

INTRODUÇÃO

Boaventura de Sousa Santos em seu texto publicado em 2003 cujo título é “Poderá o direito ser emancipatório?”, nos instiga a refletir sobre a função reguladora do direito e principalmente emancipadora, bem como a revisitarmos a noção de igualdade em uma sociedade socialmente fascista, embora juridicamente democrática, onde pessoas e grupos são impedidos de exercer plenamente a cidadania.

Sem o exercício da plena cidadania não há acesso a direitos e, diante disso, a presente pesquisa objetiva analisar a ideia de acesso à justiça pela via de direitos (AVRITZER, MARONA, GOMES, 2014), tomando com referencial a reflexão de Boaventura sobre a função emancipadora do direito.

O acesso à justiça é um direito fundamental que quando não exercido acarreta o não reconhecimento da totalidade de todos os demais direitos (SANTOS, 1999, p. 146), e a necessidade de sua efetividade em uma sociedade periférica e desigual, é um desafio no tempo presente.

A ausência de efetividade do acesso pode estar vinculada a concepção, que até então vem sendo pautada em paradigmas da modernidade, que reproduz a exclusão e a opressão, inviabilizando a concretização do exercício da plena cidadania. Além do mais, o tempo presente é de transição onde momentos de criação e de destruição no que tange a transformações sociais, ocorrem de forma quase que instantânea (SANTOS, 2003, p. 1), o que exige um esforço hercúleo para compreensão do fenômeno.

No Brasil, o acesso à justiça somente ganhou destaque no ambiente jurídico e social a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, onde foi assentado que a lei não poderia excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direitos (art. 5º. inciso XXXV da CF/88). Ocorre que até o presente momento tal preceito constitucional ainda é um ideal a ser atingido, pois o acesso a uma ordem jurídica justa não é real no mundo fático.

É notório que as estratégias para efetividade do acesso à justiça vêm sendo aperfeiçoadas, no entanto, a medida que propostas legislativas, ações do Judiciário e defesas apaixonadas de medidas pontuais são implementadas na busca de uma solução para problemática do acesso, a efetividade e a realização da plena cidadania permanecem distantes do ideal. Para Santos (2007, p.33), é necessário uma nova

concepção do direito e da justiça para que o acesso mude o sistema que se pretende acessar.

A ideia de acesso à justiça pela via de direitos implica em uma condição para o exercício da cidadania e, via de consequência, para realização da democracia. No mesmo sentido, sem a concretização da plena cidadania, as condições excludentes permanecem e as desigualdades tendem a aumentar, (AVRITZER, MARONA, GOMES, 2014)

A proposta analítica da presente reflexão se fundamenta no pensamento pós-colonial e pós-liberal de justiça como instrumentos de denúncia, uma vez que a modernidade pautada no liberalismo e individualismo, corroborou com a prática de uma cidadania demasiadamente excludente. Nesse aspecto, as ideias propostas por Honneth (2004, 2009) e Fraser (1997, 2003, 2008), irão contribuir para a compreensão das desigualdades em sociedades diversas e periféricas como as encontradas em países como o Brasil, que se encontra no sul epistemológico.

A presente pesquisa pautou-se no método descritivo-analítico, valendo-se da metodologia jurídico-sociológica, do tipo jurídico-projetivo, com uso de dados documentais, doutrinários e estudos sobre o tema. O raciocínio desenvolvido na pesquisa será predominantemente dialético.

O texto será dividido em três partes, fora a introdução e a conclusão. Na primeira delas será apresentada a ideia de acesso à justiça pela via de direitos e sua construção metodológica realizada através de uma cartografia por meio da qual é demonstrada a importância da implantação de políticas públicas no âmbito jurisdicional.

Na segunda parte do presente trabalho será demonstrado que o direito pode ser instrumento de emancipação desde que não recorra ao cânone jurídico modernista (SANTOS, 2003), e sim a formas de direito informal e não oficial, originadas de um ambiente não-judiciário. O que torna o direito um instrumento de emancipação são as lutas em defesa do pleno exercício da cidadania e da realização da democracia.

Na terceira parte será apresentada a ideia de um acesso à justiça pela via de direitos que se entenda como instrumento emancipatório e que reconheça a falência da concepção liberal de acesso à justiça que promove a exclusão de uma infinidade de atores e conflitos sociais do âmbito jurisdicional, além do aumento das desigualdades sociais.

1. O acesso à justiça pela via de direitos como instrumento para o exercício da plena cidadania

Historicamente o conceito de acesso à justiça foi construído tendo como fundamento a necessidade de aproximação do jurisdicionado ao sistema judiciário. A partir das primeiras formulações sobre o tema, percebe-se que o alcance do acesso à justiça poderia ser muito mais amplo do que se imaginava, com vista a democratização da justiça e do direito.

Quando os professores Cappelletti e Bryan Garth, na década de 1970, desenvolveram o *Florence Project*, que visava reunir pesquisadores de várias áreas e de diversos países para estudar o acesso à justiça, foi um importante marco de estudos e proposições sobre o tema. Por meio da metáfora das três ondas, foi detectado os principais entraves para a efetividade do direito.

Denominando de quarta onda do acesso à justiça, a análise feita por Kim Economides, partiu da perspectiva da oferta - enquanto o Project Florence analisa a perspectiva da demanda - mas, ressaltando que a relação entre as perspectivas deve ser considerada (ECONOMIDES, 1999).

Por fim, o autor assevera que a dificuldade de acesso dos cidadãos ao conhecimento a cerca do direito é um óbice importante que precisa ser transplantado. Sugere, então, que o ingresso às faculdades de Direito e as profissões jurídicas sejam facilitadas, como também deva ser assegurada a educação continuada de todos os profissionais das carreiras jurídicas.

Outras pesquisas importantes sobre o tema foram realizadas que contribuíram para um novo olhar ao direito de acesso à justiça. Entre os estudos que se destacaram nesse processo está o de Boaventura Sousa Santos.

Boaventura de Sousa Santos é professor, catedrático e jubilado, de Economia da Universidade de Coimbra e Distinguished Legal Scholar da Faculdade de Direito e da Universidade de Wisconsin-Madison e Global Legal Scholar da Universidade de Warwick. Coordenador de inúmeros projetos no âmbito do tema de acesso à justiça, como por exemplo, o projeto denominado de “Observatório da Justiça Brasileira”, financiado pelo Ministério da Justiça do Brasil e PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

No dia 06 de junho de 2007, a convite do então Ministro da Justiça, Tarso Genro, Boaventura proferiu palestra em Brasília sobre a democratização do acesso à

justiça que serviu de base para publicação do livro intitulado “Para uma revolução democrática da justiça”, por meio do qual o autor apresenta as primeiras digressões sobre a teoria crítica do direito por ele desenvolvida.

O autor propõe uma teoria crítica que visa transgredir as fronteiras, sociais, políticas, culturais, epistemológicas e teóricas com vistas a cumprir o papel emancipatório que a modernidade prometeu. Por meio de uma nova forma característica de pensar o direito, Boaventura propõe uma postura teórica, epistemológica e prática que denomina de “senso comum jurídico”.

Tal perspectiva tem em vista o desnudamento do dogmatismo e positivismo jurídico para apostar no pluralismo jurídico e em uma concepção política do direito. Ou seja, propõe repolitizar o que estava despolizado.

Outra premissa do pensamento do autor é de que direito deve ser compreendido como instrumento de emancipação e transformação social. É uma teoria insurgente e de oposição que reivindica a reinvenção do reformismo da prática política da justiça.

Por vivermos num período de rupturas e mudanças paradigmáticas, o autor inicia sua tese propondo uma desconstrução do sistema jurídico e do Judiciário, para que se inicie uma reconstrução em bases mais sólidas.

Segundo o autor, para os conservadores não há nada que se reinventar, com exceção a modos sutis de mudanças para dismantelar o sistema que não resolverão problemas mais complexos (SANTOS, 2007). Afirma, nesse diapasão, que a revolução democrática da justiça terá sentido caso aumente seu espectro para alcançar a democratização do Estado e da sociedade.

O direito só terá crédito à medida que for democrático e, para isso, é necessário estar assentado em uma sociedade também democrática.

[...] a frustração sistemática das expectativas pode levar à desistência da democracia e, com isso, à desistência na crença do papel do direito na construção da democracia. (SANTOS, 2007, p. 8)

Boaventura aponta para uma demanda suprimida, que é aquela composta por cidadãos que tem consciência de seus direitos mais que se sentem impotentes diante da complexidade do sistema judicial, que por sua vez, possui uma linguagem hermética, corredores labirínticos, formalidade excessiva em todos os sentidos e, nessa busca ineficaz por justiça, tornam-se invisíveis.

Boaventura alerta para o perigo da contrarrevolução jurídica (SANTOS, 2007, p. 75), é o que denomina de “ativismo judicial conservador”, que visa interromper o avanço das conquistas dos movimentos sociais. Caberá, pois, ao Supremo Tribunal Federal (STF) monitorar e avançar no sentido de contribuir com as mudanças.

A ideia de que o Poder Judiciário brasileiro é, em sua essência conservador, motiva alguns setores a agirem no sentido de impedir os avanços da revolução democrática, principalmente porque é instrumento para o reconhecimento de direitos de grupos minoritários. No entanto, existe uma parcela da magistratura que integra a corrente progressista do Judiciário e que resiste às correntes mais retrogradadas, que está disposta a impedir a contrarrevolução jurídica.

Na concepção de acesso à justiça proposta por Cappelletti e Garth e, posteriormente, por Kim Economides, buscou-se o acesso a algo que previamente já existia e que não muda em consequência do acesso. Boaventura propõe uma concepção de acesso à justiça que vai mais além, “o acesso irá mudar a Justiça que se tem acesso” (SANTOS, 2007, p. 25). É gestada, conseqüentemente, uma transição recíproca que será desenvolvida desde que siga na indicação dos seguintes vetores:

- Profundas reformas processuais;
- Novos mecanismos e novos protagonismos de acesso ao direito e à justiça;
- O velho e o novo pluralismo jurídico;
- Revolução na formação profissional, desde as faculdades de direito até a formação permanente;
- Novas concepções de independência judicial;
- Uma nova relação do poder judicial mais transparente com o poder político e a mídia, e mais densa com os movimentos e organizações sociais;
- Uma cultura jurídica democrática e não corporativa. (SANTOS, 2007, p. 24-25)

O autor apresenta os vetores acima e deixa claro que uma mudança substancial no sistema jurídico e judicial somente ocorrerá quando todos funcionarem de forma harmônica e conjunta. O dilema do Judiciário será o de sair do isolamento e interagir com a sociedade ou permanecer corporativo e sem significado político.

Para elucidação da ideia de acesso à justiça via direitos (AVRITIZER, MARONA, GOMES, 2014) será demonstrado que o liberalismo, proposto na modernidade, deve ser superado por ser incompatível com o escopo da democratização do acesso.

Na pesquisa realizada denominada de “Cartografia da Justiça no Brasil: uma análise a partir de atores e territórios”, Avrizter, Marona e Gomes (2014, p. 10), nos apresentam a concepção de acesso à justiça pela via de direitos, nos seguintes termos:

“... o acesso à justiça via direitos tem na igualdade de acesso ao sistema judicial uma de suas mais importantes dimensões. No entanto, o acesso à justiça via direitos deve ser compreendido mais amplamente. Em uma primeira dimensão, como a garantia da efetividade dos direitos, o que depende da informação acerca dos direitos, de uma socialização que permita o recurso a uma instância ou entidade à qual se reconheça legitimidade para dirimir eventual litígio, e da efetiva reparação da injustiça ou desigualdade proveniente da violação do direito. Em uma segunda dimensão, entretanto, o pleno acesso à justiça pela via dos direitos indica a possibilidade de participação na conformação do próprio direito. Trata-se, nesse caso, de perceber que o reconhecimento de identidades (individuais e coletivas) implica a própria criação de novas categorias de direito que passam, então, a ser reconhecidas pelo Judiciário.”

Nesse sentido, pensar o acesso à justiça pela via dos direitos é abandonar a concepção liberal e assumir um posicionamento pós-liberal e pós-colonial, pois por meio das lentes do liberalismo seria incoerente reconhecer o acesso à justiça como política pública necessária para práxis desejada, tendo em vista que o lugar comum sempre será a sociedade periférica, característica essencial da sociedade brasileira (PIRES, 2017).

No paradigma liberal há a prevalência do contratualismo e a valorização do indivíduo como sujeito livre desvinculado do paternalismo estatal, e assim o direito limita a atuação do Estado na esfera privada, alçando como valor jurídico a igualdade formal de todos perante a lei,

Na visão liberal cabe ao legislador propor normas processuais que facilitem a realização da igualdade das partes no processo. Os obstáculos de acesso à justiça são tratados como problemas técnicos presentes no exercício do direito de ação, que pressupõem que os indivíduos partem da mesma condição de exercício desse direito.

No paradigma social a ideia é que os direitos sociais são também políticos e a igualdade formal já não é vista como suficiente para garantir tais direitos, sendo necessária a concretização da igualdade substantiva. Quanto aos entraves técnicos, deixam de ser o principal problema dando lugar a questões anteriores ao exercício do direito de ação, como por exemplo, os de natureza econômico-social. Se antes as decisões, em sua maioria, limitavam-se a declarar o direito arguido pelas partes, dentro do paradigma social o esforço interpretativo dos juízes vai além do alegado, dando lugar a um certo ativismo judicial.

Para além da visão de igualdade substancial, o desafio é conformá-la a visão de reconhecimento de diferenças, pois para qualquer projeto político que vise a ampliação e efetividade do acesso à justiça deve pressupor o caráter emancipatório do Direito.

No Brasil, após a redemocratização e a entrada em vigor da Constituição Federal/88, houve um sensível avanço quanto ao reconhecimento dos direitos sociais, e conformação de uma visão de justiça mais democrática com destaque ao elevado nível de independência do Poder Judiciário. Porém, há que se reconhecer que muitos resquícios do modelo liberal ainda podem ser encontrados no ordenamento jurídico pós-redemocratização, bem como na estrutura judiciária.

O não reconhecimento de uma normatividade plural, a criminalização de movimentos sociais, a insistência no monopólio da jurisdição e o investimento massivo em aumento da estrutura física do Judiciário, são algumas das heranças da visão liberal de acesso à justiça que obstaculizam o acesso à justiça pela via de direitos.

É de se notar que o liberalismo moderno é incompatível com um direito emancipatório, por reproduzir estruturas de exclusão e opressão social, embora diversos indicadores apontem uma substantiva melhora na qualidade de vida de milhares de brasileiros/as (especialmente pela retirada de milhões da situação de pobreza) nos últimos vinte anos. Não se pode negar, na mesma senda, que após a entrada em vigor da CF/88 a efetivação e ampliação de direitos aumentou. O que se requer demonstrar é que sem o rompimento com padrões liberais o acesso a direitos permanecerá estagnado e as desigualdades sociais tendem a aumentar.

Ademais, a concepção liberal de justiça por se pautar em ideais universalizantes de liberdade, justiça e igualdade, reproduz formas de inexistência e silenciamento legitimadas pela razão eurocêntrica (PIRES, 2017), o que é incompatível com a realidade das sociedades periféricas com a brasileira.

Em razão do surgimento e desenvolvimento dos estados do bem estar social na Europa a ideia de redistribuição (RAWLS, 1997) ganha força. Ocorre que Rawls pensou a partir do norte epistêmico, o ocidente, produzindo um entrave para concretização de sua teoria em outros *locus*, como em sociedades desiguais e periféricas. Aqui nesse espaço, não cabe o aprofundamento da crítica à teoria da justiça como equidade e sim, demonstrar que em sociedades, como a brasileira, não cabe a aplicação de um visão eminentemente liberal de justiça, por conta da

diversidade da estrutura e atores brasileiros o que torna complexo o debate na esfera pública.

Apesar de em muitas sociedades periféricas, como a brasileira, já terem elevado os direitos fundamentais sociais, culturais a nível constitucional, o reconhecimento jurídico pleno de indivíduos e grupos ainda caminha em passos lentos, fomentado pela visão de que a igualdade universal é o bastante para que a justiça social se concretize plenamente.

A ampliação do acesso à justiça pela via de direitos é gerada, também, pelas lutas por reconhecimento e pelo “direito de ter direitos” (FRASER, 2008). Tais lutas exteriorizam as impossibilidades de um contrato social formulado sob premissas coloniais, eurocêntricas e, portanto, excludentes. Um contrato social que não oportuniza um encontro dialógico de vozes heterônimas é autoritário e imposto. Lutas que emergiram da centralidade de sociedades periféricas, de grupos culturalmente excluídos, de comunidades vítimas da globalização universalizante e colonial, foram decisivas para um novo enfoque acerca das diferenças.

O acesso à justiça pela via de direitos, exige do Poder Judiciário uma atuação que perpassa pela promoção de políticas públicas, que significa o conjunto de metas, ações, planos e programas que um Estado traça com o intuito de alcançar o bem estar social e a diminuição das desigualdades sociais provocadas pelo desenvolvimento socioeconômico.

Atualmente, durante a pandemia da Covid-19, a atuação do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, no controle jurisdicional das políticas públicas foi imprescindível para que a crise sanitária não se tornasse incontrolável e sem precedentes. Tal protagonismo do Judiciário, demonstra sua crescente inserção na arena política, diante da incapacidade de reinvenção e de “autodepuração” do sistema político tradicional.

É evidente que o Judiciário não conseguirá assumir pra si, todas as expectativas individuais e coletivas que emanam da sociedade. Existe um risco de implosão do sistema judicial. No entanto, é inegável que o Judiciário deve contribuir com o funcionamento correto da atividade pública com o intuito de fortalecer a democracia e assegurar o exercício da plena cidadania.

Um dos aspectos fundamentais para concretização do acesso à justiça pela via de direitos é o reconhecimento de que existem instâncias de resolução de conflitos fora do ambiente do Poder Judiciário. Assim como, a origem do Direito não é

somente a estatal ou oficial. Esse reconhecimento não significa a dispensabilidade do Estado ou a privatização do Poder Judiciário, mas a flexibilidade do monopólio que hoje, ainda é, exclusivo deste.

2. Poderá o direito ser emancipatório?¹

A pergunta do título é importante para demonstrar que o acesso à justiça pela via de direitos só é possível a partir de um direito que se reconheça emancipatório.

O Direito, como elemento constitutivo do contrato social, tem a função de estabelecer normas que disciplinem as relações sociais, e nesse aspecto sua função reguladora é evidente. No entanto, o Direito também possui a função emancipadora com o objetivo de garantir a dignidade da pessoa humana.

A emancipação somente se consolidará em um ambiente social que não entenda a igualdade como meramente formal – visão construída sob a influência liberal – pois, somente quando a igualdade material, que não legitima a ideia de meritocracia, for real o princípio da dignidade da pessoa humana terá plena vigência.

Como entender o direito como instrumento de emancipação se desde a criação do Estado, como entidade política, é por este construído? E no ocidente, ao se falar em Estado, estaremos falando do Estado liberal, logo o direito também seria, por via de consequência, liberal. Segundo Boaventura:

O direito conservador neoliberal não faz mais do que fixar o quadro em que uma sociedade civil baseada no mercado funciona e floresce, cabendo ao poder judiciário garantir que o Estado de direito é amplamente aceite e aplicado com eficácia. Afinal, as necessidades jurídicas e judiciais do modelo de desenvolvimento assente no mercado são bastante simples: há que baixar os custos das transações, definir com clareza e defender os direitos de propriedade, fazer aplicar as obrigações contratuais, e instituir um quadro jurídico minimalista. (SANTOS, 2003, p. 11)

Boaventura entende que a globalização neoliberal transcendeu o ocidente, avançou para todos os cantos do mundo e estabeleceu um paradigma jurídico e político onde direito e emancipação não se entrecruzam, em razão desta última ser

¹ Como título deste item do texto, uso a mesma pergunta formulada por Boaventura de Sousa Santos em seu texto publicado em maio de 2003 na Revista Crítica de Ciências Sociais, onde o autor de início assim expõe: “Depois de definido o pano de fundo histórico-político da pergunta que adopta como título, o texto começa por analisar a situação presente, debruçando-se, em seguida, sobre as condições que tornam viável uma resposta prudentemente afirmativa a essa pergunta e concluindo por uma especificação de algumas das áreas em que uma relação entre o direito e a emancipação social se afigura mais urgentemente necessária e possível.”

suprimida por aquela, uma vez que defende que a sociedade “boa” já está entre nós, carecendo apenas de ser consolidada (SANTOS, 2003, p. 12).

O autor chega a conclusão que a questão do papel direito em um mundo dominado pela globalização neoliberal, é uma questão contra-hegemônica no sentido de reunir movimentos, ações e iniciativas espalhadas por todo mundo com objetivos comuns. Entende que assim, partindo desta análise, pode ser possível reinventar o potencial emancipatório do direito.

Isso implica o radical “des-pensar” do direito – quer dizer, o re-inventar do direito por forma a adequar-se às reivindicações normativas dos grupos sociais subalternos e dos seus movimentos, bem como das organizações que lutam por alternativas à globalização neoliberal. (SANTOS, 2003, p. 12)

Para refletir sobre o caráter emancipatório do direito é necessário, primeiramente, refletir sobre a modernidade ocidental, capitalismo, globalização e uma nova sociologia. A teia que existe entre tais temas é forte o suficiente para revelar o paradigma dominante da modernidade, seu enfraquecimento e causas e, a emergência de um novo paradigma que sinalize o novo senso comum e uma concepção pós-moderna do direito.

Pensar em um direito emancipatório é partir, inevitavelmente, de uma visão pós-moderna, pós-colonialista, pós-imperial e pós-liberal. O “pós” indica, logicamente, o porvir, o que está por vir. Ocorre que apesar da utilização da preposição “pós”, o sentido que se quer dar é do que já se iniciou, já rompeu, que ainda não se estabeleceu por completo, mas está em vias de sê-lo ou o que pode transformar-se, (PIRES, 2017).

A crise da modernidade na teoria crítica pós-moderna, assim denominada por seu idealizador Boaventura de Sousa Santos, é também detectada através de uma abordagem reflexiva diante de realidades visualizadas por um caleidoscópio de significações. O autor se mune de um arsenal de fundamentos epistemológicos que visam alcançar horizontes analíticos e conceituais que credibilizem sua afirmação sobre a crise e o presente tempo de transição paradigmática.

A modernidade foi marcada pela crise do pilar da regulação e o da emancipação. Para Santos (2011) o ponto principal da crise foi a absorção do pilar da emancipação pelo da regulação, fato desencadeado pelo que o autor chama de “hipercientificização da emancipação” e “hipermercadorização da regulação”. Tais

pilares da modernidade são construídos em formas de conhecimento que são chamados de conhecimento-emancipação e conhecimento regulação.

O pilar da regulação está assentado em três princípios: o princípio do Estado, do mercado e da comunidade. O princípio do Estado formulado por Hobbes consiste em estabelecer um relacionamento vertical entre Estado e indivíduo. O princípio do mercado, desenvolvido por Locke e Adam Smith consiste no relacionamento horizontal entre indivíduos e parceiros no mercado. Por fim, o princípio da comunidade, fundamentado em Rousseau, consiste em direitos e deveres entre indivíduos e associações que se relacionam horizontalmente.

O pilar da emancipação, por sua vez, é formulado com base nas três lógicas de racionalidades definidas por Weber: a racionalidade estético expressiva das artes e da literatura, a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da tecnologia e a racionalidade moral-prática da ética e do direito.

Na tentativa de tornar harmoniosa a relação entre regulação e emancipação, diga-se de passagem, uma aspiração difícil de ser alcançada pelas contradições existentes nos dois pilares, o projeto de modernidade acabou por criar excessos no cumprimento das promessas, bem como déficits pelo não cumprimento de tantas outra.

O projeto da modernidade, na realidade, visava garantir a harmonia de valores sociais, como justiça, solidariedade, liberdade entre outros. Cada espaço maximiza sua atuação, o que possibilita excessos e déficits, que foram vistos como desvios fortuitos e deficiências temporárias, mascarando seus verdadeiros reflexos. Para minimizar os efeitos dos excessos e déficits, a ciência e o direito foram chamados para gerir uma possível reconstrução do equilíbrio entre regulação e emancipação.

O pilar da emancipação foi hipercientificado quando a racionalidade cognitivo-instrumental promove a crença de que as potencialidades emancipatórias na modernidade estariam centradas na técnica e na ciência, e que nelas seriam encontradas as soluções ambiciosas e brilhantes para as grandes questões.

A promessa da dominação da natureza e do seu uso para benefício comum da humanidade conduziu uma exploração excessiva e despreocupada dos recursos naturais, à catástrofe ecológica, à ameaça nuclear [...]. A promessa de uma paz perpétua, baseada no comércio [...]. A promessa de uma sociedade mais justa e livre, [...] nesse século morreu mais gente de fome do que em qualquer dos séculos anteriores. (SANTOS, 2011, p. 56).

Quanto ao direito, no âmbito da racionalidade moral e prática, a questão se torna ainda mais complexa, em razão de sua total cooptação pelo Estado, no pilar da regulação.

A estatização do direito inviabilizou a emergência de ordens jurídicas locais e não oficiais fulminando o necessário reconhecimento da diversidade de lutas, é nesse aspecto que fica visível o choque entre o princípio da igualdade e o da diferença (identidade cultural). Tal visão ocidentalizada de direitos humanos também foi causa da crise do direito moderno.

O direito somente poderá ser considerado instrumento de emancipação na visão de Boaventura quando for independente das instituições de Estado ou, pelo menos, for reconhecido o senso comum para sua construção.

O autor defende um direito cosmopolita que se reconheça como componente jurídico das lutas pela participação e pela experimentação democráticas nas políticas e regulações do Estado. O direito deve assumir seu papel de reconstrutor da tensão entre o pilar da regulação e o da emancipação.

3. O acesso à justiça pela via de direitos como instrumento de emancipação

No primeiro capítulo foi abordado sobre a ideia de acesso à justiça pela vida de direitos e sua importância para o exercício da plena cidadania e conformação da democracia. Importa salientar que tal visão de acesso deve perpassar pela construção de um direito emancipatório que seja instrumento contra-hegemônico, caso contrário tudo permanecerá no âmbito de ideias com boas intenções.

Partindo da premissa que a abordagem do acesso à justiça pela via direitos, na perspectiva de Avritzer, Marona e Gomes (2014), envolve três aspectos fundamentais: 1) a existência de múltiplos bloqueios de naturezas diversas à concretização do acesso; 2) o entendimento de que o sistema de justiça é um sistema global e integrado, que envolve instâncias de solução e resolução de conflitos para além dos tribunais; e, 3) o impacto na vertente do acesso decorre de reformas setoriais de políticas públicas de justiça, alguns questões fundamentais devem ser consideradas conforme os itens a seguir expostos:

3.1. Acesso a uma ordem jurídica emancipatória

Para entendermos como uma ordem jurídica pode ser emancipatória, partimos da análise do que não é emancipatório e, nesse aspecto, passaremos a refletir sobre o que Bourdieu (1992,2001) chamou de “campo jurídico”, designadamente no cenário brasileiro.

A teoria *bourdieusiana* vê o espaço social como um campo de lutas no qual os indivíduos e grupos criam estratégias para permanecerem ou conquistarem lugares ou posições sociais elevadas. Tais estratégias estão relacionadas ao tipo de capital social² que cada indivíduo ou grupo possui e que determina sua influência e quais vantagens podem adquirir para o grupo.

Num país onde o *fascimo social*³ é claramente real, onde a segregação social se manifesta por meio dos contratos de trabalhos, pela apropriação dos bens públicos por grupos privados e pelo não exercício da plena cidadania por grande parte da população, é compreensível o entendimento que o direito ainda não é um instrumento emancipatório.

Torna-se mais complexa a ideia de um direito não emancipatório quando nos deparamos com a grave crise do Poder Judiciário brasileiro que ainda não conseguiu dar conta de eliminar os óbices para efetividade do acesso à justiça.

No âmbito do campo jurídico, as elites judiciárias se organizaram, desde o século XX, por meio de um discurso que induz à formação da competência técnica e social de se dizer o direito, ou seja, o poder de se interpretar e afirmar a visão “oficial”, “legítima” da ordem social. Atualmente, apesar do país se autodeclarar democrático de direito, somente uma pequena parcela da população tem acesso ao campo jurídico.

Sobre o tema, Marona (2003, p. 194) assim se manifesta:

² Para Bourdieu os dois elementos que constituem o capital social são: (a.1) as redes de relações sociais, que permitem aos indivíduos ter acesso aos recursos dos membros do grupo ou da rede, e (a.2) a quantidade e a qualidade de recursos do grupo. O autor define o capital social como a totalidade dos recursos baseados no pertencimento a um grupo. Trata-se, portanto, daqueles recursos que têm ligação estreita com uma rede durável de relações institucionalizadas de conhecimento e reconhecimento mútuos. Mas o volume de capital social de um agente individual depende tanto da extensão da rede de relações que ele pode efetivamente mobilizar como do volume das diferentes formas de capital (econômico, cultural ou simbólico) que é propriedade exclusiva de cada um dos agentes a quem o indivíduo está ligado. É a participação dos indivíduos nos grupos, portanto, que lhes permite apropriar-se dos benefícios materiais e simbólicos que circulam entre os membros da rede.

³ O fascimo social é um conceito criado por Boaventura de Sousa Santos que parte da ideia de fascimo político. Caracteriza-se pela crise do contrato social, ou seja, pela ideia de que noções como as de igualdade, justiça, solidariedade e de universalidade deixam de ter valor e que a sociedade como tal não existe mas, sim, simples indivíduos e grupos sociais em prossecução dos seus interesses. A ideia de fascismo social implica sempre a dominação explícita de um grupo por outro e, contrariamente aos fascismos políticos, assenta nas dinâmicas sociais e nos tipos de sociedade existente.

A formação de uma específica elite judicial, entretanto, depende da emergência de um “poder judicial”, propriamente, fundado no predomínio da expertise jurídica e relativamente autônomo em relação a outras espécies de poder político e burocrático. Mas a construção de um campo jurídico, em sua especificidade – sujeito que está daquele processo de autonomização – não se conforma, tão somente, a partir do ordenamento constitucional e das regras específicas de atuação do grupo, senão que depende das estratégias dos agentes para “instituir o monopólio de dizer o direito”.

A CF/88 trouxe introduziu uma verdadeira reforma do Judiciário brasileiro, mantendo, no entanto, a sua estrutura que permanece monolítica e altamente rígida e hierárquica. Paralelamente houve a ampliação dos direitos fundamentais e possibilidades do exercício da cidadania, o que aumentou consideravelmente a litigância. Generalizou-se, com isso, o constitucionalismo democrático no Brasil, pela incorporação de ideais de justiça (cuja concepção ainda segue em disputa) pelo direito público (MARONA, 2013).

Com a redemocratização do país, o potencial emancipatório do direito “parece” ter emergido com o reconhecimento da importância do Poder Judiciário como esfera de efetivação dos direitos. Ocorre, que a monopolização da solução de conflitos e falta de reconhecimento de uma legalidade não-estatal, ainda é um óbice para o caráter emancipatório do direito.

3.2. O direito deve ser emancipatório pra quem?

Para responder a pergunta é importante considerar que vivemos em uma sociedade socialmente fascista (SANTOS, 2011), como já dito, onde pessoas e grupos sociais inteiros não conseguem usufruir direitos e nem os aspectos fundamentais da cidadania.

Na visão de Santos (2011) o fascismo social surge quando o contrato social é cooptado pela globalização jurídica hegemônica ou neoliberal que não reconhece as lutas sociais e implementa um pseudo consenso. Assim, os excluídos do “consenso” passam a constituir o que Bauman (2013) denomina de subclasse, ou seja, um grupo de pessoas que por suas características não são incluídas em nenhuma classe, são excluídas por que não contribuem com o sistema.

a subclasse é caracterizada por residirem em espaços territoriais distantes de onde habitam as demais classes; não possuem emprego fixo, nem posição social; possuem envolvimento com práticas criminosas, basicamente furto e outros pequenos delitos. Para Bauman (2013, p. 29) o

sentido da denominação “subclasse”, é de estar fora, é de emigrados internos, imigrantes ilegais, “estranhos de dentro” e de fora, como os refugiados, “algo não diferente de um tumor cancerígeno, cujo tratamento mais sensato é a extirpação, ou pelo menos confinamento e/ou remissão forçados, induzidos e planejados”. (PIRES, 2017)

Santos (2003, p. 9), cita quatro formas de fascismos social: 1) fascismo do Apartheid social, que organiza a cidade em zonas e estabelece que existem aquela em que os não participam do contrato social não podem ingressar; 2) fascismo da insegurança, é aquele que gera um ambiente de ausência de boas expectativas futuras e presentes; 3) fascismo financeiro que está relacionado ao fascismo da insegurança. Ele permite que o capital se movimenta de forma discriminatória e excludente; 4) fascismo também chamado de territorial, é aquele que também é fundado no capital e na concentração de renda e riquezas, mas se materializa por práticas antigas denominadas de coronelismos ou caciquismos.

Para Boaventura de Sousa Santos, somente um direito separado do Estado, contra-hegemônico e cosmopolita subalterno que identifica e denuncia as formas de opressão e exclusão e promova a geração de formas viáveis de inclusão, pode se dizer emancipatório. Assim, o direito brasileiro precisa ser (des)pensado e (re)pensado.

O Direito, nesse sentido, precisa ser emancipatório para todos aqueles que necessitam de um acesso à justiça republicano; que necessitam exercitar a cidadania e de uma sociedade democrática com igualdade de oportunidades.

Por outro sentido, o acesso à justiça pela via de direitos por estar alicerçado em uma visão pós-liberal, requer que a justiça a ser alcançada seja pautada no reconhecimento das diferenças com paridade de participação, ou seja:

O projeto do acesso à justiça via direitos, precisa ser articulado entre o universalismo igualitário e o particularismo da diferença; entre a orientação distributiva, que contemple reformas que visem à diminuição das desigualdades sociais e, ao mesmo tempo, consagre o respeito às diferenças; que não tente interpretar elementos culturais como expressões individuais, deixando de reconhecer instituições sociais (PIRES, 2017, p. 169).

CONCLUSÃO

Segundo Boaventura de Sousa Santos, a resposta para pergunta: poderá o direito ser emancipatório? Deve partir da lógica da sociologia das emergências por meio da qual defende práticas sociais alternativas e epistemológicas que visam a emancipação social, tendo o direito um papel importante para esse desiderato.

Para aferir o potencial do direito na reinvenção da emancipação social, é necessário compreendê-lo para além do cânone jurídico modernista, ou seja, deve ser reconhecidas formas de direito não-formais e não-oficiais, uma vez que o direito oficial faz parte de um conjunto de recursos políticos mais vasto. Diante disso, é comum o direito oficial embasar práticas ilegais, bem como ser usado como instrumento para neutralizar movimentos com práticas emancipatórias.

Partindo da análise do provável potencial emancipatório do direito, nesse texto, tentou-se analisar a ideia de acesso à justiça pela via de direitos no intuito de compreender se suas categorias promovem ou não a emancipação social.

Em primeiro lugar, é importante salientar que Boaventura nos fornece uma resposta para pergunta proposta, qual seja, o direito não pode ser nem emancipatório e nem não-emancipatório, o que pode ser um ou outro são os movimentos, as organizações e os grupos cosmopolitas subalternos que recorrem à lei para levar as suas lutas por diante. No entanto, a legalidade cosmopolita subalterna ainda está por dar seus primeiros passos, ainda se trata de um projeto e um alvo a ser alcançado.

A ideia de um acesso à justiça pela via de direitos visa em primeiro lugar superar os óbices de natureza econômica, social, cultural e política que impedem a maioria da população brasileira de acessarem uma ordem jurídica justa. O certo é que em geral os cidadãos com menos recursos financeiros e econômicos desconhecem a ordem jurídica estatal e, assim, têm mais dificuldades em reconhecer violações de direitos. Nesse sentido, as políticas judiciárias devem promover o conhecimento dos direitos, patrocínio judiciário e um processo democrático onde as partes sejam tratadas com igualdade de condições e, nesse aspecto, a dimensão da cidadania não pode ser menosprezada.

Contudo, as políticas de enfrentamento às barreiras de acesso ao sistema de justiça são, elas mesmas, conformadas a partir de uma determinada concepção de justiça, a qual deve poder ser revista no bojo das lutas de cidadania que são travadas na interseção entre o Estado e a sociedade civil. Ou seja, o acesso à justiça deve promover a emancipação do cidadão no sentido de exercer seu direito em igualdade de condições com indivíduos ou grupos privilegiados.

O acesso à justiça pela via de direito só terá sentido e eficácia se o direito, a qual se quer acessar, seja em alguma medida emancipatório. Apesar de Boaventura de Sousa Santos afirmar que o que pode ser emancipatório são os movimentos, as organizações e os grupos cosmopolitas subalternos, ousamos discordar em parte, pois

quando as lutas pontais são vencidas e a ordem jurídica se adapta a nova realidade, a exemplo da ruptura jurídica que ocorreu com o advento da CF/88, um passo é dado em direção a emancipação e ao exercício da plena cidadania.

REFERÊNCIAS

AVRITZER Leonardo; GOMES, Lilian C. B., RUBIÃO, André; MARONA, Marjorie C. Para uma nova cartografia da justiça no Brasil. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas/UFMG, 2010.

SANTOS, Boaventura de S. A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência. 8 ed., São Paulo, Ed.: Cortez, 2011.

_____, Boaventura S. Direitos humanos, democracia e desenvolvimento. São Paulo. Ed.: Cortez, 2013.

_____, Boaventura S. Poderá o direito ser emancipatório?. Revista Critica de Ciências Sociais, 65, maio 2003: 3-76.

_____, Boaventura S. Para uma revolução democrática da justiça. 3a. Ed., Ed.: Cortez, 2007.

_____, Boaventura de S. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. 3 ed., V. 4, São Paulo. Ed.: Cortez, 1999

BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Trad.: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro. Ed.: Zahar, 2013.

BOURDIEU, Pierra. A economia das trocas simbólicas. São Paulo, Ed. Perspectiva, 1992.

_____, Pierre. *Poder, Derecho y classes sociais*. Madrid: Editorial Desclée de Brouwer, 2001.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: Epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce, [et al]. (orgs). Cidadania, justiça e violência. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999, p. 61-76.

FRASER, Nancy. *Social Justice in the age of identity politics: Redistribution, Recognition, and Participation*. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? A political-Philosophical exchange*. Londres/Nova York: Verso, 2003. p. 07-109.

FRASER, Nancy. *Scales of justice: reimagining political space in a globalizing world*. New York: Columbia University Press, 2008. pp. 12-29 e 100-115

HONNETH, Alex. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.

Trad.: Luiz Repa. São Paulo. Ed.: 34, 2009.

MARONA, Marjorie Corrêa. ACESSO À QUAL JUSTIÇA? A construção da cidadania brasileira para além da concepção liberal. Dissertação de Mestrado: <http://ppgcp.fafich.ufmg.br/defesas/427D.PDF> acesso em 31 de agosto de 2022.

RALWS, John. Uma teoria da justiça. Trad.: Vamireh Chacon. Brasília. Ed.: Universidade de Brasília, 1997.

BOURDIEU, Pierre. *Poder, Derecho y classes sociais*. Madrid: Editorial Desclée de Brouwer, 2001.

PIRES, Simone Maria Palheta. Análise sociológica da justiça itinerante fluvial. Belo Horizonte: Editora Vorto, 2017.