

**Justiça Comunitária: Do pluralismo jurídico à autopoiese da jurisdição**  
Community Justice: Legal Pluralism the Autopoiesis of Jurisdiction

Marcelino Meleu<sup>1</sup>  
Aleteia Hummes Thaines<sup>2</sup>

**RESUMO**

O presente texto analisa o projeto justiça comunitária, enquanto ação implementada pelo Ministério da Justiça brasileiro e, sua contribuição para a reconfiguração da jurisdição e, por via de consequência, do sistema de justiça brasileiro, pois assumir que este sistema encontra-se em crise é condição necessária para um (re) pensar sobre o modo de jurisdição utilizado. O pensamento jurídico pós Constituição de 1988, deve estar voltado à concretização dos direitos humanos e, para tanto, urge a humanização do Direito e da Justiça, com distanciamento de uma concepção normativista e monista dos métodos de resolução de conflitos, em especial, no que tange a conflitos envolvendo relações continuadas. Nesse contexto, como objetivo do presente, procura-se identificar a reforma silenciosa da Justiça brasileira e, a mediação comunitária enquanto nova institucionalidade do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, após 1988 há necessidade de se pensar na construção de um modelo de jurisdição voltado à cidadania e a efetivação dos Direitos Humanos, pois, os termos *cidadão* e *Direitos Humanos* tornam-se cada vez mais unívocos. Aliás, se a jurisdição, como conhecida hoje, é um mero momento histórico, deve-se desenvolvê-la de modo a outorgar cidadania aos jurisdicionados. Enquanto hipótese a ser oportunamente demonstrada durante a presente investigação crítica, tem-se que a mediação comunitária desafia o sistema de justiça tradicional (monista) do ordenamento jurídico brasileiro e, evidencia a autopoiese da jurisdição, a ponto de indicar o surgimento de uma *jurisdição comunitária* que efetiva o acesso à justiça. Tal pesquisa utilizou 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.

**Palavras-chave:** Jurisdição. Autopoiese. Justiça Comunitária.

---

<sup>1</sup> Advogado. Professor universitário da IMED (Passo Fundo/RS) e da UNOCHAPECÓ (Chapecó/SC). Doutorando em Direito na UNISINOS-RS. Bolsista CAPES. Membro da equipe técnica do projeto Justiça Comunitária de Passo Fundo/RS. E-mail: [marcelinomeleu@gmail.com](mailto:marcelinomeleu@gmail.com)

<sup>2</sup> Advogada; Administradora; Professora universitária da UNOCHAPECÓ (Chapecó/SC); Mestre em Desenvolvimento. Membro da equipe técnica do projeto Justiça Comunitária de Passo Fundo/RS. E-mail: [aleteiah@ibest.com.br](mailto:aleteiah@ibest.com.br)

## **ABSTRACT**

This text analyzes the community justice project, while action implemented by the Brazilian Ministry of Justice and its contribution to the reconfiguration of the jurisdiction and, by consequence, the Brazilian justice system, therefore assume that this system is in crisis is a necessary condition for a (re) thinking about the jurisdiction used. The 1988 Constitution post legal thought, must be geared to the achievement of human rights and, to that end, urges the humanization of law and justice, with a distance of normativista design methods of conflict resolution, in particular with respect to conflicts involving ongoing relationships. In this context, as this objective seeks to identify the silent Brazilian justice reform and community mediation, while new institutionality of the Brazilian legal system, since 1988 is no need to think about building a model of jurisdiction returned to citizenship and the development of human rights, because the terms citizen and Human Rights become increasingly unique. Incidentally, if the jurisdiction, as known today, is a mere historical moment, one must develop it in such a way as to grant citizenship to local courts. While the hypothesis be duly demonstrated during this critical investigation, mediation has been the community challenges the traditional justice system of the Brazilian legal system and highlights the autopoiesis of jurisdiction, to the extent that indicate the emergence of a Community Court that effective access to justice. Such research has used the systemic method, advocated by Niklas Luhmann, who is not deductive or inductive, since you want to describe the systems (open and closed) and their relationship with the environment.

**Keywords:** Jurisdiction. Autopoiesis. Community Justice.

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente trabalho pretende analisar, de forma sucinta, a inserção do projeto “justiça comunitária” pelo Ministério da Justiça no Brasil e, o contributo deste para a autopoiese da jurisdição, além de demonstrar que este projeto evidencia hordienamente a recepção do pluralismo jurídico em nosso sistema de justiça.

Para tanto, abordar-se-á inicialmente o conceito tradicional de jurisdição, ou seja, a jurisdição elevada à categoria monista, de forma a conceber o Estado como fonte unicamente válida de produção do direito, que pressupõe uma natureza tão somente declaratória.

Ainda, em um primeiro momento, será traçada uma breve contextualização deste conceito tradicional monista, a partir de concepções doutrinárias e modelos de Estado, culminado com o debate acerca da jurisdição após a Constituição de 1988, que, em seu preâmbulo, busca ressaltar uma interpretação que legitima a defesa da efetividade dos direitos humanos à luz da concretização de práticas pacíficas de solução de conflitos.

A seguir, comentar-se-á, sucintamente, sobre a crise da prestação jurisdicional que afeta o sistema de justiça brasileiro, uma vez que, há uma crise na jurisdição brasileira que ainda não foi desvelada como crise, pois, em que pese o Estado Democrático de Direito no Brasil, ainda não se vislumbra o desapego à jurisdição tradicional. Com isso, a jurisdição brasileira continua a ser interpretada à luz das doutrinas tradicionais, desconsiderando a participação comunitária.

Em um terceiro momento, analisar-se-á a reforma silenciosa da Justiça brasileira, que paulatinamente, ainda que de forma tímida, vem inserindo em nosso sistema, ações e programas governamentais, com incentivo a mediação e justiça restaurativa, destacando-se neste ensaio a mediação comunitária, através do programa “justiça comunitária”.

Após, se situará o projeto “justiça comunitária”, como verdadeiro paradigma do pluralismo jurídico, em que pese, a rigor, ser a ausência do Estado em grupos de excluídos da comunidade que impossibilita a aplicação do direito oficial, criando uma lacuna geradora de pluralismo jurídico, será possível identificar naquele projeto, uma perspectiva proposta pelo próprio Estado, através do seu Ministério da Justiça, que dialoga com as diversas formas de expressão do fenômeno jurídico que conduzam à apresentação de soluções para uma parcela oprimida da sociedade, o que evidencia a inserção do pluralismo comunitário participativo de Antônio Carlos Wolkmer.

Tal paradigma, além de evidenciar a inserção do pluralismo jurídico, acaba identificando a autopoiese do direito. Desta forma, em um derradeiro momento, apresentar-se-á o conceito de autopoiese, por meio da análise dos contributos de Maturana e Varela, Niklas Luhmann e Gunther Teubner. Neste tópico, inicialmente, será relatado o marco inicial proposto pela biologia e adotado pela sociologia luhmanniana. Por conseguinte, ainda nesse mesmo item, serão comentados brevemente os avanços propostos por Luhmann a partir da década de 1980 e a contribuição de Gunther Teubner ao debate, bem como as principais manifestações e reflexos no âmbito da teoria jurídica dessas proposições.

Partindo dessas perspectivas, será possível apontar a ocorrência de uma autorreformulação no direito, e, por conseguinte no sistema de justiça brasileiro - fundamentado no projeto “justiça comunitária”, o qual acaba por questionar conceitos tradicionais de jurisdição e processo, de modo a desafiar tais conceitos, uma vez que, o direito se crê num mundo à parte entre outros mundos igualmente seletivos da realidade e, por essa razão, o sistema jurídico negligencia inúmeros elementos que são percebidos

como pertinentes e até mesmo relevantes para as esferas da vida política, econômica ou social<sup>3</sup>. O que significa que para participar do sistema jurídico é necessário fazer uso do seu sistema referencial para dar sentido às suas demandas e, neste contexto, aquele projeto, que dá ênfase a mediação, se mostra como uma nova institucionalidade que desafia o sistema de justiça brasileiro, até então aderente ao modo de jurisdição (monista) ultrapassado.

Assim, se verifica que a jurisdição, enquanto forma de dizer o direito apresenta mutações, ou em outras palavras, a forma de comunicação<sup>4</sup> do sistema jurídico esta em debate e, é neste sentido que o presente texto é apresentado, como um convite ao debate. E, se a forma de comunicação do sistema jurídico esta em debate, isso importa na necessidade de se aprofundar o estudo dos elementos e limites desta, no que concerne à jurisdição enquanto ação dotada de sentido<sup>5</sup>, pois “los sistemas sociales se constituyen vía las ‘acciones’”<sup>6</sup>.

## **2 O MODELO TRADICIONAL (MONISTA) DE JURISDIÇÃO E A CRISE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Uma das preocupações da contemporaneidade ainda guarda respeito ao efetivo acesso à Justiça, que, segundo Capelletti e Garth<sup>7</sup> perpassa por “ondas renovatórias”, que acabam por refletir o sentido dogmático atual de jurisdição, o qual trata jurisdição, como sinônimo de prestação jurisdicional. Com a Constituição Federal de 1988 o

---

<sup>3</sup> TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 40-48.

<sup>4</sup> Aqui apresentada no sentido Luhmanniano, como “síntese entre a informação, o ato de comunicação e a compreensão”. Nesse sentido consultar: ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

<sup>5</sup> Aqui, para o conceito de ação, acompanha-se a teoria de Niklas Luhmann, ou seja, ação enquanto elemento constitutivo dos sistemas sociais, “um acontecimento, se encuentra asociada a um espacio temporal y debe consumirse com mayor o menor rapidez y finalizar com mayor o menor nitidez”. Ibid. p. 108. Todavia, quando vinculamos a dotação de sentido, voltamos a necessidade de se verificar a identidade e diferença daquela, uma vez que, “sin la identidad y sin la diferencia, no sería ningún acontecimiento. Y ninguna acción!”. Exemplificando, Luhmann esclarece que “una acción como la de ‘tocar el timbre de la puerta’ no se traduce solamente em el sonar del timbre. Adquire sentido, porque la puerta puede abrirse, momento em el cual el timbre dejará de sonar. A partir de entonces deja de tener sentido seguir tocando el timbre o volver a tocarlo. Ibid, p. 111.

<sup>6</sup> Op. Cit., p. 105.

<sup>7</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 31-73.

Estado cria uma norma que pretende garantir aos cidadãos uma prestação jurisdicional efetiva.

Identificada essa preocupação, opta-se por comparar nesse estudo o modelo tradicional de jurisdição, que se apresenta como uma atividade de monopólio estatal, com um modelo que ainda carece de maiores estudos, mas que chama a atenção pelo caráter cidadão que emprega. Um modelo onde não se delega tão somente ao poder público o ato jurisdicional, mas que pressupõe a participação da comunidade na resolução pacífica dos conflitos oriundos desta mesma comunidade.

Diante deste emergente paradigma elege-se, uma análise sobre a contribuição da mediação comunitária para a efetividade da jurisdição, a qual deve garantir e promover os direitos fundamentais. Essa proteção judiciária dos direitos fundamentais dos cidadãos (jurisdicionados)<sup>8</sup> é, aliás, uma das promessas trazidas pelo Estado Democrático de Direito. Diante do novo cenário inserido com a promulgação da Constituição Federal de 1988, cabe aos juristas, voltar os olhos para a transformação da jurisdição que ocorre em nosso país.

A jurisdição – do latim *jurisdictio*: ditar ou dizer o direito – constitui-se como uma das funções do Estado, também podendo ser entendida, no modelo atual, como sinônimo de prestação jurisdicional, pois se trata de atividade conferida ao Poder judiciário enquanto poder autônomo do Estado, revestindo-se, assim, em um “poder de aplicar o direito conferido aos magistrados”<sup>9</sup>.

Todavia, essa ideia está ligada ao Estado moderno, uma vez que, na Antiguidade, o direito era concebido como uma vontade divina, revelada pelos sacerdotes, portanto apartado do Estado, que não o produzia, nem o regulava, pois não criava normas regulamentadoras. A atividade exercida pelos pontífices nesse período é questionada enquanto atividade jurisdicional<sup>10</sup>.

Assim, com o surgimento do Estado Liberal, a jurisdição passou a caracterizar-se pela mera declaração do Direito proposto pelo legislador, na qual era vedado ao juiz

---

<sup>8</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. I. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 70.

<sup>9</sup> ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 6. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1994, p. 748.

<sup>10</sup> Nesse sentido, refere Ovídio Baptista da Silva que “a verdadeira e autêntica jurisdição apenas surgiu a partir do momento em que o Estado assumiu uma posição de maior independência, desvinculando-se dos valores estritamente religiosos e passando a exercer um poder mais acentuado de controle social”. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. Vol. 1. 6. ed. São Paulo, 2002, p. 24.

interpretar a lei. Na teoria de Montesquieu<sup>11</sup> (que propunha a separação do poder de julgar do Legislativo e Executivo), pretendia-se evitar a arbitrariedade de concentrar em um único indivíduo o poder de legislar, julgar e, oprimir caso também se investisse do Poder Executivo.

Tal concepção, no entanto, apesar de evitar a concentração de poderes restringia os dos juízes, pois estes “não são [...] mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força nem o rigor”<sup>12</sup>.

Dessa forma, a jurisdição limitava-se à mera atividade declaratória, o que acabou por influenciar as concepções futuras acerca do Direito. Nessa senda, se pode verificar na obra de Chiovenda<sup>13</sup> que a jurisdição consistia na “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade da lei por meio da substituição [...] já no afirmar a existência da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.

Calamandrei<sup>14</sup>, por sua vez, sustentava não ser possível apresentar um único conceito de jurisdição válido para todos os povos e em todos os tempos, em razão da relatividade histórica.<sup>15</sup>

De acordo com Greco Filho<sup>16</sup>, a atividade jurisdicional, modernamente, consiste em uma atividade secundária, inerte, que somente atua quando provocada, além de constituir uma atividade que substitui ou restringe a atuação das partes, pois impede que essas exerçam seus direitos pelas próprias mãos.

Para este autor, “a jurisdição atua por meio de um instrumento que é o processo, e aos interessados a ordem jurídica outorga o direito de ação, isto é, o direito de pleitear em juízo, a prevenção ou reparação das violações dos direitos”<sup>1718</sup>.

---

<sup>11</sup> MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 172.

<sup>13</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Processo Civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. II, p.08.

<sup>14</sup> CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999, p. 107.

<sup>15</sup> Todavia, Calamandrei também concordava ser a jurisdição um braço da legislação, pois considera que: “Na vida do Estado, o momento legislativo ou normativo não pode ser entendido separado do momento jurisdicional: legislação e jurisdição constituem dois aspectos de uma mesma atividade contínua que pode ser denominada, em sentido lato [...] atividade jurídica: primeiro, ditar o direito e depois fazê-lo observar; primeiro, o estabelecimento e depois o cumprimento do direito. A jurisdição aparece, então, como necessária prossecução da legislação, como indispensável complemento prático do sistema da legalidade.” *Idem*.

<sup>16</sup> *Op. cit.*

<sup>17</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. I. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 35.

<sup>18</sup> Refutando a instrumentalidade do processo, Rosemiro Leal entende este, como *instituição* constitucionalizada, que visa garantir “o exercício, reconhecimento ou negação de direitos alegados e sua

Essa visão tradicional, ou seja, a jurisdição elevada à categoria fundamental e improrrogável, como dispõe o art. 5º, inc. XXXVII da CF/88 pressupõe uma atuação com força decisória vinculativa para a solução ou prevenção de controvérsias, considerada uma atividade em que o juiz deve aplicar a lei ao caso concreto.

A partir dessa visão, se verifica, como salienta Carneiro<sup>19</sup>, que “a jurisdição, monopólio do Poder Judiciário, é exercida por juízes independentes, imparciais e desinteressados”. Dessa forma, a busca da autonomia da atividade jurisdicional afastou o caráter interventivo da jurisdição, colocando a impessoalidade como fundamental para uma atividade livre de pressões<sup>20</sup>.

Ao afirmar, no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o Estado cria uma norma, que pretende garantir aos cidadãos uma prestação jurisdicional efetiva. Observa-se, desse modo, que, no modelo atual, o Estado assumiu o monopólio da jurisdição<sup>21</sup>, conferindo aos cidadãos o direito de ação.

Nesse modelo, na posição de condutor primeiro do monopólio da jurisdição, encontra-se o juiz como terceiro, que intervém na resolução do litígio, devendo fazê-lo de forma imparcial. Tal imparcialidade corrobora unicamente com o seu distanciamento do caso concreto, seja em decorrência de algum interesse pessoal, seja para agir de forma isenta, no sentido de não favorecer a qualquer uma das partes envolvidas no litígio<sup>22</sup>.

---

definição pelos provimentos nas esferas Judiciária, Legislativa e Administrativa”. Instituição esta, compreendida por princípios (ampla defesa, isonomia, contraditório, devido processo legal, etc.), portanto, considera o autor, deixa o processo de representar apenas uma *ferramenta* a serviço do juiz, visto que, não basta “positivar um **modelo** de processo assegurado na constitucionalidade por uma jurisdição exercitada por juízes como guardiões de direitos fundamentais ou depositários públicos desses direitos, porque o que vai designar a existência do **status** democrático de direito é a auto-abertura irrestrita a que o ordenamento jurídico se permite ao oferecer legalmente a todos o exercício da discursividade crítica à fiscalização (correição) processual continuada para a construção, reconstrução, confirmação, concreção, atuação e aplicação do direito vigorante”. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 170-171.

<sup>19</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 09.

<sup>20</sup> Sobre a imparcialidade e independência, segue mais adiante, reportando-se às lições de Mauro Cappelletti: “O juiz é sempre um terceiro no sentido de ser alheio ao litígio, de ser imparcial; e o comando da sentença é um imperativo ao qual as partes ficam sujeitas, é um comando super partes”. In: DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23.

<sup>21</sup> No entender de Wolkmer, o monismo se assenta como projeto da modernidade burguês-capitalista, uma vez que o padrão de juridicidade em um modo de produção capitalista, representado por uma sociedade burguesa de ideologia liberal-individualista e Estado Soberano esta ligado “a racionalidade lógico-formal centralizadora do Direito produzido unicamente pelo Estado e seus órgãos (doutrina do monismo jurídico), enquanto referencial normativo da moderna sociedade ocidental, a partir dos séculos XVII e XVIII”. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997, p. 25-6.

<sup>22</sup> No cenário atual, verifica-se um modelo conflitual de jurisdição, o qual, como refere Morais é

No Brasil, após a instituição do Estado Democrático de Direito, que acabou por redemocratizar o país, revigorou-se o constitucionalismo e a volta ao Direito<sup>2324</sup>. Sob esse aspecto, constata-se que a jurisdição, hodiernamente, não mais corresponde àquela em voga no final do século XIX, voltada à atuação do juiz no positivismo jurídico e no Estado Liberal. Assim, dá-se ênfase a chamada jurisdição constitucional<sup>2526</sup>, que visa fortalecer e efetivar os valores contidos na Constituição Federal. Todavia, em que pese o novo cenário inserido após 1988, se verifica uma crise no Poder Judiciário Brasileiro.

No modelo atual de jurisdição, como se ressalta, o juiz assume papel central, pois lhe cabe “decidir os litígios, uma vez que o sistema social não suportaria a perpetuação do conflito”<sup>27</sup>. A busca da paz social há muito é perseguida e poucos operadores jurídicos entendem, com clareza, que uma atuação para resolução do conflito pressupõe uma preocupação maior do órgão decisor.

O processo existe para viabilizar o acesso à justiça<sup>28</sup>, e dele o juiz é o guardião. Nesta posição, tem o poder-dever de dar efetivação à prestação jurisdicional segundo regras voltadas a fazer dele um canal de condução à ordem jurídica justa. Diante de um direito explícito de acesso de todos à Justiça, compete ao juiz à interpretação dos

---

“caracterizado pela oposição de interesses entre as partes, geralmente identificadas com indivíduos isolados, e a atribuição de um ganhador e um perdedor, onde um terceiro, neutro e imparcial, representando o Estado, é chamado para dizer a quem pertence o Direito”. In: MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 65.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 01-48.

<sup>24</sup> Este incorporar do constitucionalismo advém, “[...] de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional”. BARROSO, op. cit. p.47.

<sup>25</sup> Contrariando o pensamento de Chiovenda, segundo o qual, havia autonomia da ação em relação ao direito subjetivo material, defendendo a ideia de que a jurisdição somente se manifesta a partir da exteriorização da vontade do legislador, re-editando o ultrapassado entendimento de que o processo (jurisdição) possuía caráter meramente declaratório. Nesse sentido, consultar CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual**. Vol. II. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

<sup>26</sup> Compreendendo, como ensina Hesse, que “a Constituição não configura apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Ela não é apenas determinada pela realidade social, mas também determinante em relação a ela. Desse modo, a força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem até ser diferenciadas, mas não definitivamente separadas ou confundidas”. In: HESSE, Konrad – **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 15.

<sup>27</sup> MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 65.

<sup>28</sup> Revelando-se (no entender desta pesquisa) como um, entre vários modos de acionar o sistema de justiça.

preceitos constitucionais na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade, que só se alcança com a observância e aplicação imediata dos preceitos consagrados de direitos fundamentais.

Isso acaba por revelar que não há mais como se acatar os conceitos tradicionais de jurisdição, uma vez que, atualmente esta deve ser vista como jurisdição constitucional, ou seja, “jurisdição de Estado Democrático de Direito”, o que implica em uma nova compreensão do fenômeno jurisdicional, pois, como afirma Streck, “[...] no Estado Democrático de Direito, há um vínculo indissociável entre Constituição e justiça constitucional”<sup>2930</sup>.

Toda jurisdição, seja ela à do juiz de primeiro grau, seja ela à dos Tribunais superiores, está irremediavelmente comprometida com a ideia de jurisdição constitucional. Assim, o sistema de justiça só pode dar uma resposta coerente com o conteúdo material da Constituição.

A efetividade da justiça constitui preocupação recorrente, chegando-se ao ponto – mais tardiamente no Brasil – de preocupação com a “administração da justiça”. A sociologia há muito discute o tema, o sociólogo Boaventura de Sousa Santos<sup>31</sup>, por exemplo, constata que a organização da justiça civil e a tramitação processual não podem ser reduzidas tão somente à dimensão técnica e socialmente neutra, como sustentado por muitos processualistas. Aliás, a sistemática processual não é responsável em si pelas ineficiências que afetam a Justiça<sup>32</sup>.

Entendendo que a administração da justiça passa pela análise do fenômeno social, sustenta Boaventura de Sousa Santos que “a contribuição da sociologia constitui em investigar sistematicamente e empiricamente os obstáculos ao acesso efectivo à

---

<sup>29</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 361.

<sup>30</sup> Todavia, como revela Streck, ainda há, de fato, “[...] um excessivo apego à legislação infraconstitucional, que não é devidamente confrontada com a Constituição. Na prática, parcela expressiva da comunidade jurídica continua separando a legalidade da constitucionalidade, como se fosse possível separar a jurisdição ordinária da jurisdição constitucional”. Idem.

<sup>31</sup> Consultar: SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

<sup>32</sup> Nesse aspecto, convém recordar a lição de Miguel Teixeira de Sousa no Direito Português: “ Outro mito que importa desfazer é o de que o Código de Processo Civil é responsável pelas ineficiências que afectam a administração da justiça em Portugal. A verdade é outra: essas ineficiências têm muito mais a ver com a organização judiciária, com as fortes assimetrias regionais quanto à litigância, como a forma como se litiga em juízo e com a qualidade e gestão dos recursos humanos do que com a legislação processual civil. O Código de Processo Civil é sempre aplicado no contexto mais vasto da administração da justiça, pelo que não é possível atribuir-lhe *a priori*, a responsabilidade total pela ineficiência do sistema”. In: SOUSA, Miguel Teixeira de. **Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu?**. In: Revista de Processo. V. 161. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 218.

justiça por parte das classes populares com vista a propor as soluções que melhor os pudessem superar”<sup>33</sup>.

A investigação sociológica da justiça, conclui que se verificam como obstáculos ao acesso efetivo à justiça a questão econômica, a questão social e cultural<sup>34</sup>, que acabam por produzir uma dupla ou tripla vitimização das classes mais necessitadas, pois, além do conflito vivenciado, há parcelas mais carentes, que, via de regra, são protagonistas de ações de menor valor e se deparam com o fato dessas demandas serem mais caras, acarretando, portanto, a dupla vitimização, que se tornam tripla se, aliado a esses elementos, ocorrer à lentidão do julgamento dos processos, configurando, então, um custo econômico adicional e mais gravoso para os menos favorecidos<sup>35</sup>.

Desta forma, apesar de as causas de ineficácia da jurisdição residirem em vários aspectos e setores, a preocupação com administração da justiça “colocou os juízes no centro do campo analítico”<sup>36</sup>, pois cada vez mais são (ou deveriam ser) avaliados seus comportamentos, suas decisões e respectivas motivações dessas, o que acaba por refutar a falaciosa neutralidade da função jurisdicional<sup>37</sup>.

A importância dos sistemas de recrutamento e a necessária capacitação dos magistrados no campo de conhecimentos culturais, sociológicos e econômicos,

---

<sup>33</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 168.

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos considera que: “Estas verificações têm levado a sociologia judiciária a concluir que as reformas do processo, embora importantes para fazer baixar os custos econômicos decorrentes da lentidão da justiça, não são de modo nenhum uma panacéia. É preciso tomar em conta e submeter à análise sistemática outros fatores quicá mais importantes, Por um lado, a organização judiciária e a racionalidade ou irracionalidade dos critérios de distribuição territorial dos magistrados. Por outro, a distribuição dos custos, mas também dos benefícios decorrentes da lentidão da justiça. Neste domínio, e a título de exemplo, é importante investigar em que medida largos estratos da advocacia organizam e rentabilizam a sua actividade com base na demora dos processos e não apesar dela”. In: SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 169.

<sup>36</sup> Idem, p. 173.

<sup>37</sup> Boaventura de Souza Santos sustenta que a concepção da administração da justiça como instância política “consistiu em desmentir por completo a idéia convencional da administração da justiça como uma função neutra protagonizada por um juiz apostado apenas em fazer justiça acima e equidistante dos interesses das partes”. In: SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 173. Nesse sentido, Adalberto Hommerding alerta para a necessária quebra do mito da neutralidade do juiz e da “busca da verdade”, considerando que a suposta neutralidade é uma quimera, pois “o juiz, inserido na linguagem, sempre exerce atividade criadora, pois é, na compreensão, quando o ser emerge na linguisticidade, que o mundo, em seu acontecer, se abre para ele. O juiz nunca repete o passado. Participa, sim, do presente, na historicidade da linguagem. Não há, portanto, como sustentar a inexistência dos preconceitos (que existem, mas devem ser suspensos na atividade interpretativa) e o caráter não criativo do juiz, que é um agente político, inserido num processo de compreensão mundana, implicado em viver rodeado de possibilidades dadas pela historicidade”. HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 173.

normalmente negligenciados, possibilitariam aos juízes conhecer, primeiramente, a si e à função na qual estão investidos, a fim de possibilitar um distanciamento crítico para melhor exercer suas atividades em uma sociedade complexa e dinâmica como a contemporânea<sup>38</sup>.

Assim, verifica-se que a chamada crise da jurisdição, esta ligada com a crise do próprio Estado, face às fragilidades demonstradas pelos três poderes (Legislativo; Executivo e Judiciário), que gradativamente vem perdendo sua soberania e, no campo judiciário demonstrando “sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais”<sup>39</sup>.

Diante do cenário de crise da jurisdição, fala-se em uma *jurisconstrução*<sup>40</sup>, a qual “pressupõe repensar o modelo de jurisdição pela apropriação de experiências diversas”<sup>41</sup>, e, que prima pela busca do diálogo e do consenso, pois no “modelo de jurisdição atual – na maioria das vezes autoritária –, tendo o medo como princípio, repele o consenso”<sup>42</sup>.

Petrônio Calmon ressalta a necessidade urgente de uma transformação na resolução dos conflitos, com a criação de um modelo de jurisdição que “represente uma contribuição para o crescimento e mudança social, para vencer a crise da justiça e consolidar um sistema de efetivas resoluções dos conflitos”<sup>43</sup>, o qual transformará o papel do Estado, que passa de um modelo intervencionista para um modelo comprometido com a pacificação social, incentivando e supervisionando o diálogo.

Sob esse prisma, se vislumbra nos últimos anos, uma reformulação do sistema de justiça brasileiro, que acaba inserindo outras institucionalidades e respaldando práticas outras, se em comparação com um modelo apegado monismo jurídico.

### **3 A REFORMA SILENCIOSA DA JUSTIÇA BRASILEIRA E O PROJETO JUSTIÇA COMUNITÁRIA**

---

<sup>38</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 174.

<sup>39</sup> MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 76.

<sup>40</sup> Termo cunhado originalmente por José Luis Bolzan de Moraes. Nesse sentido consultar MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 81- 132.

<sup>41</sup> Op. cit. p. 65.

<sup>42</sup> Idem, p. 129.

<sup>43</sup> CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 03.

Já se observa em nosso país, a preocupação, por meio de uma reformulação da jurisdição, com a implantação de modelos outros, como por exemplo, o modelo de justiça comunitária, a qual pressupõe a utilização do instituto da mediação comunitária, para a resolução pacífica dos conflitos. Mudanças são necessárias, até porque, a constante evolução da sociedade e os novos conflitos que essas mudanças ocasionam, impõem a reestruturação das teorias jurídicas visando implantar instrumentos jurídicos adequados para garantir uma tutela jurisdicional eficiente.

No que tange ao acesso efetivo à Justiça, Cappelletti e Garth sustentam a ocorrência de três "ondas renovatórias do processo"<sup>44</sup>, e, entre elas, afirma a existência de soluções judiciais, extrajudiciais e institucionais, com vistas à solução e prevenção de litígios. Assim, 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<sup>45</sup>.

Aliás, em uma sociedade multicultural como a brasileira, buscar a solução pacífica dos conflitos concretos, bem como a prevenção da má administração desses conflitos, incentivando a cultura do diálogo e da não-violência<sup>46</sup>, constitui-se premissa necessária para a concretização do Estado Democrático de Direito<sup>47</sup>.

Nesse sentido, o Poder Judiciário Brasileiro está promovendo, uma reforma no seu sistema judiciário, a qual culminou com a criação de uma secretaria própria junto ao Ministério da Justiça<sup>48</sup>, e, implica, entre outras ações, na capacitação jurídica de líderes comunitários, preparando-os como mediadores<sup>49</sup> na solução de conflitos<sup>50</sup>.

---

<sup>44</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 31-73.

<sup>45</sup> Para Haarscher, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 explicita em seu artigo 10º que: "toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decidirá tanto sobre os seus direitos e obrigações, como sobre as razões que fundamentam qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida". In: HAARSCHER, Gui. **A Filosofia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Inst. Piaget, 1993, p. 171.

<sup>46</sup> Como afirma Muller "a reflexão filosófica não nos autoriza a afirmar que a não-violência é a resposta que oferece em todas as circunstâncias os meios técnicos para fazer face às realidades políticas, mas levamos a afirmar que ela é a pergunta que, face às realidades, nos permite em todas as circunstâncias procurar a melhor resposta". In: MULLER, Jean-marie. **O princípio de não-violência**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 145.

<sup>47</sup> Nesse sentido aliás o preâmbulo da Constituição Federal Brasileira, traz um compromisso na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

<sup>48</sup> "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. Maiores detalhes estão disponíveis em:

<<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ123F2D72ITEMID6DD8023789EE4DE69B639AEAAE6ABC03PTBRIE.htm>>. Acesso em: 15 maio 2009.

<sup>49</sup> Para Warat: "A mediação seria um salto qualitativo para superar a condição jurídica da modernidade, baseada no litígio e apoiada em um objetivo idealizado e fictício como é o de descobrir a verdade, que

Tal ação nos remete a levantar a hipótese da criação de uma *jurisdição comunitária* no Brasil, mas afinal, em que se constitui esse paradigma que emerge em nosso país?

O Ministério da Justiça Brasileiro, com a reforma pretendida, está promovendo diversas ações, entre as quais se destaca o Projeto Justiça Comunitária<sup>51</sup>, entre outros, visando o fomento e o incentivo de práticas não-adversariais de resolução de conflitos, destacando-se entres estas, a mediação.

A mediação pressupõe a facilitação do diálogo entre partes envolvidas em um conflito, com auxílio da figura do mediador<sup>52</sup>, e, que pode ou não estar vinculada ao sistema judicial tradicional, e, possibilitando a esses partícipes, o melhor entendimento sobre seus direitos, de maneira que possam elaborar e alcançar por si, a resolução de seus próprios conflitos<sup>53</sup>.

Parte da doutrina considera a mediação incluída em MASC's (Meios Alternativos de Solução de Conflitos) ou em RAC's (Resolução Alternativa de

---

não é outra coisa que a implementação da cientificidade como argumento persuasivo; uma verdade que deve ser descoberta por um juiz que pode chegar a pensar a si mesmo como potestade de um semideus na descoberta de uma verdade que é só imaginária. Um juiz que decide a partir do sentido comum teórico dos juristas, a partir do imaginário da magistratura, um lugar de decisão que não leva em conta o fato de que o querer das partes pode ser diferente do querer decidido". In: WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em nome do acordo**: a mediação no direito. Florianópolis: ALMED, 1998, p. 11-12.

<sup>50</sup> Segundo Boaventura de Souza Santos: "A experiência de justiça comunitária no Brasil está relacionada com o impulso dos tribunais de justiça estaduais em capacitar os membros das localidades mais pobres a prestar orientação jurídica e dar solução a problemas que não poderiam ser solucionados devidamente no judiciário ou por não se adequarem às exigências formais/probatórias do juízo ou porque na justiça oficial não obteriam uma pronta resposta". In: SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 52.

<sup>51</sup> "A Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ) definiu como prioridade para a atual gestão o tema "democratização do acesso à Justiça". [...] Pretende-se assim, fortalecer a cidadania e consolidar a mediação comunitária como um instrumento de resolução alternativa de conflitos.

A Mediação Comunitária é uma das mais importantes ferramentas para a promoção do empoderamento e da emancipação social. Dessa forma, a SRJ apóia projetos, por meio de convênios com as Defensorias Públicas, Governos Estaduais, Municipais, Ministérios Públicos, Tribunais de Justiça e Sociedade Civil que possuam como foco e objetivo o desenvolvimento de formas negociadas de resolução de conflitos e dos direitos do cidadão." Disponível em: <  
<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJDA9EC2A8ITEMIDF85A266875414D7D8FBF08649EFC9BA7PTBRIE.htm>> Acesso em 12.09.2009.

<sup>52</sup> O qual, conforme Christopher Moore "via de regra, tem um poder de tomada de decisão limitado ou não-oficial; ele não pode unilateralmente mandar ou obrigar as partes a resolverem suas diferenças e impor a decisão". Nesse sentido consultar: MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Tradução de Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 30. Tampouco, como revela Petrônio Calmon, "é um mero assistente passivo, mas sim, um modelador de idéias, que mostrará o sentido da realidade necessário para atingir acordos convenientes". In: CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 121.

<sup>53</sup> Nesse sentido consultar VEZZULLA, Juan Carlos. **Adolescentes, família, escola e lei**: a mediação de conflitos. Lisboa: Agora Comunicação, 2006, p. 69-70.

Conflitos)<sup>54</sup>, todavia, como referido em outro momento<sup>55</sup>, prefere-se afastar o conceito *alternativo* deste importante instituto, pois, ao empregar-se a palavra alternativa, se hierarquizará e rebaixará a mediação, se comparada ao modelo tradicional de resolução de conflitos, representado pelo processo judicial.

Desta forma, entende-se que a mediação não pode ser considerada *alternativa ao processo judicial*, até porque, como referimos, pode ser empregada de forma incidental no próprio processo ou autonomamente a ele, pois consiste “espécie do gênero justiça consensual”<sup>56</sup>, que pressupõe “um modo de construção e de gestão da vida social graças à intermediação de um terceiro neutro [...]. Sua missão fundamental é (re) estabelecer a comunicação.”<sup>57</sup>

A mediação, não se apresenta como uma novidade, aliás, a muito, é “praticada em todo o mundo na resolução de disputas interpessoais, organizacionais, comerciais, legais, comunitárias, públicas, étnicas e internacionais”<sup>58</sup>, e conhecida na Grécia antiga; Roma; Espanha<sup>59</sup>.

Todavia, no presente trabalho, se destaca a mediação comunitária, ou seja, a mediação realizada com participação preponderante de membros da própria comunidade, onde as partes conflitantes convivem. Como ressalta Sales,

A mediação comunitária é realizada nos bairros de periferia das cidades metropolitanas com o fim de propiciar o diálogo entre as pessoas que convivem cotidianamente, solucionando conflitos e possibilitando a paz social. Os mediadores comunitários são geralmente moradores da própria comunidade que são capacitados por meio de cursos de mediação de conflitos e trabalham voluntariamente ou não (dependendo da instituição a qual estão vinculados).<sup>60</sup>

---

<sup>54</sup> Entre os doutrinadores consultados, destacamos: Nadia Martins, in: MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Resolução alternativa de conflito: complexidade, caos e pedagogia**. Curitiba: Juruá, 2006 e, Fernanda Tartuce, in: TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

<sup>55</sup> Sobre tal posição consultar: MELEU, Marcelino. *Mediação Comunitária: um Novo Modelo de Jurisdição*. In: MELEU, M.; GAGLIETTI, M.; COSTA, T. N. G. **Temas Emergentes no Direito**. Passo Fundo: IMED, 2009, p. 57-74.

<sup>56</sup> Comungamos do entendimento de Morais e Spengler. Aliás, tais doutrinadores consideram ainda, que a mediação “poderia ser definida como a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o instituto de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal”. MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 133.

<sup>57</sup> Idem.

<sup>58</sup> MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Tradução de Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 27.

<sup>59</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *A mediação nos processos de família ou meio de reduzir o litígio em favor do consenso*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação**. Vol. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 105-141.

<sup>60</sup> SALES, Lília Maia de Morais. **Mediação de conflitos: família, escola e comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 202.

Esse modelo, conta com diversas experiências de sucesso pelo Brasil, tais como, as casas de mediação comunitária espalhadas pelo Ceará<sup>61</sup> e o projeto de mediação comunitária no bairro da Lomba do Pinheiro em Porto Alegre<sup>62</sup>, no bairro Zácchia em Passo Fundo<sup>63</sup> entre outros, o que aponta, que do Sul ao Nordeste, o país está se abrindo para outra forma de solucionar os conflitos, que não apenas aquela tradicional via do processo judicial, revelando um reconhecimento dos próprios cidadãos como atores principais da resolução de seus conflitos. Tal situação, devolve às partes, a identidade perdida com o processo judicial, uma vez que neste, passam a serem conhecidas apenas, como: autor/réu; demandante/demandado; reclamante/reclamado, etc.

A mediação comunitária, agora revigorada e amparada pelo Poder Judiciário, já foi detectada na década de 70, em estudo nas favelas do Rio de Janeiro. Sobre essa experiência, o sociólogo português Boaventura de Souza Santos ressalta, que

foi possível detectar e analisar a existência no interior destes bairros urbanos de um direito informal não oficial, não profissionalizado, centrado na Associação de moradores que funcionava como instância de resolução de litígios entre vizinhos, sobretudo nos domínios da habitação e da propriedade da terra.<sup>64</sup>

Apesar da importância deste instituto, deve haver o cuidado, especialmente por parte do jurista, para evitar um clima de pan-mediação, ou seja, de torná-la a tábua de salvação, no mar da crise do judiciário, uma panaceia para a resolução de conflitos, uma vez que, não se coaduna com todas as situações conflituosas da sociedade. Nesse sentido, importa destacar como lembra Tartuce, que “estão excluídos do espectro da mediação conflitos relativos a direitos absolutamente indisponíveis, em relação aos quais nem mesmo a lei permite transação”<sup>65</sup>.

Desta forma, verifica-se a importância do processo para o acesso à justiça, todavia, merecendo uma (re) leitura de fonte de direito e, portanto afeito às reformas e as ações do Ministério da Justiça antes mencionadas. Tal (re) leitura, identifica que de forma incidental estão sendo introduzidas, muito em função da reforma silenciosa de

---

<sup>61</sup> Maiores detalhes consultar: Sales, *ibidem*.

<sup>62</sup> A íntegra do projeto pode ser consultada na obra MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 253-256.

<sup>63</sup> Íntegra e detalhes do projeto estão disponíveis em < <http://www.justicacomunitariapf.blogspot.com/> > Acesso em 12.03.2012.

<sup>64</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 12 ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 175.

<sup>65</sup> TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008, p. 264-65.

que se relatou anteriormente, práticas não-adversariais de resolução de conflitos, com destaque a conciliação e a mediação.

Convém ressaltar que em obediência a voluntariedade, princípio que deve ser respeitado na mediação, “por certo que serão inúmeras as situações em que a instauração de processo será o único caminho para a solução de controvérsias”<sup>66</sup>, todavia, as experiências existentes, demonstram o quão salutar corresponde esse instituto que agora esta prestes a ser recepcionado no novo código de processo civil.

Os modelos existentes no país, que merecem um olhar mais apurado, certamente embasou tal proposta, até porque, “a jurisdição, como nós conhecemos hoje, é um mero momento histórico, sendo recomendável que se observe que esse mesmo fenômeno evolutivo pode estar produzindo, nos dias atuais, uma nova ordem de realização da justiça”, que deve ser explorado, pois “indicador de um futuro inesperado”, que o mundo da vida nos traz, uma vez que “a política altera-se constantemente e com ela alteram-se a economia, a jurisdição e outras áreas da sociedade organizada”<sup>67</sup>.

Enfim, deve-se estar atento às mudanças que impliquem na consolidação da cidadania e efetivação dos direitos humanos, pois, como afirma Warat, os termos *cidadão* e *Direitos Humanos* tornam-se cada dia mais sinônimos, podendo no futuro designar a mesma coisa, ou nada. Assevera Warat que “o futuro (condições e perspectivas semiológicas filosófico-existenciais) da cidadania e dos Direitos Humanos é a mediação como cultura e como práticas para sua realização na experiência cotidiana das pessoas”<sup>68</sup>.

Para tanto, se necessita de uma justiça cidadã, com um juiz-cidadão, “que substitui o tipo e os conceitos pela forma de ver”, considerando sua intervenção (interpretação) nos conflitos como “gestão de potências”<sup>69</sup>. Os magistrados e os juristas em geral, aos poucos, reconhecem que “a cultura da mediação tem como uma de suas principais finalidades ajudar a que se possa aprender como repensar o pensamento”<sup>70</sup>, pois urge uma humanização da justiça.

---

<sup>66</sup> BALERA, V. M. R. P. Proposta de mediação e Ministério Público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano (coords.). **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 43-8.

<sup>67</sup> CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 38.

<sup>68</sup> WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 110.

<sup>69</sup> Op. cit. p. 166.

<sup>70</sup> Idem, p. 164.

Essa humanização é descrita pela Ministra Nancy Andrichi como uma *justiça doce*, que propicia o diálogo e toma o lugar de uma sentença “que corta a carne viva”.<sup>71</sup> Portanto, se assenta na aderência por parte desta e de seus operadores em uma vinculação em prol da efetivação de direitos fundamentais. Mas ao contrário do que muitos pensam, o processo não está afastado desta preocupação, desde que concebido como fonte de resolução de conflitos que impulsiona os programas de um Estado gestor forte<sup>72</sup>, que busque efetivar uma democracia participativa em nosso ordenamento.

Assim, o ordenamento jurídico não pode ser compreendido somente como um conjunto de normas, até porque, “é uma entidade que por um lado se move conforme as normas, mas, sobretudo, por outro, ele mesmo as move [...]”. Deste modo, elas representam mais o objeto e o meio da atividade do ordenamento, do que um elemento de sua estrutura”<sup>73</sup>.

Nesta concepção, a inserção de institutos<sup>74</sup>, como o da mediação, em nosso ordenamento, se mostra avessa à objetivação deste e, conseqüente esgotamento, até porque, “a chamada “objetividade” do ordenamento jurídico não pode ser reduzida e limitada às normas jurídicas”<sup>75</sup>, uma vez que, estas “são ou podem ser uma parte do ordenamento jurídico, mas estão bem longe de esgotá-lo”<sup>76</sup>.

Alguns estudos apontam no sentido de considerar a mediação “como um dos principais modos de regulação dos conflitos sociais, como um dos elementos essenciais que participam na constituição do elo social”<sup>77</sup>, vislumbrando as exigências e os objetivos da democracia, “a questão da mediação é verdadeiramente política e importante”<sup>78</sup>, todavia, “para que a mediação possa preencher toda a sua função social, importa que a autoridade pública participe diretamente no desenvolvimento da sua

---

<sup>71</sup> Nesse sentido, consultar prefácio de SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos**: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

<sup>72</sup> DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de La Justicia Y El Poder Del Estado**: análisis comparado del proceso legal. Chile: Editora Jurídica de Chile, 2000, p. 248.

<sup>73</sup> ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 69.

<sup>74</sup> Neste ensaio o conceito de instituição utilizado remete aquele descrito por Santi Romano, o qual considera esta como “direito objetivo justamente por ser uma entidade, um corpo social que possui, no mundo jurídico, uma existência efetiva, concreta, objetiva. Ela implica em relações, mas não se esgota nelas, ou melhor, é pré-ordenada em relação às mesmas, no sentido de que ela consiste em organização ou estrutura que é necessária para as relações[...]”. In: ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 106.

<sup>75</sup> Idem, p. 74.

<sup>76</sup> Ibidem.

<sup>77</sup> MULLER, Jean-marie. **O princípio de não-violência**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 174.

<sup>78</sup> Idem.

institucionalização”<sup>79</sup>, pois é de interesse público, o que revela que a participação do ente público se faz necessária, ou, financiando ações que incentivem a mediação, ou, não objetando estas, em prol de métodos repressivos que comumente o Estado utiliza.

#### **4 O PLURALISMO JURÍDICO COMUNITÁRIO E A AUTOPOIESE DO DIREITO**

A sociedade moderna tem o compromisso de enfrentar eventuais complexidades que possam surgir a partir da produção de decisões díspares, pois “não é mais possível se manter a concepção medieval dominante de Direito, o Direito natural: Direito eterno, imutável, indiferente às transformações sociais”<sup>80</sup>. Partindo dessa premissa, é possível pensar em sociedade que objetiva a produção da diferença, como descreve a pensamento luhmanniano.

Tal produção de diferença é possível através de uma autorreprodução do sistema, mas “somente por meio de uma estruturação limitante, um sistema adquire a suficiente direção interna que torna possível a autorreprodução”<sup>81</sup>. Nessa perspectiva, o estudo da autopoiese, enquanto redefinição da perspectiva de produção do sentido, com autonomia perante o ambiente, a partir da ideia de sistema, torna-se relevante.

Isso ocorre basicamente em face da transformação das sociedades. Nesse aspecto, convém destacar que nas sociedades modernas, consideradas hiper-complexas, está surgindo uma nova cultura jurídica, que necessita responder a conjunturas nascidas em meio a esta complexidade<sup>82</sup> na qual se inserem as sociedades.

Dessa forma, para pensar do ponto de vista normativo na hiper-complexidade e manter-se, de certa maneira, a autopoiese, ter-se-á que pensar em provocar irritações

---

<sup>79</sup> Ibidem.

<sup>80</sup> ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTS, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 13.

<sup>81</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 113.

<sup>82</sup> No tocante à complexidade, Luhmann ressalta que “nas primeiras tentativas de obter uma formulação geral da Teoria dos Sistemas (anos 1950 e 1960), o problema da complexidade aparecia como tema central, ao lado do problema da racionalidade, no sentido da descrição dos obstáculos que poderiam impedir um planejamento bem sucedido do sistema. [...] Inicialmente, o ponto central das deliberações sobre o tema da complexidade residia na diferença (gradiente) de complexidade que se estabelecia entre sistema e meio. Como ponto de partida, o meio foi entendido como sendo dotado de complexidade bem maior do que o sistema, devendo ser assim estabelecida uma diferença de complexidade entre eles.” In: LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 178-179.

dentro do sistema do Direito, de maneira que a lógica estrutural não se restrinja somente à organização estatal e à Constituição<sup>83</sup>.

Tais lacunas, evidenciadas na incapacidade do sistema jurídico de relacionar a pragmática jurídica e a teoria jurídica, representam a distância entre a dogmática jurídica e sua incidência social. A questão, em especial das relações continuadas em comunidade está nessa situação, sendo que para que o direito apresente uma resposta adequada à problemática, deve voltar-se à teoria dos sistemas<sup>84</sup>, a qual apresenta uma nova concepção de direito.

Diante desse contexto, imperioso o estudo de algumas posturas teóricas centradas na autopoiese e na teoria sistêmica.

#### 4.1 Autopoiese e teoria sistêmica

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 Rocha<sup>85</sup>, 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

---

<sup>83</sup> TEUBNER, Gunther. **A crise da causalidade jurídica**. In: Direito, sistema e policontextualidade. São Paulo: Unimep, 2005.

<sup>84</sup> Tal teoria, como revela Leonel Severo Rocha, está “apta a pensar o Direito como componente de uma estrutura social complexa e paradoxal. Na classificação das matrizes da teoria jurídica contemporânea, já se tinha salientado a existência de uma Matriz Sistêmica. Porém, os últimos trabalhos de Luhmann, notadamente a partir dos conceitos de risco e paradoxo, permitem um passo à frente para a compreensão da hipercomplexidade da sociedade atual. Esta teoria da sociedade permite o contato na teoria jurídica entre os aspectos externos e internos, entre a práxis e a teoria, superando as concepções dogmáticas dominantes”. In: ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed.. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 94.

<sup>85</sup> ROCHA, Leonel Severo. A produção sistêmica do sentido do direito: da semiótica à autopoiese. In: STRECK, Lênio Luiz; Moraes, 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.

explicitadas antes, como também acrescentou elementos polêmicos, sobretudo à teoria do conhecimento, com relação à forma como os sistemas orgânicos deveriam ser vistos<sup>86</sup>.

Os sistemas orgânicos, para os biólogos referidos, são sistemas *fechados*, *autorreferenciados e autopoieticos*. Ou seja, um organismo vivo (um animal, um vegetal, uma bactéria etc) constitui um sistema, pois apresenta todas as características de um sistema, com partes vinculadas, elementos interdependentes, que funcionam, se mantém 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”<sup>87</sup>. Assim, em que pese já se admitir que organismos vivos deveriam ser vistos como sistema, Maturana e Varela 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 operacional<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> 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 comunidad de observadores; b. proposición de un sistema conceptual capaz de generar el fenómeno a explicar de una manera aceptable para la comunidad de observadores (hipótesis explicativa); c. deducción a partir de b de otros fenómenos no considerados explícitamente em su proposición, así como la descripción de sus condiciones de observación em la comunidad 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.

<sup>87</sup> 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 Varela 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, incommunicáveis, 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*.

<sup>88</sup> Nesse sentido, consultar MATURANA, H e VARELA, 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.

## 4.2 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 Varela faz com que ele parta do pressuposto de que é possível comparar, em uma teoria da sociedade, diversos sistemas voltados para uma determinada função<sup>89</sup>.

Luhmann<sup>90</sup> 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 Rocha<sup>91</sup>, “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”<sup>92</sup>. 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

---

<sup>89</sup> 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.

<sup>90</sup> 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 exigiría una observación ulterior”. In: LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007, p 04.

<sup>91</sup> 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.

<sup>92</sup> LUHMANN, Niklas, **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Colección Teoría Social, 2002, p. 90.

nem de operações comunicativas nem das estruturas<sup>93</sup>. Isso permite chegar ao conceito de autopoiesis em Luhmann<sup>94</sup>.

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 Rocha<sup>95</sup>, “esta se torna, em um mundo onde o direito é fragmentado em um pluralismo em que o Estado é apenas mais uma de suas organizações, um referente decisivo para a configuração do sentido.” Assim, a *policontexturalidade* 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”<sup>96</sup>, 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”<sup>97</sup>. Assim, para Teubner a autopoiese está em evolução permanente<sup>98</sup>.

O autor, dessa forma, considera que os subsistemas sociais “constituem unidades que vivem em clausura operacional, mas também em abertura informacional-

---

<sup>93</sup> Op. cit., p. 91.

<sup>94</sup> 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.

<sup>95</sup> 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.

<sup>96</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1993, p. 2.

<sup>97</sup> Idem, ibidem, p. 19.

<sup>98</sup> 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: Calouste Gulbekian, 1993, p. 77.

cognitiva em relação ao respectivo meio envolvente”<sup>99</sup>, 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 como a brasileira, onde há uma maior incidência de complexidades. Exemplo disso foi vivenciado recentemente com a inclusão pelo Ministério da Justiça de projetos que estimulam a participação da sociedade no tratamento de seus conflitos, como ocorre no projeto Justiça Comunitária. Não estaria tal situação, revelando que conceitos e estruturas tradicionais merecem uma análise autopoietica, com vistas a efetivar o Estado Democrático de Direito que prima pela dignidade da pessoa humana e, assim, recepcionando uma *jurisdição comunitária*?

Nesse cenário, como refere Wolkmer<sup>100</sup>, “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”<sup>101</sup>, que não obstaculiza a sua juridicidade<sup>102</sup>.

Assim, diante deste cenário complexo e, de crise do Estado, e, com o intuito de refletir sobre o tema, sem pretensão de esgotá-lo é que se apresenta este pequeno ensaio, pois a jurisdição, enquanto forma de dizer o direito apresenta mutações, ou em outras

---

<sup>99</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1993, p. 140.

<sup>100</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997, p. 168.

<sup>101</sup> Op. cit., p. 173.

<sup>102</sup> 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.

palavras, a forma de comunicação<sup>103</sup> do sistema jurídico esta em debate. Aliás, a comunicação constitui os sistemas sociais, os quais, portanto concretizam a realidade social<sup>104</sup> e, “é instaurada como processo emergente no processo de civilização”<sup>105</sup>, portanto, contribuindo para o desenvolvimento social, uma vez que este, “pode ser compreendido como ampliação das prestações comunicativas”.<sup>106</sup>

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou estimular a reflexão e incitar o debate acerca da transformação evidenciada na jurisdição brasileira, voltando os olhos a um novo paradigma emergente, a jurisdição afeita à mediação comunitária. Nesse contexto, procura-se identificar a crise da prestação jurisdicional e a necessidade de se pensar em uma construção de um modelo de jurisdição voltado à cidadania e a efetivação dos Direitos Humanos.

O pensamento jurídico pós Constituição de 1988, deve estar voltado à concretização dos direitos humanos e, para tanto, urge a humanização do Direito e da

---

<sup>103</sup> Aqui apresentada no sentido Luhmanniano, como “síntese entre a informação, o ato de comunicação e a compreensão”. Nesse sentido consultar: ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

<sup>104</sup> Pierre Guibentif, lembrando Luhmann aduz que “o autor assume a posição mais radical” ao afirmar que na sociedade não há sujeitos, pois os sistemas sócias são constituídos por comunicações, sendo os seres humanos apenas elemento do contexto da sociedade. In: GUIBENTIF, Pierre. **Teorias Sociológicas Comparadas e Aplicadas**. Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhmann face ao Direito. Revista Novatio Iuris, ano II, nº 3, p. 09-33, julho de 2009, p. 13. Sobre tal posição, Michael King esclarece que: “Luhmann afirma de forma bem clara que a autopoiese ‘impossibilita o humanismo’. Seu motivo é que não há no mundo social ‘nenhuma unidade autopoietica de todos os sistemas autopoieticos que constituem o ser humano’. No entanto, acrescenta, isso não é para negar que todos somos humanos, mas para rejeitar a ideia da humanidade das pessoas como ponto de partida para qualquer análise científica da sociedade moderna. [...] a intenção de Luhmann era dar uma alternativa ao que ele vê como formas ultrapassadas [...] de explicar a relação dos seres humanos com a sociedade do final do século XIX, através da cisão da consciência numa identidade pessoal e numa identidade social (por exemplo, o ego e superego de Freud). O que a autopoiese rejeita portanto, é o tipo de análise que parta da premissa ‘é tudo acerca da pessoa’, mas, longe de destruir o indivíduo, Luhmann pretende ‘reformular a consciência individual numa forma de sistema teórico’”. Este autor ainda adverte que os indivíduos, indubitavelmente se constituem como sistemas psíquicos, e, assim, acabam outorgando “coerência e significado a sistemas de sentido diferenciados no universo social”. KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 90.

<sup>105</sup> NAFARRATE, Javier Torres. **Galáxias de Comunicação: o legado teórico de Luhmann**. In: Lua Nova: Revista de Cultura e Política, nº 51. São Paulo: CEDEC, 2000, p. 151. Aliás, fundamentando tal afirmação, o autor citado, aduz que “os seres humanos tornam-se dependentes desse sistema emergente de ordem superior, cujas características fazem com que eles possam eleger os contatos que desejam entabular com os outros seres humanos. Esse sistema de ordem superior é o sistema de comunicação chamado sociedade”. Op. cit. p. 151.

<sup>106</sup> Ibid.

Justiça, com distanciamento de uma concepção normativista dos métodos de resolução de conflitos, em especial no que tange a conflitos envolvendo relações continuadas (família, vizinhança).

Nesse sentido, se identifica as reformas, inseridas nos últimos anos no Brasil pelo Ministério da Justiça, que acabou por criar uma Secretaria da Reforma do Judiciário, tendo como uma de suas ações basilares a capacitação de agentes comunitários para meios de resolução pacífica de conflitos. Entre esses, incentiva-se a mediação comunitária, até porque, para que esta possa completar toda sua função social é fundamental que as autoridades públicas participem efetivamente da sua construção e implementação.

Se a jurisdição, como conhecida hoje, é um mero momento histórico, deve-se desenvolvê-la de modo a outorgar cidadania aos jurisdicionados. Para tanto, necessita-se estar atento às mudanças que impliquem na consolidação desta cidadania e efetivação dos direitos humanos, pois, os termos *cidadão* e *Direitos Humanos* tornam-se cada vez mais unívocos.

Desta forma, um olhar para o futuro da cidadania e dos Direitos Humanos passa por um novo horizonte de jurisdição, com a construção de um modelo mais humano e que melhor atenda as necessidades de uma comunidade multicultural como a brasileira e, nesse sentido, o incentivo à mediação como cultura e como prática para sua realização na experiência cotidiana das pessoas, surge como um novo modelo de jurisdição em construção em nosso país, voltado a uma participação cidadã.

Na mediação comunitária encontra-se uma participação democrática dos cidadãos, uma vez que neste modelo se estimula sua participação ativa, propiciando a inclusão social através de um efetivo acesso à justiça, além de desenvolver nos jurisdicionados uma cultura de paz, superando o modelo de jurisdição que tem o medo como princípio e repele o consenso. Por isso, a mediação, principalmente aquela voltada à comunidade, pressupõe a humanização das relações sociais e uma jurisdição com essa preocupação, voltada à construção de um novo paradigma de justiça.

Para uma reforma jurisdicional vinculada a efetivação de direitos fundamentais, com conseqüente concretização dos direitos humanos – os quais foram reconhecidos nas últimas décadas, mas ainda apresentam um déficit de concretização -

faz-se necessário um olhar voltado ao outro. A preocupação com a outridade<sup>107</sup> introduz um novo conceito de justiça, o qual pressupõe a busca por uma micro-justiça do cotidiano e respeita as possibilidades reais e cotidianas de uma vida digna.

Um modelo de jurisdição, voltado para a prevenção e correta administração de conflitos habituais, tem por escopo o incentivo ao diálogo e promoção da não-violência, características essas, próprias da medição – eis que surge uma justiça cidadã e, portanto, mais humanizada.

Assim, a mediação de conflitos desafia o sistema de justiça tradicional do ordenamento jurídico brasileiro e, surge como uma nova institucionalidade que efetiva o acesso à justiça, uma vez que, “o caráter de instituição [...] deve ser encontrado na comunidade dos Estados”<sup>108</sup> e, neste contexto as experiências mundiais e, brasileiras, desde passárgada<sup>109</sup> demonstram que a comunidade esta engajada em promover práticas diversas das implementadas pela jurisdição tradicional, sem, contudo, afastá-la.

Nesse sentido, em uma perspectiva ainda embrionária, percebe-se que com tais ações, o monismo jurídico abre espaço ao pluralismo jurídico, enquanto paradigma original que tem por fundamento um viés pluralista e democrático, e, sendo entendido, como pressupõe Wolkmer, como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, como razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais de uma determinada comunidade.

Isso revela que o sentido da jurisdição e do direito está no centro do debate das teorias jurídicas contemporâneas, situação, aliás, que objetivou o presente trabalho, que optou por abordar tal questão, através da análise paradigmática do projeto “justiça comunitária”, pelo viés sistêmico-autopoietico. Nesse contexto, evidenciou-se que Maturana e Varella iniciaram o debate sistêmico ao fixarem a observação dos seres vivos centrada na sua organização e na estrutura criada<sup>110</sup>.

Se para Maturana e Varella a autopoiese ocorre através de três pressupostos básicos, quais sejam os conceitos de *observador*, *organização* e *estrutura*, Niklas

---

<sup>107</sup> “A outridade define a natureza da relação ética que une cada homem com seu semelhante.” In: WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 104.

<sup>108</sup> ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 99.

<sup>109</sup> Experiência relatada por Boaventura de Souza Santos. In: SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 12 ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 175.

<sup>110</sup> MATURANA ROMESÍN, Humberto; VARELLA, Francisco. **El árbol del conocimiento**. Las bases biológicas del entendimiento humano. Buenos Aires: Lumen, 2003, p. 24.

Luhmann, por seu turno, defende que tal conceito de autopoiese para a biologia deve ser utilizado na análise da sociedade, substituindo-se a unidade auto-referencial principal do sistema de Maturana, que é a vida, para a noção de comunicação. Com isso, Luhmann permite que se aplique a autopoiese à problemática da produção de sentido no direito e na sociedade.

Luhmann, com a autopoiese, pretende avançar a uma teoria da comunicação que permitiria à teoria do direito acesso a novas questões de sentido. Assim, a comunicação passa a ser o elemento principal do direito da sociedade, sendo esta uma síntese de três momentos: informação, ato de comunicação e compreensão <sup>111</sup>.

Se a jurisdição, enquanto forma de dizer o direito apresenta mutações, ou em outras palavras, a forma de comunicação<sup>112</sup> do sistema jurídico esta em debate, a teoria sistêmica permite, ao nosso sentir, a atribuição de um novo sentido ao direito, com uma análise mais acurada de projetos como o “justiça comunitária”, pois analisa o subsistema jurídico em conjunto com outros subsistemas (comunidade, política, economia, etc...), bem como, com a contribuição de Teubner, a policontextualidade e o direito hipercíclico. Isso permite examinar a evolução da autonomia do sistema do direito, possibilitando a inserção de uma “jurisdição comunitária”, ou dito de outro modo, uma forma de comunicação do sistema jurídico, conduzida pela própria comunidade.

## REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 6. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1994.

BALERA, V. M. R. P. Proposta de mediação e Ministério Público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coords.). **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Atlas, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

---

<sup>111</sup> LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Trad.: Anabela Carvalho. Lisboa: Vega, limitada, 3. ed., 2001, p. 50-54.

<sup>112</sup> Aqui apresentada no sentido Luhmanniano, como “síntese entre a informação, o ato de comunicação e a compreensão”. Nesse sentido consultar: ROCHA, Leonel Severo. **Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico**. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jeam. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

- BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2010.
- CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.
- CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual**. Vol. II. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de La Justicia Y El Poder Del Estado: análisis comparado del proceso legal**. Chile: Editora Jurídica de Chile, 2000.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. I. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GUIBENTIF, Pierre. **Teorias Sociológicas Comparadas e Aplicadas**. Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhmann face ao Direito. Revista Novatio Iuris, ano II, nº 3, p. 09-33, julho de 2009.
- HAARSCHER, Gui. **A Filosofia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Inst. Piaget, 1993.
- HESSE, Konrad – A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. A mediação nos processos de família ou meio de reduzir o litígio em favor do consenso. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação**. Vol. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Ed. Herder/Universidad Iberoamericana, 2007.
- \_\_\_\_\_. **A improbabilidade da comunicação**. Trad.: Anabela Carvalho. Lisboa: Vega, limitada, 3. ed., 2001.
- \_\_\_\_\_. **Introdução à teoria dos sistemas**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.
- \_\_\_\_\_. **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Colección Teoría Social, 2002.

MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Resolução alternativa de conflito: complexidade, caos e pedagogia**. Curitiba: Juruá, 2006.

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

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

MELEU, Marcelino. Mediação Comunitária: um Novo Modelo de Jurisdição. In: MELEU, M.; GAGLIETTI, M.; COSTA, T. N. G. **Temas Emergentes no Direito**. Passo Fundo: IMED, 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – Reforma do Judiciário. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ123F2D72ITEMID6DD8023789EE4DE69B639AEAAE6ABC03PTBRIE.htm>>. Acesso em: 15 maio 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – Reforma do Judiciário. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJDA9EC2A8ITEMIDF85A266875414D7D8FBF08649EFC9BA7PTBRIE.htm>> Acesso em 12.09.2009.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Tradução de Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MULLER, Jean-marie. **O princípio de não-violência**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

NAFARRATE, Javier Torres. Galáxias de Comunicação: o legado teórico de Luhmann. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, nº 51. São Paulo: CEDEC, 2000

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

PROJETO JUSTIÇA COMUNITÁRIA EM PASSO FUNDO. Disponível em <<http://www.justicacomunitariapf.blogspot.com/>> Acesso em 12.04.2011.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTS, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

\_\_\_\_\_. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed.. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

\_\_\_\_\_. 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.

ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SALES, Lília Maia de Morais. **Mediação de conflitos: família, escola e comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

\_\_\_\_\_. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 12 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. Vol. 1. 6. ed. São Paulo, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu?**. In: Revista de Processo. V. 161. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

\_\_\_\_\_. A crise da causalidade jurídica. In: TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. São Paulo: Unimep, 2005.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Adolescentes, família, escola e lei: a mediação de conflitos**. Lisboa: Agora Comunicação, 2006.

WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em nome do acordo: a mediação no direito**. Florianópolis: ALMED, 1998.

\_\_\_\_\_. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

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