

ADMINISTRAÇÃO DE JUSTIÇA E CULTURA JURÍDICA

María del Carmen Cortizo¹/Comisión V

A sentença era, originariamente, um ato sobre-humano, o juízo de Deus; as defesas eram preces.
Mas com o passar dos séculos o espírito voltou para o céu,
e na terra só ficaram as formas exteriores de um culto em que ninguém mais acredita.
Calamandrei, 1954.

1.- Tendo como pressuposto que o eixo central da administração de justiça se encontra na relação problemática entre lei e justiça e nas formas concretas assumidas por essa relação, o problema central do nosso trabalho pode resumir-se na seguinte questão: a atual crise da administração de justiça forma parte da crise da cultura jurídica positivista, - que constitui o paradigma dominante da teoria e da práxis jurídica contemporânea, através das suas diversas variantes – e não poderá ser superada a não ser através de um processo que avance na direção de uma gestão democrática participativa da administração de justiça.

Essa crise da cultura jurídica a que fazemos referência se configura porque as categorias, os conceitos, os métodos e os princípios de explicação que conformam e outorgam coerência à visão do mundo jurídico não estão conseguindo manter, entre *lei e justiça*, o vínculo típico da racionalidade jurídica moderna, cujo princípio fundamental consiste em considerar o direito (entendido como o conjunto do direito positivo) como legítimo porque a lei *sempre* é expressão e realização concreta da justiça. Esta última afirmação é possível e necessária. É uma afirmação possível somente porque uma ficção ocupou o lugar do vínculo real e problemático entre lei e justiça. É uma afirmação necessária porque historicamente se configura como um dos argumentos legitimadores do poder político, sobretudo depois do advento do Estado moderno.

Em conseqüência, os administradores de justiça – principalmente os juízes – cumprem plenamente a sua função desde que apliquem a lei de forma imparcial e independente. Deste modo, através da mencionada ficção a preservação da independência do Judiciário se transmuta automaticamente em preservação da justiça. Assim sendo, o problema da determinação histórica concreta dos parâmetros para distinguir o que é justo do que é injusto nas relações intersubjetivas se localiza na instância legislativa e não na judiciária.

¹ Professora do Departamento de Serviço Social da Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil.

A justiça, neste contexto, tornou-se *impossível* porque a sua vinculação com a lei é simplesmente formal, mas ao mesmo tempo, ainda sendo impossível ocupa um lugar simbólico necessário aos efeitos de outorgar legitimidade à norma – embora na realidade nem sempre se concretize.

Deste modo, a relação entre lei e justiça – dissolvida pelo paradigma do positivismo jurídico – re-aparece novamente hoje em termos de problema: nem toda lei (norma jurídica válida) é uma lei justa, mas, os administradores de justiça devem aplicá-la igualmente, bastando que seja uma aplicação imparcial e independente.

Os administradores de justiça (conceito mais amplo que o de juízes já que designa todos aqueles sujeitos diretamente envolvidos nos processos de tipo jurisdicional) desenvolvem a função de intelectuais dentro da sociedade, eles traduzem (aplicam) a formulação hipotética da lei (a norma jurídica) em fato concreto (a resolução jurisdicional do conflito), portanto, encontram-se em posição privilegiada para abrir a possibilidade de expansão de outros tipos de práxis jurídicas alternativas ao paradigma dominante.

A superação da crise apontada deve ser ao mesmo tempo a configuração de um novo tipo de cultura jurídica. Para essa nova conformação é necessária uma transformação intelectual e moral dos administradores de justiça dentro de um processo mais amplo (extenso, duradouro) – seguindo Gramsci – de “reforma intelectual e moral” da sociedade entendida como um todo, gerada a partir dos elementos progressistas presentes nessa mesma cultura jurídica em crise, considerando as suas possibilidades de articulação em um projeto de construção de uma nova hegemonia radicalmente democrática.

2.- No contexto que aqui nos ocupa entendemos por administração de justiça o conjunto de estruturas, procedimentos e funções específicas mediante as quais o Estado resolve pacificamente as controvérsias, através da aplicação concreta das leis. Trata-se de um poder político do Estado.

Segundo Santos²: o poder judiciário tem funções instrumentais, funções políticas e funções simbólicas. Partindo dessas distinções analíticas podemos dizer que:

² Santos, Boaventura de Sousa, “Os tribunais nas sociedades contemporâneas”, em: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 30, ano 11, fevereiro, São Paulo, ANPOCS, pp. 30-62.

As *funções instrumentais* consistem em: a resolução dos litígios, o controle social, a realização de alguns trâmites administrativos e a criação de normas jurídicas. A resolução dos litígios intersubjetivos aparece como a principal função dos tribunais enquanto encontro efetivo entre a procura e a oferta da tutela jurisdicional dos direitos. Mas a restauração da ordem jurídica quebrada por uma controvérsia ou por uma conduta ilícita tem um outro efeito, que é a manutenção do controle social. Por controle social se entende o conjunto de medidas adotadas numa sociedade para que as condutas não se desviem significativamente do padrão dominante de sociabilidade. Com o surgimento do Estado moderno, esse padrão de sociabilidade se encontra condensado nas normas jurídicas, que determinam a existência de uma única normatividade que pode ser imposta até pela força. As funções administrativas se referem aos trâmites burocráticos através dos quais também se aplicam normas jurídicas e também se mantém a ordem social, mas de forma menos evidente, por exemplo, os atos de certificação ou de notariado realizados pelos tribunais em situações não litigiosas. A função de criação de normas jurídicas é a mais problemática, já que as fronteiras entre criação e aplicação são cada vez mais difusas na medida em que se intensifica a crise do princípio da subsunção lógica da realidade na norma jurídica, utilizado para aplicar a lei e resolver os conflitos.

Com respeito às *funções políticas*, todas as funções dos tribunais têm este caráter, se observadas como resultado da atuação de um dos três poderes do Estado que, portanto, é um órgão titular da soberania. Assim, com o cumprimento efetivo de cada uma das suas tarefas, o Judiciário está legitimando o poder político do Estado em seu conjunto. Dentre as instituições políticas que conformam o Estado moderno, o Poder Judiciário é aquele encarregado de materializar os anseios de ordem e justiça da sociedade. Estes valores encabeçam a lista do complexo de valorações que contribuem para legitimar o poder político do Estado, já que nenhum governo se sustenta exclusivamente pelo uso da força (princípio da efetividade) ou exclusivamente pela referência às leis (princípio da legalidade) – sempre e em todo caso existe um substrato de valores que a sociedade vive (experimenta) como *ultima ratio* justificadora do poder de mandar e do dever de obedecer.

As denominadas *funções simbólicas* se referem à contribuição dos tribunais na difusão de práticas de socialização que fixam valores e comportamentos nos diferentes espaços da vida social.

É neste sentido apontado por Santos ao respeito das funções simbólicas que afirmamos que a administração de justiça expande a cultura jurídica dominante, mas que ao mesmo tempo tem a capacidade de transformar, de forma mais ou menos profunda, essa mesma cultura jurídica que contribui para expandir. A consideração desta capacidade transformadora nos permite incorporar elementos na análise da sua crise que, sob um ponto de vista mais restrito, não teriam a centralidade que aqui pretendemos, como, por exemplo, a articulação entre a expansão de um tipo de direitos através de sentenças judiciais e outros espaços de lutas pela construção de um projeto hegemônico radicalmente democrático.

Outra possibilidade de reflexão que se abre é a consideração da viabilidade de incorporação de práticas não judiciais (no sentido restrito), mas, culturalmente aceitas na resolução de conflitos. Neste sentido, podemos aproveitar-nos de algumas pesquisas antropológicas como, por exemplo, e segundo assinala Santos³, os estudos de Evens Pritchard no Sudão, de Gulliver e Sally Moore na África Oriental, de Glukman e Van Velsen na África Central e Austral, de Bohanan na África Ocidental, que deram a conhecer formas de direito e padrões de vida jurídica totalmente diferentes dos existentes nas sociedades ditas civilizadas: direitos com baixo grau de abstração, discerníveis apenas na solução concreta de litígios particulares; direitos com pouca ou nula especialização em relação às demais atividades sociais; mecanismos de resolução dos litígios caracterizados pela informalidade, rapidez, participação ativa da comunidade, conciliação ou mediação entre as partes através de um discurso jurídico retórico, persuasivo, assente na linguagem ordinária.

Tais estudos revelaram a existência, na mesma sociedade, de uma pluralidade de direitos convivendo e interagindo de diferentes formas. Conseqüentes com estes estudos antropológicos surgiram estudos na sociologia do direito tendo por unidade de análise o litígio e não a norma, e por orientação teórica o pluralismo jurídico. A análise se interessou pelos mecanismos de resolução informal dos conflitos nas sociedades contemporâneas, que operam à margem do direito do Estado.

No Brasil é paradigmático, nessa linha de pesquisas o trabalho realizado pelo mesmo Santos⁴ (1988) no início da década de 70 nas favelas do Rio de Janeiro. O autor analisou a

³ Santos, Boaventura de Sousa, “Introdução à sociologia da administração da justiça”, em: José Eduardo Faria (org.) *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*, São Paulo, Ática, 1989, pp. 53 e ss.

⁴ Santos, Boaventura de Sousa, *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Porto Alegre, Fabris, 1988.

existência, no interior desses 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 nas áreas de habitação e propriedade da terra.

Não é objeto do presente trabalho discutir as possibilidades e limites emancipatórios do pluralismo jurídico. Somente chamamos a atenção para algumas questões sobre o assunto: os procedimentos de resolução de conflitos privilegiados são a mediação, a conciliação e a arbitragem, mecanismos utilizados sem que exista a exigência da presença de um profissional da área jurídica e alheio ao litígio que garantiria – embora seja minimamente – a igualdade jurídica das partes que sabemos é uma ficção, abrindo-se mão por tanto do princípio da imparcialidade e da imparcialidade, essenciais à administração de justiça do Estado (Zaffaroni⁵). Isto porque os cidadãos em litígio nunca são totalmente “pares”, tal vez sob algum aspecto possam parecer iguais (classe, grau de instrução, gênero, religião, etc.), mas sobre outros tantos não (classe, grau de instrução, gênero, religião, etc.). Negar estas diferenças que se traduzem em situações de subalternização de uma das partes também é uma ficção.

3.- Voltando ao nosso assunto, e como já temos assinalado, nos interessam particularmente as possibilidades do Judiciário expandir cultura jurídica motivo pelo qual passamos agora a precisar alguns conceitos em torno do assunto.

Embora a palavra “cultura” não seja recente (muito pelo contrário, pertence ao vocabulário ocidental desde a antiguidade), somente nos interessam as elaborações mais contemporâneas pelas vantagens que podem trazer para as nossas reflexões.

Foi no âmbito da investigação antropológica que surgiram os mais ricos desenvolvimentos teóricos sobre o conceito de cultura com o objetivo de tentar dar conta dos problemas surgidos no estudo do significado de costumes estranhos e aparentemente incompreensíveis das sociedades denominadas “primitivas”.

A pergunta da antropologia se referia ao significado das condutas socialmente padronizadas, uma vez que qualquer agrupamento humano se ordena através de costumes que possuem um significado para os seus membros.

⁵ Zaffaroni, Eugenio, *Poder Judiciário. Crise, acertos e desacertos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 87.

A consideração da vida social ordenada através de símbolos organizados em sistemas abriu a possibilidade para a superação da perspectiva que se sustenta na existência de uma base natural-biológica para a sociedade, afirmando como fundamento da organização social uma “natureza humana” condicionada à orientações extrínsecas construídas socialmente através de símbolos.

Como esclarece Durham⁶, Lévi-Strauss afirmou o componente simbólico da ação humana como elemento constitutivo da vida social; a dimensão simbólica está sempre presente em qualquer prática social de forma dinâmica, já que os sistemas simbólicos fazem parte da cultura na medida em que são constantemente utilizados como instrumentos de ordenação da conduta coletiva, absorvidos e recriados nas práticas sociais.

Neste mesmo sentido, Durham⁷ refere o conceito de cultura ao processo de sua contínua produção, utilização e transformação na prática social coletiva. A partir deste ponto de vista, a cultura constitui o processo pelo qual os homens orientam e dão significado às suas ações; em conseqüência, toda análise de fenômenos culturais se torna necessariamente uma análise da dinâmica cultural, isto é, do processo permanente de reorganização das representações na prática social, representações estas que são simultaneamente condição e produto dessa mesma prática.

O conceito de *fato social total*, proposto por Marcel Mauss e reelaborado por Lévi-Strauss⁸, caracteriza esta abordagem antropológica: “menos a preocupação em isolar e analisar sistemas econômicos, políticos, jurídicos ou ideológicos (embora ela também esteja presente) do que o esforço de integrar todos esses aspectos em termos de práticas sociais cujas múltiplas dimensões se unificam pela significação”.

Conseqüentemente, os padrões culturais são concebidos não como uma forma ou molde que determina a produção de condutas idênticas, mas como regras de um jogo, de uma estrutura que permite atribuir significados a certas ações em função da qual se jogam infinitas partidas. Desse modo, a prática social adquire forma e sentido, mas não é estritamente determinada, admitindo-se um espaço de arbítrio, de criatividade, de improvisação e de transformação.

⁶ Durham, Eunice, “Cultura e Ideologia”, em *Revista Dados*, v. 27, n. 1, 1984.

⁷ Durham, Eunice, “A dinâmica cultural na sociedade moderna”, em: *Revista Ensaio de Opinião*, 2-2, Rio de Janeiro, Indúbia, 1977.

⁸ Lévi-Strauss, M., *apud* Durham, Eunice, “Cultura e Ideologia”, em *Revista Dados*, v. 27, n. 1, 1984, p. 75.

A observação da enorme variedade de formas culturais dentro de uma sociedade e a presença de soluções diversas para os mesmos problemas em sociedades diferentes permite o afastamento da determinação em última instância pelo econômico.

A cultura tem certo caráter lúdico, como se os homens, tendo desenvolvido sua capacidade simbólica em função de e para sua prática social, brincassem com ela na elaboração de estruturas complicadas.

As abordagens que pelo contrário partem do pressuposto da unidade entre ação humana e significação se caracterizam, segundo Durham⁹ (1984: 77), por três ausências:

a) em primeiro lugar, a análise dos padrões culturais não implica nenhuma oposição entre *falso* e *verdadeiro*. (Regras explícitas ou explicações míticas não são distorções de uma realidade demonstradas pela ciência, mas formas da sua produção);

b) em segundo lugar, a discussão sobre a oposição ciência / ideologia não é própria do conhecimento antropológico;

c) finalmente, não aparece nenhuma relação entre as representações e o poder. Padrões culturais não são percebidos como instrumento de poder.

Os enfoques mais fecundos neste tema são aqueles que entendem a cultura como instrumento voltado para a compreensão, reprodução e transformação da sociedade.

Neste trabalho nos aproveitaremos do conceito de cultura elaborado por Raymond Williams: para o autor, a cultura é o *processo social material total* no qual os homens definem e configuram as suas vidas (Williams¹⁰). A cultura é um *processo* que se encontra organizado e orientado em uma direção teleológica específica.

Definimos a cultura jurídica como aquele processo social de conformação das orientações axiológicas e práticas diante do direito – do que é efetivamente e do que deve vir a ser. Assim sendo, enquanto complexa dinâmica de constituição de valores e práticas, a cultura jurídica é cenário de lutas pela direção do referido processo. Neste registro de análise é que falamos de crise da cultura jurídica como crise do paradigma positivista hoje dominante que é aquele que hoje detém a direção do processo.

A organização e orientação da cultura jurídica são realizadas hegemonicamente. A hegemonia, neste contexto, define-se como um processo ativo que incorpora significados,

⁹ Durham, Eunice, “Cultura e Ideologia”, em *Revista Dados*, v. 27, n. 1, 1984, p. 77.

¹⁰ Williams, Raymond, *Marxismo y literatura*, Barcelona, Península, 1980, p. 129.

valores e práticas a uma cultura significativa e a uma ordem social efetiva. Tal incorporação é seletiva, operando como um dos mecanismos de definição cultural e social (Conforme Williams¹¹).

No caso das tradições jurídicas, através da seleção e da incorporação, uma versão do passado se pretende conectar com o presente para ratificá-lo (a prática judicial observada, por exemplo, nas formalidades da prova de testemunhas, ou nos rituais e vestiários que envolvem em maior ou menor medida as figuras dos operadores jurídicos, especialmente a do juiz). Assim, as tradições judiciais oferecem um sentido de predisposta continuidade e ratificação cultural e histórica para a ordem judicial contemporânea. Como *fato cultural*, o direito é um produto histórico cujo processo se encontra marcado pela co-existência de elementos residuais e de elementos emergentes.

Os processos de seleção e de incorporação mencionados podem ser observados, na práxis dos juízes, por exemplo, na possibilidade aberta aos julgadores para interpretar as normas mediante princípios como a analogia, a aplicação do direito comparado, ou a remissão aos denominados princípios gerais do direito¹².

Portanto, aquilo que na teoria jurídica aparece como uma questão de hermenêutica jurídica se apresenta, nas nossas análises, como uma questão de direção do processo hegemônico da cultura jurídica.

As características da cultura jurídica dependem da visão que as pessoas têm sobre o que seja o direito e essa visão é construída a partir da maneira como os seus próprios direitos são efetivamente conhecidos e exercidos: assim o titular de um direito tem a percepção de que pode exercer esse direito plenamente quando, diante da violação, ou a não efetivação de um direito formalmente declarado em lei, aparece para ele a possibilidade real de obter uma reparação ou efetivação, mediante a intervenção dos órgãos pertinentes da administração de justiça do Estado.

Nessa percepção empírica do funcionamento efetivo dos direitos as pessoas constroem a própria concepção do mundo jurídico que integra o senso comum que todo sujeito possui e,

¹¹ *Ibid.* p. 137.

¹² Segundo Maria Helena Diniz (1999: 456-457), “os princípios gerais do direito são cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico. São diversamente concebidos pelas escolas jurídicas, que buscam o sentido deste vocábulo.” Algumas escolas identificam os princípios gerais do direito com as normas do direito natural, outras com a equidade, outras os consideram como tendo caráter universal, e outras como tendo caráter historicamente contingente e variável.

portanto, imprimem uma dinâmica própria aos processos de transformação social dos quais participam, seja no que diz respeito aos fins que se pretende atingir quanto aos meios considerados adequados para alcançar tais fins, já que as *concepções de mundo* são parte e fundamento das práticas sociais.

Os juízes participam da expansão da cultura jurídica fundamentalmente – quase exclusivamente – através das suas práticas no processo judiciário, já que somente em raras ocasiões – embora cada vez com maior frequência – se manifestem publicamente por outros meios.

Não resulta possível pensar em uma reformulação radicalmente democrática da cultura jurídica dos cidadãos separadamente de uma transformação da cultura jurídica, não somente dos juízes, mas dos operadores jurídicos no seu conjunto, que são, em definitivo, os seus principais veículos de expansão.

Portanto, o processo de re-elaboração da cultura jurídica da sociedade envolve a totalidade das pessoas, sejam ou não operadores jurídicos, em uma única dinâmica transformadora. O processo se desvirtuaria caso se optasse por uma análise que permitisse a separação de duas etapas sucessivas: primeiro a transformação da cultura jurídica dos operadores do direito e, somente a partir desse primeiro patamar, começar o caminho de transformação da cultura jurídica dos cidadãos; ou vice-versa, primeiro a transformação da cultura jurídica dos cidadãos para, a partir desse ponto, encarar a transformação da cultura jurídica dos operadores do direito.

Na primeira das opções nos defrontaríamos com um vanguardismo ou paternalismo que se tem mostrado insuficiente e até pernicioso. Na segunda possibilidade, provavelmente se produziriam atritos entre as demandas de transformação da sociedade civil já transformada e o corporativismo dos operadores jurídicos.

Somente uma reforma intelectual e moral – no sentido gramsciano – que compreenda a transformação da concepção de mundo jurídico da totalidade dos membros da sociedade pode evitar os riscos de processos de transformação parcialmente projetados, nos quais se privilegia um ou outro setor na direção da mudança. O eixo da questão passa pela educação *da* e *na* cidadania: do cidadão que circunstancialmente desempenha a função de operador jurídico (juiz, advogado, promotor, assistente social, peritos em diversas áreas, etc.), e do cidadão que

se encontra circunstancialmente na situação de parte litigante ou litigada em um processo judicial.

Conseqüentemente o problema da crise da administração de justiça não se reduz à questão da reforma do Judiciário, mas à reformulação da organização do poder político no seu conjunto. Por este motivo, trata-se de um assunto imbricado na teoria democrática, entendida esta última como a discussão das formas efetivas de participação dos cidadãos no exercício do poder político e das condições materiais e formais necessárias para essa participação. Assunto que nos ocupa a seguir.

4.- O tema da democracia participativa se equaciona hoje necessariamente em relação à reforma do Estado e a redefinição da noção de espaço público, tendo como objetivo a efetiva participação dos cidadãos no exercício concreto do poder político, também da administração da justiça. Na perspectiva que adotamos se supera o antagonismo entre democracia representativa e democracia direta, ou em outras palavras, entre representação e participação, desde que se entende esta última como “expressão de práticas sociais democráticas interessadas em superar os gargalos da burocracia pública e em alcançar soluções positivas para os diferentes problemas comunitários”, mais do que como o contrário da representação¹³.

Quando falamos de espaços públicos nos referimos a aqueles espaços (estatais ou não) que conferem legitimidade aos conflitos criando instituições nas quais estes conflitos se processam ganhando racionalidade através de direitos (novos ou não) que se balizam pelas regras da equidade e da justiça¹⁴

Nogueira apresenta quatro modalidades de participação, seguindo as reflexões de Gramsci¹⁵ sobre os graus de consciência política coletiva: participação *assistencialista*, participação *corporativa*, participação *eleitoral*, participação *política*.

A participação *assistencialista* reveste caráter filantrópico ou solidário, existiu em todas as épocas, principalmente nos estágios de menor consciência política dos grupos sociais e nos tempos anteriores à afirmação dos direitos de cidadania. Ainda hoje continua sendo

¹³ Nogueira, Marco Aurélio, *Um Estado para a sociedade civil. Temas éticos e políticos da gestão democrática*, São Paulo, Cortez, 2004, p. 120.

¹⁴ Telles, Vera da Silva, “Sociedade civil e a construção de espaços públicos”, em: Evelina Dagnino (org.), *Anos 90. Política e sociedade no Brasil*, São Paulo, Brasiliense, 1994, p. 91-102.

¹⁵ Gramsci, Antonio, *Cadernos do Cárcere*, v. 3, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2000, pp. 40-42.

relevante entre os setores sociais mais pobres e marginalizados funcionando em alguns casos como forma de sobrevivência.

A participação *corporativa* – que se encontra na origem do sindicalismo moderno – focaliza exclusivamente a defesa dos interesses específicos de determinados grupos sociais ou categorias profissionais, opera excludentemente já que aqueles que não pertencem ao grupo não são chamados a participar nem partilham dos benefícios.

A participação *eleitoral* – típica embora não exclusiva do contratualismo liberal – não objetiva somente interesses particulares como acontece nos outros dos casos, mas pretende interferir nas deliberações que dizem respeito à sociedade como um todo.

O voto como procedimento democrático de expressão da vontade é um instrumento importante, porém limitado. Não conseguindo exprimir totalmente os interesses em jogo.

A participação *política* “inclui, complementa e supera” as demais formas de participação mencionadas, “realiza-se tendo em vista a comunidade como um todo, a organização da vida social em seu conjunto, ou seja, o Estado. Ela é, assim, uma prática ético-política, que tem a ver tanto com a questão do poder e da dominação quanto com a questão do consenso e da hegemonia, tanto com a força quanto com o consentimento, tanto com o governo quanto com a convivência”. “Por intermédio da participação política, indivíduos e grupos interferem para fazer com que diferenças e interesses se explicitem num terreno comum organizado por leis e instituições, bem como para fazer com que o poder se democratize e seja compartilhado”. “É essa participação, em suma, que consolida, protege e dinamiza a cidadania e todos os variados direitos humanos¹⁶” (133)

Na medida em que a participação passa a condicionar os governos seja como forma necessária de legitimação, seja pela pressão real que exerce, a gestão da administração pública é obrigada a re-configurar-se de modo a tornar-se, em maior ou menor grau, participativa.

Algumas inovações caracterizam esta nova forma de gestão administrativa, que Nogueira que denomina gestão participativa¹⁷:

1. Busca modificar a articulação entre governantes e governados, promovendo uma nova relação entre Estado e sociedade.

¹⁶ Nogueira, Marco Aurélio, *id.*, p. 133.

¹⁷ *Ibid.*, p. 145-151.

2. Procura introduzir formas novas de controle social do governo pela sociedade.
3. Opera em termos descentralizados e fomenta parcerias, dentro e fora do Estado (entre as organizações públicas e entre estas e a sociedade civil).
4. Opera para além do formal e do burocrático, busca resultados que não se limitem ao administrativo, mas que visem a transformação social.
5. Impõem uma reforma administrativa que a complemente e viabilize, agindo no plano das culturas organizacionais e da formação de recursos humanos.
6. Orienta-se por critérios inteligentes de flexibilidade, eficiência e agilidade, inserindo novos procedimentos e critérios na burocracia de modo a dinamizá-la e democratizá-la.
7. Inventa formas novas de tomada de decisões e de gerenciamento público através de um novo tipo de planejamento estratégico e democrático.
8. Depende intensamente da agregação de conhecimento científico e de recursos humanos qualificados. Os novos gestores são bons intelectuais mais que bons burocratas.

Mas, para aspirar ao sucesso a gestão participativa exige a presença um requisito fundamental: uma forte cultura ético-política da comunidade e

“Isso depende de educação para a cidadania, com a qual se dissemina a capacidade de valorizar as instituições políticas, os direitos e os deveres. Reconhecendo ao mesmo tempo a importância do sistema de voto para a formação dos consensos básicos com os quais se estrutura o governo da sociedade – a capacidade de compreender, em suma, que participar é mais do que eleger representantes e autorizar governantes, mais não exclui os papéis específicos que representantes e governantes têm no processo de tomada de decisões e de organização do espaço público. Trata-se, portanto, de uma questão de consciência política, que se resolve por intermédio de um círculo de fatores que se combinam e que vão da escola à política, da cultura às lutas sociais, do esforço pessoal ao vínculo associativo. É impossível imaginar processos deliberativos ampliados (democráticos e participativos) sem cidadãos em condições de deliberar em esferas predominantemente argumentativas. Na ausência deles, a participação converte-se em exclusão”¹⁸.

5.- Por este ponto de vista, a administração de justiça se apresenta como um espaço a mais de desenvolvimento das relações sociais, com características próprias, mas não por isto isolado da problemática da organização do Estado e da contratualização moderna.

A política enquanto criação, reprodução e transformação das relações sociais não pode ser localizada em um determinado lugar do social. O político é o problema da instituição do

¹⁸ *Ibid.*, p. 152.

social, da sua definição e articulação hegemônica no meio dos antagonismos¹⁹. Não existe nada inelutável ou natural nos diferentes tipos de lutas pela hegemonia -, em cada caso devem ser explicadas historicamente as razões da sua emergência e as diferentes formas que as mesmas podem adotar.

O caráter de *servo* ou *escravo*, por exemplo, não designam por si mesmos situações de antagonismo. O antagonismo social se constitui somente quando aparece um discurso exterior que permite a subversão da categoria de “servo” ou “escravo” - no exemplo, a possibilidade histórica de surgimento do antagonismo aparece somente com o reconhecimento e declaração dos “direitos inerentes a todo ser humano”, com a Revolução Francesa. Não existe relação de opressão sem a presença de um “exterior” discursivo a partir do qual o discurso da opressão possa ser interrompido²⁰. Somente quando o discurso democrático se encontrou disponível para articular as diferentes formas de resistência à subordinação é que apareceram as condições de possibilidade de luta contra os diferentes tipos de desigualdade.

Quando os princípios democráticos de igualdade e liberdade se impõem como matriz do imaginário social, produz-se a *revolução democrática*, chega ao fim o tipo de ordem social que encontrava o seu fundamento na vontade divina, da qual a sociedade desigual e hierarquicamente constituída era a realização histórica concreta. O momento fundacional desse novo discurso democrático se encontra na Revolução Francesa: foi então que surgiu pela primeira vez a possibilidade de afirmação do poder soberano do povo.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proporcionou as condições discursivas que permitiram considerar as diversas formas de desigualdade como ilegítimas e antinaturais, colocando-as como formas de opressão. Dessa primeira crítica às formas de desigualdade no exercício dos direitos políticos se produz um deslocamento, através dos discursos socialistas, para a crítica da desigualdade econômica, o que conduz ao questionamento de outras formas de subordinação e à reivindicação de novos direitos, abrindo-se um irreversível processo de multiplicação geométrica de novas reivindicações.

A declaração de cada novo direito abre o espaço discursivo para a reivindicação de outros novos direitos e assim sucessivamente, num processo de expansão indefinido e não determinado *aprioristicamente*. As conseqüências sociais e as possibilidades históricas de

¹⁹ Laclau, Ernesto, Mouffe, Chantal, *Hegemonia y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Madrid, Siglo XXI, 1987, p. 171.

²⁰ *Ibid.*, p. 173.

novas lutas por novos direitos dependerá sempre das articulações hegemônicas que cada sociedade esteja em condições de produzir, por isto não é possível estabelecer nem ritmos temporais, nem direções determinadas nos processos de transformação social.

Nesta perspectiva, pode-se explicar porque o problema do acesso à justiça²¹ começa a ser reivindicado como um direito somente dentro do discurso do Estado-providência, e também porque a questão da crise do Poder Judiciário começa a ser colocada em termos de reivindicação social apenas recentemente. No primeiro caso, o discurso do Estado-providência possibilita o surgimento das declarações dos denominados direitos sociais, colocando a ênfase na realização efetiva desses direitos declarados. No segundo caso, a crise do Judiciário e a discussão sobre os meios para superá-la (por exemplo, as formas de seleção dos juízes, os controles internos e externos da atividade jurisdicional, etc.) e a exigência de uma ativa participação da sociedade, apresenta-se no bojo da crise do paradigma da contratualização moderna.

Os novos antagonismos – cujo surgimento possibilita a configuração de um novo contexto discursivo – podem apresentar-se em duas variantes fundamentais: 1) pode tratar-se de relações de subordinação que já existiam e que, em virtude de uma modificação ou alargamento do imaginário democrático aparecem rearticuladas como relações de opressão. No exemplo do acesso à justiça, sempre se afirmou que os pobres não têm recursos para aceder a um processo judiciário nas mesmas condições que os ricos, mas a reivindicação do acesso à justiça como um direito não aparece antes da década de 50. Ou seja, antes desse momento, os setores subalternos não se colocavam a possibilidade de considerar o acesso à justiça como categoria reivindicável com caráter de direito; 2) o antagonismo pode surgir quando, por exemplo, direitos adquiridos ou relações sociais que não tinham sido constituídas originariamente como relações de subordinação passam a sê-lo, com a modificação das circunstâncias sociais, por exemplo, quando, depois de um rearranjo de forças políticas, uma minoria começa a ser discriminada.

Mas, em todo caso, sempre é o surgimento de um discurso, convertido em senso comum, que abre a possibilidade de que as resistências contra a opressão assumam o caráter de lutas coletivas. Este é o caso dos chamados novos movimentos sociais. Eles são – segundo

²¹ Para este tema: Mauro Cappelletti, *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Fabris, 1993.

Laclau e Mouffe²² – uma extensão da revolução democrática a toda uma nova série de relações sociais.

Podemos também estender esta noção àqueles movimentos que, sem constituir-se como movimentos sociais propriamente ditos, adquirem o significado social de veículos reivindicadores de direitos, como é o caso da atuação das CPIs (Comissões Parlamentares de Inquérito) no Brasil. Também nessas formas institucionais jurídico-políticas se articula o conflito social e se produz a difusão da possibilidade de reivindicar direitos referidos a relações sociais cada vez mais diversificadas, numa espécie de sistema de vasos comunicantes, produzindo a transformação do senso comum e preparando assim o surgimento de novos direitos e de novas lutas pelo efetivo exercício desses novos direitos. A expansão da cultura jurídica consiste nesse processo.

Isto foi o que aconteceu com o Estado-providência. Uma vez aceita a responsabilidade do Estado pelo bem estar dos cidadãos, as demandas dirigidas a esse Estado se ampliam. Em conseqüência, a noção de cidadania se modifica, já que se incorporam, ao conceito de cidadão, os direitos sociais. Também são redefinidos, por exemplo, os conceitos de justiça, liberdade, equidade e igualdade.

Esta nova concepção da realidade, que chegou a ser hegemônica, inscreve-se no quadro do liberalismo, mas de um liberalismo transformado pela sua articulação com a idéia de democracia. Não se pode compreender a atual expansão do campo do conflito social sem a reformulação da ideologia liberal-democrática resultante das lutas pela igualdade. É inegável que o discurso liberal-democrático tem sido profundamente modificado por esta ampliação da esfera dos direitos.

Um outro elemento característico do contexto discursivo democrático contemporâneo são as novas formas culturais vinculadas à expansão dos meios de comunicação de massas que têm contribuído para a formação de uma nova cultura e têm produzido transformações consideráveis nas identidades sociais tradicionais. Os efeitos têm sido diversos porque, se por um lado se produz o fenômeno da massificação e uniformização social, por outro lado essa mesma cultura de massa contém elementos de subversão perante as desigualdades, expandindo e até criando novos elementos antagônicos no senso comum.

²² Laclau, Ernesto, Mouffe, Chantal, *Id.*, p. 179.

No terreno da democracia se abre um leque de possibilidades, a partir das quais é necessário construir articulações hegemônicas visando ao projeto de democracia plural e radical, já que os diferentes movimentos sociais (em sentido lato) que se produzem no seio da sociedade não têm por si pré-determinada uma potencialidade democratizadora específica - por exemplo, existem movimentos ecologistas, anticapitalistas, anti-industriais, autoritários, libertários, socialistas, reacionários, etc.

Neste sentido, as formas de articulação do antagonismo são a resultante de uma luta hegemônica e do projeto hegemônico que essa luta objetiva. As novas lutas sociais por direitos novos ou pelo efetivo exercício de direitos já reconhecidos não têm necessariamente um caráter progressista, é um erro pensar que se situam espontaneamente no contexto de projetos políticos de esquerda. O mais relevante deste ponto de vista é a afirmação da *potencialidade germinal* desses antagonismos para articular-se entre si dentro de um projeto hegemônico de democracia participativa. Em todos eles se questiona algum ou vários dos critérios de inclusão/exclusão que tipificam o modelo do contrato social moderno. Eis a sua potencialidade, o que lhes outorga sentido, e não o lugar social do qual provém, já que não existe lugar privilegiado de implementação da transformação social, tudo dependerá da existência de um projeto político articulador que lute pela hegemonia.

Hoje nos encontramos perante o projeto hegemônico do liberal-conservadorismo, que se articula em torno da definição individualista dos direitos e de uma concepção negativa de liberdade. Produziu-se um rearranjo nos critérios de inclusão/exclusão da formação hegemônica anterior – o Estado de bem-estar –, os que ontem foram sujeitos titulares de direitos sociais exigíveis perante o Estado hoje se tornaram – dentro desse discurso – os “parasitas” da seguridade social.

Como vemos, toda transformação social é um processo complexo, sendo o conceito de *guerra de posições* de Gramsci o que melhor expressa esta idéia, e aquele que nos permite valorizar as potencialidades de transformação da administração de justiça como um ingrediente a mais dentro de um projeto hegemônico de democracia plural e radical.

Mas, para que qualquer tipo de projeto democrático radical e plural seja possível, torna-se necessária, como colocam Laclau e Mouffe²³:

²³ Ibid., p. 2007.

La construcción de un nuevo “sentido común” que cambie la identidad de los diversos grupos, de modo tal que las demandas de cada grupo se articulen equivalencialmente con las de los otros -en palabras de Marx: “que el libre desarrollo de cada uno sea la condición para el libre desarrollo de todos los demás”. O sea, que la equivalencia es siempre hegemónica en la medida en que no establece simplemente una “alianza” entre intereses dados, sino que modifica la propia identidad de las fuerzas intervinientes en dicha alianza.

Toda decisão judicial na resolução de conflitos significa a articulação de diferentes antagonismos sociais, não apenas daquele que está sendo julgado; portanto, toda atuação jurisdicional produz conseqüências em cada um dos espaços sociais em jogo. Toda decisão a respeito de conflitos em uma área do direito – seja trabalhista, civil, comercial, penal, ambiental, etc. – interfere em outros universos de direitos, e sobre os titulares desses direitos, embora não sejam parte formal no litígio. Cada vez que um trabalhador injustamente demitido ganha, através de um processo judicial, o seu direito efetivo à indenização declarada na lei, todos os cidadãos ganham porque se reafirma o discurso da justiça social trabalhista. Cada vez que uma empresa é multada por agressão ao meio ambiente, todos os cidadãos ganham porque se reafirma o discurso da defesa do meio ambiente. Mas é importante levar em conta que o mesmo poderia concluir-se em sentido inverso.

A questão dos direitos é redefinida. Em primeiro lugar, é abandonada a matriz do individualismo possessivo e a idéia da existência de direitos naturais anteriores à sociedade política; os direitos se constroem historicamente porque *nunca* são individualmente exercidos, eles não existem isoladamente, mas sempre em complexos de relações sociais que os definem.

O exercício dos direitos *sempre* envolve outros sujeitos – além do titular – que participam da mesma relação social. Neste sentido todos os direitos, e não apenas os direitos políticos da cidadania tradicional, são direitos democráticos, sempre são exercidos coletivamente e supõem a existência de direitos iguais para todos. Ora, a forma específica de constituição desses diversos espaços coletivos, nos quais os direitos surgem e são desenvolvidos, dependerá de cada tipo de relação social (relações de trabalho, relações de produção, relações de família, relações de vizinhança, etc.).

Assim como não existem áreas privilegiadas *a priori* de surgimento dos antagonismos, tampouco existem discursos sociais que possam ser excluídos *a priori* da articulação hegemônica, isto porque não existe democracia radicalizada e plural sem a renúncia ao discurso do universal, e portanto à afirmação de um ponto privilegiado de acesso à verdade, acessível somente a um número limitado de sujeitos.

É neste último sentido que colocamos a questão da transformação da cultura jurídica a partir da reelaboração do *sensu comum jurídico*.

Os indivíduos concretos, na sua expressão cotidiana, interpretam, mudam e criam símbolos e significados. Nesse processo é que “acontece”, se constitui e se desenvolve a dinâmica da cultura. Dinâmica que pode ser regressiva ou progressiva segundo tenda a produzir sujeitos sociais autônomos ou sujeitos subalternos.

A administração de justiça, enquanto função voltada fundamentalmente para a aplicação do direito, é veículo social privilegiado na compreensão e reestruturação do sentido do direito e dos direitos. As pessoas adquirem conhecimento dos seus direitos na experiência concreta que deles têm através da sua prática. A administração de justiça é a função do Estado que mais perto dos indivíduos se encontra – comparativamente às outras funções clássicas do Estado: executiva e legislativa –, uma vez que o seu intuito é resolver os conflitos cotidianos das pessoas.

Qual o grau de incidência da atividade dos tribunais na transformação da cultura jurídica é uma questão que deve ser apreciada em cada caso historicamente determinado. Temos exemplos marcantes - como a operação *mani pulite* na Itália no início da década de 90, no Brasil, as atividades jurisdicionais dos juizes da *Associação dos Juizes para a Democracia*, notadamente em São Paulo, ou as dos juizes que participam do movimento de *Direito Alternativo* -, referentes à expansão de um tipo de cultura jurídica democrática, ainda que existam diferenças entre os conceitos de *democracia* com os quais cada grupo trabalha. Porém, a maioria dos exemplos que cotidianamente se sucedem na prática dos tribunais se refere à expansão de uma cultura jurídica conservadora.

Poderíamos afirmar que a expansão da cultura jurídica democrática contribui para o processo de formação de uma hegemonia dos setores subalternos e que a expansão da cultura jurídica conservadora concorre para a manutenção da hegemonia dos setores dominantes.

Não podemos ser ingenuamente otimistas, como salienta Zaffaroni²⁴: “*Não é tão simples democratizar, posto que as tendências antidemocráticas, ainda quando vejam perdidas suas posições, tratam sempre de se disfarçar sob outra capa, adotando a forma democrática e minando-a a partir do seu meio*”. Por este motivo, o caminho para qualquer processo de transformação da cultura jurídica passa necessariamente pela democratização

²⁴ Zaffaroni, Eugenio, *Op. Cit.*, p. 182.

interna do Poder Judiciário e pela possibilidade de controle externo da cidadania da atividade jurisdicional através de uma gestão participativa no sentido já colocado. Sem essas mudanças, as vias de articulação da administração de justiça em um projeto hegemônico de democracia plural e radical permanecem limitadas.

Bibliografia

ARRUDA Jr., Edmundo Lima de, Borges Filho, Nilson (org.), *Gramsci: estado, direito e sociedade*, Florianópolis, Letras Contemporâneas, 1995.

ATIENZA, Manuel e Ruiz Manero, Juan , *Marxismo y Filosofía del Derecho*, México, Fontamara, 1993.

BOBBIO, Norberto, *Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci*, Madrid, Debate, 1985.

. ____ *El futuro de la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1993.

CALAMANDREI, Piero, *Eles, os juízes: vistos por un advogado*, São Paulo, Martins Fontes, 1998.

CALASSO, Francesco, *Storicità del diritto*, Milano, Giuffrè, 1966.

CAPPELLETTI, Mauro, Mauro Cappelletti, *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Fabris, 1993

CÁRCOVA, Carlos Maria, *Direito, política e magistratura*, São Paulo, LTr, 1996.

CERRONI, Umberto, *Política. Métodos, teorías, procesos, sujeto, instituciones, categorías*, São Paulo, Brasiliense, 1993.

DEL ROIO, José Luiz, Itália: Operação Mãos Limpas: e no Brasil? Quando?, São Paulo, Ícone, 1993.

DÍAZ, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus., 1993.

DÍAZ SALAZAR, Rafael, *El proyecto de Gramsci*, Barcelona, Anthropos, 1991.

DURHAM, Eunice, “A dinâmica cultural na sociedade moderna”, em: *Ensaio de Opinião*, 2-2, Rio de Janeiro, Inúbia, 1977.

DURHAM, Eunice, “Cultura e ideologia”, em: *Dados*, vol. 27, número 1, 1984.

FARIA, José Eduardo, *Justiça e conflito. Os juízes em face dos novos movimentos sociais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992.

GRAMSCI, Antonio, *Cadernos do Cárcere*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2000/2002.

LACLAU, Ernesto - MOUFFE, Chantal, *Hegemonia y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006.

LOPEZ CALERA, Nicolás M., “Derecho y teoría del derecho en el contexto de la sociedad contemporánea”, em: Oliveira Júnior, José Alcebiades (org.), *O novo em Direito e Política*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

MOUFFE, Chantal, *El retorno de lo político: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Barcelona, Paidós, 1999.

NOGUEIRA, Marco Aurélio, *Um Estado para a sociedade civil. Temas éticos e políticos da gestão democrática*, São Paulo, Cortez, 2004.

NUN, José, *La rebelión del coro. Estudios sobre la racionalidad política y el sentido común*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1989.

SADEK, Maria Tereza (org.), *Acesso à justiça*, São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Porto Alegre, Fabris, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa, “Introdução à sociologia da administração da justiça”, em: Faria, José Eduardo (org.), *Direito e Justiça. A função social do judiciário*, São Paulo, Atica, 1989.

SANTOS, Boaventura de Sousa, et al., “Os tribunais nas sociedades contemporâneas”, em: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, número 30, ano 11, fevereiro de 1996, São Paulo, ANPOCS, 1996.

TELLES, Vera da Silva, “Sociedade civil e a construção de espaços públicos”, em: Evelina Dagnino (org.), *Anos 90. Política e sociedade no Brasil*, São Paulo, Brasiliense, 1994.

THOMPSON, Edward Palmer, *Senhores e Caçadores: a origem da lei negra*, São Paulo, Paz e Terra, 1977.

WILLIAMS, Raymond, *Marxismo y literatura*, Barcelona, Península, 1980

WOLKMER, Antonio Carlos, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, São Paulo, Acadêmica, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.