



UNILASALLE



CENTRO UNIVERSITÁRIO LA SALLE

ANTONIO CARLOS FIALHO GARSELAZ

**PLURALISMO JURÍDICO E ACESSO À JUSTIÇA: as audiências públicas como
meio alternativo de resolução de conflitos dos novos sujeitos de direito**

CANOAS, 2016

ANTONIO CARLOS FIALHO GARSELAZ

PLURALISMO JURÍDICO E ACESSO À JUSTIÇA: as audiências públicas como meio alternativo de resolução de conflitos dos novos sujeitos de direito

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário La Salle, UNILASALLE, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientação: Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer

CANOAS, 2016

ANTONIO CARLOS FIALHO GARSELAZ

PLURALISMO JURÍDICO E ACESSO À JUSTIÇA: as audiências públicas como meio alternativo de resolução de conflitos dos novos sujeitos de direito

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário La Salle, UNILASALLE, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado pela banca examinadora em 23 de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer
UNILASALLE (Orientador)

Prof^a. Dr^a. Daniela Mesquita Leutchuk de Cadematori
UNILASALLE

Prof. Dr. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro
UNILASALLE

Prof. Dr. Lucas Machado Fagundes
Universidade do Extremo Sul Catarinense-UNESC

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha esposa e minha filha, pela inspiração que foi determinante nos momentos em que a força de vontade tentou se afastar da pesquisa.

Agradeço ao Professor Dr. Antônio Carlos Wolkmer, orientador deste trabalho e referencial teórico, pela dedicação e contribuição a pesquisa.

Agradeço aos funcionários e professores do Programa de pós-graduação do Centro Universitário Unilasalle e aos colegas da turma de 2015, que contribuíram na caminhada acadêmica.

Agradeço aos demais membros da banca examinadora, por terem aceitado o convite de contribuírem com avaliação e aperfeiçoamento do presente trabalho.

Da mesma forma, agradeço a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), do Ministério da Educação, que por meio de bolsa do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares/ PROSUP, contribuiu significativamente para o desenvolvimento da presente pesquisa.

Agradeço ainda aos meus pais, familiares e amigos pelo apoio e atenção neste período de estudos.

RESUMO

A dissertação propõe-se a investigar o acesso a justiça, utilizando como marco teórico o Pluralismo Jurídico, e examinando as audiências públicas como instrumentos viabilizadores de práticas democráticas de base. A pesquisa foi dividida em três capítulos. Em um primeiro momento, expuseram-se os fundamentos teóricos que norteiam a pesquisa, contemplando a perspectiva pluralista do direito e as crises dos paradigmas jurídicos da atualidade. No segundo capítulo, a investigação se direciona para análise do acesso à justiça na concepção de acesso a direitos, e das audiências públicas como mecanismos democráticos de resolução de conflito sociais. A última parte do estudo apresenta os conflitos da saúde indígena do Povo Xavante e a experiência de uma audiência pública, com objetivo de tratar este conflito, correlacionado esta experiência com o pluralismo jurídico do tipo comunitário participativo. A metodologia utilizada na pesquisa contemplou um estudo de caso da Audiência Pública da Saúde Indígena do Povo Xavante, ocorrida em Barra dos Garças/MT em dezembro de 2015 onde foi observado que audiências públicas, podem ser instrumentos de efetivação dos direitos sociais, se observado pressupostos democráticos nestes procedimentos.

Palavras-chave: Pluralismo Jurídico; Acesso à Justiça; Audiência Pública.

RESUMEN

La disertación propone investigar el acceso a la justicia, utilizando como marco teórico el Pluralismo jurídico, teniendo las audiencias públicas, como instrumentos facilitadores de base democrática. La investigación se divide en tres capítulos. En un primer momento, expone los fundamentos teóricos que guían la investigación, dirigida a la perspectiva pluralista del derecho y la crisis de los paradigmas jurídicos de hoy. En el segundo capítulo, la investigación se dirige al análisis del acceso a la justicia en la concepción de acceso a los derechos, y las audiencias públicas como mecanismos democráticos de resolución de conflicto social. La última parte del estudio presenta los conflictos de la salud indígena do pueblo xavante y la experiencia de una audiencia pública, con el fin de hacer frente a este conflicto, se correlacionó esta experiencia con el pluralismo jurídico de tipo comunitario participativo. La metodología utilizada en la investigación incluyó un estudio de caso de la audiencia pública de la Salud indígena del Pueblo Xavante en Barra dos Garças/MT en diciembre del año 2015, donde se observó que las audiencias públicas pueden ser instrumentos eficaces de los derechos sociales se observan supuestos democráticos estos procedimientos.

Palabras clave: Pluralismo Jurídico; Acceso a la Justicia; Audiencia Pública.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1 – Distribuição dos participantes na Audiência Pública da Saúde.....	67
Tabela 1 – Vinculação dos participantes.....	98
Gráfico 2 – Distribuição dos participantes na Audiência Pública da Saúde do Povo Xavante.....	101
Gráfico 3 – Distribuição dos participantes não-indígenas.....	101

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

AIS – Agente de Saúde Indígena

ART – Artigo

CASAI – Casa da Saúde do Índio

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CONDISI – Conselho Distrital da Saúde Indígena

CIMI – Conselho Indigenista Missionário

CTASP – Comissão de trabalho e Serviço Público

DNUPDI – Declaração da ONU sobre direitos dos povos indígenas

DSEI – Distrito Sanitario Especial indígena

FUNASA – Fundação Nacional de Saúde

FUNAI – Fundação Nacional do Índio

IBAMA – Instituto Nacional do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renov

IIDH – Instituto Interamericano de Direitos Humanos

INSI – Instituto Nacional da saúde indígena

MPF – Ministério Público Federal

MT – Mato Grosso

NCPC – Novo Código de Processo Civil Brasileiro

NUPEMEC – Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos

OIT – Organização internacional do trabalho

ONG – Organização não- governamental

ONU – Organização das nações unidas

P – Página

SESAI – Secretaria Especial da Saúde Indígena

SPI – Serviço de proteção ao índio

SUSA – Serviços de Unidades Aéreas no Ministério da Saúde

SUS – Sistema Único de Saúde

STA – Suspensão de Tutela Antecipada

STF – Supremo Tribunal Federal

TI – Território Indígena

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	PLURALISMO JURIDICO E SUA INSTRUMENTALIDADE NA DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA.....	15
2.1	Novo constitucionalismo latino-americano.....	15
2.2	A Crise dos paradigmas da modernidade e os novos sujeitos coletivos de direitos.....	21
2.3	Pluralismo Jurídico, conceito, características e espécies.....	31
3	JUSTIÇA DEMOCRÁTICA E PARTICIPATIVA E OS MECANISMOS DE ACESSO ALTERNATIVOS DA NOVA JURIDICIDADE.....	40
3.1	Acesso à Justiça: conceitos, barreiras e o cenário brasileiro em uma abordagem não processualista.....	42
3.2	Formas alternativas e democráticas de resolução de conflitos.....	52
3.3	As audiências públicas e o direito à consulta prévia dos povos indígenas como meio alternativo e plural de pacificação social.....	61
4	AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS INSTRUMENTALIZANDO DEMOCRATICAMENTE AS DECISÕES ESTATAIS E AMPLIANDO O ACESSO A JUSTIÇA DAS MINORIAS – O CASO DO POVO XAVANTE.....	76
4.1	Contexto histórico das políticas de sanitárias dos povos indígenas no Brasil e seus conflitos sociais no acesso ao direito à saúde – de Cândido Rondon ao INSI.....	77
4.2	O caso do Povo Xavante - A Audiência Pública da Saúde atuando nos conflitos sociais e no acesso aos direitos fundamentais.....	88
4.3	Uma análise da audiência Pública do Povo Xavante sob a perspectiva do pluralismo jurídico comunitário participativo.....	98
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	106
	REFERÊNCIAS.....	111

1 INTRODUÇÃO

As mudanças políticas das últimas décadas na América do Sul, especialmente as decorrentes da chegada ao poder de correntes de esquerda em diversos países, superando os modelos neoliberais da década de 90, refletiram significativamente nas políticas públicas e no acesso à justiça, especialmente em face do esgotamento do modelo neoliberal e surgimento de novas identidades e sujeitos sociais organizados em forma movimentos.

As últimas reformas constitucionais da região refletem esta mudança de panorama, quando demonstram a preocupação de países como Brasil (1988), Colômbia (1991), Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009), em incorporarem em suas respectivas constituições, novas condições para acesso à justiça, dentro de uma perspectiva plural de descolonização do direito.

A crise dos paradigmas jurídicos atuais, decorrentes da ineficiência do estado em dar soluções para os conflitos sociais e acesso à justiça, reflete especialmente nos novos sujeitos coletivos de direitos, como movimentos indígenas, de gêneros e de mulheres, dentre outros, que possuem maior dificuldade na efetivação dos direitos sociais, em face da histórica exclusão.

O acesso à justiça, em sua concepção tradicional, está voltado à visão processualista de ingressar com demandas no poder judiciário e estar representando por um procurador público ou privado, tendo o direito cancelado pelo estado em forma de uma sentença ou acordo, dentre outros.

A presente pesquisa se alinha com a perspectiva de acesso à justiça, voltada ao acesso aos direitos fundamentais, como saúde, educação, alimentação, moradia, especialmente aqueles que buscam os novos sujeitos de direitos.

Nesta concepção de acesso à justiça, partindo da premissa de que o monismo não resolve de maneira satisfatória os conflitos e necessidades dos novos sujeitos de direitos, se faz necessário a busca por instrumentos viabilizadores desta nova juridicidade.

Dentre as possibilidades de instrumentos que possam proporcionar acesso a uma justiça democrática e participativa a estes novos sujeitos, podemos encontrar nas audiências públicas, uma possibilidade de ampliação de acesso a direitos das minorias, por meio de uma justiça democrática e participativa.

As audiências públicas podem ser divididas em judiciais e administrativas, sendo as primeiras voltadas, para o conflito judicializado em que se busca trazer a visão de especialistas e jurisdicionados sobre determinada temática normalmente de relevante interesse social.

O Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, promoveu diversas audiências públicas judiciais para discussão de temas como: Novo Código Florestal; Ensino Religioso em Escolas Públicas; Marco Regulatório de Direitos Autorais; Pesquisa com Células Tronco; Ações Afirmativas de acesso ao ensino superior; Interrupção de gravidez de feto anencéfalo; sendo que a primeira após a Emenda Regimental 29/2009 tratou sobre Judicialização da Saúde, que também será objeto de análise nesta pesquisa para fins de identificar no âmbito das audiências jurisdicionais questões como participação popular e democracia.

Por sua vez, no âmbito administrativo, há diversas possibilidades e instancias para ocorrência das audiências públicas, que podem ser promovidas tanto pelo Ministério Público, quanto por órgãos executivos e legislativos, para fins de conhecimento das reivindicações e conflitos que envolvem determinada temática. A pesquisa irá analisar esta modalidade de audiência pública como instrumento de acesso a direitos.

As audiências públicas, a prima facie, refletem um avanço na democracia e podem ser identificadas, na perspectiva do Pluralismo Jurídico, como espaço para legitimação de novas práticas normativas, na medida em que possibilitam a participação no processo decisório de grupos minoritários e novos atores sociais, a fim de trazerem à tona seus interesses.

Desta forma, o problema que a pesquisa buscará responder, está voltado à seguinte questão: as audiências públicas podem representar um instrumento democrático de base, para reproduzir um espaço participativo de acesso à justiça, sendo audiência pública da saúde indígena do Povo Xavante um exemplo deste instrumento.

A condução da pesquisa prevê as seguintes hipóteses a serem confirmadas ou não, com o desenvolvimento do trabalho:

a) Sim. As audiências públicas representam instrumento democrático de base, sendo fonte de um pluralismo jurídico participativo emancipatório, contribuindo

no acesso à justiça em qualquer circunstância e a audiência pública da saúde indígena do Povo Xavante se reveste destas características.

b) Não. As audiências públicas não representam um instrumento democrático e participativo de acesso à justiça e fonte de um pluralismo jurídico democrático participativo emancipatório o que também pode ser observado no desenvolvimento da audiência pública do Povo Xavante.

c) As audiências públicas representam instrumento democrático de base, sendo fonte de um pluralismo jurídico participativo emancipatório, contribuindo no acesso à justiça, desde que sejam observados determinados pressupostos na convocação e participação dos envolvidos, como ocorreu (ou não) na audiência pública da saúde indígena do Povo Xavante.

Assim, buscando conciliar os temas do acesso à justiça e audiências públicas, a pesquisa será conduzida tendo como marco teórico a racionalidade do pluralismo jurídico do tipo comunitário participativo, desenvolvido pelo autor Antonio Carlos Wolkmer.

A teoria do autor propõe uma interação do pluralismo legal com o pluralismo comunitário-participativo, o que denomina como marco teórico emancipatório e, este marco teórico desenvolve-se com o que o autor denomina de efetividade formal e material, sendo a primeira relacionada ao surgimento de novos sujeitos sociais, tanto individuais quanto coletivos e a satisfação de suas necessidades fundamentais, e a segunda relacionada à construção de processos e espaços voltados a uma racionalidade emancipatória.

Para fins de apontar quais das hipóteses vão ou não se confirmar ao fim da pesquisa, utilizou-se, como metodologia, a revisão bibliográfica sobre o pluralismo jurídico e o novo constitucionalismo, identificando os novos atores sociais e suas contribuições para a superação do monismo e para o surgimento do pluralismo jurídico do tipo comunitário participativo.

Também foi realizada pesquisa bibliográfica sobre o acesso à justiça, desde a investigação apresentada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, no Projeto Florença, analisando-se também o aspecto brasileiro desde direito.

Ainda para testar as hipóteses da investigação, foi realizada pesquisa empírica, para fins de analisar os efeitos da aplicação de uma audiência pública em um conflito social.

As pesquisas empíricas podem abordar o objeto de estudo na forma quantitativa ou qualitativa, sendo que no primeiro método, a análise ocorre com viés estatístico matemático e, no segundo método, se privilegia o conteúdo e o teor do objeto de estudo. Assim, a presente pesquisa utilizou método empírico com abordagem qualitativa realizando um estudo de caso.

Na assertiva de Falavigna (1999), o estudo de caso:

[...]é definido como uma técnica que permite que se obtenha, ou que busca, uma grande quantidade de informações de um único caso. A especificidade de cada caso é o elemento fundamental, ou seja, o estudo do caso nos permite responder como e porque aquelas características específicas que observamos são possíveis e, em um quadro teórico mais amplo, como as grandes tendências se manifestam, ou não em realidades sociais concretas (FALAVIGNA, 1999, p. 334).

Desta forma, após análise dos conflitos sociais que envolvem as políticas de saúde indígena, serão testadas as hipóteses da presente pesquisa, com um recorte para observação, por meio de um estudo de caso, realizado na Audiência Pública da Saúde Indígena do Povo Xavante, ocorrida em 10 de dezembro de 2015, na cidade de Barra dos Garças/MT, utilizando método descritivo analítico para identificar o conteúdo e frequência das demandas apresentadas.

Diante desse quadro, a divisão da pesquisa será realizada em três capítulos, com temáticas relacionadas.

Assim, no primeiro capítulo, serão apresentadas as bases teóricas da presente pesquisa, iniciando pela apresentação das reformas constitucionais latino-americanas e incorporação nas cartas constitucionais de novos direitos, em uma concepção descolonizadora, com a retomada do poder dos atores historicamente excluídos, sendo após, apresentadas as crises dos paradigmas jurídicos, decorrentes da concepção monista do direito e ineficiência do estado, finalizando o capítulo com exposição da racionalidade do pluralismo jurídico, com suas espécies, características e conceitos, no viés da democratização da justiça e acesso a direitos.

Em continuidade à pesquisa, o segundo capítulo irá abordar os instrumentos de alcance à justiça da nova juridicidade, iniciado por uma retomada histórica das pesquisas relacionadas ao acesso à justiça, abrangendo os primeiros estudos realizados e o cenário brasileiro, para após, apresentar, na concepção pluralista do direito, as formas alternativas de acesso à justiça, contemplando dentre estas, o

direito à consulta prévia dos povos indígenas e, às audiências públicas como formas de pacificação social.

O terceiro capítulo, por sua vez, será reservado à análise das audiências públicas como mecanismo de ampliação do acesso à justiça das minorias, realizando-se a pesquisa empírica na Audiência Pública da Saúde Indígena do Povo Xavante. O capítulo inicia pela apresentação do contexto histórico das políticas sanitárias dos povos indígenas, contemplando as diversas fases até o momento atual. Após, será realizada uma análise detalhada da audiência, com apresentação dos objetivos, da sua dinâmica e exposição das manifestações dos envolvidos. Finalizando o capítulo, será examinada a audiência, para fins de cotejar questões como representatividade dos envolvidos, a fim de identificar se neste espaço plural e democrático, houve equilibrada participação dos atores sociais e ocorrência de democracia ou tecnocracia, bem como se houve contribuições deste evento no tratamento dos conflitos sociais daquela comunidade, tendo por base a racionalidade do pluralismo jurídico comunitário participativo.

A pesquisa tem como objetivo geral identificar os novos espaços comunitários e participativos e os instrumentos que possam dar condições para novos processos de juridicidade, tendo como objetivos específicos a compreensão do pluralismo jurídico, como instrumento para resolução dos conflitos sociais e de novas possibilidades, às margens da concepção monista estatal.

Outro objetivo específico da pesquisa é voltado à análise das políticas sanitárias dispensadas aos povos indígenas e o direito à consulta prévia, ratificado por vários países da região e muito pouco efetivado pelos governantes.

Por sua vez, as justificativas da presente investigação, estão relacionadas ao fato de que, nas últimas décadas, houve em alguns países da América do Sul, a preocupação com a redução das desigualdades sociais, especialmente pela consolidação das democracias e do novo contexto político que, em diversos países, superou as políticas neoliberais dos anos 90, havendo ascensão ao poder de governos de esquerda e centro-esquerda.

Uma das preocupações comuns, nestes países, nos últimos anos, foi a questão do acesso aos direitos fundamentais, impulsionado, especialmente, pelas demandas e exigências dos novos atores.

Apesar dos avanços na constitucionalização de direitos fundamentais, o momento atual evidencia ainda muitas dificuldades na efetividade destas demandas dos novos sujeitos, devendo ser observado ainda que, após a superação do modelo neoliberal dos anos 90, com a organização dos movimentos sociais e a chegada ao poder de governos de esquerda, houve certa desmobilização de tradicionais atores sociais, com a retomada do poder governos voltados a ideologias direcionadas ao capital e ao estado mínimo.

Boaventura de Sousa Santos, em entrevista ao Jornal do Comércio, de 25 de janeiro de 2016 (p. 20-21), afirma que, atualmente, vivemos em período pós-institucional, em que as instituições funcionam, mas não dão total provimento às aspirações da população, ressaltando que os movimentos de direita também aprenderam que as ruas podem ser um bom meio de legitimação das suas demandas.

Assim, em face do momento de incertezas, questionamentos e reflexões por qual passamos, justifica-se o presente trabalho, pela necessidade de entender esta relação entre acesso à justiça com a sociedade e os movimentos sociais, sendo um meio adequado de analisar a questão, a racionalidade do pluralismo jurídico comunitário participativo, visando identificar, no âmbito das relações entre direitos fundamentais e os movimentos sociais, os caminhos que já foram percorridos, as influências que sofreram e para onde podem ir.

Com base na pesquisa, defende-se que: a) o modelo monista já não é mais satisfatório, devendo se valorizar as experiências sociais emancipatórias para produção do direito, derivada das lutas de movimentos sociais e organizações; b) As audiências públicas podem ser instrumentos de efetivação dos direitos sociais, se observado os pressupostos democráticos intrínsecos na criação destes procedimentos.

2 PLURALISMO JURIDICO E SUA INSTRUMENTALIDADE NA DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA

2.1 Novo constitucionalismo latino-americano

O direito latino-americano que surgiu após a independência das colônias de Espanha e Portugal, foi forjado para colonialidade, com estruturas organizacionais visando atender objetivos das metrópoles em torno do comércio, do capital e garantias para as elites.

A consequência desta estrutura é a imposição de uma única realidade para o direito, que oriundo exclusivamente do Estado, mitiga organizações sociais dos povos originários e transfere ao Estado, a própria soberania do povo, uma vez que este se apresenta como único autorizado a produzir o direito.

Esta colonialidade do direito se preocupou ainda com a sua perpetuação, quando da criação das primeiras faculdades, no caso do Brasil, as faculdades de São Paulo e Recife, que foram moldadas para formação de juristas aptos a desenvolverem as estruturas do Estado recém independente, dentro dos dogmas dos países colonizadores, com objetivo de manutenção das estruturas burocráticas das metrópoles.

Para Wolkmer (2015), o perfil dos profissionais, com funções de compor os quadros burocráticos do império e de grande parte da república brasileira, caracterizava-se por indivíduos bacharéis em direito, com formação liberal voltada ao formalismo legalista.

A crise dos paradigmas jurídicos da modernidade, combinados com as formas atuais de dominação e exclusão, tem como uma de suas origens a centralização do Estado como único produtor de normas, o que, para Wolkmer (2013), decorre especialmente da maneira como desemrolou-se o processo de colonização e independência das Colônias na América Latina.

Assim por ocasião da independência das colônias, não houve nenhuma significativa mudança em relação às metrópoles Espanha e Portugal, havendo apenas adaptações pontuais, mantendo-se as oligarquias e o direito baseado nas declarações anglo-francesas com incorporação da legislação cível napoleônica.

Ocorre que, o direito das metrópoles, Portugal e Espanha nunca possuíram as condições para organizar satisfatoriamente os estados colonizados e atender aos anseios das múltiplas realidades jurídicas existentes na região latino-americana.

Desta forma, manteve-se uma dependência jurídica das colônias que se reflete atualmente na crise do sistema jurídico latino-americano, que foi moldado para o monismo, impactando especialmente nas dificuldades de se incorporar as demandas sociais e novos direitos que surgem nas organizações e comunidades.

Em termos gerais, na América Latina, a cultura jurídica utiliza como fontes o direito romano, germânico e canônico, com instituições jurídicas burocratizadas e com controle elitista, sendo que, em regra, prioriza as demandas da elite, em detrimento das demandas de segmentos sociais, como nações indígenas, populações afros, camponeses e outros movimentos urbanos.

O direito latino americano, seguindo tendências européias, estruturou o seu sistema jurídico, por meio de cartas constitucionais supostamente emanadas do povo, mesmo que, historicamente, excluam grande parte da diversidade da região como sendo sujeitos de direitos.

O contexto político do início do século XIX, nos países latino-americanos, para Wolkmer (2015), foi um campo fértil para o surgimento de uma doutrina jurídica denominada constitucionalismo liberal que, além da concepção monista do direito, limitava o poder do estado das metrópoles européias, apresentando ainda valores como liberalismo econômico, mínima intervenção do Estado e as garantias relativas aos direitos individuais.

As questões relativas aos direitos individuais e civis que, em um primeiro momento, podem se apresentar como um avanço, na verdade, segundo Wolkmer (2015), tinham como objetivo a conservação das grandes propriedades, o clientelismo de representação política e o esvaziamento do povo do processo participativo.

Assevera Wolkmer (2013) que as constituições latino-americanas, não estabeleciam um Estado de direito, mas um modelo de Estado forjado para garantias e proteções e desenvolvimento do sistema capitalista, representando interesses elitistas influenciados pela cultura européia, que refletiram também nas instituições jurídicas que surgiram após a independência, especialmente os tribunais, os códigos e as constituições.

Entretanto, nas últimas décadas, surgiu na região, uma forte retomada do poder político por aqueles historicamente excluídos da tomada de decisões, em que uma das principais reivindicações era assembleias constituintes, que contemplassem todos segmentos populacionais dos Estados, especialmente os povos originários, escravos, imigrantes, camponeses dentre outros, buscando organizar as constituições com menor grau possível de colonização.

Também, tornou-se imperioso uma descolonização do direito, por meio de estruturas administrativas e instituições jurídicas, que assimilassem as peculiaridades latino-americanas, especialmente a diversidade cultural, o que começou a ser apresentado na região, por meio do Novo Constitucionalismo que pode ser analisado em três grandes ciclos: Relação estado e povos indígenas, direito à identidade e direito à diversidade cultural.

A primeira etapa das reformas constitucionais, ocorreu com a Constituição Brasileira de 1988, com mecanismos de participação popular e democrática, seguida da constituição Colombiana de 1991, que trouxe novos processos constituintes derivados do povo, que refletiram diretamente nas constituições da Venezuela e Equador, dando início ao novo constitucionalismo latino-americano que culminou com a constituição Boliviana.

Cabe destacar que a Constituição Brasileira de 1988 traz um capítulo específico sobre povos indígenas (art. 231-232), reconhecendo o índio como um sujeito de direitos, especialmente o de ser e manter-se índio, bem como seu direito originário sobre as terras que ocupam.

Assim, a Constituição Brasileira, foi a que iniciou os ciclos de reformas constitucionais na América Latina, seguida pela Constituição Colombiana de 1991 e, para Yepes (2007), o maior reconhecimento dos direitos humanos em outros países influenciou diretamente a constituição Colombiana de 1991, que reflete um pacto de ampliação democrática e traz também objetivos de combater violência e corrupção.

A Assembleia Constituinte Colombiana, que foi uma das principais características deste processo constitucional, refletiu nas constituições da Venezuela, Equador e Bolívia e contou com grupos plurais, incluindo indígenas, minorias religiosas e antigos guerrilheiros, o que explica uma significativa gama de direitos humanos, que contrasta com conteúdos neoliberais, possibilitando privatizações e aberturas econômicas.

A constituição Colombiana de 1991 não atendeu a integralidade dos anseios sociais da população, mesmo assim, juntamente com a constituição Brasileira de 1988, inaugurou as reformas constitucionais latino-americanas, sendo reconhecida, especialmente, por também trazer uma nova perspectiva de assembléia constituinte.

Para Pastor (2013), a Assembléia Constituinte Colombiana de 1991 buscou resgatar a doutrina do poder constituinte, que até aquele momento, seguiam, na América Latina, modelos europeus que minimizavam a participação da sociedade.

Os resultados da carta constitucional Colombiana, segundo autor, sofreram influências de partidos políticos, uma vez que não houve uma ruptura com o sistema existente, devendo ser saudado, entretanto, a iniciativa relacionada à assembléia constituinte e a inclusão de mecanismos de democracia participativa, que trouxe reflexos e mudanças nas constituições latino-americanas que se seguiram, representando um marco nas reformas constitucionais.

Na seqüência, surge a constituição da Republica Bolivariana da Venezuela de 1999 que, para Wolkmer (2013), é a precursora do novo constitucionalismo pluralista, consagrando, em seu Art. 2º, o pluralismo político e rompendo com a antiga idéia eurocêntrica de pensar o direito e o estado na região.

O processo constituinte Venezuelano, na visão de Hernandez (2013), também pode ser considerado como um marco do novo constitucionalismo latino-americano. Na Venezuela, previamente à constituição de 1999, havia a constituição de 1961, que limitava a participação popular, exclusivamente ao poder de voto, se caracterizando por uma democracia representativa.

A constituição da Venezuela traz, como uma de suas principais características, a participação popular em diversos assuntos públicos, por meio do referendo popular e tem como mais importante marco, a figura do Art. 136 que introduz um poder público nacional, dividido em cinco poderes independentes, legislativo, executivo, judicial e cidadão, que é a instância máxima do poder eleitoral.

Aspecto importante da carta Venezuelana, também pode ser observado no sufrágio, que não se limita à escolha dos representantes, mas possibilita a revogação dos mandatos, criando ainda assembleias de cidadãos para diversos assuntos comunitários e controle de gestão pública.

A constituição da Venezuela teve significativa importância e papel chave no Novo constitucionalismo, se posicionando entre as primeiras reformas

constitucionais ocorridas no Brasil e na Colômbia e as recentes cartas constitucionais do Equador e da Bolívia.

A terceira etapa contemporânea deste novo constitucionalismo será representada pelas constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009). A constituição do Equador adm0itiu direitos próprios da natureza (*pachamama*), direito ao desenvolvimento e ao bem viver *sumak kawsay*, destacando também os direitos indígenas e afro-equatorianos.

A Carta apresentou também importante mudança na jurisdição e no controle de constitucionalidade, envolvendo jurisdição indígena e justiça estatal, contemplando ainda a resolução dos conflitos com aplicação pluralista do direito próprio indígena, desde que não fosse contrário à constituição e aos direitos humanos reconhecidos internacionalmente.

Assim, a constituição equatoriana deslocou valores antropocêntricos de tradição européia, para reconhecimentos de direitos próprios da natureza no chamado giro biocêntrico, que reconhece os direitos da natureza e do bem viver o que, segundo Wolkmer (2013), causou muitas controvérsias, uma vez que neste momento houve o abandono da tradição ocidental, que tinha, no ser humano, o destinatário exclusivo de direitos subjetivos fundamentais, apresentando-se a natureza também como sendo um sujeito de direitos.

Dando continuidade às reformas constitucionais latino-americanas, em 2009 surge a constituição Boliviana que, para Wolkmer (2013), representa o marco fundamental de institucionalização do pluralismo jurídico. Se consubstanciando até o momento, na última reforma constitucional latino-americana e percorreu o caminho das experiências positivas dos recentes processos constitucionais da Venezuela e Equador, especialmente no que se refere à assembleia constituinte.

Esclarece Wolkmer e Almeida (2013), em relação ao processo constituinte boliviano, que este:

[...] requereu a movimentação da população mais excluída boliviana, majoritariamente representada pelas comunidades campesinas-indígenas e os operários das minas também indígenas em sua maioria, provocou guerras civis, fundamentou a eleição do primeiro presidente indígena [...] (WOLKMER; ALMEIDA, 2013 p.30).

O processo constituinte boliviano durou cerca de um ano e quatro meses, o que pode ser considerado longo em relação às reformas constitucionais recentes da

região, e possibilitou o debate e acompanhamento do processo por juristas e estudiosos, destacando-se ampla participação de segmentos na assembleia constituinte, como movimentos sociais, indígenas, operários das minas, camponeses e diversos outros sujeitos coletivos.

Para Wolkmer (2013), a constituição da Bolívia de 2009 é seguramente a de maior transformação institucional que se apresentou nos últimos anos, instituindo um estado plurinacional e apresentando o verdadeiro Novo Constitucionalismo contemplando um direito comunitário, plurinacional e descolonizado.

Assim, destaca-se na Constituição Boliviana, o fato de ser um documento que reconhece a plurinacionalidade, o que foi uma novidade no constitucionalismo latino-americano em relação à luta histórica dos excluídos contra o modelo liberal.

A constituição Boliviana prevê, em seus artigos 30º a 32º, os direitos das nações e povos indígenas originários e camponeses cuja existência é anterior à invasão espanhola, ao lado do projeto de um estado comunitário e plurinacional o que culminou com a constitucionalização da diversidade, se apresentando como uma carta constitucional que, no dizer de Wolkmer (2013), pode ser denominado como um direito comunitário participativo que se produziu a partir do fato e da norma.

Ainda, na história das constituições latino-americanas, é de fundamental importância, a análise das assembleias constituintes, que em muitas oportunidades, sequer existiram e, em outras, tiveram um papel de mero revisor constitucional.

As assembleias constituintes, com representatividade dos diversos segmentos, nas recentes cartas constitucionais da Venezuela, Equador e Bolívia, buscaram a legitimidade da vontade social, daqueles que reiteradamente eram excluídos do poder.

Para Wolkmer (2013), o novo constitucionalismo que se instaurou na América Latina, a partir de mudanças políticas, principalmente das constituições do Equador 2008 e Bolívia 2009, impulsionou novos paradigmas no continente e novas sociabilidades coletivas, tendo, como desafio para o futuro, a concretização destes direitos.

Assim, o Novo Constitucionalismo teve importante contribuição para teoria do pluralismo jurídico. Para Wolkmer (2013), o constitucionalismo moderno tradicional, não é mais integralmente satisfatório, uma vez que o estado como centro único do

poder político e fonte exclusiva do direito, encontra-se superado pela necessidade de uma perspectiva onde se encontre o reconhecimento de fundamentos ético-políticos-sociológicos sobre os critérios positivistas atuais.

Em que pese o Pluralismo Jurídico ser uma racionalidade encontrada de forma subjetiva em algumas cartas constitucionais, como por exemplo, a constituição Brasileira de 1934 e 1988, de fato só foi oficialmente consagrado, como assinala Wolkmer (2015), com a constituição da Venezuela de 1999, sendo consolidado com a constituições do Equador (2008) e Bolívia (2009) esta última sancionando o pluralismo jurídico *comunitário – participativo*.

Importante avanço foi realizado com a presença do pluralismo jurídico *comunitário-participativo* no constitucionalismo latino-americano, especialmente no que refere à participação multicultural nas assembleias constituintes e o reconhecimento do Estado plurinacional Boliviano.

2.2 A Crise dos paradigmas da modernidade e os novos sujeitos coletivos de direitos

Os novos sujeitos coletivos de direitos na América Latina refletem a organização de sujeitos historicamente oprimidos e coisificados, que remontam ao período de colonização. Para o filósofo Enrique Dussel: “[...] com a colonização, a Europa pôde se confrontar com o seu “outro” e controlá-lo, vencê-lo, violentá-lo: quando pode se definir como um “ego” descobridor, conquistador, colonizador da alteridade constitutiva da própria modernidade”(DUSSEL, 1993 p.8).

Ao se analisar o Pluralismo jurídico, imperioso o estudo das fontes de produção jurídica desta nova cultura, assim, os novos movimentos sociais, buscando a efetividade de suas necessidades humanas fundamentais, se apresentam como uma destas fontes, o que será adiante analisado no que se refere as suas principais características, como novos sujeitos coletivos de direitos.

Uma das principais características dos novos movimentos sociais é o multiculturalismo e José Carlos Moreira da Silva Filho, ao analisar esta manifestação afirma que:

[...] Lo que los nuevos movimientos sociales traen de “nuevo”, em especial em los tiempos presentes, es una afirmación positiva de la diferencia (em

Europa Occidental: inmigrantes africanos, indianos, turcos, latinos; em América Latina: pueblos indígenas, movimiento negro) (SILVA FILHO, 2007, p.66).

Por sua vez, Boaventura de Sousa Santos esclarece que os novos movimentos sociais foram uma temática que dominou a sociologia da década de 80, o que influenciou na relação entre regulação e emancipação. Para o sociólogo, a novidade dos movimentos sociais na América Latina está na "[...] energia emancipatória destes movimentos em geral" (SANTOS, 2013, p. 260).

Esclarece também Santos (2013) que nos países centrais, os movimentos sociais incluem, dentre outros, os movimentos ecológicos, feministas e antirracistas e na América Latina, os movimentos são bem mais heterogêneos e contemplam movimentos organizados por entidades religiosas, sindicatos, movimento operário e grupos estudantis, destacando que a novidade maior destes novos movimentos sociais está no fato de que: "[...] constituem tanto uma crítica da regulação social capitalista como uma crítica da emancipação social, tal como defendida pelo marxismo" (SANTOS, 2013, p. 253).

Os novos movimentos sociais, para Santos (2013, p.254), se opõem aos excessos de regulação da modernidade, que também são uma forma de opressão e exclusão que impactam na forma como a sociedade trabalha, vive, produz, atingindo não só o indivíduo, mas também grupos e classes.

As políticas que podem impulsionar novas formas de juridicidade, estão dentro de um campo de participação, que podem ser fomentadas pelos novos movimentos sociais "[...]la participacion se identifica como la cara opuesta de la representación en la acción política a distintos niveles de la acción pública" (AMAYA, 2012, p.91).

Esta participação trará reflexos diretos no empoderamento e na autonomia dos movimentos e para Amaya (2012, p. 91), em que pese uma minoria exercer este poder em nome da maioria, o ponto positivo estará no fato de que também estes estarão tomando parte do poder e assim "[...] necessário estimar la capacidad de empoderar que puede esperarse de las prácticas comunitarias de gestión da conflictividad".

Portanto, a pluralidade de fontes normativas se coaduna com a necessidade de resistência ao surgimento de novas formas de exclusão, produzidas pela globalização e pelo neoliberalismo, que possuem, nos novos sujeitos coletivos, sua

fonte de produção jurídica. Para Wolkmer, os movimentos sociais são “[...] a expressão do novo sujeito histórico, singular e coletivo, subalterno e excluído, personagem nuclear da ordem pluralista” (WOLKMER, 2015a, p. 128).

Neste sentido, considerando que tais fontes de normativas devem ser encontradas na sociedade em face das históricas necessidades, necessário esclarecimento sobre o que diferencia os novos dos antigos sujeitos de direito. Para Wolkmer, o antigo sujeito de direito está relacionado ao sujeito que se adapta à realidade estabelecida, enquanto os novos movimentos sociais, estão relacionados especialmente ao fato de que não devem se adaptar a uma situação normativa posta, mas sim, se apresentar como “[...] un sujeto vivo, actuante y libre, que participa, se autodetermina y modifica lo mundial del proceso histórico social” (WOLKMER, 2007, p. 26).

Tal afirmativa denota que o novo e o antigo sujeito de direitos se diferenciam, especialmente pela postura que apresentam diante desta nova realidade emancipatória, que possibilita a tais sujeitos serem também criadores do direito, pela reivindicação coletiva de suas necessidades, agora por meio de grupos e não mais pelos tradicionais caminhos percorridos outrora por meio de partidos políticos, assim:

[...] los sujetos de esos movimientos sociales no son más vistos sólo como sujetos participantes del proceso productivo o integrantes de la clase social, sino como sujetos que se definen por una identidad que no guarda relación directa y necesaria con esse papel productivo (FILHO, 2007, p. 65).

Na assertiva de Wolkmer, ainda o novo vai se referir a:

[...] ação consciente e espontânea posta em movimento representada por grupos associativos e comunitário ou populares, como movimentos dos sem terra, dos afrodescendentes, das mulheres, dos indígenas, dos direitos humanos, dos ecólogos [...] (WOLKMER, 2015, p. 148).

No que se refere à questão da subjetividade e cidadania dos novos movimentos sociais, esclarece Santos (2013), que não deve ser defendido em termos absolutos a concepção de uma teoria unitária para sua explicação, ressaltando que há diferenças significativas em termos de ideologias e bases sociais, não havendo movimentos sociais puros.

Assim o autor trata ainda do que chama de impureza dos movimentos sociais, afirmando que: “[...] é provável que um movimento de orientação classista seja acompanhado de juízos étnicos e sexuais, que o diferenciam e o assimilam a outros movimentos de orientação culturalista de conteúdo classistas” (SANTOS, 2013, p. 259).

O que na concepção de Santos (2013) se trata de uma das verdadeiras novidades dos movimentos sociais que reflete no seu crescimento, sendo também um dos fatores da sua característica emancipatória.

É possível verificar, na concepção de novos movimentos sociais do sociólogo Santos (2013), que as conquistas de cidadania estão relacionada às particularidades e às necessidades de cada movimento, que podem variar em função de diversos fatores. Para o autor:

A ideia da obrigação política horizontal, entre cidadãos, e a idéia de participação e da solidariedade concretas na formulação da vontade geral, são as únicas susceptíveis de fundar uma nova cultura política e, em última instância, uma nova qualidade de vida pessoal e coletiva assentes na autonomia e no autogoverno, na descentralização e na democracia participativa, no cooperativismo e na produção socialmente útil (SANTOS, 2013 p. 260).

O autor propõe, ainda, a organização de novos exercícios de cidadania, voltada às novas formas e à autonomia com especial atenção às: “[...] novas formas de exclusão social, baseadas no sexo, na raça, na perda da qualidade de vida, no consumo, na guerra que ora ocultam ou legitimam ora complementam e aprofundam a exclusão” (SANTOS, 2013, p. 261).

Na assertiva de Santos (2013), os novos movimentos sociais contribuem para buscar equilíbrio entre cidadania e subjetividade, bem como para uma sociedade mais política, deslocando o papel do Estado para um autor privilegiado, mas não o único.

Outro aspecto marcante destes novos sujeitos de direito é a dificuldade que possuem para serem considerados legítimos, operando muitas vezes na marginalidade e excluídos da sociedade, sendo estas condições, uma das “matérias primas” da produção normativa dos novos movimentos sociais. Neste contexto, assevera Wolkmer:

[...] as vontades coletivas organizadas, utilizando-se de práticas sociais que instrumentalizam suas exigências, interesses e necessidades, possuem a capacidade de instituir novos direitos, direitos ainda não contemplados e nem sempre reconhecidos pela legislação oficial do Estado (WOLKMER, 2015, p. 165).

Avança ainda o autor esclarecendo que a produção jurídica pode ter outras fontes que não exclusivamente o estado. Estas fontes podem surgir dos anseios e espaços reivindicados e ocupados por movimentos sociais autônomos, de forma que o direito estatal, oriundo do processo legislativo tradicional, deve ser apenas uma espécie de norma dentro do contexto social do direito.

Contribui ainda, para surgimento de formas plurais de resolução de conflitos no âmbito dos movimentos sociais, a questão da desatualização da legislação estatal, uma vez que o formalismo do procedimento legislativo tradicional, não acompanham a evolução social e os anseios e expectativas dos movimentos sociais.

Constantemente, verifica-se, no longo curso de um processo legislativo tradicional, que a dinâmica social se altera juntamente com as exclusões sociais, fazendo com que a norma, ao entrar em vigor, já se apresente desatualizada, o que fomenta as práticas extrajudiciais plurais e não estatais de resolução dos conflitos.

Outro fator que contribui para a formação dos novos movimentos sociais é a crise do poder judiciário, que em face de sua pouca eficácia na solução das questões relacionadas às necessidades destes sujeitos de direito, acaba por tornar-se desacreditado, influenciando na organização dos movimentos que reivindicam seus direitos. Em relação ao judiciário brasileiro, esclarece Wolkmer:

[...] trata-se de uma instância de decisão, não só submissa e compromissada com a estrutura de poder dominante, como, sobretudo, de um órgão burocrático do Estado, retórico e inerte, de perfil fortemente conservador e de pouca eficácia na solução rápida e global de questões emergências vinculadas [...] aos interesses das majorias carentes de justiça e da população privada de seus direitos (WOLKMER, 2015a, p. 106).

Para Wolkmer (2015a), os objetivos desses novos sujeitos coletivos estão relacionados à satisfação de suas necessidades fundamentais ressaltando que:

[...] a implementação das necessidades humanas fundamentais, afirmadas através de direitos e reivindicadas por esses agentes históricos, constituem-se fatores possíveis de transpor as condições desumanizadoras de uma sociedade do tipo capitalista e colonizadora (WOLKMER, 2015, p. 137-138).

No que se refere à identidade destes novos sujeitos, Wolkmer (2015a) infere que: "[...] deve igualmente ser concebida como um processo de resistência e de ruptura que permite que identidades coletivas se tornem sujeitos de sua própria história" (WOLKMER, 2015, p. 139).

Por sua vez, em relação à autonomia dos movimentos sociais, esclarece sobre a origem, que esta: "[...] simboliza a ação autônoma e independente desses atores coletivos quando seus interesses não são satisfeitos ou reconhecidos pelas instancias oficiais do estado" (WOLKMER, 2015, p. 141).

A crise do poder judiciário tem significativo reflexos nesta pesquisa, impactando na busca por novos instrumentos de acesso à justiça. Assim, as formas plurais de resolução destes conflitos e produção jurídica se apresentam com uma alternativa frente ao monismo e a estrutura do judiciário, burocrática e ineficaz, que também é definida por Wolkmer como:

[...] instância burocrático-estatal, dependente e formalista, não só é entravado pela mesma crise que atravessa o Estado e as instituições sociais, como, sobretudo, é acionado constantemente a responder, por vezes, com limitações ou sem eficácia, por conflitos de massas de natureza social e patrimonial (WOLKMER, 2015a p. 106).

As fontes de produção jurídica dos novos sujeitos coletivos têm origem especialmente nas privações de satisfação das necessidades e se apresentam legítimas para sociedade, quando dão efetividade ao direito frente à crise de paradigmas por qual passa o direito atual.

Esta crise necessariamente leva à análise do deslocamento do papel do Estado que, diante de contexto atual, apresenta-se com o monopólio da atividade normativa e com estrutura burocrática de pouca efetividade.

Outro fator que também reflete nas formas plurais que buscam os novos movimentos para solução dos conflitos sociais, diz respeito à crise do modelo da dogmática jurídica que para José Carlos Moreira da Silva Filho:

[...] se verifica uma crisis del paradigma de la dogmática jurídica a partir del momento en que no consigue más responder de manera satisfactoria a las demandas sociales, permaneciendo preso de las formulaciones técnicas y abstractas que se distancian de la práctica cotidiana de la sociedad (SILVA FILHO, 2007, p. 58).

Prossegue o autor: “Un claro sintoma de la crisis actual del paradigma dogmático del Derecho em América Latina, creado para lidiar com conflictos de naturaleza individual y civil, es su incapacidad de apreciar conflictos de carácter colectivo" (SILVA FILHO, 2007, p. 61).

Nesse sentido, os movimentos sociais, por meio de práticas cotidianas de normatividade, apresentam legitimidade para contribuir na regulação social, na produção jurídica, se apresentando: “[...] por meio de pactos setoriais, negociações coletivas, arranjos sociopolíticos e convenções normativas, firmadas por identidades coletivas e por associações voluntárias” (WOLKMER, 2015a p. 166).

As práticas de normatividade que buscam a efetividade das diversas necessidades humanas, surgem em diversas formas de processos sociais e para Wolkmer, “[...]advém de grupos voluntários, comunidades locais, associações profissionais, representações étnico-culturais, organizações populares e de corpos intermediários” (WOLKMER, 2015a p. 127).

No que se refere aos corpos intermediários, esclarece o autor, devem ser entendidos como:

[...] grupos sociais ou voluntários com interesses comuns, localizados entre o Estado e o indivíduo, com atribuições para representar diferentes setores da comunidade e atuar num espaço democrático, caracterizado pela descentralização e participação popular (WOLKMER, 2015a, p. 127).

Tais fontes de direito oriundas da sociedade, se apresentam dissociadas da subordinação estatal, o que impacta diretamente no papel normativo do estado, que não mais se apresenta como único autorizado à produção normativa, mas sim como um prestador de serviços à ordem pública, por meio das suas normas e daquelas emanadas pelos novos movimentos sociais.

Entretanto, apesar destas crises apontadas, permanece o estado com fundamental importância para sociedade e para Wolkmer deve ser visto como: “[...] uma simples instância mandatária da comunidade, habilitado a prestar serviços a uma ordem pública plenamente organizada pelo exercício e pela participação da cidadania individual e coletiva" (WOLKMER, 2015a, p. 166).

Importante aspecto deve também ser compreendido, em relação aos limites da atuação dos novos sujeitos sociais, o que constantemente é objeto de crítica por aqueles que vêem o estado como o único autorizado à produção legislativa.

Esclarece Wolkmer que os limites de atuação destes sujeitos, serão: “[...] materialidade que envolve as necessidades e os interesses reivindicados, o que pode ser observado na busca por direitos como a saúde, moradia, educação, dignidade humana, dentre outros” (WOLKMER, 2015a, p. 167).

No que tange à dignidade humana, Sidekum (2011) esclarece que esta “sempre terá um caráter de reivindicação, de lutas para ocupar um lugar com reconhecimento e respeito” (SIDEKUM, 2011, p. 26).

Tais necessidades são dinâmicas e se alteram conforme o desenvolvimento e eleição de valores de uma determinada sociedade, o que ocorre em um lapso temporal superior à capacidade do estado em gerar normas que atendam, de forma tempestiva, tais anseios.

Assim, as necessidades dos novos atores sociais, é que será determinante para o surgimento dos novos direitos, pois sempre que houver o alijamento das condições de dignidade, sejam elas de subsistência, de saúde, étnica, de gênero, culturais, ambientais ou qualquer outra, haverá o surgimento de uma necessidade que produzirá uma reivindicação de direito.

Entretanto, as privações e carências de dignidade por si só, não são suficientes para gerarem automaticamente direitos e, para que isto ocorra, conforme Wolkmer (2015a), deve haver uma interação de fatores, que contemplem não só privações, como também organização e consciência.

Esta interação ocorre por meio de um processo que se inicia com negação e privação de direitos, passando pela conscientização do estado de marginalidade e a constituição de “[...] uma identidade autônoma capaz de se autodirigir por uma escolha emancipada que se efetiva em mobilização, organização e socialização” (WOLKMER, 2015a, p. 173).

Desta forma, na América Latina, a luta histórica pelos direitos dos povos colonizados, é um fator determinante na produção normativa oriunda sociedades, visando atender às necessidades e implementar direitos e, para Wolkmer:

[...] a mobilização dos segmentos sociais oprimidos e excluídos dos direitos implica tanto na luta para tornar efetivos os direitos proclamados e concebidos formalmente, que não são garantidos e nem aplicados, quanto a exigência de impor “novos” direitos que ainda não foram contemplados por órgãos oficiais estatais e pela legislação positiva institucional (WOLKMER, 2015, p. 177).

Portanto, os novos direitos reivindicados pelos movimentos sociais, não se resumem apenas à criação de novos conteúdos normativos, mas também na efetividade das normas constantes no ordenamento jurídico, oriundas do sistema legislativo tradicional. Wolkmer (2015a) cita algumas classes de novos direitos destinados a satisfazer necessidades, destacando-se os relacionados às necessidades existenciais, materiais, sociopolíticas, culturais, difusas e étnicas, sendo que a afirmação destes novos direitos está relacionada à atuação destes novos sujeitos, assim para autor: “[...] a espontaneidade, a autenticidade e a autonomia que transgride e escapa do “instituído” deve ser redimensionada em um pluralismo-comunitário-participativo, cuja fonte do direito é o próprio ser humano projetado em suas ações coletivas [...]” (WOLKMER, 2015a, p. 180).

Neste sentido, o acesso à justiça dos novos sujeitos coletivos para satisfação dos direitos fundamentais, tema da presente pesquisa, encontra-se no escopo destas necessidades existenciais, ressaltado-se que as desigualdades sociais acrescidas do aumento das expectativas por direitos se apresenta como um campo de constantes de conflitos, asseverando Bergoglio que:

[...] los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, diseñados para enfrentar problemas de marginalidad legal de grupos minoritarios en los países centrales, resultan insuficientes cuando la pobreza es masiva, y la falta de acceso, un problema mayoritario (BERGOGLIO, 2009, p. 54).

A afirmação e a busca pela eficácia de direitos já reconhecidos sofrem influências diretas “da exclusão e da privação de meios para satisfazer necessidades” e assim necessário se faz o entendimento dos novos agentes, que, a partir de carências e exclusões, se apresentam como “fatores potências da produção jurídica” e, assim, na assertiva de Wolkmer (2015, p. 127):

Trata-se de extrair a constituição da normatividade não mais e apenas das fontes ou canais habituais clássicos representados pelos processos legislativos e jurisdicionais do Estado, mas captar o conteúdo e a forma do fenômeno jurídico mediante a informalidade de ações concretas de atores coletivos, consensualizados pela identidade e autonomia de interesses do todo comunitário, num *locus* político independente dos rituais formais de institucionalização (WOLKMER, 2015, p. 127).

Assim, uma concepção participativa do direito passa pela análise dos movimentos sociais como novos sujeitos de direitos, e podem ser entendidos segundo Wolkmer:

[...] como sujeitos históricos transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com reduzido grau de institucionalização, imbuídos de princípios valorativos comuns, resistentes às estruturas oficiais de poder, e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais (WOLKMER, 2015, p. 130).

Estes novos atores sociais nascem nos espaços de crise democrática, contribuindo no surgimento de uma cultura jurídica participativa e democrática, e assim os novos movimentos sociais surgem às margens dos espaços institucionais e para Lucas: “[...] impulsionam a criação de novos padrões de legitimidade e juridicidade que valorizam as demandas sociais coletivamente definidas pela prática política de cidadãos históricos, comprometidos com a transformação social” (LUCAS, 2006, p.54).

Os novos movimentos sociais se apresentam como protagonistas da produção do direito e do tratamento dos conflitos sociais, inferido Rocha e Thaines, que a “participação das comunidades é fundamental para mudança da cultura jurídica” (ROCHA; THAINES, 2014, p.367).

O direito latino-americano, por muito tempo, serviu como instrumento de efetivação dos objetivos econômicos capitalistas e liberais europeus, entretanto, os grupos historicamente dominados e aliados das discussões constitucionais passaram a perceber sua capacidade de lutar pelo rompimento dos projetos coloniais, encontrando no pluralismo jurídico de viés comunitário participativo, importante papel para efetividade destes anseios.

Para Santamaria (2015), o pluralismo jurídico nas últimas décadas sofreu influência das diversas reformas constitucionais ocorridas na América Latina e para o autor: “[...] se ausculto este tema de crucial importância para el derecho contemporáneo intentando revisar el alcance de estas propuestas en los Estados latinoamericanos en sus diferentes procesos de desarrollo constitucional [...]” (SANTAMARIA, 2015, p. 1).

2.3 Pluralismo Jurídico, conceito, características e espécies

A análise da perspectiva pluralista do direito passa pelo estudo da teoria monista. Assim, a idéia central do monismo jurídico, está centrada no direito oriundo exclusivamente do Estado, neste sentido esclarece Sáenz (2004, p.4) “[...] es transversal em a todas las teorías del PJ [pluralismo jurídico] la convicción de que el Estado está lejos de ser el único foco de juridicidad de una sociedad”.

Para o monismo são jurídicas as normas emanadas pelo Estado. Desta forma, esclarece Wolkmer (2015a), o pluralismo jurídico, fundamenta-se na sua diferenciação como monismo, tendo uma forte influência da omissão estatal, da crise do poder judiciário e do surgimento de novos sujeitos de direitos coletivos, que se emancipam com base em um processo de libertação democrática e participativa, apresentando-se como uma nova forma de racionalidade, para explicar a complexidade social da América Latina.

A concepção pluralista do direito contempla diversos teóricos e, assim, o presente trabalho será desenvolvido por meio do referencial teórico do pluralismo jurídico comunitário participativo de Antonio Carlos Wolkmer, que propõe um pluralismo jurídico, que se caracteriza como: “[...] uma estratégia democrática de integração [que] procura promover e estimular a participação múltipla dos movimentos populares organizados e dos novos sujeitos sociais de base” (WOLKMER, 2015a, p.272).

Assim, o pluralismo jurídico tem sua origem, no declínio da concepção de que o Estado, com o monopólio da produção jurídica, possa resolver a integralidade dos conflitos sociais, especialmente aqueles que envolvem novos sujeitos de direitos, como movimentos sociais, povos originários, camponeses dentre outros.

Para Rubio (2007), o pluralismo jurídico se apresenta como racionalidade para estas necessidades, contribuindo para emancipação de novos sujeitos de direitos asseverando que: “[...] la estructura normativa del moderno derecho positivo formal a comienzos del siglo XXI, es poco eficaz, sobre todo para solucionar y atender los problemas relacionados con las necesidades de las sociedades periféricas” (RUBIO, 2007, p.37).

O Pluralismo se contrapõe ao monismo e reflete para Wolkmer “[...] a multiplicidade de manifestações e práticas normativas existentes num mesmo espaço sociopolítico, podendo ser ou não oficiais [...]” (2015a, p. 257).

As crises político-institucionais nas sociedades colonizadas, obrigadas a aceitar padrões jurídicos vigentes nas metrópoles colonizadoras, determinaram a existência simultânea do direito do estado colonizador e dos direitos tradicionais do colonizado e, desta forma, surgimento do direito não estatal e práticas de resolução de conflitos diversas daquelas impostas pelo Estado, foram determinantes para o surgimento do pluralismo jurídico.

A questão da soberania sempre esteve presente na apresentação de concepções pluralistas do direito refletindo na revisão de diversas normas, que vão se tornando incompatíveis com os anseios dos novos movimentos sociais e que acabam por tornar-se incompatíveis com os parâmetros constitucionais, fomentando o aumento dos conflitos e demandas judiciais.

O Pluralismo Jurídico, na assertiva de Wolkmer (2015), se apresenta como uma alternativa à crise do sistema jurídico-político, calcado no monismo centralizador, que teve início com a desagregação do feudalismo entre os séculos XI e XV e início do capitalismo entre os séculos XVII e XVIII.

Afirma ainda o autor, que a origem do Pluralismo Jurídico tem reflexos dos valores da reforma protestante especialmente da ética calvinista, designando a existência de mais de uma realidade, da diversidade de campos sociais envolvendo o reconhecimento da diversidade, da comunidade e da interculturalidade.

No que tange ao conceito de Pluralismo, esclarece Wolkmer (2015) que, em face do complexo contexto histórico-social que envolve esta racionalidade, o pluralismo pode ser classificado com diversas formas e possibilidades, não existindo um conceito único, uma vez que se pode privilegiar aspectos jusfilosófico, sociológico ou antropológico, havendo, entretanto o consenso entre as diversas formas de analisar o pluralismo, de que o direito não emana exclusivamente do Estado.

Esclarece Wolkmer que dentre os conceitos dos principais teóricos do pluralismo, destaca-se os de Jacques Vanderlinden que considera o pluralismo jurídico “[...] a existência em uma determinada sociedade de mecanismos jurídicos diferentes aplicando-se a situações idênticas” (WOLKMER, 2015a, p. 254).

Também apresenta o conceito de Raquel Yrigoyen que entende o pluralismo jurídico como sendo:

[...] a existência simultânea, dentro do mesmo espaço de um estado, de diversos sistemas de regulação social e resolução de conflitos, baseado em questões culturais, étnicas, raciais, ocupacionais, históricas, econômicas, ideológicas, geográficas, políticas ou pela conformação na estrutura social que ocupam os atores sociais (WOLKMER, 2015a, p. 255).

Inferre ainda Wolkmer que Boaventura de Sousa Santos analisa o pluralismo como refletindo a materialidade de conflitos sociais que acumulam e condensam clivagens socioeconômicas, políticas e culturais particularmente complexas e evidentes. Destacam-se ainda que, para este teórico, a pluralidade assenta-se em amplo processo de relações capitalistas, envolvendo práticas sociais, formas institucionais, mecanismos e relações de poder, modo de racionalidade e formas jurídicas e conflitos sociais(WOLKMER, 2015a).

Antonio Carlos Wolkmer, por sua vez, assim define o pluralismo:

O pluralismo jurídico pode ser designado como multiplicidade de manifestações ou práticas normativas num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais ou culturais (WOLKMER, 2015a, p.257).

Afirma ainda o autor, que o Pluralismo Jurídico parte do esgotamento do modelo atual liberal-individualista, próprio da cultura monista com tradição ocidental, que não apresenta mais respostas às demandas sociais, se justificando o pluralismo como marco teórico, pela decadência do atual modelo, que não mais atende às demandas da ordem jurídica atual, o que impõe a obrigatoriedade pela busca de novos padrões normativos.

O fenômeno jurídico, na sociedade moderna de matriz anglo eurocêntrica, é representado pela Civil Law que é o direito produzido diretamente pelo estado e pela Common Law que representa o direito dos juízes, sendo expressão indireta da vontade estatal, sendo que ambos revelam o princípio do monismo jurídico na modernidade burguês-capitalista formando o direito estatal.

No Brasil, escreve Wolkmer que o histórico do pluralismo jurídico tem origem na tradição comunitária nos séculos XVII e XVIII, especialmente os antigos

quilombos de escravos e comunidades missionárias, ressaltando que a constituição Brasileira de 1988:

consagra o pluralismo, agregando a ele o adjetivo 'político', num sentido muito mais abrangente [...] que proclama, como um de seus eixos fundamentais, o princípio do pluralismo pautado na convivência e interdependência de diversos grupos sociais (WOLKMER, 2011, p. 151).

Como fatores determinantes no surgimento do pluralismo jurídico, Wolkmer (2015a) cita que as sociedades do capitalismo periférico atingidas por crises político-institucionais, são campo fértil para o seu surgimento, especialmente em face de demandas sociais não atendidas pelo estado, em países dominados econômica e politicamente, obrigados a aceitar padrões jurídicos das metrópoles quando colonizados, possibilitando em um mesmo espaço, a coexistência de direito do estado colonizador e direitos tradicionais.

Da mesma forma que o conceito, a classificação do pluralismo jurídico também possui variações teóricas e assim, em face da complexidade dos fenômenos sociais que envolvem esta teoria, há diversas propostas de classificação.

Wolkmer (2015a) apresenta a proposta de classificação de alguns dos principais teóricos, destacando a classificação de Masaji Chiba, que propõe uma divisão em direito oficial e não-oficial, sendo o primeiro representado pelo direito estatal e não estatal controlado pelo estado, e o segundo, representado pela aplicação de práticas, regras ou formas de comportamento geradas pelo consenso de um determinado grupo social.

Apresenta, ainda, a classificação utilizada por Boaventura de Sousa Santos que propõe a seguinte divisão: Pluralismo Clássico dos séculos XIX e XX, Novo Pluralismo e Pluralismo Jurídico Avançado, que se caracteriza por tratar ordenamentos jurídicos não mais exclusivamente locais e infraestatais, mas sim, pela coexistência destes ordenamentos com um sistema mundial de ordenamentos transnacionais e supraestatais (WOLKMER, 2015a).

Wolkmer (2015a) por sua vez, classifica o pluralismo jurídico em Pluralismo Jurídico Estatal, reconhecido, permitido e controlado pelo Estado, e Pluralismo Jurídico Comunitário, que atua em espaços formados por forças sociais e sujeitos coletivos com identidade e autonomia próprias com independência do controle estatal.

Importante diferenciação é feita por Wolkmer (2015a), quanto à sua teoria do pluralismo jurídico e o uso alternativo do direito, inferindo o autor, que o pluralismo é um fenômeno que transcende à questão do uso alternativo do direito, uma vez que o pluralismo pode ou não ajustar-se ao direito oficial, atuando também no direito não oficial, ao passo que o uso alternativo do direito, está relacionado exclusivamente com o direito oficial, sendo, portanto próximo ao pluralismo, mas com diferente significado.

Contrapondo à ineficácia do monismo, o autor, elenca as vantagens do pluralismo como sendo: afirmar a primazia de interesses que são próprio de cada grupo dominantes; manter o equilíbrio entre grupos iguais nativos e invasores; propiciar as instituições a escolha pelo direito mais conveniente; resguardar a independência das instituições; favorecer a descentralização jurídica; proporcionar o desenvolvimento econômico (WOLKMER, 2015a).

Ainda na teoria de Antonio Carlos Wolkmer, o Pluralismo Jurídico possui os seguintes princípios: autonomia, que representa o poder intrínseco a vários grupos, concebido como independente do poder central; descentralização, indicando o deslocamento do centro decisório para esferas locais e fragmentárias; participação, que decorre da intervenção dos grupos, sobretudo daqueles minoritários no processo decisórios; localismo, que é o privilégio que o poder local assume diante do poder central; diversidade, indicando a prevalência da diferença em detrimento da homogeneidade; tolerância, que indica o estabelecimento de uma estrutura de convivência entre vários grupos baseada em regras pautadas pelo espírito de indulgência e pela prática da moderação (WOLKMER, 2015a).

Para Wolkmer (2015a), o poder estatal não é a única fonte de todo direito, havendo espaço para produção e aplicação normativa, oriundos da sociedade, afirmando, ainda, que o pluralismo pode ser visto como, desde cima, transnacional e globalizado e, desde baixo, caracterizado por práticas sociais emancipadoras e movimentos sociais.

Assim, o pluralismo político e jurídico, será a interação do pluralismo legal (direito) com o comunitário-participativo (social e político), que terá como fundamentos da sua efetividade material, conforme Wolkmer (2015a), o surgimento de novos sujeitos sociais (individuais e coletivos) e satisfação das suas necessidades, apresentando ainda como fundamentos da efetividade formal, a

reordenação do espaço público mediante uma política democrático-comunitária descentralizadora e participativa, com a construção de processos para uma racionalidade emancipatória.

O pluralismo jurídico, para Wolkmer (2015a), centra seus objetivos, na busca da totalidade de direitos de uma sociedade, esclarecendo que o pluralismo não tem a pretensão de negar o direito estatal, mas sim de obter o reconhecimento de que o direito estatal é apenas uma das formas jurídicas que existe na sociedade, trazendo a idéia da coexistência das formas jurídicas que contempla o direito estatal e as demais manifestações normativas não estatais.

Assim, o Pluralismo Jurídico pode contemplar não só formas independentes, como também práticas normativas oficiais formais, envolvendo ainda a coexistência de ordens jurídicas distintas, por meio práticas normativas autônomas por diferentes grupos sociais, reconhecidas e ou incorporadas e controladas pelo estado.

O Pluralismo Jurídico de Wolkmer tem ainda as características de ser aberto, descentralizado e democrático, se diferenciando das demais teorias, por apresentar o poder comunitário atuando na reordenação da sociedade civil.

A racionalidade do Pluralismo Jurídico possui objeções de diversos teóricos, esclarecendo Wolkmer (2015a) como sendo as críticas mais comuns, aquelas vinculadas ao radicalismo, que entende pela impossibilidade de exclusão parcial ou total da presença do estado na produção normativa, havendo ainda a crítica relacionada à questão fragmentação normativa que, segundo alguns teóricos, induz à desagregação e, também às relacionadas à redução do poder de decisão e à ameaça de autoritarismo de grupos sob os indivíduos.

Destaca ainda Wolkmer (2015a), a crítica apresentada por Miguel Reale, que vê dificuldade de apurar e sistematizar os princípios do pluralismo, em face da variedade de teóricos e teorias, entendendo que pluralismo não é muito diferente do monismo, uma vez que agrega grupos com tendências políticas e filosóficas, que acabam excluindo-se entre e si, afirmando ainda que há erro dos adeptos do pluralismo, em não admitirem que certas funções, não podem ser exercidas por indivíduos ou por associações particulares, sem grave risco para ordem social.

Destaca também, a crítica formulada por Norberto Bobbio que vê o pluralismo de forma ambígua, que pode ocultar tanto uma ideologia revolucionária para libertação dos indivíduos e dos grupos oprimidos, quanto conceber uma ideologia

reacionária com desagregação ou substituição do Estado culminado com uma anarquia (WOLKMER, 2015a).

A despeito das críticas formuladas por alguns teóricos, Wolkmer reconhece que o "[...] direito espontâneo e popular não está isento de manipulação do poder instituído podendo um sistema jurídico aparentar um pluralismo, porém tendo como objetivo esvaziar conflitos e mascarar expressões populares [...]", reforçando poder do estado (2015a, p.270).

Esclarece ainda Wolkmer que o processo de pluralidade pode sofrer limites que poderão atenuar, reduzir ou mesmo fazer como que o pluralismo desapareça, o que pode ocorrer quando há uma grande "homogeneização da sociedade, desaparecendo formas diversas do direito", ou ainda quando "o direito paralelo se integra e se incorpora a ordem oficial" (WOLKMER, 2015a, p.271).

O pluralismo trabalhado por Wolkmer trata-se de pluralismo transformador, que se diferencia do pluralismo conservador, uma vez que tem como estratégia democrática a integração, a promoção e a estimulação à participação de movimentos sociais e dos novos sujeitos sociais de base.

Para o autor, o pluralismo deve abandonar a representação da sociedade como campo de batalha de grupos concorrentes e um ideal de sociedade maior do que mera aceitação de interesses opostos, representando um novo paradigma em perspectiva de descolonização, sendo ainda totalmente contrário ao pluralismo global conservador, que surgiu para atender a interesses de corporações privatistas, coniventes com exclusão concentração e colonialidade.

Para Wolkmer (2015a), a produção de um pluralismo de sujeitos coletivos com base em democracia participativa, deve resgatar direito das minoriais, o direito a diferença, a autonomia e a tolerância e assim a racionalidade emancipatória do Pluralismo Jurídico, tem como fundamento a superação de outras formas de pluralismo, pautados no modelo neoliberal e tendo por premissa, o projeto político oriundo das necessidades históricas de segmentos excluídos do processo de produção do direito.

Esclarece Wolkmer (2015a) que o pluralismo jurídico como forma emergente de cultura político-jurídica, deve estar calcado em estruturas e mecanismo, voltadas a práticas coletivas de cidadania, com especial atenção ao que chama de pedagogia libertadora. Para o autor, a pedagogia libertadora, está relacionada a uma

educação voltada ao processo de descolonização, ampliando os horizontes das sociedades colonizadas.

Ainda para Wolkmer, a existência do pluralismo jurídico emancipatório pressupõe a ocorrência de alguns requisitos, sendo eles:

[...] (a) a legitimidade de los neuvos sujetos sociales, b) la democratización y descentralización de un espacio público participativo, c) la defensa pedagógica de una ética de la solidaridad, d) la consolidación de procesos conducentes a una racionalidad emancipatória (WOLKMER, 2007, p. 26).

Na concepção emancipadora, para Wolkmer (2007, p.99), o pluralismo “revela o espaço de coexistência para uma compreensão crescente de elementos societários criativos diferenciados e participativos”.

Segundo Rúbio, à democratização e à descentralização do espaço público participativo, está relacionado ao surgimento de novos movimentos sociais, que trazem um complexo sistema de necessidades e variam de uma sociedade para outra, especialmente pelas condições negadoras de necessidade de subsistência (RÚBIO, 2007, p. 46).

Ainda, democratização do espaço comunitário está relacionada à necessidade de transformações nas práticas culturais, visando à concretização de direitos emanados de necessidades de novos sujeitos de direitos, ressaltando também Rúbio (2007), que a defesa de uma ética de solidariedade, está relacionada ao entendimento da dignidade do outro, a fim de que os sujeitos historicamente oprimidos, possam emancipar-se, sendo que, em relação à elaboração de uma prática emancipatória estará voltada à afirmação da identidade cultural como requisito.

Antonio Manuel Hespanha, em sua obra *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático* ressalta a necessidade de se manter a "democraticidade do direito num contexto pluralista" para que seja possível saber a quem cabe decidir e quais são as normas que regulam determinada sociedade, de maneira que não se tenha um direito incerto pautado pelo domínio das forças sociais mais poderosas e assim infere o autor que “[...] o direito é aquilo que os destinatários, o povo, estiver, em momento relevante, a considerar como tal” (HESPANHA, 2013, p. 139).

Assim, apresentado os marcos delineadores do referencial teórico que se assenta a presente pesquisa, analisar-se-á no capítulo seguinte, os instrumentos

alternativos de acesso à justiça dos novos sujeitos coletivos, na busca da efetividade dos seus direitos fundamentais.

3 JUSTIÇA DEMOCRÁTICA E PARTICIPATIVA E OS MECANISMOS DE ACESSO ALTERNATIVOS DA NOVA JURIDICIDADE

A discussão sobre acesso a justiça, normalmente vem à tona quando o exercício deste direito encontra-se afetado em determinada sociedade, ou ainda porque, “algunos ciudadanos le dan un significado y un alcance que las leyes, los funcionarios, políticos y outros grupos sociales no comparten”, sendo assim, quando as necessidades estão satisfeitas geralmente o acesso a justiça não é objeto de debates e discussões (LISTA, 2009, p.12).

As formas alternativas de resolução dos conflitos apresentam importante contribuição, por meio da perspectiva pluralista, em trazer o acesso à justiça, à parcela da sociedade historicamente excluída de tutela de direitos, como movimentos sociais, movimentos indígenas, movimentos raciais, dentre outros.

A crise da cultura jurídica monista reflete diretamente no acesso à justiça no sentido de acesso a bens e de vivência digna, compreendendo condições sanitárias, educacionais e habitacionais e na perspectiva de Leal e Fagundes (2011, p. 42):

[...] a busca por justiça, dentro dos marcos legais estatais, deve ser problematizada por um processo local e comunitário de reconhecimento de uma identidade e de uma produção autônoma. Tais realidades periféricas não se sentem voluntariamente abrangidas em suas necessidades pelo direito posto [...].

O acesso a justiça vai representar um direito fundamental, esclarecendo, Batista (2010, p. 27) que o cidadão “estando diante de alguma questão que envolva uma norma jurídica violada [...] tem a prerrogativa do acesso a justiça que é um direito subjetivo a jurisdição. É um direito fundamental”.

Ainda no que sobre os direitos fundamentais, importante observar a questão referente à eficácia e aplicabilidade de tais normas, em que seus preceitos são contemplados com aplicabilidade imediata, inferindo também Batista (2010, p. 30), que “os direitos de defesa, em sua grande maioria, estão consagrados em normas constitucionais de eficácia plena e contida, e como não dependem de atuação do Estado, são autoaplicáveis”.

Amaya (2012, p. 87) por sua vez infere que “sin acceso a su tutela, mediante el sistema de administración de justicia, resulta nugatorio el amparo que ofrece la estructura judicial estatal [...] lo cual está en la esencia de la ciudadanía”. Assim,

previamente ao estudo das formas plurais e alternativas de acesso à justiça, necessário se faz a contextualização histórica, conceitual e das questões sociais que obstruem a efetivação de direitos, para posteriormente analisar, dentro do direito oficial, as formas alternativas de resolução dos conflitos propostas pelo próprio estado, como meio de acesso à justiça.

As sociedades capitalistas do século XX, fragmentadas em classes sociais, tornaram o acesso à justiça para parcela menos favorecida da sociedade, como algo quase impossível, especialmente pelo surgimento das políticas neoliberais, reestruturação do Estado, privatizações e desemprego, que culminaram com um exponencial aumento da busca por este direito, tanto na concepção de acesso a direitos fundamentais, quanto acesso ao sistema judiciário (SALANUEVA; GONZALES, 2011).

Desta forma, a ausência de condições para que um indivíduo pudesse acessar a justiça não era um problema do Estado, e “só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos, aqueles não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.9).

Na assertiva de Salanueva e Gonzales, o acesso a justiça é uma das vias mais importantes, para os cidadãos resolverem seus conflitos, destacando que “el derecho, [...] a partir del Estado Social, se ocupó de los problemas del acceso de las personas a la justicia, destacando las dificultades, con el propósito de extender el servicio a mayoría de los habitantes”. Destacam ainda, as pesquisadoras, que a fragmentação das sociedades em classes sociais no século XX, tornou o acesso a justiça para as classes populares, algo quase impossível, e que neste contexto “[...] El estado benefactor o social que se ocupa de evitar y controlar los conflictos sociales, comenzó a atender los reclamos de mejor y más justicia para todos” (SALANUEVA E GONZALES 2011, p. 33-34).

3.1 Acesso à Justiça: conceitos, barreiras e o cenário brasileiro em uma abordagem não processualista

O estudo do Acesso à Justiça na presente pesquisa, inicia com análise do trabalho realizado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth denominado *The Florence Access to Justice Project*, que teve a contribuição de sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicólogos, no intento de analisar e delinear os problemas do acesso à justiça nas sociedades contemporâneas.

Já no início da apresentação do trabalho, esclarecem os autores, que a expressão acesso à justiça: “serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar direitos, e (o sistema pelo qual podem) resolver seus litígios sob os auspícios do estado [...]” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.9).

Explanando ainda os autores, que o enfoque do trabalho ocorrerá pela análise da primeira finalidade. Nos séculos XVIII e XIX, nos estados liberais burgueses, a solução dos litígios estava voltada a uma ideia individualista, ou seja, a tutela judicial significava o direito de apresentar ou contestar uma demanda e a “teoria era de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de ação do Estado para sua proteção” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.9).

É possível relacionar diretamente questões como justiça social, igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica com o acesso à justiça, afirmando Santos (2013), que a sociologia contribuiu na investigação sobre os obstáculos que comprometem um acesso efetivo à justiça.

Ainda como indicam Cappelletti e Garth (2002, p. 10), conforme as sociedades do *laissez-faire* foram se transformando e se tornando mais complexas, a concepção individualista do acesso à justiça, foi dando espaço para uma ideia de coletividade, reconhecendo direitos e deveres sociais, que foi “refletida nas declarações de direitos dos séculos dezoito e dezenove”.

Como exemplo desses novos direitos, apontam Cappelletti e Garth, temos o preâmbulo da constituição Francesa de 1946 afirmando que:

[...] são antes de tudo os [direitos] necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. Entre

esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.10-11).

Assim o acesso à justiça pode “ser encarado como um requisito fundamental e o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico, moderno e igualitário, que pretenda garantir e não apenas proclamar direitos” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.12).

O momento atual de crise no acesso à justiça e a direitos, apresenta a incorporação aos sistemas jurídicos latino-americanos, de diversos meios alternativos, possibilitando resolução de conflitos às margens da tradicional jurisdição estatal.

Neste prisma, assinala Bergoglio (2009, p. 54), que nos últimos anos, os programas, no campo dos meios alternativos de resolução de conflitos na América Latina, contemplaram variados mecanismos e, nos casos da justiça comunitária: “recuperan la heresia histórica de los pueblos originários”.

A necessidade do judiciário reconhecer que não são “a única forma de solução de conflitos a ser considerada” bem como que formas alternativas de solução de conflitos “têm um efeito importante sobre a forma como opera lei substantiva [...]” se coaduna com a perspectiva pluralista do direito que conduz o presente trabalho (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.12).

A análise do acesso à justiça passa pela compreensão de que este termo é muito mais amplo do que a mera possibilidade de apresentar para o judiciário uma demanda judicial. Na assertiva dos autores, “[...]o acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele também, necessariamente, é o ponto central da moderna processualística [...]” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.13).

O conceito de acesso à justiça evoluiu paralelamente ao desenvolvimento das sociedades, absorvendo as complexidades da vida moderna. Para Robles (2009), a concepção inicial de acesso à justiça, estava voltada somente para aqueles que poderiam absorver seu custo, sendo que os primeiros estudos realizados sobre o tema, ocorreram na década 1970 por meio de diversos congressos sobre este tema.

Em face da amplitude do termo acesso à justiça, este pode apresentar variáveis conceitos, esclarecendo Robes (2009), que a sociologia jurídica analisa este direito em uma perspectiva de “confrontación entre la igualdad jurídica-formal y

la desigualdad socioeconômica”, iniciando a construção de sua conceituação, esclarecendo que o “acesso” pode ser compreendido como “accion de alegar o acercarse” o que amplia as possibilidades de interpretação do termo que pode compreender “acceder” a saúde a educação ao trabalho, ou seja, alcançar a algo melhor do que possuímos (ROBLES, 2009, p.28).

Ainda poderá ser analisado o acesso a justiça, sob a perspectiva de acesso formal e informal, como meio de resolução de conflitos que formalmente estaria relacionado aos tribunais, administração pública e outros meios estatais e monistas e, na ótica informal, como uma teoria crítica que busca ampliar o campo de investigação, no melhoramento do acesso às soluções de litígios, às margens do estado e dos tribunais, o que pode ser definido como vias alternativas (ROBLES, 2009).

O acesso à justiça, analisado no âmbito do conflito, pode também ser compreendido, como instrumento possível de transformar a sociedade e suas desigualdades sociais, e como uma crítica às normas formais impostas pelo estado por meio do desenvolvimento de um pluralismo jurídico (ROBLES, 2009).

As diversas conceituações existentes para o acesso à justiça, na sua grande maioria, estão direcionadas a uma definição voltada à organização e a processos judiciais. Entretanto, a presente pesquisa se alinha com a perspectiva de acesso à justiça, como acesso aos direitos fundamentais e, neste contexto, adverte Robles:

[...] el acceso a la justiça se encuentra intimamente vinculado a outras puertas de acceso que en nuestra sociedad permanecen también cerradas: el acceso a la educación, a la salud, a la seguridad, a la participiam política [...] he aqui la estrecha vinculación entre el campo jurídico y el social (ROBLES, 2009, p.43).

Desta forma, os movimentos de acesso à justiça, na concepção de acesso a direitos fundamentais, têm o escopo de buscar a eficácia dos direitos sociais já reconhecidos e na assertiva de Annoni: “[...] deu novo significado às lutas em defesa dos direitos humanos, trazendo à lista de exigências a imprescindível necessidade de reconhecer o direito de acesso à justiça em sentido lato” (ANNONI, 2009, p. 73).

Assim, o direito de acesso à justiça, na sua amplitude judicial e extrajudicial, compreende o direito de postular judicialmente bem como aquele da efetivação de direitos fundamentais como saúde, educação, moradia, trabalho, dentre outros, devendo ser analisando sob uma ótica de acesso a condições sociais, culturais,

políticas, econômicas e jurídicas que possibilitem o reconhecimento e exercício efetivo de direitos, por parte dos cidadãos dentro das organizações jurídicas formais possibilitando alternativas voltadas aos interesses de quem busca a justiça (ROBLES, 2009).

Assim o empoderamento popular na busca por acesso à justiça irá representar, na assertiva de Leal e Fagundes, “[...] a tomada de consciência da capacidade de articulação que os núcleos populares possuem para dominar e resolver suas próprias desavenças [...]” que, em muitas vezes, apresentam soluções com maior efetividade daquelas propostas pelo estado (LEAL; FAGUNDES, 2011, p.42).

Cappelletti e Garth apontam, na pesquisa realizada, que os obstáculos a serem transpostos para que se tenha acesso à justiça e o que chamam de “igualdade de armas” para litigar, de maneira que a conclusão do litígio esteja calcada apenas, e tão somente, nos méritos jurídicos, perpassa especialmente por questões como custas judiciais, possibilidades das partes e problemas especiais de interesses difusos.

Em relação às custas judiciais, apontam os pesquisadores, que as despesas mais significativas para as partes, estão relacionadas aos honorários advocatícios, especialmente em países que adotam o ônus de sucumbência afirmando que “[...] qualquer tentativa realística de enfrentar problemas de acesso deve começar por reconhecer esta situação: os advogados e seus serviços são muito caros [...]” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.18).

No que tange às pequenas causas, afirmam Cappelletti e Garth, que os litígios de pequenos valores são os mais afetados pela barreira dos custos, que pode, em várias situações, superar o valor da demanda, destacando que o Projeto Florença demonstra de forma cristalina, que a proporção dos custos de uma demanda é inversamente proporcional ao valor da causa.

Da mesma forma, como fator que dificulta o acesso à justiça, temos os investimentos estatais para concessão deste direito à parcela menos favorecida das sociedades, o que pode ser observado inclusive nos critérios para concessão de assistência judiciária gratuita (SANTOS, 2011).

Analisando ainda a questão do tempo como uma barreira ao acesso à justiça, os pesquisadores apontam os graves efeitos que a morosidade pode trazer as

demandas, especialmente no aumento dos custos do processo, que em diversas oportunidades, são determinantes para a parte hipossuficiente transacionar no processo, em valores muito inferiores aos que teria direito ao final da demanda.

A barreira da possibilidade das partes, por sua vez, está relacionada ao fato de que “[...] algumas espécies de litigantes gozam de uma gama de vantagens estratégicas” estando tais vantagens consubstanciadas especialmente em recursos financeiros, aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação em sua defesa, havendo ainda a questão dos litigantes eventuais e os habituais, sendo estes últimos aqueles que estão em contato frequente com o sistema judicial (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 25).

Por fim, a questão dos problemas especiais dos interesses difusos se revelam, segundo os pesquisadores, também como uma barreira ao acesso à justiça. Esta barreira está relacionada a interesses fragmentados, que manifestam como dificuldade, a questão do polo ativo legitimado para propor a demanda, tendo como exemplos, conflitos no direito do consumidor e meio ambiente, apresentando como a barreira, o fato de que “[...] ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar a correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.26).

Concluem os pesquisadores, quanto às barreiras relacionadas ao acesso à justiça, que estas atingem especialmente pequenas causas e autores individuais, ao mesmo tempo em que não reflete para grandes organizações, afetando diretamente a parcela pobre e excluída das sociedades, inferindo ainda que “[...] os novos direitos substantivos que são característicos do estado de bem estar social”, apresentam-se como esforços para ajudar os cidadãos contra o estado e organizações, em demandas com valor econômico inexpressivo (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.29).

Por sua vez, Santos (1996) infere que o acesso à justiça, está diretamente relacionado

à igualdade jurídica formal e desigualdade socio econômica”, que não é um problema novo e teve, nos pós-guerra, após a constitucionalização de direitos sociais, dentre eles o próprio acesso à justiça, uma análise mais sociológica e menos processualística (SANTOS, 1996, p.405).

Assim, importante destacar que a Constituição Brasileira de 1988, para Batista (2010), ampliou os direitos fundamentais estabelecendo estes também como princípio democrático, compreendendo assim o acesso à justiça em uma perspectiva de cidadania, uma vez que diante da ameaça a um direito, nasce para o cidadão: “a possibilidade de ele se valer de seus direitos subjetivos e provocar o Estado para a busca do efetivo direito, ou seja que o Estado ofereça uma solução [...]”(BATISTA 2010, p. 44).

As concepções teóricas do acesso a justiça compreendem também sua relação com a própria democracia, na medida em que o acesso também estará relacionado a possibilidade dos cidadãos buscarem informações junto ao Estado, tais como a possibilidade de peticionarem junto as repartições, bem como as garantias previstas no remédios constitucionais consubstanciados no Habeas Corpus, Habeas Data, Mandado de Segurança dentre outros, ainda segundo Batista, “os cidadãos tem direito a uma célere entrega da prestação jurisdicional, e isso acarreta uma valorização da cidadania e da democracia” (BATISTA 2010, p. 45).

Em relação ao direito fundamental de acesso a justiça, devem ainda serem observadas às disposições contidas no Pacto de São José da Costa Rica, ratificadas pelo estado Brasileiro, que contempla especificamente este direito em seu Art. 8, quando trata das garantias judiciais:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
 - a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
 - b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

- f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
 - g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
 - e
 - h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Após a análise conceitual, bem como das barreiras e obstáculos que refletem no acesso à justiça, os pesquisadores Cappelletti e Garth (2002) passam a analisar soluções práticas para o acesso à justiça. Tais soluções são apresentadas pelo que denominam de “ondas” sendo a primeira onda, a assistência judiciária aos pobres, a segunda, a representação dos interesses difusos, e por último, a terceira que denomina como “do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla do acesso à justiça”, como propõe a presente pesquisa.

Para Cappelletti e Garth (2002), a primeira onda de acesso à justiça, voltou-se para a assistência judiciária para os pobres, que teve, como ponto de partida, a prestação de serviços por advogados particulares sem contraprestação. No entanto, tal modelo se mostrou ineficiente uma vez que os advogados experientes limitavam os serviços sem remuneração.

As reformas nos sistemas de acesso à justiça ocorridas nas décadas de 60 e 70, foram voltadas ao custeio dos honorários dos advogados pelo Estado, havendo ainda alterações em países como Áustria, Alemanha, Inglaterra, Holanda, França, dentro da ideia do chamado Sistema Judicare, que apresenta o acesso à justiça, como um direito de todos que se enquadrem nos parâmetros legais, por meio de advogados particulares pagos pelo Estado (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

As reestruturações incluíram também advogados remunerados pelos cofres públicos, com objetivo “promover os interesses dos pobres, enquanto classes” que, segundo os pesquisadores, possui como vantagem, sob o sistema judicare, o enfrentamento de outras barreiras individuais, “como os problemas derivados da desinformação jurídica pessoal dos pobres” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.40).

Inferem ainda, Cappelletti e Garth (2002), que alguns países utilizaram o modelo combinado, tendo em vista as limitações existentes em cada um dos

sistemas anteriormente analisados. A segunda onda por sua vez foi “o segundo grande movimento, no esforço de melhorar o acesso à justiça, e enfrentou o problema de representação dos interesses difusos”, voltado às alterações nas regras de legitimidade, que teve reflexos especialmente na figura do Procurador-Geral Privado, que permitia a representação ativa em demandas, em defesa dos interesses públicos ou coletivos (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 56).

O escopo do presente trabalho, voltado às formas alternativas de jurisdição dentro de uma perspectiva pluralista do direito, encontra-se na linha da concepção “mais ampla do acesso à justiça”, apresentada no Projeto Florença, dentro do que denominaram de terceira onda. Para os pesquisadores, é “necessário que haja uma solução mista ou pluralística para o problema de representação dos interesses difusos” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.67).

A terceira onda de reformas de justiça para o Projeto Florença, inclui “a advocacia, judicial e extrajudicial e [...] ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e prevenir disputas nas sociedades modernas” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.68).

Na assertiva dos pesquisadores:

esse movimento emergente de acesso à justiça procede dos movimentos anteriores preocupados com a representação legal. Aqueles movimentos também se destinavam a fazer efetivos os direitos de indivíduos e grupos que, durante muito tempo, estiveram privados dos benefícios de uma justiça igualitária (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.68).

Tais movimentos de acesso à justiça, apresentados pelos pesquisadores no Projeto Florença, segundo Antunes (2008), tiveram como mérito principal despertar diversos países e sociedades para o problema do ingresso em juízo e da ineficiência do judiciário em atender às demandas sociais e concretizar direitos.

O projeto Florença não contemplou análise quanto ao acesso à justiça no Brasil, porém importante contribuição para o tema, abrangendo o cenário brasileiro, uruguaio, argentino, venezuelano, chileno e mexicano, é realizado na obra *Justiça Promessa e Realidade: o acesso à justiça nos países Ibero-americanos*, que aborda o acesso à justiça em tais países, com base no seminário de mesmo nome, realizado no Rio de Janeiro em 1995, promovido pela Associação dos Magistrados Brasileiros.

A partir da citada obra oriunda deste seminário, é possível observar que os obstáculos de acesso à justiça no Brasil, se aproximam daqueles apresentados na pesquisa de Cappelletti e Garth, pois também demonstram uma dimensão cultural e econômica.

No Brasil, o direito de acesso à justiça não é novo, decorre segundo Annoni:

[...] do movimento em prol da efetivação de direitos e garantias fundamentais do ser humano, nascido nos escombros da Segunda Guerra Mundial e exportando para o mundo ocidental e oriental, com bandeira de luta pela preservação da humanidade(ANNONI, 2008, p.73).

Para Falcão (1996), “o problema do acesso à justiça é amplo e complexo, além de comportar múltiplas interpretações”, com influências jurídicas, econômicas, políticas e sociológicas. Para autor, no Brasil, o diagnóstico do acesso à justiça, contempla cinco sintomas, sendo o primeiro “o fato do judiciário não produzir decisões na mesma velocidade em que cresce a demanda por sentenças [...]”. Assim, para o autor, o problema não está na entrada dos conflitos, mas na sua saída e na ineficiência do judiciário que é o segundo sintoma.

Por sua vez o terceiro sintoma, esta voltado as características de quem não tem acesso à justiça no Brasil, que no entendimento do autor, “são apenas as minorias étnicas, religiosas, ou sexuais, entre outras, [...]” que são a maioria da população brasileira, estando o judiciário voltado às elites” destacando ainda que:

Nos países mais desenvolvidos, o problema do acesso surgiu pela conjugação de pelo menos três fatores: a criação de novos direitos, os direitos humanos de terceira geração [...] a expansão da cidadania [...], melhor distribuição de renda nacional [...] incremento da complexidade das relações sociais, [...] inferindo que todos estes fatores existem no Brasil, mas nossa doença apresenta outro sintoma agudo, que provoca ausência das classes populares como autor no processo judicial: a pobreza (FALCÃO, 1996, p. 272).

O quarto sintoma para autor, está relacionado a “uma abundante gama de soluções técnicas disponíveis, administrativas e jurídicas” e o quinto, voltado à paralisia do sistema, diante da necessidade de reformas que afasta a democratização do acesso à justiça (FALCÃO, 1996, p. 272).

No cenário brasileiro, importante contribuição ao acesso à justiça, decorre da incorporação na Constituição Federal de 1988, do inciso XXXV do Art. 5º, consagrando tal direito como uma garantia fundamental, acrescido dos direitos à

assistência judicial gratuita, e da criação das defensorias públicas e dos juizados especiais, contribuindo com o movimento de acesso à justiça do estado brasileiro.

Assim, o acesso à justiça irá representar, não só o ingresso de demandas no judiciário, mas especialmente a afirmação de direitos, especialmente os fundamentais dos novos sujeitos coletivos, como assevera Antunes:

a questão do acesso à justiça vem estimulando reflexões sobre mecanismos e alternativas, pelos quais se concretiza a universalização da tutela jurisdicional, além das reformas iniciativas e rupturas por meio das quais se reduziria a distância que o direito e suas instituições guardam da maioria da população (ANTUNES 2008, p. 70).

Em relação ao conceito de acesso à justiça, infere Vegas que “en ese sentido apelamos al concepto de acceso a la justicia, entendido como un acceso efectivo donde no sólo basta la posesión de derechos sino que es necesaria la existencia de mecanismos para su aplicación efectiva” (VEGAS, 2009, p. 74).

Assim, a participação comunitária terá reflexos diretos no acesso à justiça, em face da descentralização de sua administração, possibilitando novas instâncias para resolução de conflitos, às margens do direito oficial, e para Leal e Fagundes (2011, p. 46):

[...] suas instituições representam o objeto da revolução democrática participativa de justiça [...] como forma de descentralizar a administração da justiça, retirando o privilégio de controle das mãos do estado para dividir com a comunidade a ingerência em tais procedimentos.

Destacam ainda os autores que, neste contexto, surge a necessidade de uma perspectiva pluralista para o direito, com reconhecimento de meios alternativos, dentro de uma ideia de descentralização da justiça, na busca por formas comunitárias e alternativas, para um diálogo com o estado na busca por legitimidade de suas ações, em conjunto com “uma normatividade social” de participação comunitária, uma vez que “repensar a justiça a partir da comunidade, põe em crítica os modelos tradicionais de acesso à justiça” (LEAL; FAGUNDES, 2011, p. 50-52).

Para Lista (2009, p.15) a concepção de acesso a justiça possui uma relação direta com a defesa dos direitos humanos e ampliação da cidadania, e “[...] se ajusta poco a la concepción formalista y dogmatica del derecho y puede contener propuestas de uso alternativo del derecho y distintas formas de pluralismo juridico”,

o que amplia a definição de acesso a justiça, concebendo como um fenômeno diverso, propiciando os questionamentos das relações entre desigualdade social e marginalização jurídica.

Uma visão inclusiva e integradora do acesso a justiça vai concebê-la como um fenômeno político e social e como instrumento de defesa de proteção dos direitos humanos, em sentido amplo. A construção de uma cidadania, com conteúdos sociais, na visão de Lista (2009) se fará visível, quando ao invés de utilizarmos definições de entidades genéricas, como cidadão ou pessoas, utilizarmos termos como *pobres*, *povos indígenas*, e outras minorias étnicas afastadas do acesso à justiça.

Observa-se que o acesso à justiça pode ser considerado um direito humano fundamental dos novos sujeitos de direitos, que favorece a incorporação de uma outra perspectiva para setores vulneráveis do ponto de vista social e jurídico, que pode ser instrumentalizado por meio de mecanismo alternativos de participação e efetividade de direitos, como será apresentado no próximo tópico.

3.2 Formas alternativas e democráticas de resolução de conflitos

O acesso à justiça para o presente trabalho, como já apresentado, possui um alcance que supera formas tradicionais e monistas apresentadas pelo Estado, que há muito tempo não são suficientes para resolver conflitos e aproximar a sociedade da ideia de justiça, voltadas para afirmação de direitos.

A racionalidade do pluralismo jurídico comunitário transformador, que apresenta uma perspectiva emancipadora de direitos surgido nas lutas sociais, se alinha com a ideia de acesso à justiça.

No que se refere as formas alternativas de resolução de conflitos, Amaya (2007, p.75-76) afirma que “la valorización que se hace ya la expectativa que se tiene sobre los mecanismos de justicia comunitaria suelen ser positivas”. Para o autor dentre os aspectos onde podem ser visíveis as mudanças na administração da justiça, temos “[...] el cambio en las estrategias de intervención del aparato del estado en la conflictividad”, uma vez que a própria máquina estatal, esta sofrendo as consequências de sua limitação e fomentando novas práticas, o que se evidencia tanto na multiplicação de órgãos estatais voltados a solução dos conflitos,

quanto nas novas metodologias que se apresentam especialmente aquelas fundadas no consenso entre as partes (AMAYA 2007, p. 75-76).

Ainda para o autor é possível observar as mudanças na administração da justiça através da “[...] diversificación y expansión de mecanismos ajenos al aparato estatal que participan en los procesos de regulación y de administración de justicia”, que na perspectiva das formas alternativas, podem se revestir de instrumentos como justiça comunitária e também nas audiências públicas, que são objeto da presente pesquisa (AMAYA, 2007, p. 76).

O judiciário, com a exclusividade de resolver os conflitos, em função do incremento significativo de demandas judiciais, especialmente pelo aumento da complexidade das relações sociais das últimas décadas, acabou por entrar em crise, não mais apresentando de forma satisfatória soluções para conflitos e demandas, especialmente das camadas menos favorecidas da sociedade.

Em uma sociedade como a brasileira, multicultural, com uma gama expressiva de pluralidade de valores, inconcebível que seja admitido, para solução dos conflitos, apenas uma única realidade, assim a resolução dos embates sociais, também deve ocorrer de uma maneira plural, reconhecendo os valores de cada uma das diversas concepções de sociedades existentes.

O pluralismo jurídico, partindo da premissa de que o estado não é o único autorizado a solucionar os conflitos, encontrou na crise do judiciário, fértil campo de atuação e desenvolvimento, por meio do reconhecimento de instrumentos alternativos que viabilizam o acesso à justiça e resolução de litígios.

Em relação aos meios alternativos de tratamento de conflitos, esclarece Wolkmer, que o termo “alternativo” vai representar a ideia de “[...] práticas descentralizadas e mecanismo de autorregulamentação espontâneas, proveniente fundamentalmente dos setores majoritários, marginalizados, reprimidos e injustiçados” (WOLKMER, 2015, p. 330).

Desta forma, o termo alternativo encontra-se voltado também à complementação do direito oficial, e:

[...] pode estar associado tanto a uma variante suplementar não excludente (o alternativo institucionalizados no interior do próprio sistema oficial) quanto a uma variante oposta/diversa (o “alternativo não institucionalizado” no exterior da mundialidade estatal) (WOLKMER, 2015, p. 331).

Wolkmer (2015) elenca, como exemplos de pluralidade alternativa no interior do direito oficial, práticas como convenções coletivas de trabalho, ações propostas por sujeitos coletivos, conciliação, mediação, arbitragem e juizados especiais, bem como a prática e uso alternativo do direito e audiências públicas.

Boaventura de Sousa Santos, por sua vez, apresenta em sua obra “Para uma Revolução Democrática de Justiça”, o que denomina de inovações institucionais, onde apresenta o que chama “experiências estratégicas que fomentem a aproximação entre justiça e cidadania” (SANTOS, 2011, p.71).

Para o sociólogo, é necessário o fortalecimento da construção de uma justiça democrática e participativa, o que:

[...] implica outro tipo de relacionamento, não só com outros componentes do sistema judicial, como legislativo e com o executivo, mas também com a sociedade em geral e com suas organizações, nomeadamente com grupos as de cidadãos, movimentos sociais [...] (SANTOS, 2011, p.72).

Em sua perspectiva de democracia de justiça Santos (2011), infere que as experiências no direito brasileiro são representadas: pela justiça itinerante, justiça comunitária, pelos meios alternativos de solução de litígios que compreendem a mediação, a conciliação judicial e extrajudicial, a justiça restaurativa, bem como os juizados especiais.

O sistema jurídico Brasileiro encontra-se em crise decorrente do alto índice de judicialização e pelo esgotamento e ineficácia do judiciário, que possui dificuldade em dar solução para as demandas que recebe, evidenciando a necessidade de implementação de um mecanismo alternativo para resolução dos conflitos.

Na assertiva de Amaya (2012) os movimentos sociais cobram um novo impulso aos instrumentos de gestão de conflitos. Assim, o judiciário, com a exclusividade de resolver os conflitos, em função do incremento significativo de demandas judiciais, especialmente pelo aumento da complexidade das relações sociais das últimas décadas, não mais apresenta de forma satisfatória, soluções para os problemas especialmente das camadas menos favorecidas da sociedade.

Desta forma merece especial atenção, em termos de acesso à justiça no cenário brasileiro, as inovações trazidas pela mediação judicial e extrajudicial, por meio da Lei 13.140/15 e pela incorporação de tais mecanismos ao Novo Código de Processo Civil Brasileiro, pela Lei 13.105/2015, que abrem a possibilidade de um

novo prisma para o direito, na construção de uma democracia pluralista e um sistema jurídico com novos instrumentos e promoção de direitos.

Embora a mediação não seja um mecanismo novo, somente em 2010 ela foi incluída no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Resolução 125 do CNJ, que disciplina a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do poder judiciário, evidenciando a crise no sistema estatal de direito brasileiro e a necessidade de alternativas.

A crise no sistema judicial Brasileiro, pode ser verificada por meio dos dados estatísticos disponibilizados pelo CNJ, que demonstram no Relatório Justiça em Números que dos 95,1 milhões de processos que tramitavam no judiciário brasileiro em 2013 85,7 milhões tramitavam no primeiro grau.

Assim dentre os motivos que fundamentam a Resolução destacam-se:

CONSIDERANDO que [...] cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; [...] CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças (CNJ, RESOLUÇÃO 125, 2010, p.2).

Desta forma a Resolução atribuiu aos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), a responsabilidade de desenvolver, planejar e executar junto aos tribunais, a política judiciária de tratamento adequado de conflitos, possibilitando ainda aos núcleos, estimularem programas de mediação comunitária.

A possibilidade dos núcleos estimularem programas de mediação comunitária, é um importante avanço nos mecanismos alternativos de resolução de conflitos no sistema jurídico brasileiro, que contribui:

[...] possibilitando a formação de uma nova cultura jurídica pluralista voltada a participação democrática de base com a proposição de um outro significado de justiça com uma concepção comunitária e participativa (WOLKMER, 2015, p. 329).

Entretanto, a crítica que se faz ao sistema jurídico brasileiro, é que embora invista recursos e crie alternativas com intuito de desafogar o judiciário, muito pouco se dedica a criação de mecanismos voltados ao seu afastamento do monopólio da justiça.

Assim a solução dos conflitos por métodos alternativos, se apresenta também como uma forma de acesso a justiça, entretanto, em que pese a resolução 125 do CNJ possibilitar que o judiciário Brasileiro estimule programas de mediação comunitária, o que se observa é o judiciário invocando para dentro de sua estrutura, as formas alternativas de solução de conflitos, captando-as e mantendo o monopólio da justiça, como ocorre no caso da mediação.

Dando continuidade a implementação da política nacional de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, no ano de 2015 foi sancionada a Lei 13.140, que dispõe sobre a mediação entre particulares, como meio de solução de controvérsias judicial e extrajudicial, bem como sobre a autocomposição de litígios, no âmbito da administração pública, positivando de vez a mediação no sistema jurídico brasileiro.

Na Lei 13.140/2015 dentre outros aspectos regulamentados, destacam-se as questões inerentes aos mediadores e os procedimentos no âmbito judicial e extrajudicial, bem como a mediação para pessoas jurídicas de direito público.

Por sua vez o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, Lei 13.105/2015 também apresentou a mediação como uma forma de tratamento dos conflitos, codificando aspectos como as responsabilidades dos tribunais quanto à criação de centros consensuais de solução de conflitos; os princípios da mediação; qualificação e regulamentação da atividade e aspectos da audiência de mediação.

Importante observar no que se refere a Lei 13.140/2015, que a sociedade Brasileira, durante a tramitação do projeto de lei, criou expectativas de que houvesse por meio da referida norma, a positivação de práticas de resolução de conflitos extrajudiciais, voltadas a mediação comunitária, o que possibilitaria o acesso a justiça da população marcada por desigualdades sociais, oriunda de uma estrutura sociopolítica colonizada, fomentando uma justiça democrática e desburocratizada.

Entretanto a Subseção II da Lei 13.140/2015 destinada a tratar da mediação extrajudicial, se voltou a esmiuçar os procedimentos, para hipótese de haver

previsão contratual da cláusula de mediação, ou seja, se direcionou aos negócios aos contratos e ao capital, em detrimento do acesso a justiça da população marginalizada, para solução de seus conflitos cotidianos.

Aspecto importante da positivação da mediação, como mecanismo alternativo de resolução de conflitos, se revela também nos princípios apresentados tanto na Lei quanto no Novo Código de Processo Civil, que privilegiam aspectos como a voluntariedade e a independência na mediação judicial e extrajudicial.

Assim surpreendem os dispositivos que tratam das penalidades para aqueles que faltarem a mediação, previstos no Art. 22 IV da Lei 13.140/15 para o caso do não comparecimento na mediação extrajudicial, e também no Art. 334 § 8 do NCPC, que considera o não comparecimento injustificado do autor ou réu, como ato atentatório a dignidade da justiça.

O pressuposto inicial para mediação é a vontade dos litigantes de dialogarem e resolverem o conflito, assim a obrigatoriedade de comparecerem a sessão, faz com que as partes possam chegar sessão, influenciada negativamente pela obrigatoriedade de ali estar, o que não ocorreria na hipótese de um comparecimento voluntário.

Outro aspecto controverso da mediação judicial, diz respeito à regulação do tempo de cada sessão, que nos termos do Art. 334 do NCPC, foi fixada com o período mínimo de 20 minutos. Tal fixação de tempo pode refletir na pauta de conciliação, tornando-a mais morosa do que a pauta ordinária de audiências de instrução, o que influencia na adesão dos litigantes por esta forma de resolução de conflitos, na medida que em regra, buscam a solução mais célere possível para seu problema.

O Antonio Manuel Hespanha (2013) ao apresentar seu elenco das fontes do direito, afirma que o direito comunitário de origem judicial, vem sendo regularmente reconhecido como fonte pelos tribunais, por sua vez Wolkmer vai tratar da pluralidade alternativa no interior do direito oficial, onde infere que

[...] a utilização de procedimentos com baixo nível de institucionalização, em escala parcial (práticas e interpretações alternativas dentro do sistema legal vigente) e em escala total (rupturas e mudanças para outro *modus vivendi* de juridicidade), poderão contribuir para o processo de desregulamentação estatal e o conseqüente alargamento comunitário de autorregulação voluntária, sedimentando uma nova política de administração de justiça (WOLKMER, 2015, p. 333).

A mediação judicial recentemente incorporada ao sistema jurídico brasileiro, por meio da Lei 13.140/2015 e pelo Novo Código e Processo Civil, é sem dúvida um avanço nos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, que se encontra em fase de amadurecimento.

Assim a viabilidade da mediação judicial como forma alternativa de resolução de conflitos, passa também pela maleabilidade do status dos tradicionais atores jurídicos, como Advogados Ministérios Público e Juízes, que devem abandonar o papel de donos do litígio, devendo atuar de maneira a contribuir com o desenvolvimento de um sistema jurídico democrático e participativo, voltado ao acesso a justiça, no sentido de que a justiça seja a resolução do conflito da população via judicial ou extrajudicial.

Para Santos (2011), a questão das reformas judiciais com finalidade de melhor distribuir direitos, deve estar calcada nos seguintes princípios:

[...] a garantia de que diferentes soluções institucionais e multiculturais desfrutaram de iguais condições para se desenvolverem segundo a sua lógica própria [...] deve-se não só garantir a igualdade de oportunidades aos diferentes projetos de institucionalização democrática [...] garantir padrões mínimos de inclusão que tornem possível cidadania ativa necessária a monitorar, acompanhar e avaliar projetos alternativos (SANTOS, 2011, p.79).

Infere ainda Santos (2011) que é imperioso a necessidade de uma transformação no judiciário no que se refere à formação dos juristas, para que se possa ter uma revolução democrática de justiça, assim afirma que, em regra, o magistrado brasileiro possui como características:

uma cultura normativista, técnico-burocrática, assente em três grandes princípios: a autonomia do direito, a ideia de que o direito é um fenômeno totalmente diferente de todo o resto que ocorre na sociedade e é autônomo em relação a essa sociedade; uma concepção restritiva do que é esse direito ou do que são os autos aos quais o direito se aplica; e uma concepção burocrática ou administrativa dos processos (SANTOS, 2011, p.83).

Importante observação ainda é realizada pelo sociólogo, quando analisa a estrutura da organização judicial, que para Santos (2011) perpetua uma ideia corporativista e fechada que “contribui para o isolamento social do judiciário, fechando-o enquanto a sociedade em que ele se assenta” (SANTOS 2011, p. 99).

A ideia de formas alternativas de resolução de conflitos, está relacionada a sistemas de justiça com viés comunitário participativo, esclarecendo Santos (2013) que os conflitos sociais e os mecanismos para sua resolução, possuem na sociologia valiosa contribuição, e que muitos foram os estudos voltados à análise do litígio e não da norma, com orientação teórica do pluralismo jurídico, voltado à análise de mecanismos de resolução jurídica de conflitos de maneira informal às margens do direito estatal.

Para Santos, uma das grandes contribuições da sociologia para administração da justiça, está em apresentar de forma empírica os reflexos das reformas nos sistemas jurídicos, para que possa ser observado se as alterações realizadas, refletem em questões como acesso à justiça, diminuição dos índices de judicialização e na própria democratização do judiciário (SANTOS, 2013).

Observa ainda o sociólogo que as reformas na administração judiciária que buscam a criação de alternativas, se apresentam como as de maior inovação na política judiciária, uma vez que, de maneira paralela e não conflitante com o direito oficial, buscam a resolução de litígios, por meio de instituições voltadas à busca de soluções participativas e mediadas entre os litigantes (SANTOS, 2013).

Santos propõe uma nova política judiciária, voltada à democratização do direito da sociedade, iniciando pela própria administração da justiça que afirma ser “uma dimensão fundamental da democratização da vida social” (2013, p. 218), que deve estar voltada dentre outros, para participação da sociedade na administração da justiça, bem como para simplificação dos atos processuais e incentivação de formas alternativas de resolução de conflitos, como conciliações e mediações, dentre outros.

Assim, as audiências públicas vão se configurar como uma forma alternativa de acesso à justiça e resolução de conflitos, se caracterizando também como uma pluralidade alternativa no interior do direito oficial, esclarecendo Wolkmer que:

[...] a dimensão do [termo] “alternativo” na inserção do “fenômeno jurídico” traduz uma variante de “juridicidade” distinta do que foi instituída como obrigatória e burocratizada, ou seja, outro procedimento normativo espontâneo distinguindo-se do introjetado formalmente pelo poder oficial hegemônico (WOLKMER, 2015 p. 330, grifos do autor).

As formas alternativas de resolução de conflitos, para serem assimiladas e incorporadas à sociedade, necessitam de uma mudança cultural e importante ponto

de observação, será a receptividade da sociedade e dos tradicionais atores jurídicos, a muito influenciada pela “solidificação do imaginário legal oficial” (WOLKMER, 2015a, p. 114), possuindo dificuldades de compreender a justiça às margens do modelo tradicional.

Os tradicionais protagonistas que influenciam no acesso à justiça e nas formas alternativas de resolução de conflitos, representados por juízes, advogados e promotores precisam dar espaço a outras concepções de justiça para que se possa afastar da sociedade brasileira, o monopólio na prestação jurisdicional.

Para Falcão (1996), tal monopólio se apresenta especialmente nas figuras do juiz como único autorizado a solucionar os conflitos; do advogado, com o poder exclusivo de representação e, do Ministério Público, nas suas prerrogativas, representado também estas figuras uma barreira para o acesso à justiça, na medida em que para salvaguardar seu status, em regra, são resistentes em apoiar e aceitar formas alternativas e democráticas de acesso à justiça e resolução de conflitos às margens do direito oficial.

O autor cita como exemplos destas resistências o posicionamento contrário dos juízes em relação à Lei da Arbitragem, bem como o lobby da OAB, na tentativa da presença obrigatória de advogados nas audiências dos juizados especiais (FALCÃO, 1996, p. 273).

Dentro da ideia das resistências dos tradicionais atores jurídicos que influenciam no acesso à justiça, infere ainda Antunes que:

são exemplos de lobbys que demonstram a resistência que o poder judiciário tem a mudanças, a luta corporativa por espaço e poder no âmbito institucional. Nesse cenário, surgem medidas que reforçam esses monopólios, inclusive no âmbito do ensino, como é o caso da criação de escolas da magistratura, das escolas do ministério público e as escolas superiores da advocacia (ANTUNES, 2008, p.82).

A democratização da justiça passa pelo fato de que seu acesso deve ser constantemente ampliado, de maneira que se possa garantir à camada social menos favorecida, direitos sociais por meio de forma alternativas e menos burocratizadas. Assim, a estratégia estatal de enfrentar os problemas de solução de conflitos, por meio do aumento de sua estrutura, “terá unicamente o efeito de retroalimentar a “cultura judiciarista” experimentada pelo Brasil na atualidade” (CABRAL, 2013, p. 24).

A nova concepção de democratização da justiça, por meio de novos mecanismos de acesso, vai se identificar com os métodos alternativos de acesso a direitos, que não exclusivamente aqueles propostos pelo Estado, para garantir efetividade de direitos sociais, que contemplam, na visão de Cabral (2013, p. 24):

[...] a busca de igualdade material no acesso à justiça; acesso à justiça como acesso ao direito e a mecanismos alternativos de resolução de conflitos, utilização do Poder Judiciário para resolução de conflitos como última ratio; desburocratização e democratização do acesso aos tribunais.

Esta nova perspectiva deve então calcar sua atuação, em meios alternativos e às margens do estado para solução dos conflitos sociais, especialmente soluções comunitárias ou estatais com participação democrática de base, simples e desburocratizada para fins de aproximar a justiça do acesso aos direitos e a resolução de conflitos.

Nesta linha, temos as audiências públicas como instrumento viabilizador de acesso à justiça como será analisado no próximo tópico.

3.3 As audiências públicas e o direito à consulta prévia dos povos indígenas como meio alternativo e plural de pacificação social

As audiências públicas, em sua perspectiva de efetivação de direitos sociais e coletivos, podem contribuir como instrumento para uma democracia participativa e empoderamento da participação social no acesso à justiça.

Dentre os direitos previstos em nossa constituição, temos, segundo Batista (2010), a presença dos Direitos a Prestações (prestacionais) que exigem uma atuação do Estado e possuem caráter positivo, se apresentando como prestações materiais voltadas à saúde, educação dentre outros, bem como os direitos de participação, que permitem aos cidadãos a participação na vida política do estado.

Cappelletti e Garth (2002), ao apresentar a Terceira onda, dão um novo olhar para o acesso à justiça e inferem que:

[...] esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas e procedimentos, mudanças na estrutura dos tribunais ou criação de novos tribunais [...] modificações no direito substantivo destinado a evitar litígios ou facilitar sua solução e utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.71).

Nesta concepção, as audiências públicas se apresentam como instrumento de acesso à justiça, no sentido de que tal acesso não decorre da mera possibilidade de apresentação de uma demanda judicial, mas sim no amplo de sentido que se consubstancia no atendimento das necessidades fundamentais da população marginalizada e afastada da justiça.

As audiências públicas para Bosco, "tem origem no direito anglo-saxão, fundamentando no direito inglês e no princípio da justiça natural, e no direito norte-americano, ligada ao princípio do devido processo legal" (2002, p.148).

Para Cesar (2011, p.359), a audiência pública, tem como um de seus objetivos viabilizar o diálogo com os atores sociais "com escopo de buscar alternativas para solução de problemas que contenham interesse público relevante", o que se alinha com a racionalidade pluralista do direito, que reconhece instâncias alternativas que não exclusivamente aquelas impostas pelo estado para solução dos litígios e acesso a direitos.

A atuação social daqueles sistematicamente excluídos da participação nas decisões que afetam seus direitos fundamentais, valoriza o diálogo social, e apresenta outro viés de construção de soluções, uma vez que em tese, prevê a concessão de espaço, para que seja dada voz a parcela da sociedade atingida por determinado conflito, o que, sem dúvida, vai trazer uma maior possibilidade de construção de alternativas.

Importante observar que os órgãos estatais, por ocasião das audiências públicas, necessariamente não se submetem às deliberações ocorridas na audiência, mas se abrem para ouvir e construir de forma conjunta solução para determinado conflito social e, na assertiva de Wolkmer: "[...] torna-se essencial incluir as estratégias de "efetividade formal" que estão vinculadas à reordenação do espaço público, à ética de alteridade e à racionalidade emancipatória" (WOLKMER, 2015, p. 291).

Assim, a articulação de um pluralismo jurídico comunitário participativo, a fim de viabilizar participação social democrática de base, também na visão de Wolkmer (2015), deve articular a criação de um "espaço comunitário descentralizado e participativo", esclarecendo ainda que, em face da fragilidade, desorganização e conflitos da sociedade brasileira, esta sempre esteve dependente de relações

políticas, pautadas pelo clientelismo e por privilégios para parcela da sociedade economicamente favorecida (WOLKMER, 2015, p. 291).

A participação popular vai refletir no importante aspecto de quais atores sociais estão legitimados ao poder e, na limitação de participação da coletividade, uma vez que esta legitimação representa a própria base do poder político, estando prevista ainda no art. XXI da Declaração dos Direitos Humanos nos seguintes termos: "Todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos", ressaltando-se, que especialmente na América Latina o direito de participação das comunidades, não acompanhou as demais reformas constitucionais democráticas da região, refletindo diretamente no acesso a justiça nos países latino- americanos.

Assim, as audiências públicas tem uma estreita ligação com o direito de participação, que para Dal Bosco (2002, p. 137) sofre influência significativa das barreiras de natureza cultural, pois "[...] o modelo político que adotamos, chamado de democracia, encontra-se ainda em fase de aperfeiçoamento, motivado também pelo longo período de ditadura militar".

Em que pese as audiências públicas não vincularem os entes estatais as suas conclusões, este mecanismo, traz a tona a decisão comunitária em forma de democracia participativa, que pode ser confrontada com as políticas estatais oriundas da democracia representativa.

Dal Bosco, citando a obra de Tratado de derecho administrativo de Agustin Gordillo, infere que as audiências públicas, apesar de serem semelhantes aos processos judiciais, possuem natureza administrativa e devem seguir os princípios do devido processo, da publicidade, oralidade, informalismo, contraditório, participação, instrução, impulso de ofício e economia processual. Para Gordillo as audiências possuem ainda como vantagens, a "garantia objetiva de razoabilidade para o administrado, sendo ainda um mecanismo idôneo de formação de consenso da opinião pública, a respeito da juridicidade e da conveniência da atuação da administração, bem como garantia de transparência dos procedimentos estatais" (DAL BOSCO, 2002, p. 149).

É possível acrescentar ainda, o princípio da igualdade a ser observado no desenvolvimento das audiências públicas, que irá representar a garantia de tratamento idêntico aos participantes. Este princípio se presta a assegurar, que em

um ambiente onde estejam presentes, por exemplo, um magistrado e um indivíduo da comunidade que traz sua contribuição para solução do conflito, que ambos recebam o mesmo tratamento, a fim de que se tenha um evento plural e democrático, sem distinções aos participantes.

Este instrumento de participação social pode ser classificado como judicial e administrativo e emana da previsão contida no art. 1º da CF, dispondo que “todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou indiretamente nos termos da constituição”.

As audiências públicas jurisdicionais, estão previstas na Lei 9.868/99 que trata da ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade, e na Lei 9.882/99 que regulamenta o processo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A norma que trata da ADI, não apresenta explicitamente a regulamentação das audiências públicas jurisdicionais, apenas quando trata das hipóteses de participação de terceiros, inclui a possibilidade de “manifestação” sem apresentar maiores informações e critérios de representação, convocação dentre outros aspectos relevantes.

O Art. 9º do referido dispositivo legal por sua vez, vai apresentar como mecanismo de requisições de informações pelo relator, a possibilidade de Audiência Pública, para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Na visão de Valle "o laconismo da previsão legislativa [...] culminou por determinar que a figura de instrução se venha construindo a partir da casuística, com riscos à sistematização que são próprios deste processo" (2012, p. 47).

Assim o início da prática de audiências públicas, ocorreu na ADI nº. 3.510, onde houve a primeira convocação, para tratar de ação relacionada ao tema das células-tronco embrionárias. A definitiva regulamentação das Audiências Públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ocorreu por meio da Emenda Regimental 29/2009 que instituiu e regulamentou este mecanismo.

Destaca-se na referida emenda, dentre outras disposições as que preveem que a convocação de audiência não necessita estar relacionada a um caso concreto; que as audiências devem possuir um caráter público, bem como igualdade de representação das diversas correntes de opinião.

No escopo da presente pesquisa, no âmbito judicial temos como marco na utilização deste instrumento para efetivação de um direito social, a Audiência Pública da Saúde do Supremo Tribunal Federal.

Esta Audiência, foi a primeira ocorrida após a Emenda Regimental e considerada a precursora na utilização deste instrumento como prerrogativas do presidente da corte.

Em apertada síntese é possível afirmar que Audiência Pública da Saúde do STF, teve origem nos problemas de judicialização da saúde no Brasil, que por sua vez tem início com as demandas judiciais de portadores de HIV, solicitando antirretrovirais ao Poder Público, tendo-se no período de 1998 a 2001, os primeiros acórdãos do STF, reconhecendo direito à saúde no caso de solicitação de medicamentos (BRASIL, STF).

Com passar do tempo, consolidou-se o posicionamento no STF, no sentido de que o Art. 196 da Constituição Federal, não era simplesmente uma norma programática destinada aos entes públicos, mas sim, uma norma destinada a tutelar o direito fundamental a saúde, em que questões orçamentárias, não poderiam ser opostas como argumento de defesa.

Durante o período dos anos 2000 a 2007, sucederam-se diversas decisões reconhecendo o direito ao fornecimento público de medicamentos e tratamentos, sem uma análise pormenorizada do caso concreto, e apenas como base do reconhecimento do direito fundamental a saúde.

Entretanto, o alto índice a judicialização da saúde, começou a ser questionado pela administração pública, quando da constatação de um grande número de decisões condenando a administração ao fornecimento de tratamentos, questionáveis em termos de eficácia e também do ponto de vista econômico.

Este posicionamento, perdurou até o julgamento da Suspensão da Tutela Antecipada nº. 91, julgada pela Ministra Ellen Grace, em 26 de fevereiro de 2007, que foi a primeira decisão a sustentar o não fornecimento do tratamento, sob o fundamento de que:

[...] a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à

reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde.

Neste cenário em 05 de março de 2009, o Presidente do Supremo Tribunal Federal na época, o Ministro Gilmar Mendes, em face de diversos pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada, em tramite no âmbito da presidência, com objetivo de suspender medidas cautelares que determinavam fornecimentos de diversas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde, especialmente após a STA 91, convoca Audiência Pública número 4, a ser realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, a fim de ouvir especialistas e jurisdicionados.

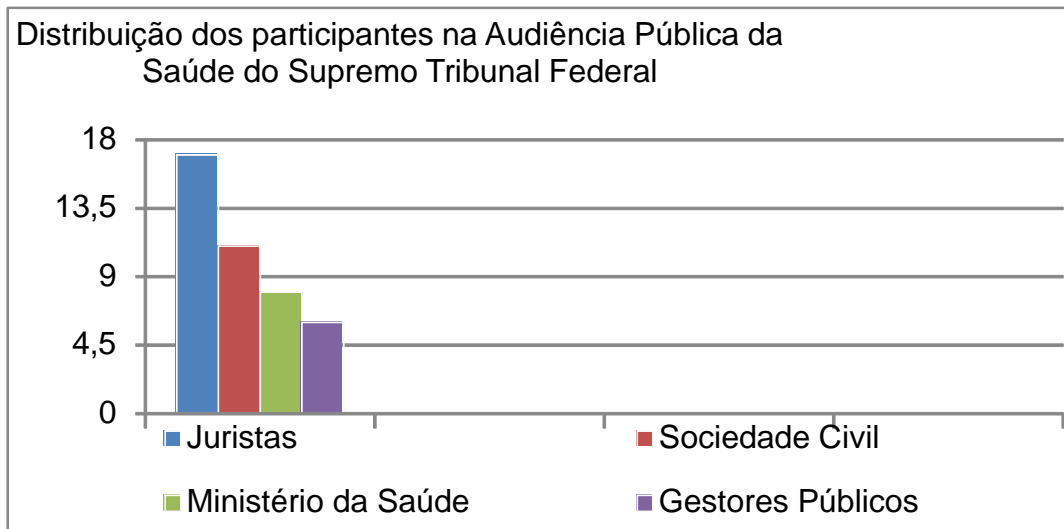
Na assertiva de Valle (2012), o objetivo do Ministro que convocou a audiência, era uniformização de entendimentos a serem utilizados pelos Tribunais da Federação, em questões sensíveis a sociedade como o direito a saúde, destacando que o edital de convocação previamente já realizou uma delimitação dos temas que poderiam ser abordados, bem como que ficou evidenciado durante o evento:

[...] a faceta política da Suprema Corte na promoção de debate acerca de pormenores que extravasam a seara da simples prestação jurisdicional. Afinal foi expressamente enunciado pelo Ministro Gilmar Mendes que o resultado da audiência se prestaria não somente para o auxílio aos Magistrados e à própria Suprema Corte, no que condiz à construção de um padrão de julgamento, mas, principalmente, para criação e efetivação de políticas públicas, por força de uma conduta ativa do judiciário e como fonte de contribuição para reestruturação do Sistema Único de Saúde (VALLE, 2012, p, 82).

Ao se analisar o histórico desta Audiência Pública jurisdicional por meio dos arquivos disponibilizados no site do STF, em especial o despacho de habilitação dos especialistas e a fala de abertura do Sr. Ministro Gilmar Mendes, verifica-se que a aprovação dos participantes, na visão do Ministro, buscou em tese contemplar todos os envolvidos: magistrados, promotores de justiça, defensores públicos, usuários, médicos, doutrinadores e gestores do sistema único de saúde.

Entretanto as audiências públicas jurisdicionais em regra são pautadas pela participação de especialistas técnicos, e a audiência pública da saúde não foi diferente e reflete estas características como pode ser verificado no gráfico a seguir:

Gráfico 1 – Distribuição dos participantes na Audiência Pública da Saúde



Fonte: Produzido pelo autor, 2016.

Cotejando as falas dos especialistas na audiência pública verifica-se que prevaleceu a representatividade de gestores públicos e de outros técnicos, sob a participação de usuários do sistema, e assim, os sujeitos coletivos, os usuários das políticas públicas de saúde, pouco espaço tiveram na audiência para apresentarem suas demandas, o que refletiu nas normas emanadas posteriormente.

Desta forma a Audiência Pública da Saúde, foi sem dúvida um importante marco na questão da saúde no Brasil, iniciando fóruns de discussão em diversas instâncias, no âmbito técnico e jurídico. Entretanto, verifica-se também neste evento, que não houve equilíbrio de representatividade nas manifestações proferidas, e a posição dos atores envolvidos, pode ser resumida naqueles que pertencem a administração pública, defendendo o posicionamento com vieses econômico, dos usuários postulando maior efetividade no direito à saúde e dos médicos e pesquisadores em uma posição mais centralizada.

Tal encontro de ideias e argumentos, aproxima a comunidade de magistrados e outros integrantes da própria administração que estão defendendo na audiência seus interesses. Em relação a este evento, verifica-se que sendo o espírito da audiência pública jurisdicional, regulamentada pelo STF, por meio da Emenda Regimental nº 29/2009, ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, que a experiência não deve decorrer necessariamente da condição de especialista.

Assim, basta que o participante que irá proferir sua manifestação, tenha experimentado as situações relacionadas à audiência. Os pedidos de participação deferidos, privilegiaram experiências técnicas e profissionais, em detrimento das experiências dos usuários do sistema, que poderiam certamente trazer uma maior contribuição para a Audiência.

Do mesmo modo, a audiência pública da saúde do STF, perdeu oportunidade de conceder mais espaço aos jurisdicionados, a fim de ouvir a multiplicidade de interesses neste segmento. Com isso, a pluralização da audiência foi limitada, uma vez que se privilegiou a tecnocracia dos argumentos dos especialistas, o que se afasta dos objetivos deste mecanismo.

Dentre as diversas finalidades das audiências públicas, na assertiva de Suptitz e Lopes (2008, p. 634), podem ser destacadas as de "dar publicidade à determinada questão; possibilitar controle da comunidade de atos públicos, informar as comunidades, colher informações para subsidiar políticas públicas".

A concepção das audiências pública traz ainda reflexos na perspectiva clássica de democracia, que pressupõe a inclusão das minorias o que, no momento atual, pode abarcar a participação dos novos sujeitos coletivos de direitos, esclarecendo Bobbio (2000, p. 65) que: "a democracia representativa e democracia direta não são dois sistemas alternativos (no sentido de que onde existe uma não pode existir a outra), mas são dois sistemas que se podem integrar reciprocamente)".

As audiências públicas vão contribuir para a substituição na solução dos conflitos sociais de uma democracia representativa para uma democracia participativa, possibilitando aos atores sociais, a participação na criação de soluções para os problemas que lhe afligem, especialmente definição de políticas públicas.

Assim, a democracia participativa, em um sentido intermediário entre a democracia direta e representativa por meio das audiências públicas, podem ainda minimizar as exclusões sociais e trazer igualdade de direitos que, para Bobbio, tem como sentido:

[...] a igualdade em todos os direitos fundamentais enumerados numa constituição [...] que podem ser definidos [...] como aqueles que devem ser gozados por todos os cidadãos sem discriminação derivada da classe social, do sexo, da religião, da raça e etc. (BOBBIO, 2005, p. 41).

Este expediente promove a modificação do modelo de representação, trazendo uma aproximação da sociedade com o poder decisório das políticas públicas correspondendo à expansão da democracia representativa que Bobbio denomina de pluralismo, esclarecendo que:

a teoria democrática e a teoria pluralista têm em comum o fato de serem duas propostas diversas, mas não incompatíveis (ao contrário, são convergentes e complementares) contra o abuso de poder; representam dois remédios diversos, mas não necessariamente alternativos contra o poder exorbitante. [...]. A teoria pluralista toma em consideração o poder monocrático, isto é, o poder concentrado numa única mão e sustenta que este remédio contra esse tipo de poder é o poder distribuído (BOBBIO, 2000, p.73).

O pluralismo está diretamente relacionado a outras perspectivas de poder e decisão que não apenas o aparato estatal, e “também é um corretivo à democracia representativa”, atacando o poder imposto de cima para baixo, neste contexto, as *audiências públicas administrativas*, vão apresentar um outro espaço de poder, que irá dar voz à sociedade, na busca de seus direitos fundamentais, se apresentado como espaço de pluralização democrática (SUPTITZ ; LOPES, 2008, p. 643).

Esclarecem ainda Suptitz e Lopes (2008, p. 643) que, sendo o pluralismo jurídico a multiplicidade de espaços para exercício de direito, o pluralismo democrático será a “a multiplicidade de locais onde será possível o exercício da democracia” no sentido da participação popular na tomada de decisões.

Entretanto, ainda na perspectiva de Bobbio, em que pese o viés democrático e participativo das audiências públicas, há uma tendência de que para determinados temas, sejam chamados a participar apenas os técnicos, os especialistas em determinado assunto, em detrimento, da sociedade que são os verdadeiros destinatários e os atingidos por determinado tema.

Assim, para que uma audiência pública possa ser considerada uma instância plural e democrática deve se evitar a tecnocracia, ou seja, “que sejam chamados a decidir apenas aqueles poucos que tem conhecimentos específicos” (BOBBIO, 2000, p. 46).

Não se ignora que, para determinados assuntos, seja imprescindível a participação de técnicos e especialistas. Entretanto, tal participação deve ocorrer, em caráter informativo, de maneira que não sobreponha a vontade de determinada sociedade ou comunidade, diretamente atingida pela matéria em discussão.

As audiências públicas administrativas, são apresentadas em diversos dispositivos legais e normativos, sendo que Constituição Brasileira de 1988 possui diversas referências explícitas e implícitas do uso da audiência pelos poderes legislativo, executivo e judiciário.

Na Constituição, pode ser constatada previsão de participação popular, no Art. 58 § 2, inciso II, que prevê a realização de audiências públicas pelas comissões do Congresso Nacional; no Art. 29, XII que trata da cooperação das associações representativas no planejamento municipal; no Art. 194, que trata da participação da comunidade nas decisões sobre seguridade social e dentro da perspectiva da presente pesquisa, no Art. 198, III que trata da participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde bem como no Art. 204, II que trata da participação da população através de organizações representativas na formulação de políticas de assistência social.

No âmbito infraconstitucional, dentre os diversos dispositivos existentes, considerando que no âmbito da presente investigação, se analisará empiricamente uma audiência pública, promovida pelo Ministério Público Federal, destaca-se a previsão deste instrumento no inciso IV do parágrafo único do Art. 27 da Lei 8625/93.

As audiências públicas podem ser consideradas um convite de participação para um diálogo social das partes envolvidas em determinado conflito e na visão de Valle:

[...] a participação em audiência pública não se dá, portanto, por outra razão que não para o aporte de novas perspectivas ao problema [...] disso decorre que, para se conhecer o efetivo desenvolvimento de uma deliberação, enriquecida pela oportunidade ao diálogo social, a decisão há de refletir a consideração desse exercício no seu razoamento - sem o que a audiência pública se afigura como evento simbólico, e não como uma atividade efetivamente destinada à prática dialógica e ao robustecimento da deliberação pública (VALLE, 2012, p.121).

Assim, este recurso representa o direito de participação, para que as comunidades e os novos atores sociais, não sejam apenas espectadores das realizações e políticas sociais do poder público, influenciando na efetivação do direito à participação popular, muito pouco desenvolvido em nosso sistema jurídico.

As audiências são ainda um mecanismo para formação de consenso, publicidade e transparência de políticas públicas, servindo também para trazer

eficácia a tais ações e diminuir erros na atuação estatal em face do prévio conhecimento das necessidades comunitárias.

As audiências estão dentro da garantia constitucional de participação, servindo para dar efetividade a este direito que pouco se desenvolveu nas comunidades, assim na visão de Bosco:

[...] a audiência pública mostra-se um mecanismo eficiente na busca do aperfeiçoamento dos mecanismos de definição de prioridades de investimentos estatais nas chamadas políticas públicas, uma das atribuições dos governantes, que maiores críticas tem gerado nos últimos tempos (BOSCO, 2002, p. 156).

Desta forma, a participação popular pode influenciar na produção do direito, no acesso a justiça e no tratamento de conflitos sociais, inferindo Rocha e Thaines:

A efetivação do acesso à justiça, nos dias atuais, deve observar e considerar os anseios das comunidades que no contexto brasileiro, principalmente após a promulgação da constituição de 1988, onde se introduziu um Estado Democrático de Direito, tendo como cerne os direitos sociais individuais, tais como: liberdade, desenvolvimento, igualdade e justiça como valores de uma sociedade pluralista comprometida com a solução pacífica de controvérsias (2014, p. 3).

Novas práticas, com participação popular, estatais ou semi-institucionalizadas com objetivo de trazer acesso à justiça e participação comunitária na resolução dos conflitos, devem ser fomentadas no sistema brasileiro como estratégia de descentralizar o monismo estatal ampliando a participação social.

A Audiência Pública na visão de Machado (2014) se alinha com uma visão democrática de estado, em que a voz dos cidadãos deve ser considerada quando da tomada de decisões e, neste contexto, se observa a relevância da participação popular no tratamento de conflitos, sendo imperioso o afastamento da ideia vinculada ao monismo jurídico, centralizando no estado como único autorizado a resolver os conflitos sociais.

A participação dos sujeitos coletivos de direitos, está diretamente relacionada ao acesso a justiça, e assim, a participação dos povos indígenas como novos sujeitos de direitos, encontra na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e na Declaração da ONU sobre direitos dos povos indígenas - DNUDPI, ratificada pelo estado brasileiro, importante dispositivo que trata da obrigação

internacional de *Consulta Prévia aos Povos Indígenas*, sendo um dever amplo do estado, compreendendo os poderes executivo, legislativo e judiciário.

As dificuldades em efetivar o direito à consulta prévia, não são exclusivas do estado Brasileiro, atingindo diversos povos indígenas da América Latina, conforme o Instituto Interamericano de Direitos Humanos - IIDH, no trabalho apresentado na obra *El Derecho a la Consulta Prévia, Libre e Informada: una Mirada Crítica desde los Pueblos Indígena*, que reuniu as conclusões de três encontros sobre a aplicação dos direitos à consulta prévia, ocorridos entre agosto e setembro de 2015, em San Jose, Lima e Assunção com a participação de líderes indígenas da mesoamerica, região andina e cone sul.

Tal direito compreende a consulta adequada e respeitosa aos povos indígenas, sobre decisões e políticas públicas que possam os afetar, tendo como objetivo o tratamento de conflitos que possam decorrer da implementação de políticas públicas e empreendimentos em terras indígenas, como instrumento que visa garantir que os povos tenham acesso a informações e possam influenciar na tomada de decisões pelo estado, por meio de seu consentimento a determinada política ou ação estatal.

Assim para o IIDH a consulta: “es un mecanismo democratico para la adopción de decisions, una obligación internacional de realización por parte de los Estados y un derecho de los pueblos indígenas” (IIDH, 2016, p.19).

Destaca ainda o instituto, que “existe un consenso compartido entre los pueblos, comunidades, entidades estatales y organizaciones no gubernamentales sobre la obligatoriedad de la consulta previa”, sem entretanto terem a exata dimensão das questões relacionadas à consulta, especialmente o que deve ser incluído, os efeitos da consulta, quem deve ser consultado dentre outros (IIDH, 2016, p.19).

Um dos aspectos mais relevantes deste direito, é que a consulta deve ser prévia, bem como as informações sobre o empreendimento ou política pública que devem ser repassados aos povos indígenas com antecedência, de maneira que possam ter as informações necessárias para tomar posicionamento, evitando o caráter surpresa da consulta.

As consultas prévias estão previstas no Artigo 6 da Convenção 169 da OIT, que assim dispõe sobre este direito:

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:
 - a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;
 - b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;
 - c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.
2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Da mesma forma os artigos 19 e 32 da DNUDPI, estão alinhadas com as disposições constitucionais sobre os direitos indígenas, com escopo de oportunizar condições, para implementação de políticas ou empreendimentos que os afetem.

As consultas devem ser realizadas por quem for decidir sobre a política ou empreendimento, podendo serem empreendidas pelo IBAMA, FUNAI, Congresso Nacional, bem como outros órgãos estatais administrativos ou legislativos, e devem ocorrer preferencialmente nos territórios indígenas, devendo ser garantidos os meios e condições adequadas para participação da população envolvida na consulta, garantindo-se compreensão das informações pelos envolvidos, para que possam avaliar o que está sendo consultado.

Dentre as conclusões dos encontros que deram origem à obra citada, destaca-se que as dificuldades na efetivação deste direito decorrem da "falta de claridad conceptual y consensos sobre quiénes representan as los pueblos indigen", situação esta que afeta cerca de 642 povos indígenas na América Latina compreendendo aproximadamente 35.000.000 de indivíduos (IIDH, 2016, p.9).

Um dos propósitos dos encontros promovidos pelo IIDH foi:

mejorar las capacidades de incidencia y participacion de los pueblos indígenas para asegurar la efectiva implementación de los derechos contenidos en los citados instrumentos" tendo ainda como objetivos "el respeto a los derechos humanos, en especial a los pueblos historicamente relegados (IIDH, 2016, p.10).

As consultas prévias aos povos indígenas são realizadas especialmente para instalação de empreendimentos nas terras indígenas, como hidrelétricas dentre

outros, entretanto são pouco utilizadas para discussão de implementação de políticas públicas, especialmente as relacionadas a direitos fundamentais como saúde e educação, destacando o IIDH que um aspecto importantíssimo foi a incorporação dos direitos fundamentais dos povos indígenas à jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos como pode ser verificado na sentença T-380 que afirma:

la comunidad indígena ha desejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales [...] los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismo derechos o intereses difusos o colectivos (IIDH, 2016, p. 25).

Dentre as manifestações realizadas nos encontros que deram origem à obra já citada do IIDH, destaca-se as do delegado brasileiro que “no comprende cómo su país ratificó el convenio 169 de la OIT y no se escucha a la gente, no participa, no hay consulta” (IIDH, 2016, p. 62)

Ainda no mesmo encontro no painel que tratou sobre mulheres indígenas e consulta previa na America Latina, Nadia primeira cacica brasileira, se manifestou no sentido de que “hoy se les cuestiona por luchar solas ante las diversas instancias, sobre todo por la educación y la salud” (IIDH, 2016, p. 86).

As conclusões dos encontros sobre o direito a consulta previa promovidas pelo IIDH, dentre outras foram no sentido de que “el estado elude jurídica y políticamente el cumplimiento del convenio 169, en particular, su obligación de consultar a los pueblos indígenas y comunidades negras sobre las decisiones que les afecten” (IIDH, 2016, p. 87).

Nas recomendações, por sua vez destacam-se:

El cumplimiento del Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas debe ser traducido en políticas públicas con pertinencia cultural que les aseguren escuelas y hospitales interculturales, territorios y naturaleza protegidos, trabajo digno, cosmovisiones e instituciones propias respetadas, entre otras medidas de realización de sus derechos (IIDH, 2016, p. 89).

Assim, o direito à consulta prévia para IIDH (2016) é um direito de natureza fundamental e não um mero trâmite, sendo que a consulta prévia pode ser considerada uma construção social de diálogo, tendo como objetivo dar ciência aos

povos indígenas dentre outras, das políticas e decisões estatais que possam lhes atingir, o que se coaduna com a realização de audiências públicas, observando-se que, apesar do objetivo comum de ambos os institutos, para algumas finalidades específicas, deve ser seguido rito próprio, das consultas prévias, como por exemplo, para empreendimentos nas aldeias.

Ainda, para o IIDH (2016), a consulta prévia aos povos indígenas, se vincula a outros direitos, como o consentimento em caso de traslados; medidas de reparação; medidas para combater discriminação; proteção de crianças indígenas e exploração infantil; consentimento livre prévio e informado; consentimento para utilização de terras indígenas; projetos que podem afetar terras e territórios; utilização de terras para atividades militares; aplicação de medidas em relação a povos indígenas divididos em fronteiras internacionais dentre outros.

Assim, necessária uma perspectiva voltada a uma jurisdição democrática, trazendo para comunidade a legitimidade para tratar seus conflitos e contribuir para efetivação dos direitos sociais, sendo as audiências públicas, um importante instrumento para viabilizar esta participação como poderá ser observado no próximo capítulo, em que se analisará uma audiência pública voltada ao tratamento dos conflitos do direito à saúde na comunidade indígena do Povo Xavante.

4 AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS INSTRUMENTALIZANDO DEMOCRATICAMENTE AS DECISÕES ESTATAIS E AMPLIANDO O ACESSO A JUSTIÇA DAS MINORIAS – O CASO DO POVO XAVANTE

Uma vez delineado os contornos teóricos da presente pesquisa, no que tange à perspectiva pluralista do direito e análise das audiências públicas, como forma alternativa e plural de acesso à justiça e da participação popular no tratamento dos conflitos sociais, o presente capítulo será dedicado à pesquisa empírica.

Para Silva (2013), a pesquisa empírica em direito no Brasil tem como um de seus pontos de partida a investigação na década de 1980, sobre as invasões urbanas “para analisar o fenômeno do pluralismo jurídico e de como deveria ser o acesso à justiça no Brasil”, ainda para o autor:

[...] ela é especialmente relevante, pois na medida em que se reivindica para ciência maior rigor metodológico e interdisciplinaridade e que a dogmática jurídica desça da torre de marfim em que ela se isola, muitas vezes, a pesquisa empírica passa a ter uma posição de destaque, justamente porque permite o contato com pesquisadores de outras áreas e a renovação da dogmática jurídica (SILVA, 2013, p.18).

Desta forma, após análise dos conflitos sociais que envolvem as políticas de saúde indígena, serão testadas as hipóteses da presente pesquisa, com um recorte para observação, por meio de um estudo de caso, realizado na Audiência Pública da Saúde indígena do Povo Xavante, ocorrida em 10 de dezembro de 2015, na cidade de Barra dos Garças/MT, utilizando método descritivo analítico, para identificar o conteúdo e frequência das demandas apresentadas.

Neste contexto, foram sistematizadas as vinculações e demandas dos participantes para fins de identificar se prevaleceu a pluralidade de vinculações, uma vez que, em tese, as audiências públicas, como explanado no capítulo anterior, aproximam os cidadãos o poder, dando voz à parcela da sociedade, normalmente marginalizada do processo de tomada de decisões no âmbito das políticas públicas de direitos sociais, possibilitando debate participativo e confronto de ideias e posicionamentos o que se reveste em legitimidade para tais políticas.

4.1 Contexto histórico das políticas de sanitárias dos povos indígenas no Brasil e seus conflitos sociais no acesso ao direito à saúde – de Cândido Rondon ao INSI

Segundo dados do IBGE de 2010, os povos indígenas no Brasil são compostos por 305 etnias, falam 274 línguas, possuem aproximadamente 897 mil indivíduos e estão distribuídos em todos estados brasileiros, com uma grande multiculturalidade que reflete diretamente organização e implementação das políticas de saúde indígena (IBGE, 2010).

Por sua vez, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo estado Brasileiro, garante aos povos indígenas, dentre outros, “a participação livre na tomada de decisões sobre políticas que os afetem” (CONVENÇÃO 169 OIT).

Atualmente, as políticas de saúde indígena são organizadas por meio da Lei 9.836/99, conhecida como Lei Arouca, que será analisada nos próximos tópicos do presente capítulo e divide o subsistema de saúde em Distritos Sanitários Especiais Indígenas/Dseis.

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma série de expectativas normativas a população brasileira, dentre elas reconhecendo a saúde como direito social fundamental, especialmente pelo teor do seu Art. 196:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Para Sarlet (2002), os direitos fundamentais estão diretamente ligados a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo indissociável esta relação, destacando ainda o referido autor, que a Constituição Federal de 1988 consagrou a saúde como direito fundamental, inserida em ponto de destaque em nosso ordenamento jurídico, estabelecendo também o dever do Estado quanto a este direito.

Barroso (2007) afirma que a dignidade da pessoa humana é o centro da irradiação dos direitos fundamentais. Assim a saúde pública no Brasil, previamente a

Constituição Federal de 1988, estava vinculada a autoridade governamental, compreendendo ações sobre a pessoa e ao meio ambiente.

Moacir Scliar (2007) analisando a história da saúde pública, afirma que no Brasil esta tem origem nos institutos de previdência vinculados a categorias profissionais, que foram unificados ao longo do regime militar, com criação do INPS- Instituto Nacional de Previdência social, que garantia ao trabalhador de carteira assinada direito a atendimento da rede pública, excluindo, entretanto, os cidadãos que não integravam o mercado de trabalho.

A Constituição Brasileira de 1988 foi a primeira da América do Sul que reconheceu o direito à saúde expressamente como direito fundamental e universal, prevendo ainda no Art. 5º, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, tem aplicação imediata.

Para Rocha (1999), a noção de saúde na Constituição Federal, esta relacionada a concretização da sadia qualidade de vida, uma vida com dignidade, passando pela afirmação da cidadania e aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da carta constitucional.

Segundo o Relatório de Implementação do Direito à saúde no Brasil do Ministério da Saúde (2010), no âmbito internacional o Brasil é signatário dos seguintes pactos e convenções que contemplam direito à saúde: Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); Convenção sobre Todas as Formas de eliminação contra Discriminação Racial (1966); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Mulher (1979); Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

No âmbito infra-constitucional destaca-se ainda a Lei 8080/90 também conhecida como Lei Orgânica da Saúde, que em seu artigo 2º dispõe que “[...] A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício[...]”, instituindo e regulamentando o funcionamento do Sistema Único de Saúde (BRASIL, 1990).

No contexto histórico das políticas de saúde indígena, segundo Verani (1999), deve ser observado que estes povos sempre tiveram seus métodos próprios para cura e prevenção de doenças. Entretanto, diversas enfermidades foram introduzidas nas comunidades indígenas, em decorrência dos processos de conquista e colonização e também pelas missões religiosas.

No que se refere à assistência à saúde do índio, disponibilizada pelo Estado, esta ocorreu inicialmente por meio do Serviço de Proteção ao Índio, esclarecendo ainda Verani que:

Desde esses primeiros tempos de colonização, até o início do século atual, quando a questão indígena passou a ter uma política oficial de “pacificação” e “assistência” laica assumida pelo Estado, a assistência à saúde do índio limitava-se, basicamente a um complemento assistencial dependente da política de catequese (VERANI, 1999, p.2).

O Serviço de Proteção ao Índio- SPI, foi criado em 20 de junho de 1910 pelo Decreto nº. 8.072 e tinha como objetivo “prestar assistência aos índios do Brasil, que vivam aldeados, reunidos em tribos, em estado nômade ou promiscuamente civilizados” (BRASIL, 1910).

O SPI estava direcionado a uma assistência estatal laica, voltada ao afastamento da Igreja Católica da catequese indígena, “[...] com intenção de transformar os índios em pequenos produtores rurais, capazes de se auto-sustentarem” (LIMA, 1992, p. 159).

Neste contexto afirma Lima (1992), destaca-se a atuação do Tenente-Coronel Cândido Marino da Silva Rondon, que em decorrência de uma carta de Rodolpho Miranda, de 1910, foi convidado a dirigir o recém-criado Serviço de Proteção ao Índio em função das experiências acumuladas nas atividades de construção das redes telegráficas que realizava.

O Serviço de Proteção ao Índio – SPI ganhou em 1911 um regulamento que estabelecia dentre outros a criação de Postos de Atração, Vigilância e Pacificação, bem como de Assistência, Nacionalização e Educação e segundo Lima, este último:

Deveria proceder pedagogicamente no sentido amplo do termo ao se estabelecer sobre bases de um ordenamento espacial distinto do indígena, que comportasse um serviço de saúde, uma forma de organização da lavoura e pecuária de modo a servir de exemplo, exercício e fonte de subsistência ao grupo (LIMA, 1992, p.157).

Assim, o SPI esteve voltado para atividades de pacificação e sedentarização dos índios, em áreas recém-colonizadas, por meio de técnicas de contato desenvolvidas por Rondon, no âmbito das Comissões de linhas telegráficas. O SPI garantia a posse dos índios por meio de concessão de terras devolutas, sendo que

alguns direitos indígenas previstos na legislação do SPI foram incorporados à Constituição Federal de 1934 (FUNAI, 2008).

A interveniência de entidades religiosas e do poder público nos territórios indígenas refletiu diretamente em epidemias e disseminação de doenças, especialmente varíola, gripe, tuberculose, pneumonia, coqueluche e sarampo, que dizimou significativa quantidade de indígenas.

O SPI pouco conseguia realizar em termos de controle sanitário dos povos indígenas nas primeiras décadas dos séculos XX e os postos indígenas, apesar possuírem alguns medicamentos, não dispunham de pessoas na área da saúde aptos a prescrevê-los (FUNAI, 2008).

Desde as primeiras políticas de assistência sanitária indígena, segundo Verani (1999), já havia uma concepção de que esta população, em face das peculiaridades culturais e das dificuldades de acesso aos territórios, necessitavam de uma atenção diferenciada, o que foi realizado na segunda metade do século XX, por meio dos Serviços de Unidades Aéreas no Ministério da Saúde (SUSA). Este serviço tratava-se de um modelo de assistência aérea, com equipes volantes formadas por sanitaristas, médicos, enfermeiros que atuavam em áreas de difícil acesso.

Os anos 60 foram marcados pela substituição do Serviço de Proteção ao Índio, pela FUNAI- Fundação Nacional do Índio em 1967, que da mesma forma como SPI, tinha como atribuições a atuação nas áreas de educação, saúde, desenvolvimento econômico, questões fundiárias, dentre outros, dos povos indígenas, destacando-se neste período, a permanência de agentes de saúde nos chamados Postos Indígenas, que realizavam tratamentos emergenciais e atuavam na continuidade de tratamentos médicos (VERANI, 1999).

Por sua vez, a década de 70, no que se refere às políticas de saúde indigenistas, foi caracterizada pela atuação da FUNAI que, juntamente com Ministério da Saúde, atuou em programas de combate à tuberculose e malária, implementando ainda as chamadas Casas do Índio.

Os anos 80 são marcados pela crise no sistema de assistência sanitária indígena, especialmente por ingerências políticas e diminuição de recursos para FUNAI, que refletiu diretamente na contratação de pessoal e custeio da estrutura de

atendimento, o que levou à insatisfação de todos envolvidos nos serviços de saúde, como entidades, agentes sanitários e os próprios indígenas (GARNELO, 1992).

Ainda nos anos 80, temos o advento da Constituição Federal Brasileira, que refletiu diretamente nas políticas de saúde indígenas, ao romper com a tutela e com a ideia integracionista e assimilacionista que caracterizavam as políticas até o momento, e como observa Garnelo:

[...] um dos aspectos mais negativos da política indigenista adotada no Brasil, foi a prática da tutela, uma medida jurídica que delegava para órgão indigenista oficial o direito de decidir pelas comunidades tirando dos indígenas a possibilidade de protagonizar os rumos de suas vidas (GARNELO, 1992,p.19).

Assim, a Constituição Brasileira, ao reconhecer os direitos dos povos originários às suas terras e a aplicação de políticas sociais diferenciadas, fez com que as ações sanitárias se tornassem um direito constitucionalmente reconhecido e não mais uma simples benesse do Estado.

A Constituição de 1988, além do reconhecimento dos direitos dos povos originários, também reconheceu a saúde como direito fundamental e segundo Sarlet, a constituição:

[...] não só agasalhou a saúde como bem jurídico digno de tutela constitucional, mas foi além, consagrando a saúde como direito fundamental, outorgando-lhe, de tal sorte, uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico-constitucional pátria (SARLET, 2002, p.2).

Ainda, como marco histórico que trouxe reflexos nas políticas de assistência à saúde indígena, temos a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, da Organização Mundial da Saúde, realizada em Alma-Ata, em 1978, dando origem à Declaração de Alma-Ata, que:

Conclamou os governos a formularem políticas nacionais que incorporassem cuidados primários de saúde a seus sistemas nacionais de saúde [...] à época, foi a maior conferência jamais realizada sobre um único tema na área da saúde e desenvolvimento internacional, com participação de 134 países e 67 organizações não governamentais (UNICEF, 2008).

No Brasil, um dos reflexos da Declaração de Alma-Ata foi, segundo Verani (1999), a criação do Movimento de Reforma Sanitária que, na 1ª Conferência

Nacional de Saúde do Índio, apresentou as dificuldades da FUNAI em realizar suas atividades fins, voltadas às terras e aos territórios indígenas, concomitante com atuação nas atividades voltadas à saúde indígena, propondo o deslocamento de tais atividades, para o Ministério da Saúde, o que ocorreu por meio dos Decretos Presidenciais de números 23, 24, 25 e 26 de 1991, instituindo políticas de proteção à saúde do índio.

Nos anos 90, a atuação estatal na saúde indígena teve importante contribuição das Organizações Não-Governamentais que começavam a surgir neste período e de alianças com entidades religiosas, bem como, pelo início da atuação do SUS na saúde indígena e, segundo Verani “a forma de operacionalização da atenção à saúde do índio seria por projetos e apontava para figura do Distrito Sanitário Especial Indígena, que ganhava corpo no movimento indigenista vinculado à saúde” (VERANI, 1999, p. 5).

Com advento do Sistema Único de Saúde por meio da Lei 8.080/1990, foram criadas também, no Conselho Nacional de Saúde, diversas comissões, dentre elas a Comissão de Saúde do Índio, com atribuições de programar as políticas de saúde indígena, sendo realizado, posteriormente o Fórum da Saúde do Índio, em que se discutiu o início da implantação do DSEI.

Ainda entre os dias 25 e 27 de outubro de 1993, ocorreu a 2ª Conferência Nacional da Saúde do Índio, destacando-se que este evento foi precedido, segundo Verani (1999, p. 5), de um amplo processo de conferências locais, estaduais e regionais “que garantiram a participação indígena com paridade desde o nível local”, o que se coaduna com a perspectiva pluralista comunitária emancipatória do direito, que conduz a presente pesquisa.

Ainda para Garnelo:

o reconhecimento de que o modo de vida indígena tem singularidades que devem ser respeitadas, e de que o SUS não dispunha de preparo adequado para atender a elas, levou à proposta de organização de um sistema de saúde específico para os povos indígenas (GARNELO, 2012, p. 24).

Esclarece ainda Magalhães (2005) que o modelo brasileiro de gestão da saúde indígena, originou das deliberações de três conferências nacionais (1986, 1993 e 2001), ratificadas na XII Conferência Nacional da Saúde Indígena.

A conferência criou as bases do Subsistema de Saúde Indígena, assentado na ideia dos DSEI, Conselhos Distritais, com participação paritária dos indígenas que posteriormente deu origem ao Subsistema de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas, criado em 1999, por meio da Lei 9.836/99, conhecida como Lei Arouca, em homenagem ao sanitarista e deputado Sérgio Arouca que propôs o projeto do subsistema. Assim, o sistema:

[...] é composto pelos Distritos Sanitários Especiais Indígenas/Dseis que se configuram em uma rede de serviços implantados nas terras indígenas para atender a esta população, a partir de critérios geográficos, demográficos e culturais. Seguindo os princípios do SUS, esse subsistema considerou a participação indígena como uma premissa fundamental para melhor controle e planejamento dos serviços, bem como uma forma de reforçar a autodeterminação destes povos (FUNAI, 2008, s/p.).

Desta forma, a Lei 9836/99 acrescentou na Lei Orgânica do SUS, o Capítulo V que disciplinou o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena destacando-se as disposições sobre a participação da população indígena na formulação, acompanhamento e avaliação das políticas de saúde.

Estando o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena inserido no Sistema Único de Saúde, se submete a todas suas diretrizes e problemas. Assim, o SUS é um sistema de saúde caracterizado pela universalidade, voltado a conceder assistência à saúde em todo território brasileiro e a toda população, em forma de sistema descentralizado, compreendo atuações no âmbito federal, estadual e municipal.

A concepção inicial no SUS não previa nenhuma espécie de tratamento prioritário ou diferenciado às populações indígenas e, somente após a criação do Subsistema Indígena é que houve o desenvolvimento de políticas diferenciadas.

Ocorre que o reconhecimento constitucional e infraconstitucional, em relação às particularidades e singularidades do modo de vida indígena, levou à necessidade de planejamento e implantação da assistência sanitária indígena. Assim, o subsistema uma vez subordinado ao SUS, submeteu-se às políticas de atendimento descentralizado compreendendo responsabilidades da União, Estados e Municípios e criou uma complexa rede de atendimento, caracterizada pelos conflitos sociais no acesso ao direito à saúde indígena.

Para Garnelo (2012), a municipalização dos serviços de saúde voltada à população indígena, além de uma grande contradição, se reveste em um foco de tensão e conflito esclarecendo que:

[...] uma das conquistas históricas do movimento de apoio à causa indígena, foi o consenso de que a política indigenista deveria ser executada pelo governo federal. Os defensores desta ideia entendem que o preconceito e a hostilidade contra os indígenas contumam se expressarem de forma mais aguda nos territórios municipais, onde tensões e disputas entre índios e não índios eclodem de forma aberta e cotidiana (GARNELO, 2012, p. 24).

Com advento da Lei Arouca, a Fundação Nacional de Saúde passou a executar as ações na área de saúde indígena e, em face das dificuldades e conflitos na gestão do sistema, no ano de 2010 foi publicado o decreto n.7.336/MS, transferindo as atribuições da FUNASA para Secretária Especial de Saúde Indígena (SESAI).

Assim, o modelo de gestão, atualmente vigente no Subsistema de Saúde Indígena, está subordinando à Secretária Especial de Saúde Indígena (SESAI), órgão do Ministério da Saúde que desenvolve as políticas de atenção a estes povos, por meio das Prefeituras Municipais, ONG's Indígenas ou não e por meio de execução direta do próprio Ministério da Saúde, que por sua vez, realizam assistência através dos DSEI, Distritos Sanitários Especiais Indígenas e para Garnelo (2012, p. 26):

A Multiplicidade de entidades governamentais e não governamentais que atuam no subsistema gera uma dinâmica de gestão muito complexa, pois a disparidade de interesses, prioridades e formas de funcionamento dos atores institucionais envolvidos, dificulta uma interação harmoniosa entre eles.

Os Distritos Sanitários Especiais Indígenas/Dseis se revestem na própria rede de atenção à saúde presente nas terras indígenas, com finalidade de prover de uma atenção primária de saúde os povos indígenas, como prevenção de doenças, vacinação, bem como políticas específicas para mulheres, crianças e idosos, dentre outros.

Segundo Ministério da Saúde, os Distritos Sanitários Especiais Indígenas, estão distribuídos nas Unidades Federadas e divididos por meio de critérios culturais e de distribuição de terras, existindo atualmente 34 Dseis, que podem abranger mais

de um estado da federação. Cada Dsei é composto por uma rede de serviços que abrange postos de saúde nas aldeias, polos base, sendo uma unidade com médicos e enfermeiros, casa de saúde indígena- CASAI, com atribuição de receber os índios em tratamento nas cidades, rede de referência, sendo o hospital ou unidade especializada sediada nas cidades.

Em que pese uma razoável estrutura organizacional dos Distritos Sanitários Especiais da Saúde Indígena, isto, por si só, não garante a qualidade e o alcance do atendimento. Garnelo (2012) infere que avaliações realizadas no subsistema apresentam atendimento deficitário e descontínuo à população indígena, com carências de materiais e equipamentos para desenvolvimento das atividades dos profissionais de saúde, sendo ainda constatados elevados níveis de mortalidade infantil e doenças transmissíveis.

A gestão partilhada das políticas de saúde entre União, Estados e Municípios, da mesma forma como aplicada no âmbito do Sistema Único de Saúde, é aplicado no Subsistema de atenção à saúde indígena por meio dos Conselhos Distritais de Saúde Indígena - CONDISI, que devem contar com participação paritária de representantes das etnias atendidas pelo Dsei, com 50% de representantes indígenas, 25% de representantes institucionais e 25% de profissionais atuantes no Dsei, representando em tese, uma política de emancipação democrática de direitos aos povos indígenas, por meio do controle social destas políticas.

O Sistema Único de Saúde, ao receber o subsistema de saúde indígena, iniciou uma transferência das atividades de execução das políticas de saúde para municipalidade, limitando sua atuação, que ficou voltada mais a questões de normativas e de financiamento e, para Garnelo (2012, p. 43), “uma das consequências de diretrizes como esta foi a não realização de concursos públicos para prover as instituições federais de quadro de pessoal capazes de executar diretamente as ações de saúde”.

O subsistema de saúde indígena, pela sua extensão e complexidade operacional para disponibilizar políticas sanitárias, encontrou uma possibilidade de desenvolvimento na política neoliberal de terceirização privada de serviços públicos, o que se revestiu no foco de conflitos nas políticas sanitárias.

Durante a implantação dos Distritos Sanitários Dsei, diversos convênios foram firmados por entidades indígenas e não governamentais com a FUNASA para o

desenvolvimento das atividades de atenção à saúde que, em face de problemas no repasse de verbas, bem como da continuidade dos serviços, não tardou à apresentar insatisfação dos povos, gerando atritos entre o governo federal e o movimento indígena, sendo que o ano de 2004:

[...] marcou uma importante mudança de rumo da política de saúde indígena. Um dos eventos de maior repercussão no associativismo indígena foi o rompimento da parceria estabelecida, desde 1999, entre autoridades sanitárias e as entidades não governamentais, para implementação do subsistema de saúde indígena (GARNELO, 2012, p. 46).

A implementação do subsistema de saúde foi inicialmente realizado pelas associações indígenas, por meio de convênios com a FUNASA para exercer atividades de saúde no âmbito dos DSEI, o que trouxe, para as lideranças, a expectativas de que pudessem, enfim gerir suas políticas de atenção sanitária, para “[...] a superação do estigma de incapacidade instituído pelo regime de tutela, e a busca de recursos públicos, algo inédito na história do Brasil para o trabalho das associações indígenas” (GARNELO, 2012, p. 47).

O ano de 2004 foi marcado também pela centralização da aquisição de insumos necessários ao desenvolvimento das atividades de saúde, por meio das portarias 69/2004 e 70/2004, retirando autonomia das associações indígenas na condução dos recursos que, em face da sua natureza jurídica, possuíam capacidade de realizar aquisições, em procedimentos com menor burocracia do que o aparato estatal (BRASIL, 2004).

O ato administrativo de centralizar as aquisições para depois encaminhar aos Dsei impactou na prestação dos serviços, que já ocorriam de maneira precária, o que culminou em diversos protestos contra as políticas de saúde aplicadas pela FUNASA que, neste momento, já estavam contaminadas por desmandos e interesses políticos partidários no preenchimento dos cargos voltados à prestação dos serviços de saúde indígena (GARNELO, 2012).

Em face do rompimento com as associações indígenas na condução dos serviços de saúde, a FUNASA se voltou às parcerias com os sistemas municipais de saúde, o que, na visão de Garnelo “[...] despertou a indignação indígena, pois contraria uma diretriz histórica das lutas pelos direitos étnicos, que opta pela gestão federal da política indigenista”. Este fato trouxe o aumento dos protestos dos indígenas, insatisfeitos com a condução do subsistema (GARNELO, 2012, p. 50).

Desta forma, o sistema vem funcionando atualmente por meio da estrutura dos Dsei, gerenciado pela Secretaria Especial da Saúde Indígena na estrutura formada ainda pelo Polo Base, Casa da Saúde Indígena e Referências, em um sistema com dificuldade em dar efetividade e acesso ao direito à saúde e, neste contexto, surge o Projeto de Lei 3501/2015 que passamos a analisar no próximo tópico (BRASIL, 2015).

O momento atual nos conflitos sociais relacionados à saúde indígena está marcado pelas discussões em torno da criação do Instituto Nacional da Saúde Indígena (INSI), por meio do projeto de Lei apresentado pelo poder executivo em 03/11/2015, que ainda tramita na Câmara dos Deputados e, neste momento, encontra-se aguardando pauta para votação na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP) (BRASIL, 2015).

De acordo com o projeto de Lei, o Instituto Nacional da Saúde Indígena será um serviço social autônomo na forma de pessoa jurídica de direito privado, com finalidade de executar ações de promoção, proteção e recuperação da saúde indígena, bem como de executar ações de saneamento ambiental e edificação de saúde indígena no âmbito do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena do Sistema Único de Saúde (BRASIL, 2015).

Dentre outros, estão previstos no projeto de Lei, artigos que determinam que a execução das atividades se dê através de contrato de gestão entre o Ministério da Saúde e o INSI para execução de suas finalidades, bem como que o processo de contratação seja simplificado, observando critérios subjetivos como princípios de direito administrativo e diversidade dos povos indígenas e a realidade do trabalho executado no âmbito do Sasisus (BRASIL, 2015).

Os conflitos sociais, que giram em torno do projeto de criação do Instituto, estão diretamente relacionados ao que as lideranças indígenas chamam de privatização da saúde indígena e pressões que os conselhos distritais estariam sofrendo no processo de consulta pública, para apoiar a criação dos institutos.

Por sua vez, o governo alega que a criação do instituto seria a solução para modernizar a gestão da saúde indígena, uma vez que, em face da natureza de pessoa jurídica do órgão, este poderia realizar contratações de profissionais e aquisição de insumos para prestação dos serviços de saúde, sem a necessidade

dos procedimentos burocráticos envolvidos nas pessoas jurídicas de direito público, como concursos públicos, licitações, dentre outros.

A proposta estatal prevê que o instituto seja contratado pela SESAI-Secretaria Especial da Saúde Indígena e realize a execução privada dos serviços de atenção à saúde indígena. Entretanto, importante questão que é levantada por aqueles que são contrários à criação do INSI, diz respeito à impossibilidade de investigação de suas atividades pelo Ministério Público Federal, em face da natureza privada do órgão, o que seria uma porta para corrupção e ocupação de cargos por influências políticas e partidárias.

No próximo tópico, analisar-se-á as audiências públicas como instrumento democrático e participativo no tratamento de conflitos sociais no direito à saúde indígena.

4.2 O caso do Povo Xavante - A Audiência Pública da Saúde atuando nos conflitos sociais e no acesso aos direitos fundamentais

Partindo da premissa de que as audiências públicas, são uma forma plural e alternativa de acesso à justiça e concretização de direitos, realizar-se-á pesquisa na Audiência Pública da Saúde do Povo Xavante, ocorrida em Barra dos Garças, em 10 de dezembro de 2015, intitulada *O Futuro das Políticas Públicas de Saúde para o Povo Xavante (A'uwe Uptabi)* como instrumento plural e alternativo de acesso à justiça, por meio da concretização do direito à saúde indígena, buscando identificar, nos discursos proferidos, a representatividade dos povos indígenas, os direitos que buscam a efetivação e o reconhecimento à multiculturalidade.

A audiência pública Povo Xavante, de Barras dos Garças, foi promovida pelo Ministério Público Federal e a análise deste evento ocorre por meio da Ata de Audiência Pública, que nos foi disponibilizada por e-mail, juntamente com sua Carta Final, pelo Assessor Luan Medeiros Garcia, da Procuradoria da República, no Município de Barra dos Garças/MT.

As falas proferidas foram divididas pela vinculação dos participantes, havendo representantes exclusivamente indígenas, representantes indígenas vinculados aos serviços de saúde estatais, gestores públicos, profissionais da saúde e representante do Ministério Público.

Pesquisando-se os registros da Audiência Pública levados a termo na Ata disponibilizada pelo MPF/MT, verifica-se que esta teve como objetivo:

[...] promover o debate e a reflexão entre as instituições e autoridades públicas convidadas e o Povo Xavante, tendo em vista as deficiências verificadas na atenção à saúde da comunidade indígena (buscando ainda) assegurar, de forma diferenciada, as demandas da comunidade indígena, como respeito à diversidade cultural e aos direitos específicos que assistem aos povos indígenas no Brasil (MEDEIROS, Ata da Audiência Pública Povo Xavante/MPF, 2015, p.1).

Tais objetivos denotam uma perspectiva plural como forma de solução dos conflitos e acesso ao direito à saúde do Povo Xavante, na medida em que a Audiência Pública dá voz a esse povo, para a participação nesta política social que os afeta diretamente, debatendo juntamente com instituições e autoridades públicas, sobre as políticas de efetivação de direitos, afastando a retrógrada concepção monista de que o Estado é único autorizado a solucionar os conflitos.

A audiência foi pautada por uma interessante dinâmica na busca pela solução dos conflitos que envolvem a saúde indígena do Povo Xavante. Assim, formou-se o grupo plural e heterógeno dos envolvidos na audiência, que contou com a participação do Ministério Público, Representante do Conselho Indigenista Missionário- CIMI, Conselho Distrital da Saúde Indígena-CONDISI, Coordenador do Distrito Especial Indígena Xavante – DSEI, Divisão de Apoio à Saúde Indígena - DIASI, Caciques e indígenas, FUNAI, Prefeituras, Médicos e Psicólogos envolvidos com a saúde indígena.

O envolvimento de quase a integralidade dos atores sociais, responsáveis pela efetivação da saúde indígena do povo xavante, possibilitou o tratamento e encaminhamento de diversos conflitos, sendo que alguns puderam ter um encaminhamento instantâneo durante a audiência, que possibilitou ainda diálogo e participação e esclarecimento, tanto por parte dos gestores como dos destinatários das políticas de saúde indígena.

Desta forma, a Abertura da Audiência ocorreu no dia 10 de dezembro de 2015, às 09h10min, com as falas dos Procuradores da República Wilson Rocha Fernandes Assis e Rafael Guimarães Nogueira, formando, ainda, a mesa de abertura, o Coordenador do Distrito Especial Indígena Xavante (DSEI), Joel Hipólito Lima Góes, o Presidente do Conselho Distrital de Saúde Indígena Xavante

(CONDISI), Daniel Maratedewa Dzaywa e pelo representante do Conselho Indigenista Missinonário – (CIMI), Mestre Mário Bordignon.

O Procurador da República Wilson Rocha Fernandes Assis, abriu a audiência destacando os objetivos do evento, que se coadunam com o pluralismo jurídico emancipador. Para o Procurador a Audiência deve:

a) [...] fortalecer a luta do Povo Xavante por políticas públicas de saúde adequadas a sua realidade sociocultural, relacionadas principalmente com a autonomia do Povo Xavante para decidir e tomar partida na luta pela execução das políticas públicas....d) avançar rumo à autonomia do Povo Xavante na gestão de políticas públicas que digam respeito a suas comunidades, devendo as autoridades públicas respeitarem as decisões da comunidade indígena (ASSIS, 2015, p.1).

Afirma ainda o procurador que o evento busca demonstrar “aos indígenas Xavantes que eles possuem direito de serem consultados e decidirem sobre todos seus interesses, antes da tomada de qualquer medida administrativa ou legal que afete a comunidade. Proferiram discursos a abertura da Audiência o procurador Rafael Guimarães Nogueira e Mestre Mário Bordignon que agradeceu a oportunidade de participar da audiência na busca por soluções na questão da saúde indígena.

Em seguida, proferiu sua manifestação de abertura o Presidente do Conselho Distrital de Saúde Indígena Xavante (CONDISI) Daniel Maratedewa Dzaywa, que destacou o papel do CONDISI no Controle Social das políticas públicas de saúde indígena, expondo a atuação do conselho por meio de capacitação da comunidade indígena, para lidar com os problemas que afetam a saúde indígena, e também para levantamento das necessidades do Povo Xavante.

Ainda dentro das manifestações de abertura, houve exposição do Chefe da Divisão da Saúde Indígena Ednaldo Fragas da Silva que, representando o DSEI Xavante, apresentou a estrutura e objetivos do DSEI no cuidado à saúde indígena, elogiando o atendimento realizado pelas CASAs afirmando sobre a necessidade de melhorias na atenção à saúde das crianças e das mulheres indígenas xavantes, bem como a necessidade combater as doenças como tuberculose e atenção a questões como vacinação.

Dando continuidade à audiência, após manifestação dos membros do Ministério Público e daqueles que podemos designar como gestores da saúde indígena, representando DSEI, CONDISI e CIMI, foi dada a palavra aos

representantes das comunidades indígenas, iniciando pelo Cacique Damião da TI Marãiwatsédé que destacou:

[...] que o DSEI tem o dever de respeitar as lideranças indígenas, devendo contar com representantes de todas as aldeias em seu quadro, para que possam acompanhar os trabalhos do DSEI... (destacando ainda) a importância do coordenador do DSEI Xavante lutar junto com os Xavantes e com o Ministério Público Federal para melhoria da saúde indígena Xavante (DAMIAO, 2015, p.5).

Por sua vez, o indígena Edmundo Dzuaiwi Omoré, representante dos indígenas no Conselho Nacional de Saúde, defendeu o incentivo para que as decisões, que afetem a saúde indígena Xavante, sejam tomadas no âmbito da comunidade indígena e o fortalecimento dos órgãos voltados às políticas públicas de saúde. Alexandre Croner e Gabriel Gromes Muria, representando a FUNAI, afirmaram que o órgão atua junto às comunidades indígenas visando sustentabilidade e benefícios aos indígenas.

O Cacique Robson explanou sobre a criação de uma comissão em seu território, para atuar nas causas relacionadas à saúde do Povo Xavante. Após, proferiu sua manifestação Conceição Oliveira Paula, representando a Prefeitura Municipal de Campinópolis/MT, que relatou as dificuldades do município no atendimento à saúde, decorrente dos problemas das estradas e da grande demanda das comunidades indígenas, que só podem ser resolvidos com auxílio dos demais órgãos. A representante da prefeitura também inferiu que a questão das drogas e alcoolismo tem afetado os povos indígenas, cobrando dos caciques presentes o enfrentamento destes problemas.

Exemplificando a busca pela de solução de conflitos e acesso ao direito à saúde indígena proposto na audiência, após a explanação da representante da prefeitura de Campinópolis, o Procurador da República pediu a palavra e questionou os presentes sobre as principais demandas em relação a Campinópolis/MT, recebendo como resposta a necessidade de que os atendimentos médicos de alta complexidade sejam realizados no município de Barras dos Garças e não no município de Água Boa, momento que o procurador cobrou da Prefeitura uma solução para esta demanda.

Dando continuidade aos pronunciamentos, fez uso da palavra Geremias, indígena da aldeia São Gabriel que, na busca pelo direito à saúde indígena, cobrou

o que podemos classificar, na assertiva de Wolkmer, o poder emancipatório do CONDISI, para que possa “ter autonomia e poder de decisão [...] para decidir as questões relacionadas à saúde indígena Xavante”.

Após, se manifestou Nilo, também indígena, conselheiro do CONDISI, que destacou a necessidade dos representantes das aldeias atuarem em favor da saúde indígena e não voltado aos seus interesses pessoais.

Da mesma forma, fez seu discurso Cacique José Luis, da Aldeia São Felipe, que criticou o CIMI – Conselho Indígena afirmando que atuam voltados aos interesses da FUNAI, manifestando ainda pela extinção dos Conselhos Locais de Saúde, e que “deve ser atribuição dos Caciques atuarem na parte da saúde indígena, e não dos conselhos locais”. Da mesma forma, o Procurador da República levou a questão para os participantes da Audiência Pública, indagando se tinham ou não interesse na extinção dos conselhos locais, havendo manifestação dos presentes no sentido de que os conselhos não devem ser extintos.

A audiência foi pautada ainda por severas críticas à indicação de Joel Hipólito Lima Góes, para o cargo de coordenador do DSEI Xavante, por se tratar de um não indígena, que na visão dos participantes, como Professor Oswaldo, Ubirajara Tomhoiure Tsupto e Indígena Carol, se deu apenas para atender a interesses políticos e não da comunidade.

O Procurador da República, após as diversas críticas manifestadas pelos presentes, quanto à indicação de Joel para o cargo, se manifestou no sentido de que o CONDISI deve se reunir para decidir se deseja indicação de um indígena Xavante para o cargo de coordenador do DSEI Xavante. Após, a audiência foi suspensa para intervalo de almoço, retornando com a manifestação do indígena Agnelo Temrité Wadzatsé, que da mesma forma como os outros participantes, questionou o fato dos pacientes indígenas de Campinópolis/MT serem encaminhados à Água Boa ao invés de Barra dos Garças, bem como, que a comunidade Xavante deve se unir na busca pelos objetivos comuns.

Em continuidade à audiência, se manifestou indígena Carol, no sentido de que os próprios Xavantes devem “decidir e resolver sobre a saúde pública, pois são eles que sofrem com os problemas de saúde nas aldeias”. Após, se manifestou médico psiquiatra Vasco Mil Homens Arantes Filho, do CAPS de Barra dos Garças, que esclareceu questões sobre a saúde indígena, trazendo, para sua explanação,

aspectos como crescimento da população e os reflexos do alcoolismo nas comunidades indígenas, afirmando ainda a necessidade de se analisar o crescimento demográfico e qualificar médicos para atendimento das diversas etnias.

Ainda se manifestou a Psicóloga do DSEI Xavante, Ana Cristina Ferreira, inferindo que o alcoolismo e as drogas são reflexos da desnutrição e outros problemas que atingem as comunidades, sendo necessária contratação de mais psicólogos, uma vez que realiza o atendimento vinte mil indígenas, afirmando ainda ser necessária a valorização de profissionais da saúde que atuam na região. Também fez uso da palavra indígena Mirian, que falou sobre o alcoolismo nas aldeias, bem como Professor Martin que elogiou a troca de coordenação do DSEI.

O Secretário da Saúde do Município de Bom Jesus do Araguaia, Diogo Pereira Capocci, se manifestou no sentido de que os indígenas da TI Marãiwatsédé não possuem médicos, bem como que os recursos destinados à saúde indígena em seu município, são destinados ao município de Alto da Boa Vista. Diante desta manifestação, o Procurador da República fez uso da palavra, informando que ajuizará uma ação para viabilizar e discutir a questão do repasse dos recursos.

A representante do Conselho Municipal da Saúde de Alto da Boa Vista, Maria Brasilina discursou afirmando que o município realiza atendimento adequado aos indígenas da TI Marãiwatsédé. Fazendo uso da palavra, o Coordenador do DSEI Xavante, informou estar discutindo com o Cacique Damião sobre contratação de mais um médico para Marãiwatsédé.

Após, se manifestou o indígena Bruno, da Aldeia Jesus de Nazaré, questionando sobre as dificuldades dos indígenas, em receber atendimento médico em Barra dos Garças/MT.

O indígena Sérgio, por sua vez, destacou a finalidade da audiência, de “fortalecer os indígenas Xavantes, para que eles possam tomar suas próprias decisões sobre a saúde pública da comunidade indígena”, evidenciando também, a busca pela emancipação deste povo, o indígena também ressaltou que “falta política de autonomia ao povo xavante, para tomarem suas próprias decisões. Logo, o povo Xavante precisaria dialogar mais entre si, pois até hoje são dependentes e não conseguem tomar, sozinho, suas próprias decisões” (SÉRGIO, 2015, p.12).

Carlos, representante da FUNAI, inferiu que as madeiras situadas nas terras indígenas, podem ser usadas em benefício da comunidade, especialmente na

construção de pontes, entretanto as prefeituras devem realizar projetos e cumprir requisitos da FUNAI Brasília. O Procurador da república novamente tomou a palavra e intimou o representante da FUNAI, para que, no prazo de trinta dias, apresentassem uma solução para a questão das pontes, intimando também a representante da Prefeitura de Campinópolis, para construção e reparo das pontes, uma vez que isso reflete diretamente no acesso aos tratamentos de saúde do povo indígena Xavante.

Diante da intimação, o representante da FUNAI, requereu expedição de um ofício desta determinação, que foi negado pelo Procurador, sob o argumento de que o representante da FUNAI estava sendo pessoalmente intimado da determinação. Dando continuidade à audiência, manifestou-se o indígena Crisanto Rudzo Tseremey'wa do CONDISI Xavante, afirmando que irá trabalhar em prol da saúde indígena da comunidade.

Por sua vez, proferiu manifestação o indígena Bartolomeu da TI Sangradouro, relatando a necessidade de atuação do Ministério Público no combate ao alcoolismo, pedindo às autoridades que se dediquem à recuperação das pontes e estradas, que dão acesso aos municípios que prestam serviços médicos ao Povo Xavante, bem como que o CONDISI tenha autonomia na tomada das decisões, que devem ser respeitadas pelo DSEI Xavante.

Também fez uso da palavra, Samira, do Polo base de Campinópolis, que apresentou proposta de uma ação específica para combate à tuberculose e ao alcoolismo, bem como melhor acompanhamento em relação à desnutrição e melhor qualificação dos AIS – Agentes Indígenas de Saúde, para auxiliar as comunidades no combate às doenças. Em resposta, se manifestou Luziene afirmando a existência de capacitação de profissionais médicos para combater a tuberculose e que o maior problema seria o tratamento realizado por medicamentos, que não é realizado da maneira correta pela maioria dos indígenas.

Após, discursou Sra. Pascoalina que também criticou a indicação de Joel para coordenador DSEI Xavante, explanando que deve haver uma maior participação das mulheres no CONDISI, por serem elas as que mais sofrem com a ineficiência das políticas de saúde, apresentando ainda relação de solicitações das mulheres Xavantes ao presidente do CONDISI, cobrando respeito e soberania à decisão deste órgão, e que DSEI “escute mais as mulheres e não prometa cargos a pessoas que

não entendem da saúde indígena”. Manifestou-se também Leticia, nutricionista do DSEI Xavante, apresentando uma cartilha que estava distribuindo entre os presentes.

Após, foi realizado mais um intervalo, reiniciando os trabalhos com manifestação da indígena Simpase que também questionou a indicação de Joel Góes para coordenação do DSEI Xavante, afirmando que aceita a indicação, desde que o coordenador atue em prol da saúde indígena Xavante, inferindo ainda, que os caciques indígenas devem discutir politicamente a indicação para coordenação do DSEI Xavante.

A indígena Caroline discursou questionando sobre o médico de Marãiwatsédé, onde obteve resposta do coordenador do DSEI, que em conversa com o Cacique Damião, confirmou a contratação de um novo médico. A indígena também cobrou contratação de profissional da área da saúde para atendimento de deficientes físicos, bem como melhorias no atendimento aos idosos e contratação de oftalmologista para atendimento da população indígena.

Também discursou o médico Marcos Schaper, da Associação Paulista para Desenvolvimento da Medicina, que explanou sobre os trabalhos desenvolvidos pela Associação voltados aos indígenas da região, afirmando que possui interesse em trabalhar com os indígenas, no combate às enfermidades, juntamente com o DSEI Xavante e o Ministério Público.

Por sua vez, o indígena Jacinto, da aldeia Guadalupe, reivindicou medidas para melhorias nas estradas e melhor acompanhamento dos pacientes indígenas nas unidades de saúde e na aquisição de medicamentos. Após, se manifestou o indígena Zezinho que solicitou ao Coordenador do DSEI Xavante que, por ocasião de alguma decisão, a comunidade indígena, seja consultada, cobrando ainda construção da CASAI de Água Boa.

Em relação à demanda apresentada por Jacinto, se manifestou Roberto, representando o DSEI Xavante, afirmando que a construção da CASAI de Água Boa foi adiada para o ano de 2017, mas que tentaria viabilizar uma antecipação. Fez uso da palavra em seguida, o indígena Edmundo, que questionou os motivos da demora na construção dos CASAI de Água Boa, uma vez que anteriormente, foi alegado atraso em decorrência de ausência de projeto, e agora que já há o projeto, foi

informado como motivo, a ausência de recursos, contrariando informações anteriores.

O indígena Pedro, da aldeia São Pedro, questionou o Procurador da República em relação ao consórcio formado pelos municípios de Campinápolis e Água Boa, pois, segundo o indígena, este último município não estaria prestando atendimento adequado aos indígenas que, em face deste motivo, estariam se deslocando para o município de Barra do Garças, afirmando também, que o coordenador do DSEI deve ser um Xavante.

Após, se manifestou Paulino conselheiro do CONDISI Xavante, afirmando que Joel deve continuar no cargo de coordenador do DSEI Xavante. Em seguida, o indígena Domingos Savio, afirmou que o atendimento à saúde indígena é deficiente, devendo haver maior aproximação entre os conselheiros e indígenas Xavantes. Fez uso da palavra também o indígena Bigode, que criticou os trabalhos do CONDISI.

Em derradeiro, dentre as manifestações proferidas na audiência, fez uso da palavra Sra. Mirian, de Campinápolis, que trouxe para audiência uma proposta para o plano distrital, contemplando programa de oficinas para mulheres indígenas, contratação de psicólogos para atuação nas aldeias Xavantes, prevenção e combate ao alcoolismo entre as mulheres indígenas, atuação de um médico, no mínimo uma vez ao mês, na CASAI de Campinápolis, contratação de AIS-Agente de Saúde Indígena de mulheres, contratação de intérpretes para auxiliar o atendimento indígena, fortalecimento dos médicos indígenas, apoio ao 1º Encontro de Mulheres Xavantes, realização de mais uma audiência pública para avaliação da saúde indígena Xavante, maior número de mulheres no CONDISI, mutirão nas aldeias para coleta de lixo.

Em ato contínuo, o Procurador da República Wilson Rocha Fernandes apresentou a seguinte Carta Final da Audiência Pública, que foi lida e aprovada por aclamação:

**CARTA FINAL DA AUDIÊNCIA PÚBLICA:
O FUTURO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE PARA O POVO
XAVANTE**

Barra do Garças, 10 de Dezembro de 2015.

Em audiência pública, realizada no auditório da UFMT em Barra do Garças/MT, o **POVO XAVANTE**, com o apoio da Procuradoria da República em Barra do Garças, Conselho Distrital de Saúde Indígena Xavante (CONDISI) e Distrito Sanitário Especial Indígena Xavante (DSEI), decidem na plenária final da audiência pública:

1. **Chamar** a atenção das autoridades e instituições da República brasileira para a necessidade de observar o direito de consulta à comunidade indígena, na forma do artigo 6º, da Convenção nº 169, da OIT.
 2. **Reafirmar** o direito da comunidade indígena de definir os rumos das políticas públicas de saúde para o povo Xavante, através do Conselho Distrital de Saúde Indígena Xavante e de suas lideranças tradicionais.
 3. **Alertar** para que a consulta seja realizada **“mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas”**. Em relação ao subsistema de saúde indígena, deve-se respeitar os poderes e atribuições do CONDISI, em especial a deliberação contida na Resolução 002/2015, na qual o povo Xavante reivindica que um membro da etnia XAVANTE assuma a coordenação do DSEI.
 4. **Repudiar** a referência de média e alta complexidade (regulação) da população indígena de Campinápolis para o Hospital Regional de Água Boa/MT. O Povo Xavante de Campinápolis reivindica o direito de serem atendidos pelo município de Barra do Garças/MT. Portanto, os municípios devem se organizar quanto às pactuações no intuito de garantir o financiamento destes atendimentos.
 5. **Reinvidicar** a participação indígena, com direito à voz e a voto, nos Comitês Intergestores Regional e Bipartite.
 6. **Repudiar** a PEC 215 e exigir o respeito aos direitos já consagrados na Constituição de 1988, aos Povos Indígenas.
 7. **Solicitar** a reforma e a construção de pontes e estradas para melhorar acessibilidade às aldeias dos municípios de Alto Boa Vista/MT, Água Boa/MT, Ribeirão Cascalheira/MT, Campinápolis/MT, Barra do Garças/MT, Nova Nazaré/MT, Canarana/MT, Poxoréo/MT, General Carneiro/MT, Novo São Joaquim/MT, Paranatinga/MT, Santo Antônio do Leste/MT.
 8. **Solicitar** que a SESAI, além da atenção básica, garanta o acesso às medicações complementares que estão fora do componente da RENAME básica, garantindo à SESAI os recursos necessários para o atendimento dessa demanda.
 9. **Requer** que a SESAI repactue com a conveniada novas vagas para aumentar a força de trabalho do DSEI Xavante, a fim de ampliar os atendimentos nas UBSIs, contemplando os profissionais antropólogos, nutricionistas, psicólogos e serviços gerais por Polo Base, além do aumento do número de enfermeiros, técnicos de enfermagem, AISs e AISANs. Deve a SESAI ainda assegurar a lotação de médicos nas CASAls.
 10. **Reinvidicar** que a SESAI valorize e respeite os saberes tradicionais dos curandeiros e parteiras, garantindo o diálogo intercultural entre os conhecimentos indígenas e da sociedade branca.
 11. **Repudiar** o preconceito e a discriminação em municípios de referência e hospitais (ausência de acolhimento diferenciado), tal como ocorre no Hospital Regional de Água Boa, Hospital Municipal de Barra do Garças e Hospitais de Cuiabá/MT.
 12. **Solicitar** o fortalecimento da FUNAI para que o órgão indigenista possa cumprir seu dever de auxiliar na construção da autonomia e sustentabilidade dos povos indígenas no Brasil.
 13. **Garantir** a participação das mulheres em todos os níveis do Subsistema de Saúde Indígena. Deve-se assegurar, em especial, vagas de intérpretes para mulheres indígenas xavantes nas CASAls e Hospitais Regionais e a contratação de AISs mulheres nos Polos Bases.
 14. **Exigir** participação indígena efetiva nos processos decisórios de políticas públicas e empoderamento da participação social.
- É esse o clamor do povo Xavante à sociedade brasileira, às autoridades da República e ao mundo.

A'uwe Uptabi

4.3 Uma análise da audiência Pública do Povo Xavante sob a perspectiva do pluralismo jurídico comunitário participativo

Após a leitura da Carta Final, a audiência foi encerrada às 18h30min e a primeira constatação que foi possível realizar é que de fato, foi um evento com debates plurais e multiculturais, na medida em que possibilitou a participação de diferentes grupos, tanto indígenas como não indígenas e ainda representantes dos poderes públicos, vinculados às políticas de saúde indígena, permitindo o evento, integração dos envolvidos na temática.

Em que pese a pesquisa não estar sendo conduzida pelo método quantitativo, é possível observar que durante audiência, foram proferidas manifestações por quarenta e quatro pessoas distintas, conforme tabela abaixo sobre vinculação dos participantes, sendo que algumas se manifestaram mais de uma vez.

A tabela apresenta as vinculações dos participantes, bem como algumas características suplementares, como o território indígena que vivem e se são ou não indígenas, ressalta-se que os dados apresentados tem como fonte a ata da audiência pública do povo xavante, bem como que o referido documento não apresenta vinculações e características de todos os participantes.

Tabela 1 – Vinculação dos participantes

PARTICIPANTE	ORGÃO/VINCULAÇÃO	CARACTERÍSTICAS
Alexandre Croner	Coordenador da FUNAI de Ribeirão Cascalheira/MT	
Agnelo Temrité Wadzatsé		Indígena
Ana Cristina Ferreira	Psicóloga DSEI Xavante	
Bartolomeu		Indígena TI de Sangradouro
Bigode		Indígena
Bruno		Indígena Aldeia Aldeia Jesus de Nazaré
Cacique Damiao		Indígena TI Marãiwatsédé
Cacique Jose Luis		Indígena - Aldeia São Felipe

Cacique Robson		Indígena
Carlos	FUNAI	
Carol		Indígena
Caroline		Indígena
Conceição Oliveira Paula	Prefeitura Municipal de Campinápolis/MT	
Crisanto Rudzo Tseremey'wa		Indígena
Daniel Maratedewa Dzaywa	Presidente do Conselho Distrital de Saúde Indígena Xavante (CONDISI)	Indígena
Diogo Pereira Capocci	Secretário da Saúde do Município de Bom Jesus do Araguaia	
Domingos Savio		Indígena
Edmundo Dzuaiwi Omoré		Indígena representante dos indígenas no Conselho Nacional de Saúde
Ednaldo Fragas da Silva	DSEI Xavante	
Gabriel Gromes Muria	Coordenador da Funai de Barra dos Garças	
Geremias		Indígena
Jacinto		Indígena Aldeia Guadalupe
Joel Hipolito Lima Góes	Coordenador do Distrito Especial Indígena Xavante (DSEI)	
Leticia	Nutricionista DSEI	
Luziene	DSEI Xavante	
Marcos Schaper	Medico	Associação Paulista para Desenvolvimento da Medicina
Maria Brasilina	Conselho Municipal da Saúde de Alto da Boa Vista/MT	
Mestre Mario Bordignon	Representante do Conselho Indigenista Missionário – (CIMI)	
Mirian		Indígena
Nilo		Indígena

Pascoalina		Indígena
Paulino	Conselheiro do CONDISI	
Pedro		Indígena
Professor Martin		
Professor Oswaldo		
Rafael Guimarães Nogueira	Ministério Público	
Roberto	DSEI Xavante	
Samira	Polo Base de Campinápolis	
Sergio		Indígena
Simpase		Indígena
Ubirajara Tomhoiure Tsupto	Vice Presidente do CONDISI Xavante	Indígena
Vasco Mil Homens Arantes Filho	Médico	
Wilson Rocha Fernandes Assis	Ministério público	
Zezinho		Indígena

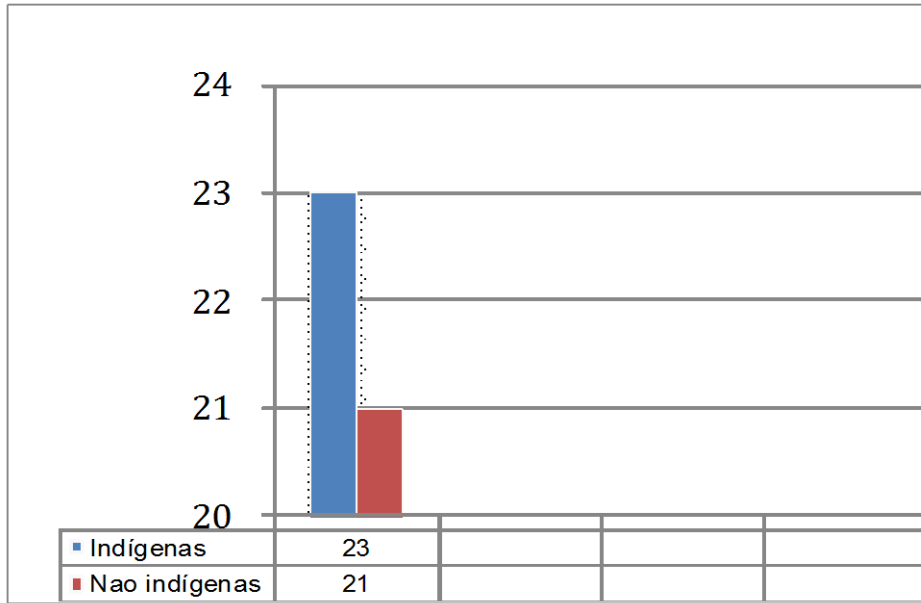
Fonte: Produzido pelo autor, 2016.

Estes quarenta e quatro participantes, conforme ata da audiência, podem ser classificados como vinte e três integrantes dos povos indígenas, sendo que, destes, incluem-se três indígenas, que participam também dos órgãos de administração da saúde indígena, como Condisi, Polo Base e Dsei.

Os demais participantes, podem ser divididos em: quatro profissionais da área da saúde; dois representantes do ministério público federal; três representantes da FUNAI; três representantes das prefeituras e órgãos municipais; dois professores e sete representantes dos órgãos de administração da saúde indígena, dentre eles, três indígenas referidos.

Por sua vez a distribuição dos participantes entre indígenas e não indígenas pode ser representada na audiência, conforme gráfico 2, a seguir:

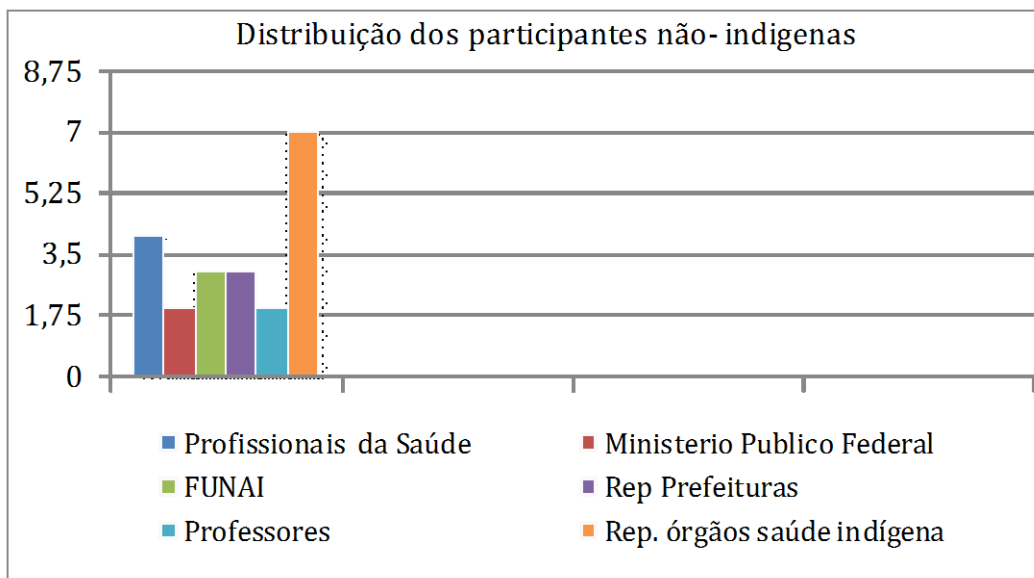
Gráfico 2 – Distribuição dos participantes



Fonte: Produzido pelo autor, 2016.

Em relação às vinculações dos participantes não indígenas, para fins de aferir a heterogeneidade deste grupo podemos representar a distribuição graficamente da seguinte forma:

Gráfico 3 – Distribuição dos participantes não-indígenas



Fonte: Produzido pelo autor, 2016.

Tal distribuição de representatividade evidencia uma perspectiva plural de manifestações, pautada por um ambiente democrático, demonstrando a prima face, que as audiências públicas podem se revestir de uma forma alternativa e plural e emancipadora de acesso a uma justiça participativa, destacando-se, neste contexto, a assertiva de Wolkmer inferindo a necessidade de:

[...] se pensar a alternativa comunitária como espaço público pulverizado pela legitimação de novas forças sociais que em permanente exercício de alteridade, implementam suas necessidades fundamentais e habilitam-se como instâncias produtoras de práticas normativas autônomas (WOLKMER, 2015a, p.295).

A análise qualitativa da Audiência Pública do Povo Xavante, denota que prevaleceu, durante o evento, reivindicações, no sentido da emancipação de direitos e da condução das políticas de assistências sanitária, por parte dos indígenas, o que se reveste no fenômeno do pluralismo jurídico comunitário participativo, que para Wolkmer:

Trata-se das coordenadas de uma instância política jurídica que surge como resposta à ineficácia e ao esgotamento da legalidade liberal-individualista e às formas inoperantes de jurisdição oficial, tendo sua força na jurisdição compartilhada de sujeitos oficiais, instituidores de espaços públicos não oficiais (WOLKMER, 2015. p.386).

Tal constatação pode ser comprovada, por exemplo, nos diversos discursos e manifestações, reivindicando que haja diálogo e participação das comunidades indígenas na escolha do coordenador do Dsei Xavante, havendo diversas críticas à escolha do Sr. Joel Hipólito de Lima Góes para ocupar o cargo, em face de não ser um Xavante e por se tratar de uma indicação política, sem consulta e aprovação dos indígenas.

Ainda, da análise das manifestações, pode ser concluído o desejo do Povo Xavante de que tenham autonomia na condução e gestão das políticas de saúde do seu povo e que suas decisões sejam respeitadas pelas autoridades, o que pode ser evidenciado nos primeiros itens da Carta Final da Audiência, que estão voltadas a questões da participação do Povo Xavante nas decisões, por meio de consultas à comunidade indígena; o respeito e observância a suas decisões; reivindicação do direito de voz e voto nos comitês e participação indígena efetiva nos processos decisórios de políticas públicas.

Assim, o Povo Xavante, ao buscar o empoderamento da participação social, se apresenta como os novos atores, e na assertiva de Wolkmer:

[...] tais atores insurgentes não só têm função central, como símbolos constitutivos de uma “outra” subjetividade, apta a transgredir a ordem do imaginário instituído, como, ainda, inserem-se como canais efetivos de um modo pluralista e consensual de se fazer a “juridicidade”, rompendo com os procedimentos de produção e aplicação normativa da centralização estatal (WOLKMER, 2015.p. 386).

A Audiência Pública da Saúde Indígena do Povo Xavante nos revela, a partir da perspectiva pluralista do direito, a emergência de valores até então afastados da juridicidade, como identidade, autonomia, satisfação das necessidades fundamentais, participação democrática de base e, neste sentido:

[...] a viabilidade da participação popular comunitária depende de determinadas condições e de instrumentos operacionais. Quanto às condições, são necessárias estruturas individuais e coletivas, com certo grau de institucionalização e reconhecimento, habilitadas a abarcar os diferentes níveis da sociedade que têm interesses a serem defendidos e que estão em confronto e negociação (WOLKMER, 2015a, p. 297).

Tais valores, para Wolkmer (2015 p.387), se revestem como “nucleares na edificação dessa cultura jurídica de cunho pluralistas e descolonizadora”, sendo que o valor da identidade, dentre outros, está relacionado pela supressão da justiça como fator de comprometimento e desigualdades e vai estar calcado “[...] na própria legitimidade dos novos sujeitos coletivos de direitos instituírem uma legalidade insurgente, instrumentalizada por suas próprias práticas reivindicatórias, interesses e necessidades cotidianas”.

Ainda, para Wolkmer (2015, p.388) a identidade comunitária terá uma estreita relação com as conquistas oriundas de conflitos sociais, sendo que o valor da “autonomia” vai expressar “[...] o imaginário dos grupos comunitários instituintes que são responsáveis por suas ações, na medida em que seu agir emancipatório resulta de suas aspirações, de suas exigências e de suas experiências interativas”.

O valor da satisfação das necessidades fundamentais que para Wolkmer (2015, p. 388) “[...] se expressa como condição de efetividade material e como objetivo finalístico das vontades coletivas”, vai ao encontro da reivindicação postulada na Audiência Pública pelo Povo Xavante, pois mais do que a autonomia na gestão das políticas de saúde, a análise da audiência, evidencia que o valor que

realmente buscavam, era a efetividade do direito à saúde, que se consubstancia em uma das principais necessidades humanas fundamentais.

As prioridades de direitos coletivos nos países colonizados, especialmente a realidade latino-americana, apresentam demanda por direitos básicos de sobrevivência, como saúde, educação, alimentação digna dentre outros e, para Wolkmer, a busca pela satisfação destes direitos e valores vai estar voltada para processos de racionalidade emancipatória, conduzida pelo valor da participação que está relacionado à "interação entre sujeitos individuais e coletivos e o poder comunitário legitimamente instituído" (WOLKMER, 2015, p. 389).

Assim, o acesso à justiça em sua dimensão de satisfação de necessidades humanas fundamentais, para os povos colonizados e historicamente excluídos de direitos, perpassa pela assimilação dos valores do pluralismo jurídico comunitário participativo, havendo, como desafio, a criação de espaços para manifestação desta nova juridicidade, sendo que as audiências públicas, quando conduzidas como instrumento democrático e participativo e não para legitimação de decisões monistas estatais, podem se revestir em um importante instrumento.

A iniciativa de promover uma audiência para assimilar as necessidades e problemas do Povo Xavante, bem como as dificuldades dos operacionalizadores das políticas do subsistema de saúde indígena, agregando ainda a visão dos gestores de tais políticas, é um importante passo para construção de uma cultura jurídica democrática, participativa e emancipatória, destacando-se, ainda, assertiva de Wolkmer (2015a, p. 293) no sentido de que:

A percepção essencial de que a comunidade e a instância de subjetividades individuais e coletivas que experimenta uma reciprocidade de consciência envolve todo conjunto de valores, que, se estão íntima e genericamente vinculados às necessidades fundamentais, podem – por que não- mais especificamente, expressar a sociabilidade afetiva, produtiva e racional (WOLKMER, 2015a, p. 293).

Em que pese repetições de algumas demandas e, mesmo a interferência direta do Ministério Público na condução do evento, a riqueza da audiência se revestiu na imediata apresentação dos argumentos e contra argumentos de maneira informal, possibilitando também aquele povo, entender as dificuldades dos organismos responsáveis pela gestão das políticas de saúde, especialmente de ingerências, repasse de recursos, dentre outros.

A aproximação dos novos atores sociais com o poder, foi outro aspecto relevante desta audiência pública, que possibilitou a participação popular no tratamento dos conflitos sociais e a construção de soluções em forma de uma democracia, não mais representativa, mas agora participativa, por meio de um diálogo democrático para solução do conflito social.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com desenvolvimento dos três capítulos da presente pesquisa, é possível a apresentação de algumas considerações sobre o que o trabalho se propôs a responder, ou seja, se as audiências públicas, podem representar um instrumento democrático de base, para reproduzir um espaço participativo de acesso à justiça e, se a audiência pública da saúde indígena do Povo Xavante, foi um exemplo de utilização deste mecanismo.

Os problemas de acesso à justiça tiveram substancial contribuição, da sobreposição da democracia representativa à democracia participativa, e da expropriação do conflito pelo estado apresentando-se como único autorizado ao tratamento dos conflitos sociais pelas elites, dentro de uma perspectiva monista e centralizadora.

Assim, o trabalho buscou demonstrar, por meio de pesquisa bibliográfica e empírica, que o acesso à justiça, embora esteja voltado a questões direcionadas ao processo judicial, em sua concepção de acesso a direitos fundamentais, pode ter como contribuição para o surgimento de novos espaços e instâncias de juridicidade, o mecanismo das audiências públicas.

Desta forma, foram analisados os novos direitos e novos sujeitos de direitos que sofreram reflexos das últimas reformas constitucionais ocorridas na América Latina, bem como, as crises do paradigma monista de resolução dos conflitos e as questões relacionadas ao acesso à justiça.

No que tange a este último objeto da pesquisa, importante observação deve ser realizada, no que se refere às chamadas barreiras culturais de acesso à justiça, apresentadas, tanto no Projeto Florença, desenvolvido por Cappelletti e Garth, quanto, na análise do acesso à justiça do cenário brasileiro.

Tal barreira, para os pesquisadores, está relacionada ao fato dos indivíduos terem consciência de quais são seus direitos e o que podem reivindicar. Assim, as audiências públicas administrativas, em que pese não poderem vincular a atuação estatal às suas conclusões, têm como principal contribuição para o acesso à justiça, a questão de mitigar esta barreira, na medida em que possibilitam às comunidades terem conhecimento dos direitos que lhe assistem, o que é, sem dúvida, um importante passo para busca de uma nova juridicidade fundada em uma

racionalidade emancipatória.

Outra forma de acesso à justiça, apresentada na pesquisa, diz respeito à consulta prévia dos povos indígenas. Tal consulta, como delineado, possui como condição, o fato de ser livre e informada, o que também irá impactar, diretamente, na barreira cultural do acesso à justiça, uma vez que possibilita aos povos o conhecimento prévio de empreendimentos ou políticas que os afetem, podendo, com base no conhecimento das intenções estatais, buscarem a solução para os conflitos.

A racionalidade do pluralismo jurídico do tipo comunitário participativo apresenta-se como um modelo capaz de trazer substancial contribuição à crise dos paradigmas jurídicos da atualidade, que não apresentam soluções razoáveis ao acesso a direitos fundamentais dos novos sujeitos, manifestado nas lutas sociais das bases da sociedade, que se apresentam como legitimadoras da perspectiva pluralista do direito, contrapondo a ideia monista e centralizadora, contribuindo para o surgimento de uma democracia participativa.

Assim, o pluralismo jurídico vai primar pela coexistência de instâncias em um mesmo espaço político, podendo ser ou não estatais, que buscam, em um contexto de validade e legitimidade, a satisfação das necessidades humanas fundamentais em novos espaços de juridicidade, sendo que os destinatários das políticas públicas estatais, sem dúvida, podem contribuir propondo alternativas para os conflitos sociais.

No que se refere às políticas sanitárias voltadas aos indígenas, que emergem como novos sujeitos coletivos, a análise histórica dos serviços públicos e organização da estrutura de atendimento demonstrou durante a pesquisa, que a assimilação desta população como sujeitos de direitos, esteve por muito tempo direcionada para ideias assimilacionistas e de inclusão, não considerando estes povos com o seu direito de ser índio, e de aplicação de políticas diferenciadas, voltadas às particularidades culturais.

O momento atual do direito fundamental à saúde destes povos, conforme pode ser observado na intenção de criação do Instituto Nacional da Saúde Indígena, passa por importante fase, em que se discute, por meio da consulta prévia, se os povos indígenas aceitam ou não a criação do instituto.

Neste contexto, está se observando os direitos de consulta dos povos indígenas apresentados na convenção 169 da OIT. Entretanto, conforme demonstrado, há necessidade de que se tenha especial atenção, para que tais instrumentos, voltados à legitimação da vontade popular, não sirvam, ao contrário, para legitimar decisões monistas estatais, como declarado por algumas lideranças indígenas, no caso da criação do instituto, em que é denunciado que a consulta está sendo realizada de maneira tendenciosa e sem as devidas explicações aos povos indígenas.

Por sua vez, a pesquisa demonstrou, na análise das audiências públicas, que, por si só, este instrumento não garante uma participação democrática de base, devendo ser observadas diversas questões, para que as audiências públicas possam se revestir de um instrumento participativo, que se iniciam pelos critérios de convocação e aprovação dos participantes.

A audiência, como instrumento de pacificação social, deve prever, no mínimo, a paridade de representantes com interesse no conflito, compreendendo indivíduos da comunidade e representantes estatais, devendo também contar com especialistas que possam esclarecer questões atinentes à matéria para ambos os lados em conflito, tendo o cuidado de que não prevaleça a participação de especialistas, uma vez que podem influenciar o ambiente democrático.

A vinculação dos especialistas, da mesma forma, deve ser observada para que as manifestações possam ser assimiladas pela comunidade, como um esclarecimento técnico e imparcial e, por este motivo, a tecnocracia deve ser afastada das audiências, para que prepondere uma democracia participativa.

Na análise realizada com a utilização do instrumento da audiência pública em sua modalidade jurisdicional, que foi a Audiência Pública da Saúde do STF, verifica-se que este evento foi um marco na utilização deste procedimento, uma vez que foi a primeira audiência realizada após a Emenda Regimental 29 do STF.

Foi possível observar que este mecanismo se alinha a uma concepção que busca se afastar do monismo e alcançar possibilidades democráticas de acesso a justiça. A audiência pública, de fato se reveste em uma abertura do poder, ou na perspectiva pluralista do direito “em uma ampliação do centro de poder”. Entretanto, a pluralização com a utilização de tais instrumentos na modalidade jurisdicional, se mostra extremamente limitada e centralizada, o que se evidencia pelos critérios de

autorização daqueles que poderão se manifestar na audiência.

A regulamentação deste mecanismo, trouxe previsão de que o presidente da corte, por ato discricionário, possa selecionar e deferir os pedidos de participação na audiência pública jurisdicional, o que não se alinha com as formas alternativas de descentralização do poder e participação democrática no tratamento dos conflitos.

A análise da representatividade dos participantes na audiência jurisdicional, demonstrou ainda, que os pedidos de participação deferidos, foram em sua grande maioria para juristas e gestores públicos, havendo ainda, uma participação limitada da sociedade civil em painéis específicos, o que reflete no fato de não haver nestas audiências, pluralidade e democracia participativa.

Por sua vez as audiências públicas administrativas, representam um instrumento de participação democrática de base, quando privilegiam a participação comunitária, se revestindo em um instrumento democrático de administração de conflitos, especialmente pelos critérios de deferimento dos participantes normalmente com menor grau de rigidez e mais democráticos.

No caso da audiência pública do Povo Xavante, apresentado como um estudo de caso deste trabalho, destaca-se a participação heterogênea dos envolvidos na saúde pública daquele povo, compreendendo médicos, agentes de saúde, representantes da FUNAI, dos órgãos de gestão da saúde indígena no âmbito municipal e federal, das lideranças indígenas e também de indígenas que, mesmo não sendo lideranças, foram levar sua percepção sobre os serviços prestados e o que poderia ser realizado para efetivação do direito à saúde indígena do Povo Xavante.

Destaca-se ainda, na referida audiência que o número de juristas ou mesmo de representantes de órgãos estatais, não sobrepôs a participação comunitária. Esta audiência nos demonstra que as questões relacionadas a políticas públicas e direitos fundamentais são complexas, e que a complexidade aumenta quando o planejamento ocorre longe da realidade social, o que pode ser observado, por exemplo, no fato de que dificilmente um gestor público da área da saúde teria a exata dimensão dos reflexos das condições das estradas, na efetivação do direito à saúde, como foi observado na audiência.

Uma política de atenção sanitária tradicional vai prever recursos humanos,

materiais, equipamentos e sua distribuição dentro da população. Entretanto, a audiência vai apresentar sua riqueza, na participação democrática de base, por trazer à tona outras questões, talvez invisíveis ao Estado, que refletem diretamente na efetividade do acesso à justiça.

A audiência pública do Povo Xavante, sob a perspectiva do pluralismo jurídico comunitário participativo, efetivou o tratamento de alguns conflitos e demandas, com a ampla participação dos envolvidos e, desta forma, podemos considerar que, dentre as hipóteses apresentadas para o presente trabalho, se confirmou a terceira, ou seja:

c) As audiências públicas representam instrumento democrático de base, sendo fonte de um pluralismo participativo emancipatório, contribuindo no acesso à justiça, desde que sejam observados determinados pressupostos na convocação e participação dos envolvidos como ocorreu na audiência pública da saúde indígena do Povo Xavante.

Neste contexto, os novos espaços de juridicidade, às margens do Estado, mas atuando com este de maneira paralela e não excludente, se revestem em uma alternativa ao modelo de democracia exclusivamente representativa.

Assim, observou-se que o pluralismo jurídico não busca rejeitar a democracia representativa e a integralidade das vias estatais de juridicidade, mas sim, buscar o reconhecimento de que o estado é apenas uma das vias de manifestação jurídica e solução de conflitos da sociedade.

Deste modo, o pluralismo jurídico comunitário participativo é um campo de produção normativa que pode encontrar, nas audiências públicas, ambiente de diálogo, para que seja ouvida a voz dos movimentos sociais e organizações que lutam pela efetividade de direitos, possibilitando o surgimento de normas emanadas de uma racionalidade emancipatória, destacando-se também, o fato de que o pluralismo vai buscar a coexistência de campos de juridicidade em um mesmo espaço, contemplando práticas no âmbito estatal e fora do estado, na busca pelo alcance das necessidades fundamentais, por meio de instrumentos emancipatórios e democráticos de base como as audiências públicas.

REFERÊNCIAS

AMAYA, E. A. Justiça comunitária como realidade contemporânea. Fundamentos para el análisis de las políticas públicas . In: RANGEL, J. A de La Torre. **Jurídico teoria e experiência**. CENEJUS, San Luis de Porosi, México, 2007.

ANNONI, Danielle. **O movimento em prol do acesso a justiça no Brasil e a construção de uma democracia pluralista**. Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi. Brasília: Fundação Boitex, 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/integra.pdf>. Acesso em: 14 set. 2016.

ANTUNES, Fernando Luis Coelho. **O Pluralismo Jurídico: Marco para Discussão do Acesso a Justiça**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/91919/260046.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 set. 2016.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. (Org). **Justiça Promessa e Realidade: o acesso à justiça nos países ibero-americanos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

ASSIS. **Ata da Audiência Pública Povo Xavante/MPF, 2015**. Enviada por e-mail em 18/05/2016, pelo Assessor da Procuradoria Regional do Ministério Público Federal de Barra dos Garças/MT, Sr. Lucas Medeiros.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. A pesquisa empírica no Direito: obstáculos e contribuições. **Conflitos, Direitos e Moralidades em perspectiva comparada**, v. 2, p. 127-152.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. 2007. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf. Acesso em: 25 mar. 2016.

BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso a Justiça: Instrumentos Viabilizadores**. São Paulo, Letras Jurídicas. 2010.

BERGOGLIO, Maria Inés . Reforma Judicial y acceso a la justicia: Reflexiones a propósito de la evaluación de la mediación en Cordoba, Argentina. In: BASSIL, Sonia Boueiri (Coord). **El acceso a la justicia: contribuciones teórico-empíricas en y desde países latino-americanos**. BASSIL, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Onati, Madri.2009.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **O futuro da democracia**. Sao Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2005.

BOSCO, Maria Goretti Dal. Audiência Pública como direito de participação. **Revista UNIGRAN**, n. 4 2002, p. 137-157.

BRASIL. Câmara Dos Deputados. Legislação Informatizada - **Decreto nº 8.072**, de 20 de Junho de 1910 - Publicação Original. Crêa o Serviço de Protecção aos Indios e Localização de Trabalhadores Nacionaes e aprova o respectivo regulamento. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-8072-20-junho-1910-504520-publicacaooriginal-58095-pe.html>>. Acesso em 05 mar. 2016.

BRASIL. Camara dos Deputados. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.882**, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.836**, de 23 de setembro de 1999. Acrescenta dispositivos à Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que "dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências", instituindo o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena.

BRASIL. **Lei nº 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. Ministerio Público do Estado do Rio Grande do Sul. **Portaria nº 70/2004** – MS. Aprova as Diretrizes da Gestão da Política Nacional de Atenção à Saúde Indígena. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/legislacao/id2167.htm>>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.140**, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 02 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 02 fev. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 3501/2015**. Autoriza o Poder Executivo federal a instituir serviço social autônomo denominado Instituto Nacional de Saúde Indígena. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2028634>>. Acesso em: 05 set. 2016.

CABRAL, Marcelo Maldizia. **Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso a justiça**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Departamento de Artes Gráficas, 2013. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/colecao_administracao_judiciaria/doc/CAJ14.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso a Justiça**. Porto Alegre, Fabris. 2002.

CESAR, Joao Batista Martins. A audiência pública como instrumento de efetivação de direitos sociais. Brasília, **RMVD**, v.5, n. 2. 2011.

CNJ - **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/outros/Resolucao-CNJ-125_2010.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.

CONSTITUCION Política de Colombia, 1991. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

CONSTITUCIÓN de la República Bolivariana de Venezuela, 1999. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/ven1999.html>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

CONSTITUCIÓN de la República Del Ecuador, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/newsletterPortaInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoDoEquador.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

CONSTITUCIÓN política del estado de Plurinacional de Bolivia, 2009. Disponível em: <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Constitucion.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

CONVENÇÃO nº 169. **Povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Organização Internacional do Trabalho. - Brasília: OIT, 2011. Disponível em: <http://portal.iphon.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2016.

COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Orgs.). **O Direito achado na rua**: Introdução crítica ao direito a saúde. Brasília: CEAD/UNB, 2009.

DAMIÃO. Ata da Audiência Pública Povo Xavante/MPF, 2015. Enviada por e-mail em 18/05/2016, pelo Assessor da Procuradoria Regional do Ministério Público Federal de Barra dos Garças/MT, Sr. Lucas Medeiros.

DOBROWOLSKI, Silvio. O Pluralismo jurídico na constituição de 1988. In: **Rev. Inf Legisl.** Brasília. 1991. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175806/000451403.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

DUSSEL, Enrique. **1492 O Encobrimento do Outro**: A Origem do Mito da Modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993. Disponível em: <<http://enriquedussel.com/DVD%20Obras%20Enrique%20Dussel/Textos/35/1492.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2016

FALAVIGNA, Thaís Justo. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, ano 5, n. 12, p. 331-334, dez. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ha/v5n12/0104-7183-ha-5-12-0331.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

FALCÃO, Joaquim. O acesso a Justiça: Diagnostico e Tratamento. In: Associação dos Magistrados Brasileiros. (Org). **Justiça Promessa e Realidade o acesso à justiça nos países ibero-americanos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

FUNAI – Fundação Nacional do Índio. **Serviço de Proteção aos Índios– SPI**. 2008. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/servico-de-protecao-aos-indios-spi>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

GARNELO, Luiza (Org.). **Saúde Indígena**: uma introdução ao tema. Luiza Garnelo; Ana Lúcia Pontes (Org.). - Brasília: MEC-SECADI, 2012.

HERNANDEZ, Oswaldo Rafael Cali. A democracia participativa na constituição da Venezuela. In WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (Org.) **Constitucionalismo Latino Americano**: Tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

HESPANHA, Antonio Manuel. Pluralismo Jurídico e Direito Democrático. Editora: Annablume. 2013.

IIDH - INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. **El derecho a la consulta previa, libre e informada**: una mirada critica desde los pueblos indígenas. San Jose, IIDH, 2016.

LEAL, Jackson da Silva. FAGUNDES, Lucas Machado. Acesso à justiça: perspectivas críticas a partir da justiça comunitária Andida. **Revista de Direitos Fundamentais**, Vitoria, n.9, 2011.

LEMOS, Eduardo Xavier. **O Pluralismo Jurídico na omissão Estatal: o direito achado no cárcere**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

LIMA, A.C. S.O Governo dos Indios sob a gestão do SPI.In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). **Historia dos Indios no Brasil**. São Paulo. Companhia das Letras, 1992. Disponível em: <http://etnolinguistica.wdfiles.com/local--files/hist%3Ap155-172/p155-172_Lima_O_governo_dos_indios_sob_a_gestao_do_SPI.pdf>. Acesso em: 06 out. 2016.

LISTA, A. A.. Prólogo. In: GONZALES, M.; SALANUEVA, O. **Los Pobres y el acceso a la justicia**. Editora La Plata: Universidade Nacional de la Plata, 2011.

LUCAS, Cesar Doglas. Os novos movimentos sociais contribuindo para afirmação democrática do direito e do estado. **Revista direito em debate**, Ano XIV n. 25. 2006.

MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho. Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Bioética**, 2014.

MAGALHÃES, Edgard Dias: **Gestão de saúde indígena: O Modelo Brasileiro de Atenção à Saúde Indígena**. 2005, Disponível em:<<https://www.ministeriodesalud.go.cr/ops/documentos/docGestao%20e%20saude%20indigena%20-%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2016.

MEDEIROS, L. **Ata da Audiência Pública Povo Xavante/MPF, 2015**. Enviada por e-mail em 18/05/2016, pelo Assessor da Procuradoria Regional do Ministerio Público Federal de Barra dos Garças/MT, Sr. Lucas Medeiros.

NEVES, Clarisse E. Baeta; CORRÊA, Maria B. Pesquisa social empírica: métodos e técnicas. **Cadernos de Sociologia**, v. 9, p. 7-9, 1998. Disponível em: <www.ufrgs.br/ppgas/ha/pdf/n12/HA-v5n12a18.pdf>. Acesso em: 09 out. 2016.

ONU - **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

PASTOR, Roberto Viciano; Dalmau, Rubén Martínez.O processo constituinte venezuelano no marco do novo constitucionalismo latino-americano. In WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (Org.) **Constitucionalismo Latino Americano: Tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

RANGEL, Jose Antonio de La Torre: **Pluralismo Jurídico**.San Luis Potosí, 2007.

ROBLES, Diego Americo. El conceito de acceso a la justicia: evoluciona, vigencia y actualidad. In: BASSIL, Sonia Boueiri (Coord.). **El acceso a la justicia: contribuciones teórico-empíricas en y desde países latino-americanos**. BASSIL, Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Onati, Madri.2009.

ROBLES, Diego Americo. El acceso a la justicia: aspectos teóricos, implicâncias prácticas. In: ALANUEVA, Olga. GONZALES, Manuela. **Los pobres y el acceso a la justicia**. Ed La plata, Buenos Aires. 2011.

ROCHA, Leonel Severo. THAINES, Aleteia Hummes. **Comunidade Civica: a participação popular para produção do direito e tratamento dos conflitos sociais**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=649e7bd4fa544f1d>>. Acesso em: 15 out. 2016.

ROCHA, Julio César de Sá. **Direito da Saúde: Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: Ltr, 1999.

RUBUIO, Davi Sánchez, Pluralismo Jurídico e emancipación, a partir de la obra de Antonio Carlos Wolkmer. In: RANGEL, Jose Antonio de La Torre: **Pluralismo Jurídico**. San Luis Potosí, 2007.

SÁENZ, Juana Dávila. **Apuntes Sobre Pluralismo Jurídico**. Bogotá, 2004.

SALANUEVA, Olga. GONZALES, Manuela. **Los pobres y el acceso a la justicia**. Ed La plata, Buenos Aires. 2011.

SANTAMARIA, Rosember Ariza. El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los estados constitucionales. **InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais**, v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: <periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/viewFile/.../2945>. Acesso em: 15 nov. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado, a sociedade e as políticas sociais: O caso das políticas de saúde. **Revista de ciências jurídicas e sociais**, n.23, Setembro de 1987. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Estado_Sociedade_Politicassociais_RCCS23.PDF>. Acesso em: 02 fev. 2016.

_____. O acesso a Justiça. In: Associação dos Magistrados Brasileiros (Org.). **Justiça Promessa e Realidade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

_____. **Para uma Revolução democrática de justiça**. 3 ed. Sao Paulo: Cortez, 2011.

_____. **Pela mão de Alice: o social e político na pós-modernidade**. 14 ed. São Paulo: Cortez, 2013.

_____. Impeachment soa a 'golpe parlamentar'. **Entrevista ao Jornal do Comércio**. 25 de janeiro de 2016, p. 21-22.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Número 10 – janeiro de 2002 – Salvador – Bahia – Brasil. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2016.

SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 17(1):29-41, 2007.

SÉRGIO. **Ata da Audiência Pública Povo Xavante/MPF, 2015**. Enviada por e-mail em 18/05/2016, pelo Assessor da Procuradoria Regional do Ministério Público Federal de Barra dos Garças/MT, Sr. Lucas Medeiros.

SILVA FILHO, Jose Carlos Moreira da Silva. Pluralismo Jurídico y nuevos movimientos sociales: de la crisis de la dogmática jurídica a la afirmación de nuevos derechos. In: RANGEL, Jose Antonio de La Torre (Org.) **Pluralismo Jurídico**. San Luis Potosí: Cenejus, 2007.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. A Pesquisa em direito e a pesquisa em ciências sociais. In: CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves (coordenação e organização). **Pesquisa Empírica em Direito**. Rio de Janeiro, IPEA, 2013.

SIDEKUM, Antonio. **Direitos fundamentais: a dignidade humana**. Nova Petrópolis, RS: Nova Harmonia, 2011.

SUPTITZ, Carolina Elisa. LOPES, Ana Paula de Almeida. Audiência Pública: Democracia Participativa e Plural?. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/03_903.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2016.

STF. **Emenda Regimental nº 29**, de 18 de fevereiro de 2009. Acrescenta dispositivos ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/norma/emendaregimental029-2009.pdf>. Acesso em: 05 set. 2016.

UNICEF - **Lições aprendidas a partir de sistemas e práticas de cuidados de saúde em evolução**. 2008. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/sowc2008final/cap2.htm>. Acesso em: 05 jul. 2016.

VALLE, Varice Regina Lírio do (Coord). **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

VEGAS, Luz Marina Toro. Acesso a la justicia y participación comunitária en Venezuela: El caso del consorcio social catuche. In: BASSIL, Sonia Boueiri. **El acceso a la justicia: contribuciones teórico-empíricas en y desde países latino-americanos**. Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Onati, Madri. 2009.

VERANI, Cibele BL. "A política de saúde do índio e a organização dos serviços no Brasil". **Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi** 15.2 (1999): 171-192. Cibele Barretto Lins Verani disponível em <<http://sis.funasa.gov.br/portal/publicacoes/pub705.rtf>>. Acesso em: 03 out. 2016.

WOLKMER, Antônio Carlos; CORREAS, Oscar. Pluralismo Jurídico: nuevo marco emancipatório en America Latina. In: RANGEL, Jose Antonio de La Torre (Org.) **Pluralismo Jurídico**. San Luis Potosí: Cenejus, 2007.

_____. CORREAS, Oscar (Org.). **Crítica Jurídica na America Latina**. Aguascalientes: Cenejus, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos; ALMEIDA, Marina Corrêa de. Elementos para a descolonização do constitucionalismo na América Latina: o pluralismo jurídico comunitárioparticipativo na Constituição boliviana de 2009. (Elements for a decolonization of Latin-American Constitutionalism: Legal Communitarian and Participative Pluralism in the 2009 Bolivian Constitution). **Crítica Jurídica**. No. 35, Enero/Junio 2013. Disponível em: www.revistas.unam.mx/index.php/rcj/article/download/40795/37127. Acesso em: 05 jan.2016.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e Crítica no Constitucionalismo na América Latina. In: **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, Curitiba, PR: ABDConst., 2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. Pluralismo Crítico e Perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina, In WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (Org.) **Constitucionalismo Latino Americano: Tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura de direito**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Historia do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015a.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A Judicialização da Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**. Número 6, Ano 4, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/a04v4n6.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2016.