵ BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 162. Tal autor já identificava a incidência de uma nova revolução - a Revolução Organística, “baseada nos modernos progressos das ciências biológicas e do comportamento. [...] Seu núcleo é a noção de sistema, aparentemente um conceito pálido, abstrato e vazio, que entretanto é repleto de um significado oculto, de possibilidades de fermentação e explosão.” Op. Cit. p. 239. Todavia, Maturana e Varella avançam: os autores defenderam que tanto a cognição como os sistemas orgânicos são *fechados*. Com isso, não estavam se referindo ao fato de que tais sistemas são isolados, incomunicáveis, insensíveis, imutáveis, mas sim, que tais sistemas tornam-se sistemas porque suas *partes ou seus elementos interagem uns com outros e somente entre si*; na verdade, os autores querem dizer que o fechamento apresentado pelos sistemas orgânicos é um fechamento *puramente operacional*.

⁷⁶ Nesse sentido, consultar MATURANA, H e VARELLA, F. **De máquinas y seres vivos - autopoiesis: la organización de lo viviente**. Santiago do Chile: Editorial Universitaria, 1995. Neste trabalho, os autores explicitamente afirmam que “os seres vivos não eram um conjunto de moléculas, mas sim, uma dinâmica molecular, um processo que ocorre como *unidade discreta e singular* como resultado do operar e em operar; [do operar] das distintas classes de moléculas que o compõem, num jogo de interações e relações de vizinhança que os especificam e realizam como uma rede fechada de trocas e sínteses”. Op. Cit., p. 15.

⁷⁷ O que já era objeto de estudo de Parsons. Nesse sentido, consultar PARSONS, Talcott and SHILS, Edward A. **Toward a general theory of action**. Theoretical Foundations for the Social Sciences. New Brunswick: Transaction Publishers, 2007.

Luhmann⁷⁸ desconsidera deduzir a sociedade de um princípio ou de uma norma transcendente e sustenta que seja possível analisar campos heterogêneos como a ciência, o direito, a economia e a política comparando suas estruturas, através da sua observação, com vistas a identificar onde se poderia aplicar o mesmo aparato conceitual.

De acordo com Leonel Severo Rocha⁷⁹, “Niklas Luhmann assume, portanto, a proposta de um construtivismo voltado à produção do sentido desde critérios de autorreferência e auto-organização introduzidos pela autopoiese”. Para Luhmann, a relação entre direito e sociedade se dá pela oposição entre autorreferência e heterorreferência, ou entre sistemas fechados e sistemas abertos.

Nesse sentido, "o sistema jurídico deve então observar aquilo que tem que ser manejado no sistema como comunicação especificamente jurídica"⁸⁰. Por isso, uma teoria da comunicação que permitiria à teoria do direito acesso a novos problemas é perseguida por Luhmann, pois ele entende que na comunicação não se pode prescindir nem de operações comunicativas nem das estruturas⁸¹. Isso permite chegar ao conceito de *autopoiesis* em Luhmann⁸².

Ratificando, inicialmente, Luhmann, Gunther Teubner também se mostra afeito a problematizar e estudar a teoria sistêmica e a autopoiese do direito, pois considera importante uma reflexão autopoietica na globalização, através da *policontexturalidade*. Para Leonel Severo Rocha⁸³, “esta se torna, em um mundo onde o direito é fragmentado em um pluralismo

⁷⁸ Para Luhmann, “com el concepto de sistemas que se describen a sí mismos (sistemas que describen su autodescripción) llegamos a um terreno inclemente. Uma sociedade que se describe a sí misma lo hace desde dentro, aunque parezca que lo hace desde fuera. Se observa a sí misma como objeto de su próprio conocimiento aunque al realizar esta operación no permite que la observación se deslice em el objeto porque esto modificaria al objeto y exigiria una observación ulterior”. In: LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007, p 04.

⁷⁹ ROCHA, Leonel Severo. A produção sistêmica do sentido do direito: da semiótica à autopoiese. In: STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: constituição sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. n. 6.

⁸⁰ LUHMANN, Niklas, **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Colección Teoría Social, 2002, p. 90.

⁸¹ Op. cit., p. 91.

⁸² Segundo o qual “el concepto de producción (o más bien de *poiesis*) siempre designa sólo una parte de las causas que un observador puede identificar como necesarias; a saber, aquella parte que puede obtenerse mediante el entrelazamiento interno de operaciones del sistema, aquella parte con la cual el sistema determina su propio estado. Luego, reproducción significa – en el antiguo sentido de este concepto – producción a partir de productos, determinación de estados del sistema como punto de partida de toda determinación posterior de estados del sistema. Y dado que esta producción/reproducción exige distinguir entre condiciones internas y externas, con ello el sistema también efectúa la permanente reproducción de sus límites, es decir, la reproducción de su unidad. En este sentido, autopoiesis significa: producción del sistema por sí mismo”. In: LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Ed. Herder/Universidad Iberoamericana, 2007, p. 69-70.

⁸³ ROCHA, Leonel Severo. A produção sistêmica do sentido do direito: da semiótica à autopoiese. In: STRECK, Lênio Luiz; Morais, José Luis Bolzan de. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: constituição sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. n. 6.

em que o Estado é apenas mais uma de suas organizações, um referente decisivo para a configuração do sentido.” Assim, a *policontextualidade* é uma proposta que permite que se observem a partir das categorias da teoria dos sistemas os novos sentidos do Direito.

Portanto, Teubner apresenta um conceito de sentido ligado à pluralidade e uma ideia de direito que leva em conta a sua circularidade, pois, para o autor, o direito "determina-se a ele mesmo por autorreferência, baseando-se na sua própria positividade”⁸⁴, sendo que "a realidade social do direito é feita de um grande número de relações circulares. Os elementos componentes do sistema jurídico – ações, normas, processos, identidade, realidade jurídica – constituem-se a si mesmos de forma circular”⁸⁵. Assim, para Teubner a autopoiese está em evolução permanente⁸⁶.

O autor, dessa forma, considera que os subsistemas sociais "constituem unidades que vivem em clausura operacional, mas também em abertura informacional-cognitiva em relação ao respectivo meio envolvente”⁸⁷, o que permite ao direito se (re) construir, através do enfrentamento de paradoxos postos.

A Teoria Sistêmica, especialmente os trabalhos de Luhmann e Teubner, indica uma perspectiva teórica profundamente inovadora, que apresenta, através da autopoiese, uma redefinição da ideia de diferenciação como forma de se enfrentar os paradoxos e avançar na releitura do direito, pois possibilita a abertura dos horizontes de compreensão do sentido até então mascarados pela dogmática jurídica tradicional.

Uma releitura do direito é necessária, especialmente em uma sociedade multicultural, onde há uma maior incidência de complexidades. Exemplo disso está sendo vivenciado por vários países da América Latina, como por exemplo, na Bolívia, onde recentemente ocorreu uma reestruturação no ordenamento jurídico, por meio de uma nova Constituição, reconhecendo assim, o protagonismo indígena, por meio da criação de um Tribunal Indígena, a fim de considerar suas raízes e suas crenças. Tal situação, não estaria revelando que conceitos e estruturas tradicionais merecem uma análise autopoietica, com vistas a efetivar o

⁸⁴ TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Caluste Gulbekian, 1993, p. 2.

⁸⁵ Idem, *ibidem*, p. 19.

⁸⁶ Assim, o direito teria vários estágios, gerando um hiperciclo, pois “se aplicarmos tentativamente a ideia de hiperciclo ao direito, vemos que autonomia jurídica se desenvolve em três fases. Numa fase inicial – ‘dita de direito socialmente difuso’ -, elementos, estruturas, processos e limites do discurso jurídico são idênticos aos da comunicação social geral ou, pelo menos, determinados heteronomamente por esta última. Uma segunda fase de um ‘direito parcialmente autônomo’ tem lugar quando um discurso jurídico começa a definir os seus próprios componentes e a usá-los operativamente. O direito apenas entra numa terceira e última fase, tornando-se ‘autopoietico’, quando os componentes do sistema são articulados entre si num hiperciclo”. In: TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Caluste Gulbekian, 1993, p. 77.

⁸⁷ TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Caluste Gulbekian, 1993, p. 140.

Estado Democrático de Direito que prima pela dignidade da pessoa humana e, assim, efetivando o direito das minorias, em especial o direito indígena e tribal?

Nesse cenário, como refere Wolkmer⁸⁸, “de complexidade não nos impossibilita de admitir que o principal núcleo para qual converge o pluralismo jurídico é a negação de que o Estado seja a fonte única e exclusiva de todo o Direito”. Tal postura minimiza ou nega o monopólio de criação das normas jurídicas por parte do Estado, priorizando a produção de outras formas de regulamentação, como aquela oriunda da própria comunidade. “Além de não se revestir da única ordenação jurídica existente, o Estado convive com outras ordenações, ora em relação de coexistência social, ora em relação de luta”⁸⁹, que não obstaculiza a sua juridicidade⁹⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou estimular a reflexão e incitar o debate acerca da transformação evidenciada nas sociedades latino-americanas, no que concerne ao sistema de justiça e a ressignificação destes, de modo a introduzir múltiplas formas de tratamento de conflitos. Nesse contexto, procura-se identificar a relevância do estudo da proposta Multiportas de Sander e a contribuição desta para a efetivação de um acesso à justiça voltado à cidadania e a efetivação dos Direitos Humanos.

O pensamento jurídico do novo constitucionalismo latino-americano e, por conseguinte, o pensamento brasileiro pós Constituição de 1988, esta voltado ao compromisso de concretização dos direitos humanos e, para tanto, urge a humanização do Direito e da Justiça, com distanciamento de uma concepção normativista dos modelos de acesso à justiça, em especial no que tange ao tratamento dos conflitos.

Nesse aspecto, a comunidade latino-americana faz surgir novas ações de acesso à justiça, como ocorre no modelo boliviano do Tribunal Indígena, com os julgados da paz de Portugal e mediação comunitária brasileira, os quais se contrapõem aqueles conceitos clássicos, vinculados ao monismo jurídico.

⁸⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997, p. 168.

⁸⁹ Op. cit., p. 173.

⁹⁰ Para Wolkmer, “a crise e o exaurimento das estruturas centralizadoras do Estado moderno favorecem o desenvolvimento de limitações a este poder”, com “a reordenação do espaço público comunitário-participativo e a consolidação hegemônica do poder de auto-regulação dos sujeitos sociais possibilita a retomada, o alargamento e a difusão de procedimentos de intervenção popular direta na Justiça penal, na Justiça civil e na Justiça do trabalho”. In: WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997, p. 278-9.

Tais ações, remetem à proposta de construção de um Sistema Multiportas de justiça, de iniciativa do professor Frank E. A. Sander, da Universidade de Harvard, que em 1976, ao participar de uma conferência sobre a insatisfação do público com o sistema de justiça americano, apresentou um estudo para a ampliação do acesso à justiça, nominando-o de *multi-door courthouse*, ou seja de Tribunal Multiportas.

O projeto propõe a criação de um modelo que encaminha os casos judiciais ingressantes para os métodos mais adequados de resolução de litígios, visando, além deste encaminhamento, uma redução no tempo e dinheiro, favorecendo, assim, um acesso à justiça mais eficiente e, identifica uma sombra da lei, que ampara, outorgando bem estar aos conflitantes.

A referida sombra ainda se mostra insignificante, ou pálida na América Latina, uma vez que, neste contexto ainda não se firmaram os métodos não-adversariais de tratamento de conflitos, ao contrário do modelo americano, onde a sombra da lei se mostra densa e portanto, recepcionada e garantida por aquele sistema social.

Essa proposta de multiplicidade acaba influenciando o sistema social como um todo, o que remete a necessidade de um aporte teórico que fundamente estudos nesse campo, pois acaba por influenciar nos sentidos do Direito. Teubner apresenta um conceito de sentido ligado à pluralidade e uma ideia de direito que leva em conta a sua circularidade, pois, o direito determina-se à ele mesmo por autorreferência, pois a realidade social do direito é feita de um grande número de relações circulares, o que identifica a autopoiese do sistema, a qual está em evolução permanente.

Desta forma, com aporte na teoria sistêmica, especialmente os trabalhos de Luhmann e Teubner, que indicam uma perspectiva teórica profundamente inovadora, a qual apresenta, através da autopoiese, uma redefinição da ideia de diferenciação como forma de se enfrentar os paradoxos e avançar na releitura do direito, pode-se sugerir para fins de reflexão sobre o tema e aprofundamento das pesquisas, especialmente no que tange ao efetivo acesso à justiça, o surgimento do conceito de *etnopoiese*, o qual compreende uma auto-regulamentação dos sistemas sociais e políticos, conforme aos anseios das sociedades multiculturais que marcam a história do continente latino-americano.

Assim, pode-se concluir provisoriamente no presente ensaio que tanto o modelo multiportas proposto por Sander, quanto a teoria sistêmica luhmanniana podem contribuir para a efetivação do acesso à justiça na modernidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal Multiportas:** investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación y el acceso a justicia.** Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Acesso à justiça & efetividade do processo:** a ação monitória é um meio de superação de obstáculos? Curitiba: Juruá, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernidade reflexiva. *In:* BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Trad. Magda Lopes. **Modernização Reflexiva:** política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas.** Petrópolis: Vozes, 2010, p. 162.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.386.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 05 mar. 2013.

CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei mediante participação do cidadão. *In:* ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal Multiportas:** investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. página inicial: basic texts: the convention: European convention: non-official translations of the convention: portuguese: Convenção Europeia dos direitos do homem. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163912EF12B8BA4/0/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2013.

FACHIN, Luiz Edson. A tutela efetiva dos direitos humanos fundamentais e a reforma do judiciário. *In:* RENAULT, Sergio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. (Orgs). **Reforma do judiciário:** comentários à emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIBENTIF, Pierre. **Avaliação e Reflexividade:** a prática da sociologia na "terceira modernidade". *In:* Cidades - Comunidades e Territórios (Revista do CET - Centro de Estudos Territoriais). n. 10. Lisboa: ISCTE, jun 2005.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. Trad. George Sperger; Paulo Astor Soethe; Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.** Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guaraci Lopes Louro – 5ª. Ed. – Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

HOMEERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

INGENIEROS, José. **O Homem Mediocre.** São Paulo: Quartier Latin, 2004.

JULGADOS DA PAZ. Disponível em: <<http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/julgados.asp#>>. Acesso em: 03 abr. 2013.

LUHMANN, Niklas, **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Colección Teoría Social, 2002.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

MATURANA, H e VARELA, F. **De máquinas y seres vivos - autopoiesis: la organización de lo viviente**. Santiago do Chile: Editorial Universitária, 1995.

MATURANA ROMESÍN, Humberto; VARELA, Francisco. **El árbol del conocimiento**. Las bases biológicas del entendimiento humano. Buenos Aires: Lumen, 2003, p. 13-15.

MELEU, Marcelino da Silva. **O papel dos juizes frente aos desafios do estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria da Reforma do Judiciário. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/reforma/main.asp?ViewID=%7B123F2D72%2D396C%2D4AB8%2DAEFE%2D9F064C04A146%7D¶ms=itemID=%7B6DD80237%2D89EE%2D4DE6%2D9B63%2D9AEAAE6ABC03%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>>. Acesso em 07 nov. 12.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativa à jurisdição**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. página inicial: português: comissão Interamericana de direitos humanos: cumentos básicos: Convenção Americana sobre direitos humanos. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 11 mar. 2013.

OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. São Leopoldo: UNISINOS, 2007.

_____. **O tempo do direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PARSONS, Talcott and SHILS, Edward A. **Toward a general theory of action**. Theoretical Foundations for the Social Sciences. New Brunswick: Transaction Publishers, 2007.

PLANO DE ETNODESENVOLVIMENTO INDÍGENA DO BRASIL. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2011/05/23/territorio-da-cidadania-lanca-primeiro-plano-de-etnodesenvolvimento-indigena-do-brasil>> Acesso em 23.09.2012.

PRONER, Carol. O Estado Plurinacional e a nova Constituição Boliviana: contribuições da experiência boliviana ao debate dos limites ao modelo democrático liberal. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. (Orgs.) **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

RICOEUR, Paul. **O Justo 2: justiça e verdade e outros estudos**. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e democracia**. 2. ed.. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

_____. **Observações sobre a observação Luhmanniana**. In: ROCHA, L. S.; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. A produção sistêmica do sentido do direito: da semiótica à autopoiese. In: STRECK, Lênio Luiz; Morais, José Luis Bolzan de. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: constituição sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SADEK, Maria Tereza. Efetividade de direitos e acesso à justiça. In: RENAULT, Sergio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. (Orgs). **Reforma do judiciário: comentários à emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. **Por uma revolução democrática da justiça**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2008.

TARGA, M. I. C. C. **Mediação em Juízo**. São Paulo: LTr, 2004.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1993.

_____. **A Crise da Causalidade Jurídica**. In: Direito, Sistema e Policontextualidade. São Paulo: Unimep, 2005.

VARGAS, Lúcia Fátima Barreira das. **Julgados de Paz e Mediação: uma nova face da justiça**. Coimbra: ALMEDINA, 2006.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 178.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997.

_____. Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M. (Orgs.) **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. (Orgs.) **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.