

Juízes leigos comunitários: acesso à Justiça nas cidades¹

Delton Ricardo Soares Meirelles²

• A CRISE DE LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO FORMAL PARA A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DA PÓS-MODERNIDADE

Uma das mais pulsantes questões sobre os juízes é a de sua legitimidade democrática. Pode-se supor, a partir de Cappelletti³, que este debate surge com o Estado de Direito, em que as revoluções liberais questionam o poder dos juízes de controlar os outros poderes estatais legitimados. É o caso da Revolução Francesa, em que os magistrados eram objeto de desconfiança por parte do poder revolucionário burguês, pois eram vistos como remanescentes do *Ancien Régime*.

Este propósito técnico, no entanto, não pode ter caráter exclusivo, pelo novo papel na magistratura assumido no Estado Democrático de Direito. Com efeito, a função meramente burocrática da atividade judicial era típica do modelo de Estado Liberal, em que o papel dos juízes limitava-se a declarar o direito preexistente. Nessa era, a segurança jurídica era alcançada por uma jurisdição pautada por critérios técnico-profissionais, fundadas em legislação enraizada em situações pretéritas, estabilizadas ao longo do tempo, constituindo a base para uma magistratura neutralizada axiologicamente⁴. Neste sentido, tem-se a Codificação Napoleônica de 1810 como criadora da figura do juiz sem rosto, membro da ordem racional-legal do Estado de Direito, capaz de garantir previsibilidade à reprodução do mundo mercantil e certeza jurídica na administração do direito^{5 e 6}. Assim, consoante observação de Ovídio Baptista, havia uma clara “*redução do Direito ao ‘mundo jurídico’ de tal modo que o ‘jurídico’ isole-se do ‘político’*”⁷.

A primeira metade do século XX, como bem assinalado por Cappelletti⁸, marca a institucionalização de novas gerações de direitos⁹ (inicialmente os chamados *direitos sociais*, seguidos pelos *direitos coletivos*), com a conversão do “Estado legislativo” liberal em *Welfare State*. As constituições do séc. XX não se limitavam a dizer estatisticamente o que é o direito, estabelecem e impõem, sobretudo, diretrizes e programas dinâmicos de ação futura¹⁰. Esta transição provocou a expansão do Estado em todos os seus ramos, com uma certa

¹Trabalho apresentado no Grupo de trabalho “Os Novos Desafios do Direito Urbanístico”, no XIV Encontro Nacional do CONPEDI

² Professor assistente da UFF, vinculado ao departamento de processualística e prática forense (SPP/UFF) e ao Grupo de Pesquisa “Sociedade, Direito e Justiça”, do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito – UFF

³ CAPPELLETTI, Mauro. *Controle judicial das leis no direito comparado*, p. 41.

primazia do poder Executivo, o qual passa a manter um aparelho administrativo mais complexo, a fim de integrar e dar atuação prática aos direitos reconhecidos pelo Parlamento¹¹.

O papel do governo neste novo Estado (*Welfare State*, "Estado administrativo", "Estado de polícia" etc.) não pôde mais se limitar a ser um "gendarme" ou "night watchman", e sim um governo promocional, garantidor dos direitos sociais previstos em suas constituições¹², surgindo como "*uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania*"¹³. Conseqüentemente, este "*Estado é mais complexo do que outrora e que as relações jurídicas se multiplicaram*"¹⁴ e, conforme adverte Cappelletti, há "*perigo de abusos por parte da burocracia, a ameaça da situação de 'tutela' paternalística, quando não de opressão autoritária, sobre os cidadãos por parte do onipresente aparelho administrativo*"¹⁵.

A pós-modernidade, com suas diferentes concepções¹⁶, também influencia o papel dos juízes no contexto social. O Judiciário, assim, representa o necessário contrapeso à paralela expansão dos "ramos políticos" do Estado moderno. No entanto, a partir do momento em que o Judiciário passa a apreciar os novos direitos (sociais ou coletivos, que envolvem problemas

⁴ VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. *Corpo e alma da magistratura brasileira*, p. 29; CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 33. Também merece destaque a observação de Hespanha, para quem "*se há algo que caracteriza o pensamento jurídico dos últimos dois séculos é a sua multiforme reacção contra o domínio do exclusivo da criação do direito pela vontade popular(...)No fundo, tratar-se-ia, para os juristas, de salvar um monopólio de dizer o direito, que sempre lhe pertencera e de que a fase mais radical da Revolução francesa (...)os tentara expropriar. (...)No entanto, a explicação parece ter que ser mais vasta, pois nesse esforço de 'des-democratização' (hoc sensu) do direito colaboraram também políticos e intelectuais. Neste sentido, a explicação podia provir antes de uma tendência de mais longo curso no sentido de salvar para uma elite cultural (grosso modo, os intelectuais, os políticos) aquele poder constituinte que a filosofia política vinha, desde o séc. XVII, entregando nas mãos do povo. Estaríamos, então, perante um dos paradoxos típicos do pensamento político democrático europeu*". (*Cultura jurídica europeia*, p. 351).

⁵ VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. *Corpo e alma da magistratura brasileira*, p. 33.

⁶ Simbólica era a construção feita por Carl Smith, no início do século XX. Para este jurista, competia aos tribunais o papel de custódia da Constituição, constituindo meros órgãos burocráticos, sem idoneidade para tomar decisões políticas.

⁷ *Processo e Ideologia*, p. 303.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, pp. 31/61.

⁹ BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Controle judicial das leis no Direito Comparado*. Destarte, os juízes assumem um papel mais criativo e menos legalista, como observa Trocker: "*(...)si viene a riconoscere ai giudici un potere di integrazione creatrice che si esplica secundum constitutionem e si dirige contra legem: vale a dire, i giudici sono chiamati a sostituire all'inerzia degli organi legislativi per adeguare la legislazione vigente in una determinata materia al preceito costituzionale rimasto ineseguito, o addirittura per creare ex novo una determinata disciplina 'normativa'*" (*Processo civile e costituzione*, p. 142)

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*

¹² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 41.

¹³ VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 22.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*, p. 23.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 45.

¹⁶ Tais como a globalização/mundialização (HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*), pós-fordismo (BEYNON, Huw. "*As práticas do trabalho em mutação*"), reformas administrativas e Estado gerencial (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser *et alii*. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*) etc.

complexos e dados sociais, econômicos e políticos), deixa de lado seu papel burocrático (no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei), para assumir uma interpretação mais condizente com esta nova realidade jurídica¹⁷, pois não pode se limitar às leis e aos precedentes. Como lembrado por Zaffaroni, “*a produção legislativa impulsionada unicamente pelo clientelismo político provocam um maior protagonismo político dos juízes, com o conseqüente aumento de suas faculdades discricionárias*”¹⁸. Esta discricionariedade judicial (qualificada como “criatividade”, segundo Cappelletti) surge “*pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais*”¹⁹.

A judicialização das questões sociais e políticas demanda um poder Judiciário com um formato institucional compatível com as exigências contemporâneas²⁰ e ²¹. Com isso, o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”.²² Neste sentido, diz Barbosa Moreira que “*já se vai recolhendo ao museu dos mitos a idéia da ‘neutralidade política’ do Judiciário*”.²³

¹⁷ “*Na fase do Estado pós-social, quando aos direitos de somam-se os direitos de a, que correspondem ao surgimento de novos atores sociais, o poder Judiciário deve ser identificado não mais como um órgão do Estado, mas sim da sociedade civil*” (JUNQUEIRA, Eliane Botelho; VIEIRA, José Ribas & FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. *Juízes: retrato em preto & branco*, p. 39.).

¹⁸ *Op. cit.*, p. 23.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 42.

²⁰ “*O Judiciário, antes um poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoieticos inacessíveis aos leigos, distantes das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, se mostra uma instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social*” (VIANNA, Luiz Werneck et alii. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*).

²¹ “*A democratização de nossas sociedades, a liberdade de informação e de crítica que potencializa a criatividade e a expressão do pensamento, como também a aceleração das comunicações, o que precipita o resultado de quase sempre viram nele uma fonte de empregos para seus amigos, se esmerem para que não deixe de sê-lo, ainda que tratando de “fazer algo”, que reverta os resultados das pesquisas de opinião abertamente desfavoráveis neste setor.*” (ZAFFARONI, Eugenio Raul, *op. cit.*, p. 25).

²² No caso específico da hermenêutica constitucional, esta atividade não pode ser confiada ao “juiz ‘de carreira’, amadurecido nas salas fechadas dos tribunais onde, dos tumultuosos acontecimentos e das exigências que prorrompem da sociedade, não entram, com frequência, senão os ecos atenuados. A atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional, pela natureza mesma desta norma, não raro, uma atividade necessária e acentuadamente discricionária e, lato sensu, equitativa”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Controle judicial das leis no direito comparado*, p. 89)

²³ *Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo*, p. 17

No entanto, questiona-se a legitimidade do Judiciário para interpretar conceitos políticos, típicos dos novos direitos do século XX²⁴, especialmente para a hermenêutica dos valores constitucionais e a declaração dos direitos fundamentais²⁵.

Neste sentido, os autores da ciência política e do direito divergem-se quanto a este processo de judicialização da política e demais questões sociais. Alguns entendem que a invasão da política pelo direito, levaria à perda da liberdade, constituindo um “*paternalismo estatal*” (Habermas) ou levando “*à clericalização da burocracia*” (Garapon). Para Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin, no entanto, as novas relações entre direito e política seriam favoráveis ao enriquecimento das realizações da agenda igualitária²⁶, sem prejuízo da liberdade (como nas políticas de Acesso à Justiça²⁷), além de representar a efetivação dos direitos fundamentais na Constituição²⁸.

Conseqüência deste processo, conforme Zaffaroni, é que “*as estruturas judiciárias ampliaram-se, mas não foram realizadas transformações qualitativas necessárias para adaptá-las às novas formas de conflito que devem enfrentar*”²⁹. A realidade brasileira mostra que a maior parte de nossos juízes, que devem assumir este novo papel político, mantêm-se presos à tradição institucional do Judiciário burocrático, “*nem de longe se assemelham aos magistrados italianos, com seu definido protagonismo na perseguição ao crime organizado e à corrupção na política, ou aos franceses, com a sua sofisticada e requintada produção intelectual, ou muito menos, aos norte-americanos, onipresentes em sua sociedade*”³⁰. Desta opinião comunga Barbosa Moreira, ao afirmar que “*não pode o processo, por conseguinte, deixar de constituir fenômeno politicamente relevante*”³¹

Fato é que este debate quanto à legitimidade dos juízes encontra-se mais amadurecida nos sistemas jurídicos centrais do que nos países periféricos. Peter Häberle, na Alemanha,

²⁴ “*Quando o poder judiciário assume um papel politicamente mais ativo e particularmente quando faz valer seu poder de controle constitucional, isto é, quando se produz o que se costuma chamar de ‘ativismo judiciário’, é ele questionado e o argumento usualmente esgrimido é sua origem ‘não democrática’*”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul, *op. cit.*, p. 33)

²⁵ Como doutrinas que defendem maior papel político do Judiciário, há a *sociological jurisprudence* e o *legal realism* nos EUA e a *libre recherche scientifique* francesa (CAPPELLETTI. *Juízes legisladores?*, p. 32)

²⁶ Como nas “*revolução dos direitos civis*” ocorrida nos anos 50 e 60 nos EUA, em que as Cortes federais assumiram papel de destaque para a igualdade racial, impedindo o caminho das “*formas brutais e violentas*”. (VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. *Corpo e alma da magistratura brasileira*, p. 33).

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Brian. Acesso à Justiça.. Para Baldez, o “*acesso à Justiça, em suma, é a chave da democratização do processo; ou pela ampliação do campo do interesse juridicamente protegido, ou pela integração formal dos econômica e socialmente desprotegidos*”. (*Notas sobre a democratização do processo*, p. 252)

²⁸ VIANA, Luiz Werneck *et alii*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*

²⁹ *Op. cit.*, p. 25. Tal idéia foi incorporada ao Judiciário brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 45/04, que instituiu o *Conselho Nacional de Justiça*.

³⁰ VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*

³¹ *Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo*, p. 17.

defende a formação de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, em decorrência do conceito “republicano” de interpretação aberta, que há de ser considerada como objetivo da interpretação constitucional, pois “*a vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juizes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade*”³². Zaffaroni coloca como critério democrático à existência de um controle externo independente, como nos Conselhos da Magistratura³³. Cappelletti ressalta a publicidade das decisões judiciais e as garantias de independência dos magistrados³⁴

II ALTERNATIVAS AO JUDICIÁRIO FORMAL PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

No caso brasileiro, a legitimidade dos nossos magistrados é derivada do processo de seleção por concurso público de provas e títulos³⁵, o que enquadra nosso país, conforme a tipologia desenvolvida por Zaffaroni³⁶, num modelo intermediário de Judiciário democrático, já que aqui ainda coexistem escolhas empíricas³⁷, conforme previsão constitucional (indicação de Ministros do STF pelo presidente da República³⁸, quinto constitucional – art. 94, e promoção por merecimento – art. 93, III).

Ocorre que, como foi desenvolvido, o juiz pós-moderno, definitivamente, não é o mesmo juiz da primeira metade do século passado. Conforme a metodologia weberiana, este magistrado conquistaria a sua legitimidade pela investidura burocrática, fundado no mérito individual e na representatividade estatal do cargo³⁹. Neste sentido, o concurso público constituiria perfeita certidão burocrática de legitimação racional (pois o candidato teria demonstrado, perante seus futuros pares, suas aptidões técnicas para o cargo), mas não seria suficiente para o atual reclamo de legitimidade do magistrado.

³² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*.

³³ *Op. cit.*, pp. 186/188.

³⁴ Num sistema democrático é, obviamente, assegurada a independência dos juizes, mas tanto mais são esses independentes, tanto menos obrigados a “prestar contas” das suas decisões ao povo à maioria deste e a seus representantes. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 93)

³⁵ Em face dos vícios do processo político de escolha, os países europeus continentais conceberam uma forma mais racional e objetiva de provimento. Na França, o concurso público para o cargo de juiz surge em 1906, quebrando a tradição hereditária da magistratura (posto existir concurso público para os demais cargos desde 1890). Em princípio, o concurso público seria um meio mais isento de acesso, já que não ficaria restrito a um dado estamento ou a famílias tradicionais.

No Brasil, o ingresso na magistratura de primeira instância realiza-se mediante concurso público de provas e títulos (CRFB, art. 93, I; Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN, art. 78), além da prerrogativa da exclusividade do título de juizes (art. 34/LOMAN).

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Op. cit.*, p. 125.

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, p. 102.

³⁸ No Brasil, a CF/88 dispõe que: “*Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal*” (art. 101, § ún.). Com relação à composição das cortes no direito comparado, ver CAPPELLETTI, Mauro (*Controle judicial das leis no direito comparado*).

³⁹ WEBER, Max. *Economia y sociedad*, p. 179.

Várias são as alternativas ao juiz formalmente investido por concurso público. A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 98, o uso de juízes leigos em juizados especiais (inc. I) e juízes de paz, eleitos para o exercício de atividades conciliatórias e administrativas (inc. II)⁴⁰.

Regulamentando o art. 98, I, da Constituição, a lei 9099/95 dispõe em seu art. 7º que “os conciliadores e Juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência”. Com isso, a Lei dos Juizados Especiais qualifica como leigo aquele que não é investido por meio de concurso público para a magistratura. Tal conceito é duramente criticado por Miguel Baldez, que entende inconstitucional tal previsão, por frustrar o ideal de acesso à Justiça objetivado pela nova ordem democrática:

A Constituição brasileira (...) apontou o caminho institucional quando previu em seu art. 98 os Juizados Especiais, neles consentindo a inclusão de juízes leigos e, com isso, abrindo caminho para o rompimento do monopólio do Poder Judiciário pela magistratura. Sem essa abertura não há como pensar, com conseqüências concretas, na democratização da justiça, aqui compreendida, além dos limites restritos e condicionantes do juridicismo, como fato existencial e, por isso, imbricada nas contradições econômicas, sociais, políticas e culturais. (...)

Com o rompimento do monopólio (art. 98 da Constituição Federal), criavam-se as condições de abertura necessárias ao arejamento da ideologia jurídica burguesa, outras realidades enfim estariam representadas no campo jurídico-judiciário, outras culturas partilhariam com os juízes togados a compreensão dos fatos, iniciando-se um processo compartilhado de produção da Justiça. A utopia democrática, porém, teve pouco tempo de vida, pois veio a Lei nº 9009, de 26.6.1995, de implantação e regulação dos Juizados Especiais, e os juízes leigos da norma constitucional foram apropriados pela ideologia jurídica. E como se fez isso? Com aparente desconsideração pela classe dos advogados, leigos passaram a ser, em matéria cível, pelo menos, os advogados com mais de cinco anos de formados. Há na lei uma clara inconstitucionalidade, por não ter como conformar o conceito de leigo com o dispositivo legal.⁴¹

⁴⁰ Há outros casos de juízes leigos do sistema jurídico brasileiro: juízes de vintena coloniais; comerciantes integrantes dos Tribunais de Comércio imperiais (Título único do Código Comercial de 1850, art. 2º: “o Tribunal do Comércio da Capital do Império será composto de um Presidente letrado, seis Deputados comerciantes, servindo um de Secretário, e três Suplentes também comerciantes; e terá por adjunto um Fiscal, que será sempre um Desembargador com exercício efetivo na Relação Rio de Janeiro. Os tribunais das Províncias serão compostos de um Presidente letrado, quatro Deputados comerciantes, servindo um de Secretário, e dois Suplentes também comerciantes; e terão por adjunto um Fiscal, que será sempre um Desembargador com exercício efetivo na Relação da respectiva Província”); juízes classistas nas extintas Juntas de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho; jurados no Tribunal do Júri (CRFB, art. 5º, XXXVIII); militares nas auditorias respectivas (lei nº 8.457/92 – Lei de Organização Judiciária Militar, arts. 19/22) etc.

⁴¹ *Notas sobre a democratização do processo*, pp. 254/255.

Tais críticas podem ser explicadas por Bordieu quando, ao falar sobre a *divisão do trabalho jurídico*, explica que

A concorrência pelo monopólio do acesso aos meios jurídicos herdados do passado contribui para fundamentar a cisão social entre os profanos e os profissionais favorecendo um trabalho contínuo de racionalização próprio para aumentar cada vez mais o desvio entre os veredictos armados do direito e as intuições ingênuas da equidade e para fazer com que o sistema das normas jurídicas apareça aos que o impõem e mesmo, em maior ou menor medida, aos que a ele estão sujeitos, como *totalmente independente* das relações de força que ele sanciona e consagra⁴².

De fato, a utilização de juízes leigos *stricto sensu* é bem polêmica, especialmente no direito comparado. Michele Taruffo informa que, no direito norte-americano, o júri popular é um fator essencial para a democratização do Judiciário; ao passo que, na Europa, há a tradição da limitação do júri a determinados casos bem particulares⁴³.

Apesar de ser de competência privativa da União legislar sobre direito processual, há a competência concorrente da União e dos Estados para legislar sobre a “*criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas*” (art. 24, X/CRFB). Fundado neste dispositivo, o Estado do Rio de Janeiro regulamenta o funcionamento de seus juzizados por meio da lei nº 2.556/1996, a qual foi recentemente alterada pela lei nº 4578 (12/07/2005). Agora, conforme seu atual art. 12, “*os conciliadores e juízes leigos serão selecionados por concurso público, os primeiros, preferencialmente, entre bacharéis e bacharelados em Direito, e os segundos, entre advogados (...)*”. E, o que é mais criticável, a lei reformadora dispõe que “*a função de juiz leigo (...) será exercida por alunos da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, na forma disposta em Regulamento, vedado seu exercício por serventuários do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro*”.

Resta clara nesta lei a opção por critérios burocráticos na escolha de juízes leigos, acentuando-se o caráter corporativista da delimitação do campo dos candidatos: será que apenas os inscritos na escola judicial seriam legítimos para esta função? Por outro lado, qual seria a legitimidade destes estagiários (pois os inscritos na EMERJ não são necessariamente juizes recém-aprovados, e sim majoritariamente potenciais candidatos à magistratura) para exercerem tal função constitucional?

⁴² *O poder simbólico*, p. 212.

⁴³ “*Da um lato, infatti, vi è l’idea tradizionale, tuttora diffusa negli Stati Uniti, per cui la giuria è una necessaria ed irrinunciabile garanzia della partecipazione del popolo all’amministrazione della giustizia, ed è quindi un essenziale fattore di democrazia nell’ambito del sistema giudiziario. Dall’altro lato vi è in Europa la tendenza tradizionale, tuttora diffusa, a ritenere che la giuria non debba essere usata nelle cause civili, e che la partecipazione di laici agli organi giudiziari debba essere limitata a casi particolari*” (*Dimensioni transculturali della giustizia civile*, p. 1070).

Além do problema atual da restrição da função de juiz leigo aos estudantes da EMERJ, o atual sistema legal limita consideravelmente seus poderes no processo. O juiz leigo apenas propõe a conciliação (lei 9099/95, arts. 21 e 22) e, se houver consenso entre as partes, servirá como árbitro (lei 9099/95, art. 24, §2º), já que a sua decisão fica condicionada à homologação pelo juiz togado (lei 9099/95, arts. 26 e 40).

Em pior situação ficam os juízes de paz, pois estes não possuem qualquer poder decisório (CRFB, art. 98, II e LOMAN, art. 112), o que leva Leonardo Greco a lamentar tais limitações:

A tutela diferenciada abrange, ainda, os juizados especiais para causas de menor complexidade, os juízes de paz e juízes leigos, e a adoção pela lei processual de procedimentos concentrados de cognição sumária.

(...) Os juízes de paz e juízes leigos, previstos na Constituição, não têm qualquer poder decisório, o que limita o alcance da sua atuação, que poderia ser muito mais amplo, no sentido de uma justiça coexistencial, provida por membros da própria comunidade, conforme sugerido por Cappelletti.

Aliás, a gravidade da crise da Justiça e os obstáculos ao acesso à Justiça no Brasil impõem que se suscite o debate sobre a conveniência da manutenção do sistema de juízes exclusivamente profissionais entre nós adotado⁴⁴.

Além da problemática da legitimidade judicial para esse novo papel do Direito, várias são as barreiras à tutela jurisdicional plena, o que levou os Estados a pensarem em políticas públicas inclusivas, conhecidas como movimentos de Acesso à Justiça, analisadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, no revolucionário projeto de Florença. Assim, há vários obstáculos que não se esgotam nos limites econômicos⁴⁵: há questões técnicas referentes à proteção de interesses coletivos, questões sociais⁴⁶ e culturais⁴⁷, que levaram ao surgimento de

⁴⁴ O *Acesso ao Direito e à Justiça*, p. 18.

⁴⁵ O que afeta triplamente as classes mais baixas, em razão das altas custas, a desproporcionalidade entre tais custas e o valor das causas e a lentidão dos processos (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*, pp. 168/169)

⁴⁶ Para T. H. Marshall, “a distância dos tribunais era devida aos tecnicismos do direito e de seu processo que fez com que o cidadão ordinário tivesse de lançar mão de especialistas para orientá-lo quanto à natureza de seus direitos e para auxiliá-lo a obtê-los” (*Cidadania e classe social*, p. 65.)

⁴⁷ Os fatores culturais e sociais são o desconhecimento dos direitos pelos cidadãos mais pobres, a hesitação em propor ações por medo de represálias (como no direito do trabalho) e a falta de acesso a advogados. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*, p. 170). No mesmo sentido, o relatório feito por Earl Johnson Jr. (Projeto Florença), para quem “*economic cost is not the only source of inaccessibility for many litigants. For many, the format courts may seem inaccessible in psychological terms. This, of course, is a more subtle phenomenon. It seems compounded of several factors: the anxiety-provoking formality of the typical courtroom setting, the language barrier for some litigants, the mysterious legal machinations for nearly all, and similar considerations*” (*Promising institutions: a synthesis essay*, p. 878). Também Cappelletti & Garth dizem que “o desafio é criar foros que sejam atraentes para os indivíduos, não apenas do ponto de vista econômico, mas também físico e psicológico, de modo que eles se sintam à vontade e confiantes para utilizá-los, apesar dos recursos de que disponham aqueles a quem eles se opõem” (*Acesso à Justiça*, p. 97.)

outros meios alternativos de solução de conflitos (conhecidos como ADR: *Alternative Dispute Resolution*), que não são necessariamente agentes do Estado⁴⁸, já que “há necessidade real de remédios acessíveis e efetivos para pequenas causas, sem grandes (e altamente improváveis) subsídios estatais”⁴⁹. Boaventura de Sousa Santos relata experiências sociológicas neste sentido, que tinham “por unidade de análise o litígio (e não a norma) e por orientação teórica o pluralismo jurídico, orientados para a análise de mecanismos de resolução jurídica informal de conflitos existentes nas sociedades contemporâneas e operando à margem do direito estatal e dos tribunais oficiais”⁵⁰.

Tais órgãos, ao contrário do que poderia parecer à primeira vista, não esvaziam o Judiciário, e sim devem ser entendidos como órgãos de auxílio das políticas públicas de acesso à Justiça⁵¹. Também merece destaque o fato de que “as resoluções sugeridas ou decididas pelas terceiras partes são geralmente aceitas, ainda que não disponham de nenhum meio formal para impor as suas decisões”⁵².

Com isso, “pode-se dizer que todas as sociedades minimamente complexas têm à disposição dos litigantes um conjunto mais ou menos numeroso de mecanismos de resolução dos litígios, entendendo como tal todas as instâncias suscetíveis de funcionar como terceira parte, ou seja, como instâncias decisórias exteriores às partes em litígio”⁵³. Outro ponto interessante é que tais órgãos não ficam necessariamente vinculados à dominante jurisdição de direito, e sim podem decidir como base na equidade⁵⁴, como expõe Calamandrei:

Anche nei sistemi processuali dell’Europa continentale si trovano numerosi esempi di “giurisdizioni di equità” o di collegi arbitrali composti di “amichevoli compositori”, i quali cercano la giustizia del caso singolo, traendo ispirazione non dalla legge, che non li vincola, ma

⁴⁸ Certamente que tais meios alternativos não podem servir para esconder as mazelas do Judiciário estatal, como pontifica Ovídio Baptista: “As alternativas dos Juizados Especiais e das juntas de conciliação, instrumentos sem dúvida valiosos como coadjuvantes na busca de uma prestação jurisdicional compatível com os nossos tempos, podem transformar-se em escudo para que as causas profundas da crise do Poder Judiciário sejam esquecidas ou relegadas para as *calendas* gregas. (...) Devemos buscar alternativas, sem no entanto perder de vista o problema fundamental enfrentado pela jurisdição estatal”. (*Processo e ideologia*, p. 319).

Em sentido semelhante, Michele Taruffo aponta uma função negativa de tais órgãos: “quando il processo giudiziario funziona bene (...) l’ADR rimane un fenomeno tutto sommato marginale e chi ha bisogno della tutela di un proprio diritto preferisce rivolgersi al giudice. Quando, al contrario, i rimedi giurisdizionali non funzionano (...) l’ADR diventa una sorta di alternativa necessaria per coloro che hanno bisogno di risolvere controversie ma non posso o non vogliono farlo per mezzo di procedure formali di amministrazione della giustizia che sono onerose, costose ed eccessivamente lunghe”. (*Dimensioni transculturali della giustizia civile*, p. 1065).

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 97.

⁵⁰ *Pela mão de Alice*, p. 175.

⁵¹ Ainda conforme Boaventura, “não me parece tão-pouco que estes mecanismos de resolução dos litígios à margem do controlo do Estado sejam intrinsecamente negativos ou atentatórios da democracia. Podem, pelo contrário, ser agentes de democratização da sociedade” (*Pela mão de Alice*, p. 179).

⁵² SANTOS, Boaventura de Sousa *et alii*. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*, p. 52.

⁵³ *Id.*, *ibid.*

⁵⁴ Como é possível nos juizados especiais (lei 9099/95, arts. 6º e 25) e na arbitragem (lei 9307/96, art. 2º).

da quel senso di equità vivente nella loro coscienza, che detta loro la decisione più conveniente e più aderente alle circostanze del singolo caso⁵⁵.

Convém ressaltar, como faz Barbosa Moreira, que o uso dos meios alternativos de solução extrajudicial de conflitos de interesses não se confunde com privatização do processo: de fato “*longe de ser o processo que assim se privatiza, ao contrário, os particulares é que vêem sua atividade revestida de caráter público*”⁵⁶ ou, em outras palavras, “*o caso é antes de publicização da função exercida pelo particular que de qualquer tipo de privatização*”⁵⁷.

Atualmente, merecem destaque a regulamentação da arbitragem, em que é possível a escolha de qualquer pessoa capaz de confiança das partes (lei 9307/96, art. 13); e as Comissões de Conciliação Prévia, órgãos paritários formados por representantes dos empregadores e dos empregados, instituídos nas sedes das empresas e nos sindicatos (CLT, art. 625-A, com a redação da lei 9958/2000). Certamente que tais mecanismos devem ser utilizados de forma a não causar injustiças, especialmente em se tratando de causas que envolvam direitos indisponíveis ou que haja um notável desequilíbrio entre as partes, o que reclamam a intervenção de um juiz estatal independente e imparcial, como observado por Boaventura de Sousa Santos, para quem

a questão do acesso não tem a ver com a assistência judiciária mas antes com a capacitação das partes em função das posições estruturais que ocupam. Nos casos em que os litígios ocorrem entre cidadãos ou grupos de poder sócio-econômico parificável (litígios entre vizinhos, entre operários, entre camponeses, entre estudantes etc.) a informalização da justiça pode ser um genuíno factor de democratização. Ao contrário, nos litígios entre cidadãos ou grupos com posições de poder estruturalmente desiguais (litígios entre patrões e operários, entre consumidores e produtores, entre inquilinos e senhorios) é bem possível que a informalização acarrete consigo a deterioração da posição jurídica da parte mais fraca, decorrente da perda das garantias processuais, e contribua assim para a consolidação das desigualdades sociais⁵⁸

III IMPORTÂNCIA DAS CIDADES NA CONSTRUÇÃO DE UM JUDICIÁRIO MAIS LEGÍTIMO

No Brasil, o tema da judicialização das questões sociais e políticas ganhou forma com o processo de democratização simbolizado pela promulgação da Constituição de 1988, a qual incorporou várias reivindicações e valores de uma sociedade reprimida por vinte anos de regime de exceção. Assim, não é à toa que o atual texto constitucional fala em respeito à

⁵⁵ *Opere giuridiche*, p. 640.

⁵⁶ *Privatização do processo?*, p. 09.

⁵⁷ *Privatização do processo?*, p. 11.

⁵⁸ *Pela mão de Alice*, pp. 179/180.

cidadania (art. 1º, II) e ao pluralismo político (art. 1º, III), além de prever mecanismos de participação democrática (art. 1º, §1º), mesmo porque o Estado Democrático, baseado na soberania popular, deve funcionar de acordo com a vontade do povo.

Merece destaque a importância dada pela Constituição à descentralização política, permitindo uma aproximação maior do Estado com os problemas locais. Para tanto, os municípios adquiriram o *status* de ente federativo, uma inovação no conceito de federalismo (art. 29), a fim de que haja um contato maior entre o gestor público e a cidadania. Rogério Gesta Leal, p. ex., ao trazer a idéia de *Cidade Democrática de Direito*⁵⁹, defende a construção de um “*novo paradigma societal: o de que as relações cotidianas, intersubjetivas e materiais dos homens, hoje e desde a modernidade, se contarem com ambiente/espço favorável, podem se maximizar no sentido de otimização das potencialidades de vida digna dos seus atores*”⁶⁰. Conseqüentemente, “*a cidade, neste particular, apresenta-se como a projeção da sociedade em um espaço físico e simbólico, resultado de múltiplas relações e fenômenos, materiais e imateriais, instituída e instituinte de significações e de funções sociais*”⁶¹.

Neste sentido, T. H. Marshall, ao falar das conseqüências da cidadania construída no Estado moderno, entende que “*as instituições que eram de caráter nacional e especializado não poderiam pertencer tão intimamente à vida dos grupos sociais que elas serviam como aquelas que eram locais ou de um caráter geral*”⁶². Assim, apesar do processo crescente de globalização, há uma forte tendência de preservação das regionalidades e identidades comunitárias, como exteriorização de resistência legítima⁶³, já que “*ainda é no âmbito da cidade que [é] possível visualizar, com mais densidade e discernimento, as possibilidades de civilidade demandadas pelos indivíduos em suas relações cotidianas*”⁶⁴.

⁵⁹ “*Enfim, estamos insistindo com esta idéia de Cidade Democrática de Direito, constituída de uma Sociedade igualmente democrática, fundada em valores e princípios que, para o caso brasileiro, já estão consagrados em sua Carta Política, necessitando, tão-somente, ser exercitados no âmbito da cotidianidade*”. *Direito urbanístico: condições e possibilidades da Constituição do Espaço Urbano*, p. 47. Mais a frente, o mesmo autor diz que “*idealizar o espaço da cidade como instância de administração do público significa, necessariamente, pensar as relações sociais, econômicas e de poder a partir de uma nova concepção de Estado, de Sociedade e de Democracia, todas elas alavancadas pela idéia de um pacto societal integrador e garantidor da dignidade da vida humana e do homem como agente nuclear de uma rede de relações intersubjetivas e institucionais*” (*Id.*, *ibid.*, p. 73).

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 03.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 34.

⁶² *Id. Ibid.*, p. 65.

⁶³ Conforme Michele Taruffo, “*il numero crescente di società multiethniche (o meglio: la crescente sensibilità verso le realtà multiethniche presenti in molte società) è destinato ad avere effetti rilevanti sulla cultura giuridica, anche nel contesto apparentemente uniforme della globalizzazione del diritto. In un senso questo è uno degli effetti di un fenomeno più generale, ossia della quase paradossale ma forte tendenza verso il localismo e il particolarismo che è direttamente connessa con la globalizzazione.*” (*op. cit.*, p. 1055).

⁶⁴ LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico: condições e possibilidades da Constituição do Espaço Urbano*, p. 61.

No que se refere ao direito e às instituições judiciárias, merece nota o interessante conceito sociológico de “cultura jurídica” desenvolvido por Lawrence Friedman, para quem cada sociedade desenvolve determinados padrões de expectativas a respeito do que se deve esperar do Estado enquanto fonte do direito e das leis e de quais devem ser os padrões institucionais assegurados pela regulamentação jurídica. Assim, em sociedades complexas e altamente estratificadas, como a brasileira, existe uma compreensão diversificada sobre os registros legais, podendo falar-se numa infinidade de sub-culturas jurídicas condicionadas pela posição social dos grupos e pelos padrões de distribuição dos recursos materiais, educacionais e culturais. Tal idéia também é desenvolvida por Michele Taruffo, quando identifica um “multiculturalismo processual” em três níveis de diferenças: *famílias jurídicas, ordenamentos jurídicos nacionais e no interior de cada ordenamento jurídico nacional*⁶⁵.

Assim, a legitimidade judicial passa pelo respeito às características locais, como forma de resistência à imposição de valores universais, impostos pelas instâncias políticas superiores⁶⁶, típicas do conceito moderno de processo. Sobre esta oposição entre comunitário e nacional, assim observa Ovídio Baptista:

A destruição da *comunidade* medieval, uma das campanhas empreendidas com especial determinação pelos filósofos a partir do século XVI, teve seu ponto de apoio no Direito e na cada vez mais ampla e envolvente *juridicização* do nascente mundo moderno.

(...) Considere-se que o Direito, no modo como o concebe o pensamento moderno, pensado como o predomínio da vontade de alguém sobre a vontade de outrem - o direito como relação interpessoal de poder -, traz em si o germe do conflito, o sinal inconfundível do individualismo.

(...) Nosso Direito é um produto da modernidade. A concepção jurídica moderna opõe-se ao comunitário.⁶⁷

Merecem maior destaque as palavras de Michele Taruffo, para quem há um multiculturalismo interno gerado pelas diferenças políticas, religiosas e culturais de cada região e, por razões óbvias, a “*consequenza della frammentazione e complessità della società evolute: una società complessa ha una cultura giuridica complessa*”⁶⁸. Por outro lado, o abandono da concepção universal de um único sujeito de direito provoca mudanças na organização do processo e nos órgãos julgadores⁶⁹.

⁶⁵ Op. Cit.. No mesmo sentido, Rogério Gesta Leal diz que “*têm se revelado tão complexas*”

⁶⁶ Neste sentido, “*têm se revelado tão complexas as relações e interações sociais contemporâneas, que é muito difícil crer na existência de um centro de decisão e de deliberação política, econômica e social, mas pelo contrário, há vários centros e ambiências de debates problemas e decisões*”(LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico: condições e possibilidades da Constituição do Espaço Urbano*, p. 68).

⁶⁷ *Processo e ideologia*, p. 304.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 1054.

⁶⁹ “*L’idea tradizionale di un unico, uniforme e astratto ‘soggetto di diritto’ è sempre più in discussione in un mondo nel quale è molto cresciuta la sensibilità per le differenze reali e le corrispondenti discriminazioni.*(...) *La*

No caso brasileiro, tal preocupação se revela mais importante, tendo em vista nossas características peculiares de país-continente, cujo processo histórico e particularidades regionais, aliadas à notável má distribuição de renda, forma uma sociedade extremamente heterogênea, o que constantemente revela tensões entre o Judiciário formal e as pretensões comunitárias.

Ao lado deste debate da legitimidade democrática do Judiciário⁷⁰, há a emergência da sociedade civil como principal ator social, em substituição ao individualismo liberal e ao *Welfare State*. De fato, a noção coletiva de direitos, fruto da concepção de um espaço público não-estatal, revela a importância do chamado “terceiro setor” na construção de políticas públicas comunitárias, como nas ações coletivas. Entretanto, tal fenômeno deve ser analisado cuidadosamente, conforme adverte Boaventura de Sousa Santos:

o que está verdadeiramente em causa na “reemergência da sociedade civil” no discurso dominante é um reajustamento estrutural das funções do Estado por via do qual o intervencionismo social, interclassista, típico do Estado-Providência, é parcialmente substituído por um intervencionismo bicéfalo, mais autoritário face ao operariado e a certos sectores das classes médias (por exemplo, a pequena burguesia assalariada) e mais diligente no atendimento das exigências macro-econômicas da acumulação de capital (sobretudo ao grande capital). É inegável que a “reemergência” da sociedade civil” tem um núcleo genuíno que se traduz na reafirmação dos valores do autogoverno, da expansão da subjectividade, do comunitarismo e da organização autônoma dos interesses e dos modos de vida. Mas esse núcleo tende a ser omitido no discurso dominante ou apenas subscrito na medida em que corresponde às exigências do novo autoritarismo⁷¹

Fato é que o direito e as instituições judiciárias devem se adaptar a esta nova realidade de respeito e participação das comunidades locais nos processos decisórios⁷². Com isso, torna-se importante descobrir formas de se compatibilizar a jurisdição com as particularidades

frammentazione del concetto di amministrazione della giustizia viene portata ad un punto estremo dall'idea di un situated decision-making e dall'enfasi con cui si mettono in evidenza i caratteri personali ed individuali delle parti, che dovrebbero essere considerati come criteri dominanti per la risoluzione delle controversie” (op. cit., p. 1056). Assim, rompe-se a idéia tradicional de processo como ato de autoridade estatal, como observa Calamandrei: “É vero che il diritto processuale è in sostanza una tecnica del bem ragionare in giudizio; ma se qui la tecnica è vigilata dallo Stato e imposta d'autorità (e per questo le regole tecniche si trasformano in norme giuridiche), cio accade perchè la meta finale di questo procedimento tecnico è l'adempimento dell'ufficio più solenne e più alto dello Stato, di quell'ufficio con cui lo Stato assicura la vita pacifica della società: la giustizia, che è fundamentum reipublicae” (Opere giuridiche, p. 626).

⁷⁰ Sobre o conceito de Judiciário democrático, vale lembrar das palavras de Calamandrei: “*la verità, che è poi il segreto per la salvezza dei regimi democratici, è un'altra: che per far vivere una democrazia non basta la ragione codificata nelle norme di una costituzione democratica, ma occorre dietro di esse la vigile e operosa presenza del costume democratico che voglia e sappia tradurla, giorno per giorno, in concreta ragionata e ragionevole relata*” (op. cit., p. 637).

⁷¹ *Pela Mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade*, p. 124.

⁷² Numa perspectiva mais ampla, “*o espaço do político e da cidade não é nem apenas uma coisa isolada, nem apenas um sistema de coisas, senão uma realidade relacional: coisas e relações juntas*”(LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico: condições e possibilidades da Constituição do Espaço Urbano*, p. 64)

urbanas, isto é, analisar meios efetivos de compatibilidade entre as cidades e o Judiciário. Como defendido por Ovídio Baptista, deve-se restituir

à jurisdição de primeiro grau legitimidade política que lhe dê condições de exercer as elevadas atribuições que a ordem jurídica lhe confere. É claro que isto pressupõe, dentre outras muitas condições, que comecemos a praticar um autêntico regime federativo. A busca de descentralização administrativa, de modo a fortalecer a vida política das comunidades locais, tem sido uma sugestão dos juristas e filósofos que têm tratado destas questões.⁷³

Nesta perspectiva, ganha destaque a aproximação entre instituições judiciárias e jurisdicionados, em decorrência de um ideal de Acesso à Justiça. Leonardo Greco, então, fala em *barreiras geográficas*, as quais “*são decorrentes da imensidão do território nacional e da impossibilidade de colocar pelo menos um juiz ao alcance de qualquer cidadão. (...) Justiça distante significa, em muitos casos, ausência de lei*”⁷⁴.

Ao lado de projetos de interiorização e especialização de competências do Judiciário formal, há necessidade de estímulo a alternativas ao Judiciário formal, já que “*nas localidades em que a reduzida população ou o reduzido número de feitos não justificassem a presença permanente de um juiz togado, deveria existir o juiz de paz ou outro tipo de órgão, com poderes para julgar causas de menor complexidade e para conceder medidas provisórias urgentes em quaisquer outras causas*”.⁷⁵ Para isso, Cappelletti & Garth defendem a instituição de “*tribunais de ‘vizinhança’ ou ‘sociais’ para solucionar divergências na comunidade*”:

Um componente do movimento tendente a implantar ou reformar tribunais de pequenas causas tem sido, como já enfatizamos, o desejo de instalar tribunais para as pessoas comuns e suas demandas. (...) é interessante examinar outro aspecto desse desejo – a tendência recente para instalar “tribunais vicinais de mediação”, a fim de tratarmos de querelas do dia-a-dia (...)

A finalidade principal consiste em criar um órgão acolhedor para as pessoas comuns sujeitas a conflitos relativamente insignificantes – embora de maior importância para aqueles indivíduos – e que eles nem podem solucionar sozinhos, nem teriam condições de trazer ao exame dos tribunais regulares. Espera-se que essa forma de solução de litígios, descentralizada, participatória e informal, estimulará a “*discussão, em comunidade, de situações nas quais as relações comunitárias estejam em ponto de colapso. Essa discussão poderia servir para educar a vizinhança sobre a natureza, origem e soluções para os conflitos que os assediam*”.⁷⁶

⁷³ *Processo e ideologia*, p. 320.

⁷⁴ O Acesso ao Direito e à Justiça, pp. 11/12.

⁷⁵ *Op. cit.*, pp. 11/12.

Destarte, ganha força o debate sobre a participação das comunidades no processo de escolha de juízes leigos, isto é, que não tenham sua investidura determinada pela aprovação em concurso público, e sim por um processo político de escolha. Tal ingresso pode ser determinado, p. ex., por um mecanismo de democracia direta, consistente em processo eleitoral.

Neste sistema, concede-se à eleição direta de candidatos *status* de modalidade legítima de acesso à judicatura, restando presente em alguns Estados norte-americanos⁷⁷ e países latino-americanos. Cuida-se de tema altamente polêmico, permitindo várias análises e considerações. Zaffaroni, p. ex., critica tal modelo sustentando que este tende à partidarização e macula o ideal de imparcialidade jurisdicional⁷⁸. Tal receio é potencializado aqui no Brasil, em razão da deturpação dos critérios políticos para o provimento de cargos públicos⁷⁹, provocados pela nossa tradição patrimonialista⁸⁰, marcada pelos privilégios e apadrinhamentos.

Ocorre que é possível lançarmos um olhar mais esperançoso sobre a eficácia de tal método. Há várias experiências no direito comparado de uso de meios alternativos de resolução de conflitos, conduzidos por juízes leigos, como as *Small Claim Courts* britânicas e o *Schiedsmann* germânico.

Fonte de inspiração de nossos juzados especiais, as *Small Claim Courts* dispensam advogados e são conduzidas por juízes leigos, os quais tem por função a conciliação, a arbitragem e o julgamento. Conforme noticiado por George Applebey, professor do projeto “Acesso à Justiça” coordenado por Cappelletti e Garth

’Conciliation’, in the form of attempting to achieve a settlement as an element of pretrial preview, has worked quite well. The arbitration of-

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, pp. 114/115. Também pode ser acrescido o fato de que “é na cidade que as pessoas, mal ou bem, constroem seus vínculos de afetividade e de identidade mais imediatos, travando com seus partes relações de integração ou de afastamento cotidianos” (LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico: condições e possibilidades da Constituição do Espaço Urbano*, p. 69).

⁷⁷ Com exceção dos juízes federais, os quais são escolhidos pelo presidente e aprovados pelo Senado.

⁷⁸ DUVERGER afirma que “no século XIX e no começo do século XX os partidos americanos tomaram freqüentemente a forma de máquinas manipuladas por políticos desonestos que tratavam de assegurar a impunidade mediante a simultânea eleição do juiz, do chefe de polícia e dos administradores locais (**Institutiones Politiques**, p. 203, *apud* CAVALIERI, Sergio. Programa de sociologia jurídica. Rio de Janeiro, Forense, 2003: 161). Por outro lado, “a seleção que descansa na arbitrariedade das cúpulas judiciárias dá azo a uma elitização do judiciário, às ‘famílias judiciárias’ ou ao nepotismo. Aniquila qualquer resquício de independência interna da magistratura, pois o juiz, com vistas à sua permanência e promoção, se acha condicionado a aceitar docilmente os critérios das instâncias superiores, dentro de uma estrutura hierarquizada que tende a se reproduzir e se retroalimentar hereditariamente” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, pp, 128/129).

⁷⁹ Na Constituição de 1891, p. ex., “a nomeação e a demissão dos empregados de secretaria, bem como o provimento dos officios de justiça nas circumscripções judicarias, compete respectivamente aos presidentes dos tribunaes” (art. 58, § 1º).

⁸⁰ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. São Paulo: Globo, 2001.

ferred still contains elements of adjudication, and the rules which have been developed have fallen short of the very informal systems offered elsewhere as ‘arbitration’. Our conclusion is that if the litigants-in-person approach is to work properly the procedure may have to be streamlined still further, to make it sufficiently simple for the average person to understand and manage⁸¹.

Outra experiência interessante de utilização de democracia direta em meios alternativos é o “schiedsmann”. De origem prussiana e presente em grande parte da Alemanha há mais de 180 anos, o “schiedsmann” é um mediador escolhido pela comunidade, a partir de listas locais feitas pelo governo local⁸².

Na história brasileira, a experiência mais importante ocorreu com o Código de Processo Criminal de 1832, tida por Raymundo Faoro como uma das medidas que consagraram “*a autonomia local, medidas arrancadas à reação e partejadas com dor*”⁸³. Como noticia José Reinaldo de Lima Lopes, cuida-se da “*grande vitória legislativa dos liberais, logo após a abdicação de D. Pedro I. (...) Põe fim, praticamente, ao sistema judicial antigo, introduz novidades completas, trazidas da Inglaterra, especificamente o Conselho de Jurados (tribunal do júri) (...)*”⁸⁴. Tal código divide os órgãos judiciários de primeira instância em juízes de direito, juízes municipais, juízes de paz e jurados. Enquanto que os primeiros eram nomeados respectivamente pelo Imperador e pelos presidentes de província (entre os indicados pelas câmaras municipais); os juízes de paz eram eleitos para o exercício de funções de polícia e de jurisdição sumária, além de ser “*agente conciliador dos litígios, pré-instância judicial, autoridade eletiva destinada a aplinar divergências e a evitar conflitos*”⁸⁵.

Ocorre que, conforme a realidade política da época, este modelo não foi eficiente, tendo sido suprimidas os poderes dos juízes de paz pela reforma conservadora de 1841. Nas palavras de Victor Nunes Leal, “*à sua ineficácia como instrumento de prevenção e repressão da criminalidade atribuíram-se todos os atentados, desordens, motins e revoluções que caracterizam o conturbado período regencial*”⁸⁶. Na verdade, foi a vitória do discurso conservador, para quem “*urgia reformar o Código de 1832 no plano nacional, dotando o executivo de extensos poderes para manter a ordem pública e a unidade nacional, entendidos os conceitos de ordem pública e de unidade nacional segundo os critérios mais caros à*

⁸¹ *Small Claims in England and Wales*, p. 742.

⁸² BIERBRAUER, Günter, FALKE, Josef & KOCH, Klaus-Friedrich. “*Conflict and its settlement: an interdisciplinary study concerning the Legal basis, function and performance of the institution of the Schiedsmann*”.

⁸³ *Op. cit.*, p. 351.

⁸⁴ *O Direito na História*, p. 289.

⁸⁵ *Op. cit.*, p. 352

⁸⁶ *Coronelismo, enxada e voto*, p. 190.

*mentalidade conservadora e centralizadora*⁸⁷. Em outras palavras, para o movimento vencedor, “o código de 1832 estava lançando o país na anarquia; a lei de 3 de dezembro [de 1841] é que restabeleceu a ordem, mantendo a autoridade do governo”⁸⁸. Raymundo Faoro, entretanto, faz a seguinte crítica a este período:

O salto era imenso: da centralização das Ordenações Filipinas à cópia do localismo inglês (...). A maré democrática, depois de submergir a regência, chegava ao seu alvo: o autogoverno das forças territoriais, que faziam as eleições, recebendo a parte do leão na partilha, o senhorio da impunidade na sua violência e no seu mandonismo. O centro do sistema estava no juiz de paz, armado com a truculência de seus servidores, os inspetores de quarteirão, de triste memória nos anais do crime e da opressão.(...)

Dessa contrafação do *self-governement* americano não é, porém, a ordem que sai, como não podia sair; mas, sim a intranquilidade, a violência, a desordem e, por fim, a anarquia.⁸⁹

Verifica-se que as falhas são atribuídas à importação acrítica e empírica do modelo de direito comparado, sem se considerar as peculiaridades e a realidade brasileira. Neste sentido, há a crítica de Oliveira Vianna⁹⁰, para quem é necessário o estudo do chamado *direito público costumeiro*, o qual tem por objeto o estudo específico das práticas sociais cotidianas⁹¹. Assim, não seria possível o sucesso de um sistema criado tendo por base uma sociedade alienígena de práticas distintas de nossa realidade:

O nosso “cidadão”, saído dos mandamentos da Carta de 24 e a quem o idealismo das nossas elites políticas carregou com a incumbência de construir, *diretamente e por via eletiva*, as três estruturas do Estado Nacional (...) era destarte, pela sua formação cultural, pelo que dele fizera a nossa história social, justamente o antônimo desse cidadão-tipo, idealizado no *Contrato Social*, de Rousseau. (...)

Sob um ponto de vista pragmático e num confronto objetivo, podia-se dizer que este novo cidadão era exatamente o oposto de um outro tipo de cidadão, mas este vivo, concreto, de carne e osso – o *citizen* britânico, que, por sua vez, é a célula formadora desta outra classe excepcional, que é a *gentry* inglesa.

(...) Na administração das comunidades locais, no zelo de seu interesse público, no cuidado desinteressado do bem comum destas pequenas

⁸⁷ LEAL, Victor Nunes. *Op. cit.*, p. 192.

⁸⁸ LEAL, Victor Nunes. *Op. cit.*, p. 195.

⁸⁹ *Op. cit.*, pp. 353/354

⁹⁰ “No período que vai de 1822 até 1831 (...) as nossas elites estavam todas fascinadas ‘pelo prodigioso encantamento da prosperidade dos Estados Unidos’. Daí a nossa sofreguidão em copiar-lhes as instituições e modos de pensar e agir” (Instituições Políticas Brasileira, vol. I, p. 284).

⁹¹ Em sentido semelhante, Cappelletti & Garth dizem que “as relações com a vizinhança, com o sistema judiciário formal e com instituições tais como a polícia, precisam ser cuidadosamente elaboradas, ou a reforma corre o risco de não agradar a ninguém” (*Acesso à Justiça*, p. 119). Por outro lado, é conhecida a discussão entre teoria e a prática do processo, que influenciam o ideal de legitimidade judicial, como observa Calamandrei: “in reità ciò che plasma il processo, ciò che gli dà la sua fisionomia típica non è la legge processuale, ma è il costume di chi la mette in pratica” (*Opere giuridiche*, p. 634).

comunidades (*towns, countries*) ou da *Commonwealth* britânica vemos sempre a ação vigilante do *citizen*, individualmente ou na sua expressão coletiva.

(...) O nosso povo-massa, durante os três séculos do período colonial, só havia realmente colaborado na formação – ainda assim aparentemente – dos poderes públicos *municipais*; ainda assim, por meio de uma aristocracia reduzidíssima – de “homens-bons”, e não do povo-massa; *este não chegara nunca a organizar instituições sociais que o capacitassem para o exercício e a aprendizagem do autogoverno local.*⁹²

Merece reflexão, todavia, se estas críticas se manteriam atuais (em razão das características tradicionais do povo brasileiro) ou, ao contrário, seriam anacrônicas, tendo em vista uma evolução social desde o século XIX, que teria modificado o nosso próprio conceito de cidadania. Se partirmos do pressuposto que a Constituição de 1988 incorporou valores de uma sociedade ansiosa por um Estado mais democrático e participativo, traduzidos na idéia de uma cidadania liberal-democrática, veremos que os insucessos imperiais não necessariamente seriam repetidos neste século, caracterizado pela emergência de um terceiro setor, distinto das esferas privada e estatal, que tem como marca a participação. Neste sentido, têm-se as palavras de Vicente Barreto:

A cidadania moderna caracterizou-se, no processo de sua formação, por exigir a participação dos segmentos sociais na sua definição e implementação. Os mecanismos constitucionais, que definem a cidadania no Estado Democrático de Direito têm implícita a participação como condição política para sua implementação.⁹³

Atualmente, alguns órgãos jurisdicionais e extrajurisdicionais permitem, legalmente, a escolha de seus membros mediante eleição. Apesar da Constituição dispor que os juizes de paz são “cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos” (CRFB, art. 98, II), aqui no Rio de Janeiro o Código de Organização e Divisão Judiciária (CODJERJ), seguindo o disposto no art. 112, § 1º da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), estabelece em seu art. 159 que eles são nomeados “*pelo Governador do Estado, mediante escolha em lista triplíce organizada pelo presidente do Tribunal de Justiça*” (*caput*), sendo que “*para a organização da lista triplíce, será ouvido o respectivo juiz de direito ou quando existir mais de um, o juiz competente para matéria de Registro Civil na comarca ou circunscrição*” (§1º), restando como integrantes da lista “*eleitores maiores de 25 anos, residentes no distrito ou na circunscrição, dotados de representação e conceito na*

⁹² *Op. cit.*, p. 292.

⁹³ *O conceito moderno de cidadania*, p. 35;

comunidade, gozando de idoneidade notória, conduta ilibada, não pertencentes a órgãos de direção ou de ação de partido político” (§2º).

Mais democrático é o *Conselho Tutelar*, conceituado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) como “*órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente*” (art. 131). Tal conselho é estabelecido em bases locais, pois a lei prevê que, “*em cada Município haverá, no mínimo, um Conselho Tutelar composto de cinco membros, escolhidos pela comunidade local para mandato de três anos, permitida uma recondução*” (art. 132), obedecidos os requisitos do art. 133, sendo o processo eleitoral regulamentado por lei municipal e realizado sob a responsabilidade do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (art. 139, com a redação dada pela lei nº 8.242/91)⁹⁴.

Com isso, temos grandes exemplos de participação comunitária na escolha de seus julgadores, tanto no nível legal quanto no plano constitucional, o qual estimula formas de exercício da cidadania que não se esgotam no direito de voto, mesmo porque

o modelo de cidadania representado, principalmente, pela democracia representativa-formal, não dá conta da complexidade das demandas sociais contemporâneas e cotidianas, tanto em face da crise de representatividade das institucionais oficiais do Estado, como em razão da falta de legitimidade das ações estatais no âmbito de políticas públicas de seus órgãos⁹⁵.

⁹⁴ Para ilustrar, no município do Rio de Janeiro, atualmente, há dez conselhos tutelares (Centro, Lagoa, Vila Isabel, Méier, Ramos, Madureira, Jacarepaguá, Bangu, Campo Grande e Santa Cruz)

⁹⁵ LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico: condições e possibilidades da Constituição do Espaço Urbano*, p. 67.