PRISCILA AKEMI BELTRAME

**A EFICÁCIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A
RECONSTRUÇÃO INSTITUCIONAL EM REGIÕES
PÓS-CONFLITO:
CONTRIBUIÇÃO AO MARCO TEÓRICO DA RECONSTRUÇÃO DE
SISTEMAS DE JUSTIÇA**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Calixto Salomão Filho

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO, JANEIRO DE 2011

**A EFICÁCIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A
RECONSTRUÇÃO INSTITUCIONAL NAS REGIÕES
PÓS-CONFLITO:
CONTRIBUIÇÃO AO MARCO TEÓRICO DA RECONSTRUÇÃO DE
SISTEMAS DE JUSTIÇA**

Candidata: Priscila Akemi Beltrame

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo como requisito
parcial para a aprovação no Programa de Pós-
Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos sob
orientação do Prof. Dr. Calixto Salomão Filho.

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO, JANEIRO DE 2011**

Banca Examinadora:

“Uma transformação profunda dos modos de
conhecer deve estar relacionada, de uma maneira
ou doutra, com uma transformação igualmente
profunda dos modos de organizar a sociedade”
(Boaventura de Sousa Santos, 2005)

“Se você quer paz, trabalhe pela justiça”
(Papa Paulo VI)

“O mundo assenta-se sobre três pilares:
a verdade, a justiça e a paz”.
Talmud

*Dedico este trabalho à minha filha Cecília,
meu marido, Cristiano, e a meus pais,
Maria e Deonil*

AGRADECIMENTOS

Gostaria de deixar registrado meu breve, mas indispensável, agradecimento às pessoas que colaboraram para que este trabalho fosse concluído. Meus agradecimentos:

Ao Prof. Dr. Calixto Salomão Filho, pela oportunidade da pesquisa e orientação no percurso até a conclusão desta dissertação;

Aos membros e bolsistas do SYLFF – *Sasakawa Young Leaders Fellowship Fund*, pelo apoio e acompanhamento durante o último ano de elaboração desta dissertação e à Fundação Carlos Chagas, pela valorização e apoio à pesquisa na área de direitos humanos;

Aos Professores Kazuo Watanabe e Carlos Alberto de Salles, pelas cuidadosas observações e enriquecimento que proporcionaram na finalização do trabalho;

Aos colegas do *Avocats Sans Frontières*, nas pessoas de George Mukatt, Pablo Lassalandra e Sophie Arena, do PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento do projeto para o Fortalecimento do Sistema de Justiça em Timor Leste, na pessoa de Hazem Galal e da UNMISSET – *United Nations Mission in East Timor*, na pessoa de Miriam Estrada, e principalmente, aos Defensores e Defensoras Públicas de Timor Leste, juntamente com os consultores internacionais Pedro Andrade (Cabo Verde) e José Fernando Latorre (Brasil), com quem tive as mais ricas experiências em capacitação para uma justiça comunitária.

Aos colegas Ingrid Leão, Daniela Gabbay, João Daniel Rassi, Paulo Eduardo Silva, Adriana Aparício Biller e André de Godoy Fernandes, grandes pesquisadores, de quem obtive auxílios de diferentes ordens e que fizeram sentir que não estava sozinha ao longo do trabalho.

À Maria Helena Guedes Crespo e Deonil Beltrame cuja leitura cuidadosa me ajudou a ver o que já nem conseguia mais ler.

Ao Cristiano, meu marido, pela leitura, apoio e companhia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1 ACESSO À JUSTIÇA	8
1.1 Direitos Humanos e o Acesso à Justiça.....	8
1.2 Acesso à Justiça: mecanismos tradicionais e estatais	17
1.3 Teorias sobre o Acesso à Justiça.....	25
1.4 Os serviços para o acesso à justiça.....	28
CAPÍTULO 2 RECONSTRUÇÃO DE NAÇÕES	34
2.1 Reconstrução de Nações e pobreza	34
2.2 Reconstrução e Desenvolvimento	41
2.3 Análise de caso: Afeganistão e o sistema de justiça pós-conflito.....	51
2.4 Análise de caso: Timor Leste e o sistema de justiça pós-conflito.....	83
CAPÍTULO 3 RECONSTRUÇÃO DE NAÇÕES E OS SISTEMAS DE JUSTIÇA	103
3.1 A situação dos direitos humanos e do acesso à justiça nos Estados pós-conflito ..	104
3.2 Reconstrução dos Sistemas de Justiça	112
3.3 Justiça de Transição e expansão do acesso à justiça.....	124
3.4 Acréscimos à teoria da assistência judiciária e contribuição da justiça tradicional	135
CONCLUSÃO.....	150
BIBLIOGRAFIA	158
RESUMO.....	176
RÉSUMÉE.....	177
ABSTRACT.....	178
ÍNDICE ANALÍTICO	179

INTRODUÇÃO

I

Os processos de justiça de transição são terrenos férteis para a verificação da teoria do acesso à justiça e dos aparelhos de solução de conflitos integrada à reinvenção das instituições de um país. Cada vez mais, as missões de paz das Nações Unidas e os esforços de cooperação internacional tem integrado em seu mandato e propósito temas relacionados à justiça de transição como um sistema que favorece a estabilidade nacional e, nesse sentido, os mecanismos de justiça¹.

Do ponto de vista jurídico, pretendemos compreender como esse processo se dá no âmbito de suas estruturas, partindo do pressuposto de que é na sua construção que se corporificam os valores erigidos para este remodelamento político. Isso sem perder de vista o contexto dominado pela extrema pobreza dificultando a participação popular na montagem de novas estruturas e o empoderamento² do processo de desenvolvimento. Este mesmo contexto de debilidade institucional é marcado por falhas nos processos de

¹ Missões como a de Kosovo e de Timor Leste são emblemáticas, neste sentido, pois passaram a agregar a própria administração transitória do país entre os seus objetivos. A partir de então, novas missões, como a do Haiti, Afeganistão e Iraque seguiram o mesmo curso.

² A expressão empoderamento é uma tradução de *empowerment* do inglês. Não encontramos expressão em português que confira o mesmo significado, além de ela estar presente em diversas obras publicadas no país desta forma (conforme textos inclusive citados no presente trabalho). Assim, optamos por cometer o anglicismo e manter a expressão ao invés de perder sua força expressiva com outra que se assemelhasse mas não servisse para precisar o conceito. Significará, assim, dotar de poder, competência e consciência suficiente para o exercício das escolhas.

reconstrução de nações: segundo estudo do Banco Mundial (2002), em pelo menos 50% dos casos, os conflitos armados voltam a ocorrer.

Do ponto de vista dos direitos humanos, trata-se de reprogramar a concentração de vantagens sociais que reproduzem o poder econômico no sentido de que o Estado seja um grande gestor de redistribuição de oportunidades sociais (SALOMÃO FILHO, 2003).

II

O recorte teórico que pretendemos dar para enquadrarmos o tema é o da justiça de transição integrada com o acesso à justiça como ferramentas essenciais no processo de reconstrução dos Estados e de institucionalização da Justiça. Embora o dimensionamento da justiça de transição esteja vinculado excessivamente ao funcionamento de tribunais de guerra ou, mais recentemente, às comissões de verdade e reconciliação, fato é que o tema é mais abrangente e em última instância trata da “concepção de justiça associada com períodos de mudança política, caracterizada por respostas legais para confrontar os erros de regimes repressivos anteriores” (ROTH-ARRIAZA; MARIEZCURRENA, 2007, p.7)³. Numa concepção abrangente, como a que adotamos, faz parte do conceito de justiça de transição a instauração de um sistema jurídico nos países que passaram por conflito que contribua para a fixação de parâmetros legítimos do Estado de Direito e que, não apenas cuide do processamento das violações de direitos havidas no período de instabilidade política, mas sobretudo que permita o funcionamento permanente de sistemas de justiça para toda a população que deles necessite. Neste sentido, o funcionamento do sistema de

³ Faremos a tradução de algumas passagens que no original estavam em inglês para que a leitura seja mais fluida.

justiça tem sido um aspecto central na redefinição da organização do poder estatal, embora reduzido em sua dimensão para referir-se simplesmente a acesso ao Judiciário⁴.

A expressão “reconstrução de nações”, utilizada na tradução de *nation building* em voga na literatura das relações internacionais, contém a imprecisão de seus termos, uma vez que nação não é produto de uma construção, mas decorrente de sua formação histórica. Desta forma, ainda que imprecisa, ela constará do presente trabalho por sua consagração, referindo-se ao processo de redefinição de estruturas e formas de funcionamento estatal de um país ou região precedido por conflitos ou guerras internas.

III

O tema do acesso à justiça de transição associado à reconstrução de sistemas de justiça tem merecido cada vez mais a atenção da comunidade internacional pelo potencial estabilizador que a estruturação da Justiça possui⁵. Conforme a sociologia jurídica retrata, “o tema do acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre a igualdade jurídico-formal e a desigualdade sócio-econômica. No âmbito da justiça civil, muito mais propriamente do que no da justiça penal, pode falar-se de procura, real ou potencial, da justiça” (SANTOS, 2005, p. 167).

⁴ Sobre esta limitação, já se posicionava Kazuo Watanabe: “A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*”. (1988, p. 128, grifos no original).

⁵ Conforme retratado no relatório Rule of Law Tools for Post-conflict States: Monitoring the Justice Sector: “done properly, rule-of-law reform will take years and require significant funding, but much less than military operations. Without rooting respect for human rights and the capacity to prevent violations in local institutions, all the money and effort expended by peacekeeping operations will be wasted. Spreading the rule of law and deepening respect for human rights are now seen not only as the right thing to do, but also as central to durable international peace and security in the post-cold war world” (UNHCHR, 2006a, p.4).

Pretendemos compreender criticamente, assim, de que forma as instituições de transição da justiça tem sido montadas de forma a revelar de fato uma capacidade de integrar a sociedade por meio do franqueamento do acesso à justiça, garantia de direitos humanos inscrita em tratados internacionais, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU de 1966.

IV

O acesso à justiça tem sido tratado nas democracias consolidadas ou recém implantadas e possuem um significado simbólico e outro efetivo, de fornecimento de um meio estatal de resolução dos conflitos, ao mesmo tempo em que ele não serve para alterar a configuração das estruturas de poder. Pergunta-se: “como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam” (CAPPELLETTI; GARTH, 2008, p. 8). Todos os regimes transitórios incluem em seu decálogo de princípios ou ações políticas o desenvolvimento de sistemas que garantam o acesso à justiça, corolário lógico do Estado de Direito.

Não se trata apenas do acesso aos mecanismos de julgamento do Estado simplesmente, a mera admissão formal aos tribunais, mas, para a efetivação do direito invocado, é imprescindível que seja promovido o acesso a uma “ordem jurídica justa” (WATANABE, 1988 e 1996). O sistema judiciário caracteriza-se como sendo o sistema pelo qual “as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (WATANABE, 1988, p. 8). Pretendemos investigar, nesse sentido, de que forma os contextos pós-conflito estão aparelhados ou estão se aparelhando para oferecer esta garantia de acesso material à

justiça, estabelecendo uma relação entre desenvolvimento e acesso à justiça num marco referencial da teoria aplicada.

V

Busca-se expandir a discussão dos direitos humanos para estruturas que lhes confirmem efetividade no contexto social. O acesso à justiça é um dos elementos chave para o exercício da cidadania, como uma conquista possível, na expressão de Hannah Arendt, do direito a ter direitos (2004), uma vez que os direitos de igualdade e os direitos de reivindicá-los são conquistas da humanidade e não dados simplesmente.

É dever do Estado e da comunidade nacional buscar a efetivação desta garantia⁶. Neste sentido, adotamos uma abordagem crítica à tendência atual de se exportar estruturas jurídicas para outros países, outros contextos culturais e históricos, certo que o direito é um dos fenômenos sociais mais apegados ao seu contexto. Quando o elemento precípua desta transposição de sistemas é a garantia do acesso à justiça, esta deverá ser vista em termos originais em uma dada sociedade, respondendo às necessidades específicas de uma comunidade, permitindo uma adesão competente às estruturas sociais.

Por mais que se chegue a uma estrutura operante, muitas vezes a realização do direito não se verifica. “O sistema tem a capacidade de mudar muito ao nível do ordenamento sem que isso corresponda a mudanças na prática diária da distribuição de vantagens tangíveis. Na realidade, a mudança de regras pode tornar-se um substituto

⁶ Sobre a previsão da garantia do acesso à justiça no direito internacional, confrontar o art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, complementado pelo Comentário Geral nº 13 do Comitê de Direitos Humanos e também discutido no exame dos relatórios nacionais (Graefrath contra Islândia e Summary Record 177, par. 50; caso Graefrath contra Bielorrússia, Summary Record 221 par. 31, caso Vicent-Evans contra Colômbia, Summary Record 439 par. 44). Os informes dos países também podem ser acessados no site <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/index.htm>>. Acesso em: 10/01/10.

simbólico para a redistribuição de vantagens” (GALANTER, 1974, p. 58). É na efetiva promoção das garantias ao nível da população que desconfiemos da trasladação simples de sistemas jurídicos que se apeguem mais à forma do sistema do que à qualidade do serviço prestado à população, a que chamamos de acesso à justiça.

VI

O presente trabalho divide-se em três capítulos, de acordo com as grandes linhas orientadoras do nosso estudo: o primeiro sobre o conceito de acesso à justiça, sua evolução e os sistemas de garantia. Elaborados os conceitos e definidos os parâmetros em que o acesso à justiça deverá ser tratado, o tema passa a ser problemático a partir de quando ele é confrontado com um contexto pós-conflito. A partir daí, o acesso à justiça se depara entre o projeto que motivou a implantação dos sistemas de justiça e sua efetivação prática, buscando realizar o binômio método-resultado, para se verificar em que medida este processo gera o empoderamento dos atores jurídicos. Se Voltaire disse que a mais bela função da humanidade é administrar a justiça, sem dúvida que a mais desumana função é a de deixar de permitir o acesso à justiça aos seus cidadãos.

Esta perspectiva é enfrentada no segundo capítulo, quando analisamos o “modelo de exportação de modelos” para as políticas internacionais de reconstrução de estados pós-conflito. Neste caso, adotamos o modelo de justiça como paradigma para nossa análise e enfocamos o tema no contexto dos processos de reconstrução de Estados como uma das práticas recentes nas relações internacionais que requerem uma análise mais aprofundada pelas características próprias dos países que sofrem estas intervenções, assim como pela forma como esta atuação vem sendo conduzida. Em seguida, analisamos a situação dos sistemas jurídicos de dois países que passaram por conflitos na última década, numa

abordagem integrada dos elementos relacionados ao processo de reconstrução de nações, sistema de justiça, empoderamento pelas forças locais e perspectiva de desenvolvimento.

O terceiro capítulo é dedicado ao tema do acesso à justiça sob a perspectiva dos direitos humanos, e dos sistemas de justiça nos países pós-conflito. Analisamos a situação dos direitos humanos, apresentando as diversas formas em que eles são contemplados formal e materialmente, os sistemas de justiça de transição como prática recente, complexa e dinâmica, e os novos rumos que apresentamos como orientações a serem seguidas para a prática da justiça comunitária e inclusiva.

Nossa análise abordará a reconstrução da justiça nas regiões pós-conflito sob a ótica da garantia do acesso à justiça e empoderamento legal dentro da teoria da justiça de transição. Buscaremos, assim, lançar bases para a adoção de práticas que envolvam cada vez mais a participação da comunidade na administração da Justiça, por meio das técnicas alternativas de resolução de conflitos, mas, sobretudo, pelo que a participação popular agrega “em termos de credibilidade e principalmente o do sentido pedagógico (...), propiciando o espírito de colaboração” (WATANABE, 1988, p. 133)⁷.

Essa é a nova orientação que buscamos para o enfoque dado à justiça de transição, renovando os conceitos de acesso à justiça pelo diálogo que se pretende buscar com a população que sobreviveu e sobrevive a um estado pós-conflito em que as perspectivas de conflito ainda são latentes.

⁷ Acrescenta o autor, que, por meio de técnicas *deformalizadas* (com maior informalidade) e *delegalizadas* (menor legalismo e solução de conflitos, em certos casos, por meio da equidade), obtém-se uma maior aderência da Justiça à realidade social. Sua eficácia seria mais divulgada na população e esse tipo de serviço se dedicaria principalmente à orientação e informação.

CAPÍTULO 1 ACESSO À JUSTIÇA

O presente capítulo busca a compreensão dos fundamentos da teoria do acesso à justiça, identificando-o como um direito fundamental e abrangido pelos direitos humanos. Desta forma, apresentaremos as bases nas quais os sistemas de justiça têm sido criados e promovidos e refletiremos de que forma eles contribuem para o desenvolvimento de estruturas estáveis e redistributivas sociais, bem como sobre seus limites.

1.1 Direitos Humanos e o Acesso à Justiça

1.1.1 Conceito

O acesso à justiça é tratado dentro do direito processual civil, mas concentra elementos de toda ordem existencial humana na sociedade. Para além do processo, o aperfeiçoamento da garantia requer o aprimoramento das situações que respaldam os novos direitos sociais e econômicos⁸, mas que escapam da nossa análise, embora o direito possa, de forma criativa, inovar os mecanismos jurídicos para alargar as portas para as demandas dos cidadãos.

⁸ A este respeito, acrescenta Luciana Morales, “nesta nova perspectiva, o movimento do acesso à justiça é tratado como um problema político, social, econômico e cultural, e não apenas como um problema pontual do Poder Judiciário. Ou seja, busca-se atingir os diversos escopos da jurisdição para a consecução desta nova visão do processo civil” (2006, p. 51).

O acesso à justiça é definido por Cappelletti e Garth como “o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8). Formalmente tratado, ele em si não materializa as garantias da igualdade de acessibilidade e de resultados social e individualmente justos.

O conceito formal é permeado pela teoria das ondas renovatórias do acesso à justiça, “entendida como um método da ciência processual no qual toda aplicação e formação do processo civil é alterada substancialmente, no sentido de que o processo seja fonte de participação democrática das partes e a tutela jurisdicional obtida através do mesmo seja justa, útil e efetiva” (MORALLES, 2006, p. 51). Conforme construção teórica elaborada por Watanabe (1988), o conceito de acesso à justiça evoluiu à medida que a presença do Estado na sociedade também evoluiu segundo duas perspectivas.

A primeira perspectiva trata do acesso à justiça como possibilidade de ingresso em juízo para defesa dos direitos, por meio do direito de ação (princípio da inafastabilidade da jurisdição). Esta visão coaduna-se com a visão do Estado liberal, no qual a enunciação dos direitos é o limite de intervenção do Estado. A segunda perspectiva diz respeito ao acesso à justiça como o “acesso a uma ordem jurídica justa”, caracterizado “como uma ordem de valores e direitos selecionados pela sociedade que permitam a realização do ideal de justiça social, oportunidades equilibradas aos litigantes, participação democrática e tutela jurisdicional efetiva” (MORALLES, 2006, p. 52). Consagra-se, assim, uma nova visão de Estado, o Estado social e democrático⁹.

⁹ Nas palavras de Paulo Bonavides, “nesse momento, em que se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, ocorre, sob distintos regimes políticos, importante transformação, bem que ainda de caráter superestrutural. Nasce, aí, a noção contemporânea de Estado social” (2007, p. 185). Marcelo Neves trata deste tema dentro do conceito de desenvolvimento da cidadania, com um novo impulso nos “quadros do Estado Democrático e Social de Direito, que trouxe consigo a positivação dos direitos

Fato é que os problemas sociais não nascem da falta do acesso à justiça, nem terminam com ele, mas nele se entrecruzam e a falta de equacionamento perpetua a desigualdade do sistema social e jurídico.

1.1.2 Direitos humanos e aspectos sociológicos

A inclusão do tema do acesso à justiça no quadro de políticas públicas e prioridades das políticas de justiça sempre esteve ligado à visão que orientava a forma como este acesso seria colocado à população. Nos seus primórdios, a garantia do acesso à justiça era vista como um direito formalmente reconhecido e, considerado natural, não dependia de uma ação afirmativa do Estado para sua fruição. Portanto, a posição do Estado em relação a esse direito era passiva, intervindo somente em casos desse direito ser infringido por outra parte. A chamada “pobreza no sentido legal” não era preocupação do Estado do *laissez-faire*, garantindo-se uma igualdade formal típica dos sistemas jurídicos pós Revolução Francesa que não necessariamente se refletia em igualdade material. “De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação” (CAPPELLETTI, 1988, p. 11), uma vez que a proteção processual é o mecanismo oficial para se garantir um direito.

O início desse debate social e jurídico foi marcado pela preferência a uma visão normativista do direito em detrimento de uma visão institucional e organizacional e, dentro daquela, na prevalência do direito substantivo em detrimento do direito processual,

sociais, a intervenção compensatória na estrutura de classes e na economia, a política social do Estado e a regulamentação jurídica das relações familiares e educacionais” (2008, p. 180).

dominando o século XIX. Este pressuposto de consagração do direito sem dar-lhes os atributos necessários para sua realização deixava o direito à margem das camadas populares e de seu potencial empoderador.

O que caracterizava o direito das sociedades capitalistas e o distinguia do direito das sociedades anteriores, segundo Weber, era construir um monopólio estatal administrado por funcionários especializados segundo critérios dotados de racionalidade formal, assente em normas gerais e abstratas, aplicadas a casos concretos por via de processos lógicos controláveis, uma administração em tudo integrável no tipo ideal de burocracia por ele elaborado (RHEINSTAIN, 1967). A partir daí, nota-se a discrepância entre o que Boaventura Sousa Santos (2005) chamou de direito formalmente vigente e o direito socialmente eficaz, a célebre dicotomia *law in books/ law in action* da sociologia jurídica americana; as relações entre o direito e o desenvolvimento sócio-econômico ao que ele considerou como sendo o papel do direito na transformação modernizadora das sociedades tradicionais.

A sociologia, portanto, passou a se interessar pela questão dos processos nos tribunais, nos litígios e prevenção, mecanismos de condução das disputas, passando a ocupar-se menos dos enunciados dos direitos substantivos para estudar o mecanismo do processo e suas instituições, tendo em vista a eficácia que estes podem ter na confirmação de comportamentos sociais. No que bem identifica Santos (Ibidem), a igualdade dos cidadãos perante a lei passa a ter que conviver com a desigualdade da lei perante os cidadãos, uma situação que se reflete na disfunção da fruição do direito e do acesso à justiça por parte de diferentes classes sociais.

Diversos estudos sobre a acessibilidade têm mostrado que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é maior quanto mais à margem da sociedade o

cidadão se encontra, não somente economicamente, mas social e culturalmente¹⁰. Esse tipo de preocupação tem sido central na sociologia do direito, ou seja, a investigação dos fenômenos sociais estruturais que afastam tantas pessoas de buscar formas de validar seus direitos.

Defendemos, tal como Freire (2006), que o acesso à justiça é um direito humano e potencial elemento de redução da pobreza por promover condições de eficácia dos direitos civis, sociais e econômicos. Enquanto não houver amplo acesso a uma justiça efetiva e de qualidade, a democracia está em risco e não há condições de se promover o desenvolvimento¹¹. Sustenta-se que, ao denegar o amplo acesso à justiça, o Estado estaria contribuindo aos elevados padrões de conflituosidade social. O que se verifica na observação de Hannah Arendt (1994b), em sua obra, *Sobre a violência*, citada por Freire, é a existência de uma distinção entre poder e violência: eles não são somente distintos entre si, mas são também inversamente proporcionais, pois quanto mais poder um governo exerce, menos violência necessita empregar; quanto mais violento for um governo, menos poder possui. Desta forma, a violência é um instrumento de atuação ligado à ineficácia instrumental e simbólica do Estado.

Sem dúvida que no âmbito da sociologia jurídica, a presença de instrumentos adequados à administração e resolução de conflitos, em grande medida auxilia o Estado na prevenção e controle da violência, com aumento da credibilidade no sistema jurisdicional formal combinado com sistemas informais. A crise de credibilidade tem sido a grande

¹⁰ Caplowitz (1963) reconheceu que quanto mais pobre o consumidor, maior é a probabilidade de ele desconhecer os seus direitos de compra. Além do que tem menos estímulo para demandar em juízo.

¹¹ É bem certo que o conceito de desenvolvimento, a partir da década de 90, ganha um novo contorno com a publicação do *Human Development Report 1990: Concept and measurement of human development* (UNDP, 1990), uma vez que a variável econômica deixa de ser a variável suprema para a aferição do desenvolvimento social e passa-se a considerar o desenvolvimento como a condição social em que o ser humano pode agir de acordo com suas escolhas, passando a ter maior opção por elas, privilegiando um desdobramento do conceito de liberdade a significar “desenvolvimento humano”.

responsável pelo aparecimento de mecanismos paraestatais violentos, sendo imperioso a reflexão sobre instrumentos alternativos de administração de conflitos que operem no âmbito comunitário, a mediação comunitária, ou as ADR (*alternative dispute resolution*) ou a micro-governança da justiça.

Em estudo sobre democratização e cidadania na América Latina, citado por Slackmon e Oxhorn, afirma-se que a falta de acesso às instituições formais do sistema judiciário, o apoio popular generalizado a medidas autoritárias de controle social, violência policial, impunidade, corrupção, justiça de favela, esquadrões da morte e justiceiros foram predominantes e abriram o caminho para a consolidação não do Estado de direito democrático, mas do “desestado de direito”. Esta expressão intrigante, cunhada por Mendez, O’Donnel e Pinheiro (2006), refere-se ao atual estado de “violência sem lei” perpetrado tanto por atores estatais como atores sociais, indicando uma abdicação da autoridade democrática.

Vive-se o descompasso dos direitos adquiridos com a democratização política pela convergência dos instrumentos internacionais de direitos humanos e dos instrumentos nacionais, constitucionais, com a efetivação dos direitos enunciados. Os mecanismos alternativos pretendem ser formas de obtenção de justiça que substitua a vingança privada ilícita e a segurança privada, conferindo meios legítimos, horizontais, de resolver problemas ao nível das comunidades. Na maioria dos países da América Latina, o sistema judiciário e a política tendem a reproduzir desigualdades socioeconômicas existentes, negando o princípio fundamental da igualdade entre cidadãos perante a lei¹².

¹² Para maiores aprofundamentos sobre política de justiça e desigualdade, ver Eckstein e Wickham-Crowley (2003), O’Donnel e Pinheiro (1999), Holton e Caldeira (1998).

1.1.3 Crise do Estado do Bem-Estar Social e implicações no afluxo de demandas

O estudo do percurso do acesso à justiça faz-nos compreender de que forma as diversas estruturas de políticas sociais que conhecemos foram se desenvolvendo ao longo do processo histórico de cada sociedade. Enquanto nos países capitalistas centrais o discurso do acesso à justiça estava ligado à expansão do Estado do Bem-Estar Social e à busca de caminhos que tornassem efetivos os novos direitos conquistados, principalmente a partir dos anos 60 pelas minorias étnicas e sexuais, na grande maioria dos países periféricos o que se buscava eram mecanismos que refletissem a própria necessidade de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso, por várias razões, como a tradição liberal-individualista, a marginalização sócio-econômica ou a exclusão político-jurídica provocada por regimes de exceção (JUNQUEIRA, 1996).

A difusão do acesso à justiça será desenvolvida de formas diferentes conforme o contexto que, neste momento, reduzimos a dois: individual, aquele que visa difundir o acesso quando se identifica a crise do Estado do Bem-Estar Social por sua sobredimensão, buscando soluções que funcionem e tratem do problema em nível individual (por meio de agências estatais ou não-estatais, formais ou informais, para resolução de conflitos interpessoais); coletivo, que visa à promoção do acesso coletivo à justiça, identificando a partir dos anos 80, na América Latina, os direitos coletivos e difusos, o interesse diluído numa categoria ou na sociedade, ou medidas que tenham por escopo beneficiar uma coletividade indefinida.

Como se sabe, a ampliação do Estado do Bem-Estar Social gera uma afluência econômica e requalifica cidadãos que por sua condição social estavam fora do ciclo de direitos, alterando o equilíbrio e a forma de poder entre indivíduos, de um lado, e litigantes mais ou menos organizados de outro, tais como empresas ou o governo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 68). Assim, com a consolidação desta política de Estado, consegue-se a expansão dos direitos sociais e, por consequência, a integração das classes trabalhadoras nos circuitos do consumo anteriormente fora do seu alcance. “Essa integração, por sua vez, implicou que os conflitos emergentes dos novos direitos sociais fossem constitutivamente conflitos jurídicos cuja dirimição caberia em princípio aos tribunais, litígios sobre a relação de trabalho, sobre a segurança social, sobre a habitação, sobre os bens de consumo duradouros, etc.(...). Tudo isso resultou uma explosão de litigiosidade à qual a administração da justiça dificilmente poderia dar resposta” (SANTOS, 2005, p. 166).

Seguem-se a isso os sucessivos acontecimentos da década de 70, com a conseqüente recessão em função da crise do petróleo e do sistema financeiro internacional, com a redução progressiva dos recursos do Estado e sua crise financeira. Este choque de capacidade, dando condições sociais para se criar a demanda e logo em seguida reduzindo a capacidade estatal para atendê-las, deixou visível a incapacidade do Estado para atender à demanda crescente pelos serviços da justiça.

Com efeito, com a constitucionalização dos direitos sociais e econômicos em constante expansão, ao lado do desenvolvimento do Estado do Bem-Estar Social, abriu-se espaço público para a luta pelo acesso à justiça, identificando-se que a denegação de um direito social sem seus respectivos mecanismos de garantia transformá-los-ia em meras declarações políticas¹³.

¹³ Para Boaventura Sousa Santos, “uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e funções

Trata-se de um movimento em expansão que a estas alturas já não se resume à defesa dos interesses imediatos das camadas pobres, mas também da classe média afastada das formas de reivindicar seus direitos e da defesa dos interesses difusos e coletivos. Neste contexto, surgiram instituições de advocacia do interesse público mantidas por diversas organizações civis, como associações ou fundações ou do Estado, além de reformas importantes no processo civil, sobretudo com a ampliação do conceito de legitimidade e do interesse de agir, pertinente a todas as demandas judiciais.

Nesta situação, em que a existência do direito se obvia, assim como a falta de mecanismos para reivindicá-los, a crise do acesso à justiça bate à porta e passa a ser emergente a necessidade de estruturas que facilitem sua defesa.

mistificadores. Daí a constatação de que a organização da justiça civil, em particular, a tramitação processual, não podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra (...)” (2005, pp. 167-168 ss).

1.2 Acesso à Justiça: mecanismos tradicionais e estatais

1.2.1 Acesso à justiça em comunidades tradicionais

A antropologia social aplicada ao direito ofereceu grandes contribuições ao seu estudo por trazer à análise jurídica sistemas de administração de justiça de comunidades tradicionais, ou sistemas de resolução de conflitos, nos casos em que a noção de justiça não equivale à do direito ocidental. Pode-se, assim, conhecer sistemas em funcionamento em sociedades como na África Central/Austral, Sudão, África Ocidental, por estudos dos sociólogos Van Velsen (1964), Evans-Pritchard (1969), Bohanna (1957), entre outros, de grande relevância para conhecermos modalidades específicas de resolução de conflito.

Estas abordagens permitiram que se conhecessem formas de direito e padrões de vida e relações jurídicas totalmente distintas daquelas conhecidas, vividas e exportadas pelas sociedades ocidentais. Conforme Boaventura Sousa Santos (2005) identifica, trata-se de um direito ou de formulações jurídicas com baixo grau de abstração, discerníveis apenas na solução concreta de litígios particulares, direitos com pouca ou nula especialização em relação às restantes atividades sociais; mecanismos de solução de litígios caracterizados pela informalidade, rapidez, participação ativa da comunidade, conciliação ou mediação entre as partes, por um discurso jurídico retórico, persuasivo, fundado na linguagem comum, não técnica. Especialmente, foi identificada a convivência, nestas sociedades, de uma pluralidade de direitos simultaneamente interagindo com suas diversas formas. O complexo jurídico, portanto, parece carecer de uma ordem natural, estável e sólida, o que causa estranheza aos nossos parâmetros de concepção do direito e de sua função na ordenação da sociedade.

Estes estudos tiveram por referência não a análise da norma, mas do litígio, e por orientação teórica do pluralismo jurídico, inclusive tendo por substrato organizações sociais ocidentais já habituadas com a análise de mecanismos de resolução jurídica informal de conflitos e atuando à margem do direito estatal e seus tribunais (SANTOS, 2005). Santos nos traz dois exemplos a ilustrar o fenômeno do pluralismo jurídico: os conflitos entre produtores e comerciantes de automóveis nos EUA, cuja solução é obtida de modo informal e sem a intervenção de mecanismos normativos oficiais e da intervenção dos tribunais, tendo em vista o objetivo de não criar rupturas entre as partes, pois o que se procura é a continuidade da relação entre elas e a retirada principalmente de dispositivos pesados sancionatórios da relação. Em segundo, os estudos realizados por este sociólogo português em favelas do Rio de Janeiro quando ele conviveu e identificou a existência em bairros urbanos de um direito informal não oficial, não profissionalizado, localizado nas associações de moradores, que funcionava como instância de resolução de litígios entre vizinhos, principalmente sobre temas como habitação e propriedade da terra (SANTOS, 1974 e 1977).

Concluiu, assim que, o Estado contemporâneo não tem monopólio da produção e distribuição do direito. Muito embora o direito estatal seja o modelo de juridicidade dominante, até porque tem meios de repressão e de declaração de antijuridicidade que nenhum outro sistema possui de forma tão organizada (polícia judiciária, polícia federal, sistemas centralizados e cruzados de informação, etc.), este sistema principal coexiste com outros modos de juridicidade, que são os modos de se dizer o direito e, portanto, um fenômeno social mais do que formal, em relação a direitos que se articulam de modos distintos.

Roberts e Palmer igualmente identificam a variação de formas de resolução de conflitos e distribuição de justiça conforme a sociedade de que se está tratando. Assim, desde o início de sua obra e ao longo dela, afirmam e analisam de que forma a natureza das

contendas, as respectivas respostas e os remédios processuais são “informados inevitavelmente por valores sociais e até mesmo por identidade cultural” (2008, p. 1). Sociedades tradicionais, por exemplo, dão muito valor ao casamento e à família, como condição social de manutenção da pessoa no seio de uma comunidade. Na sociedade timorense, por exemplo, toda a família deve contribuir com a festa de casamento, além de pagar o dote à família da mulher (*barlaki*). Assim, um conflito marital que poderia ter como solução a separação, essa solução com muito mais dificuldade poderia ser aplicada nestas sociedades.

Essas análises tendem a conduzir a uma reflexão mais aprofundada dos sistemas em aplicação, pois oferecem uma base comparativa não só para vermos nossas eficiências, mas também encontrarmos formas de melhorar os diferentes sistemas de distribuição do direito. Neste sentido, enfatiza-se o papel dos juízes na apreciação da prova e na condição do processo orientado mais pela oralidade, da concentração e da imediação, com a criação de um tipo de relação mais horizontal e mais informal entre as partes. Este modelo foi aplicado no conhecido “Modelo de Stuttgart”, que envolve as partes, advogados e juízes num diálogo aberto e ativo sobre os fatos e o direito. Uma das características mais importantes deste procedimento é que após o diálogo, os juízes se retiram da sala e voltam com uma proposta de sentença, que é discutido entre as partes e, num formato aberto, as partes podem ainda optar por uma composição amigável. Esse procedimento resulta em um terço de apelações que seriam normais nos processos do rito comum, além de que 75% terminam no espaço de seis meses, quando apenas 40% terminariam neste período nos demais tribunais. Este sistema encontra-se detalhado no vol. II da série do Projeto Florença.

1.2.2 A dificuldade de acesso pelos mecanismos estatais

As formas de exercício do direito de acesso à justiça encontram dificuldades naturais que iremos cuidar neste momento do estudo. Assim, trazemos abaixo algumas reflexões sobre as dificuldades que em geral são encontradas tanto para reivindicação dos interesses clássicos, individuais, quanto para promover a defesa dos interesses coletivos.

Primeiramente, utilizamos um esquema elaborado por Felstiner, Abel e Sarat (1981) sobre os estágios da litigância, que apresenta os mecanismos pelos quais um dano jurídico causado pelo poder público torna-se um caso judicial, enfatizando as diversas barreiras para que se use o serviço judiciário com eficácia.

São, portanto, os estágios da litigância, os seguintes:

Dano Jurídico: A percepção por um indivíduo ou grupo de alguma ação ou omissão de algum agente público que cause dano ou prejuízo. Alguns exemplos podem ser a extorsão policial que sofrem residentes ou moradores de assentamentos urbanos irregulares, uma decisão governamental que permite o crescimento urbano em áreas rurais violando leis de planejamento urbano, a exigência de favores sexuais em troca de emprego público, ou a existência de poluição industrial não fiscalizada em área urbana.

Denominação: Uma vez percebida a conduta gravosa, em seguida deve-se identificá-la de forma explícita a orientar a possível causa de pedir de uma demanda judicial. Este passo depende tanto da consciência do ilícito realizado como dos instrumentos legais suficientemente claros para subsidiar a dedução da demanda.

Acusação: Este passo é o da identificação de quem cabia a responsabilidade por evitar o dano ou por tê-lo causado. Neste sentido, o conhecimento da lei aplicável pode ser essencial na identificação dos responsáveis, guiando a busca da parte contrária na demanda judicial.

Pedido: Definidos os passos anteriores, é neste momento que se bate à porta do poder judiciário efetivamente e a partir de agora a construção da demanda se fará nos termos jurídicos aptos a serem submetidos à análise judicial. Mais uma vez, tanto quanto nos anteriores, a dificuldade financeira de suportar os custos pode ser fundamental para impedir que o dano chegue a ser formalmente deduzido no judiciário.

Sucumbência: Uma vez apresentado formalmente o pedido ao tribunal, a vitória de um caso determinando a sucumbência da parte perdedora terá ultrapassado diversas barreiras, como o critério temporal, visto que a decisão pode levar anos ou décadas, a independência do poder judiciário e legalidade e correção dos procedimentos adotados, mas também os custos do processo, judiciais e de honorários, que tornam muitas vezes seu uso proibitivo.

Efetivação: Ainda com uma vitória confirmada pelo tribunal, em todas as instâncias judiciais, muitos casos não chegam a se efetivar pelas dificuldades do processo executório. A Corte Superior de Bangalore, por exemplo, tinha 11.500 demandas judiciais até 1996, a maioria das quais tinha como objeto a falha de agentes governamentais em efetivar as decisões judiciais.

Em uma outra abordagem, mais social do que processual, realizada por Garth e Cappelletti (1988), as principais razões da dificuldade de acesso à justiça são:

- a) as altas custas judiciais, que são indicadas como óbices tanto em sistemas onde não se prevê o reembolso das custas, como no norte-americano, quanto naqueles sistemas de sucumbência, ou também porque os valores das custas ultrapassaria o valor em litígio;
- b) diversas motivações, como não se deparar com uma parte financeiramente mais poderosa, que pode contratar mais e melhores advogados, suportar trâmites de longo prazo;
- c) a desconfiança no sistema judiciário e nos advogados;
- d) a lentidão do trâmite processual

e) aspectos de ordem social, como a melhor instrução, educação, mais acesso à informação e às formas de exercício do seu direito de petição ou de defesa.

f) os interesses difusos, que por serem de todos, também não são de ninguém em especial e a tendência de se deixar o assunto para que seja enfrentado diretamente pelos poderes públicos e canais democráticos¹⁴.

O exame que se fez, por fim, dessas barreiras ao acesso da justiça revelou um padrão para os sistemas jurídicos em geral: os obstáculos são principalmente maiores para demandas de pequenas causas e para autores individuais, sobretudo os pobres; os que demonstram ter vantagens são os litigantes organizacionais, já com hábito do uso do sistema judicial para conseguirem seus interesses.

Esses teóricos desenvolveram o estudo que identificava que o acesso à justiça ocorreria de forma plena segundo a teoria das três ondas, numa metáfora aos desdobramentos que ocorreriam em função do seu desenvolvimento (*access-to-justice movement*). Segundo estes estudiosos, a primeira onda seria representada pela assistência judiciária aos pobres, que, alijados dos recursos econômicos para promover uma demanda, encontrariam nesta modalidade uma forma de aceder ao Poder Judiciário, remunerando-se os advogados particulares ou constituindo uma Defensoria Pública para atender a este direito fundamental. A segunda onda diz respeito ao aparelhamento do sistema para a defesa dos interesses coletivos e difusos. Até a década de 80, não se falava plenamente de mecanismos processuais que conferissem legitimidade à defesa desses interesses coletivos e difusos¹⁵, quando passam a ter um papel significativo e preponderante no cenário

¹⁴ Na maioria dos países de tradição civilista, esta fica sendo uma atribuição do Ministério Público, mas também de entidades associativas das sociedades.

¹⁵ No Brasil, a ação que visa atender esses interesses encontra-se sediada principalmente na Lei de Ação Civil Pública, de 1985, e na nova Constituição Federal, de 1988.

jurídico, como instrumento legal para sua postulação em juízo. Por fim, a terceira onda e de mais difícil aferição trata de um novo enfoque dado à garantia do acesso à justiça.

A terceira onda, de acordo com Barroso (2004), traz uma nova apresentação para o acesso à justiça, afastando o binômio justiça-Poder Judiciário, a exclusividade do judiciário na solução dos problemas jurídicos, com a informalização das agências de resolução de conflitos. Fazem parte desta terceira onda a criação de mecanismos alternativos como a mediação, a arbitragem, órgãos e conselhos de determinadas classes, como consumidores, crianças, idosos, portadores de deficiência etc. Ressalta a existência de mecanismos de prevenção, na tentativa de liquidar o conflito no nascedouro.

Não há dúvida que a Justiça é um sistema seletivo, do qual se socorre dele aqueles que têm condições e superam os diversos obstáculos acima mencionados, deixando vulnerável, inclusive, o próprio sistema de Estado de Direito. Assim tratou Maria Tereza Sadek, Fernão Dias de Lima e José Renato de Campos Araújo no artigo O Judiciário e a prestação de Justiça (2001, p. 41), quando refletem:

Tornou-se lugar comum afirmar que sem uma Justiça acessível e eficiente coloca-se em risco o Estado de Direito. O que poucos ousam sustentar, complementando a primeira afirmação, é que, muitas vezes, é necessário que se qualifique de que acesso se fala. Pois a excessiva facilidade para certo tipo de litigante ou o estímulo à litigiosidade podem transformar a Justiça em uma Justiça não apenas seletiva, mas sobretudo inchada. Isto é, repleta de demandas que pouco tem a ver com a garantia de direitos – isso sim uma condição indispensável ao Estado Democrático de Direito e às liberdades individuais.

Com isso, a capacitação da justiça para o atendimento dos interesses das camadas mais superiores da sociedade afasta-a ainda mais da base social, pacificadora, do direito. Por outro lado, Saldanha, Espínola e Machado enfocam outra questão, qual seja a

difficuldade que reside na separação de pólos teóricos que não dialogam com a prática processual.

Porém a rota de contextualização jurisdicional a ser feita prescinde de análises binárias, que se contentem em contrapor pólos teóricos opostos, sem apontar vetores possivelmente capazes de reaproximar teoria e prática processual. Tal hiato deriva, para além do quadro de crises que se apresenta na contemporaneidade, do que se convencionou chamar de “vícios processuais”. Vícios que são incompatíveis com o chamado exacerbado à jurisdição; visíveis no individualismo e na burocratização que deflagram um fechamento cognitivo e transformam a Constituição apenas num símbolo e, por fim, legitimadores da busca pelo reforço e pela incorporação de virtudes à jurisdição.

A justiça que deixa de ter por vocação sua permeabilidade às reivindicações populares fortalece o sistema de estruturas e superestruturas que dominam o campo do direito como forma de ascensão ou manutenção do poder. Esse é o caso do domínio da ciência processual como ferramenta essencial ao controle das formas de acesso e exercício do direito¹⁶.

¹⁶ A este respeito, remetemos a leitura à tese de doutorado de Frederico de Almeida, 2010, intitulada *A nobreza togada: os efeitos jurídicos e a política da Justiça no Brasil* ao falar da mobilização de conhecimentos jurídicos dispostos na órbita da justiça estatal: “O mais evidente desses conhecimentos especializados parece ser o direito processual, disciplina jurídica que diz respeito diretamente ao funcionamento da justiça estatal e que, no Brasil, vem sendo dominada por um grupo com origem na Escola Processual Paulista (...), responsável pela construção de uma teoria processual consagrada e compartilhada (ainda que como referência para a crítica) por outras escolas. Entretanto, o poder do grupo dos especialistas não decorre apenas da repercussão de sua teoria processual na doutrina jurídica e na produção acadêmica, mas especialmente de seu acesso privilegiado ao processo legislativo brasileiro e à produção de normas de direito processual que basicamente definiram o padrão de resolução de conflitos individuais e coletivos pela justiça estatal” (pp. 290 e 291).

1.3 Teorias sobre o Acesso à Justiça

1.3.1 Acesso por um prisma coletivo

Ao contrário do que vinha acontecendo nos países centrais capitalistas, que viviam a crise do estado do bem-estar social e buscavam formas alternativas e mais simplificadas de deduzir suas demandas individuais, o que o movimento para o acesso à justiça viveu nos países periféricos teve outra tonalidade. Os movimentos de ordem coletiva revelaram a inadequação de um Poder Judiciário que estava tradicionalmente montado para responder às demandas sociais quando os movimentos sociais ganhavam força, sobretudo a partir das primeiras greves do final dos anos 70 e uma nova organização da sociedade civil em associações e sindicatos.

Dentro deste quadro, o desenvolvimento da teoria do pluralismo jurídico foi o que mais guarida e embasamento deu à promoção da garantia do acesso à justiça. A teoria do pluralismo jurídico pressupõe a existência de diferentes fontes de pressão social a reclamar e executar um direito não oficial para atender à demanda da camada social excluída da possibilidade de encontrar no direito oficial a realização de um direito por eles invocada.

Em *Discurso e Poder*, de Boaventura de Sousa Santos, a idéia de pluralismo jurídico é contraposta à de uma sociedade homogênea, pressuposto do direito estatal. O autor ressalta as fraturas dos diversos segmentos que dificilmente se encontram e não apenas se vêem alijados do acesso à justiça, mas do acesso aos direitos básicos, direito à educação, à saúde pública, à moradia, ao exercício pleno da cidadania.

A definição que se apresentava no momento da publicação de *Discurso e Poder* era a de que pluralismo jurídico decorria da identificação das contradições inter e intraclassistas que levam à “criação de espaços sociais, mais ou menos segregados, no seio

dos quais se geram litígios ou disputas processados com base em recursos normativos e institucionais internos” (1988, p. 76), sendo reflexo e a resposta social à dominação político-jurídica que estas classes experimentavam.

A noção de acesso à justiça conjugada com o pluralismo jurídico é apresentado por Joaquim Falcão, argumentando que em face da necessidade de se encontrar formas de equação das demandas sociais emergentes, o Poder Judiciário se orienta por diferentes lógicas simultâneas, mas que efetivamente não dá conta de atendê-las por sua estrutura pesada e burocrática, num provimento lento e custoso.

A tradição jurídica dominante, de cunho individualista, não consegue atender aos conflitos emergentes e de massa cujo objetivo é o tratamento das demandas coletivas. Neste sentido, Joaquim Falcão (1981) contextualiza o discurso afirmando a necessidade de se admitir a representação coletiva como forma de o Judiciário contribuir com a redemocratização e dentro de uma base social e política com a independência que procura, não se negando a lidar com os conflitos emergentes, mas reconhecendo-os e equacionando-os.

Ainda que existam mecanismos de tutela coletiva, falta a disseminação de sua prática principalmente por ONGs, ou, na sua falta, a organização social para a devida representação ao Ministério Público ou órgão com poderes semelhantes em cada sociedade.

1.3.2 Acesso por um prisma individualista

O acesso à justiça tendo por escopo ampliar o acesso individual às formas oficiais de resolução de conflito tende a considerar mais o indivíduo do que a demanda, propondo mudanças instrumentais à garantia do acesso do que reformas estruturais para atender aos

interesses coletivos num plano imediato. Seu efeito é pulverizado e decorre, em geral, de reformas processuais ou com sede constitucional.

Essa perspectiva encerra os limites próprios do acesso à justiça em sua primeira fase de expansão, essencialmente formalista e liberal, embora com experiências já buscadas pela aplicação de meios alternativos. Ela corresponde ao modelo liberal para dedução de demanda, no qual o acesso é obtido pelo franqueamento do ingresso ao Poder Judiciário.

Conforme mencionado acima, a explosão de direitos caracterizada pela expansão do *Welfare State*, tem por efeito aumentar esforços para apoiar os cidadãos contra os governos, os consumidores contra os comerciantes, o povo contra os poluidores, os operários contra os patrões, mas também o interesse econômico dos indivíduos envolvidos nestas contendas será provavelmente pequeno. Isso porque o sistema está equacionado para a dificuldade em transformar estes direitos novos em vantagens concretas para as pessoas em geral.

A advocacia pelo acesso individual igualmente decorre do desenvolvimento teórico do pluralismo jurídico, desta vez considerando demandas sociais atomizadas. Esta advocacia visa à promoção do acesso por meio da difusão de Juizados Especiais Cíveis, Criminais, especialização investigadores de polícia, Juizados Informais de Conciliação, mas também pelos meios alternativos de resolução de conflitos e mediações comunitárias.

As sociedades têm tido maior sucesso no desenvolvimento desta perspectiva de acesso em detrimento das demais, por ser a que de forma mais arraigada vinha sendo realizada e promovida, embora, com suas deficiências, ela não consiga promover um significativo avanço no padrão de vida quando fortalecidos mecanismos excessivamente formais e restritivos, como altas custas, obrigatoriedade de patrocínio de advogados, em sociedades com grande quantidade de pessoas de baixa renda.

1.4 Os serviços para o acesso à justiça

Apresentamos, nesta seção, as diversas formas em que se organizam os sistemas de justiça, conforme ensaio de introdução aos volumes da série Acesso à Justiça do “Projeto Florença”, de M. Cappelletti, J. Gordley e E. Johnson. Busca-se, assim, abordar as experiências comparadas, bem como a evolução histórica dos serviços que servem de base para a garantia do acesso à justiça.

1.4.1 Advogados particulares reembolsados pelo Estado

De forma pouco sistêmica, a participação do acesso às camadas pobres iniciou-se pela prestação de assessoria jurídica sem contraprestação por advogados particulares (*munus honorificum*), o que não se sustentou, pela característica natural de profissional liberal dos advogados, que preteria este trabalho por aqueles remunerados. Já nos anos 1919-1923, a Alemanha começava a remunerar os advogados privados que prestassem serviços de assistência judiciária, inicialmente reembolsando apenas as despesas e a partir de 1923 também pagando honorários limitados. É de 1949 o *Legal Aid and Advice Scheme*, da Inglaterra, cuja gestão era feita pela *Law Society*, a associação nacional de advogados, remunerando os advogados particulares por sua assistência em processos ou aconselhamento jurídico.

Começava-se a se organizar formas de fornecimento de serviços jurídicos, reconhecendo-se a necessidade de reduzir as diferenças sociais pela remediação da pobreza legal. Neste primeiro momento, identificam-se serviços prestados por advogados particulares segundo o sistema *Judicare*, cujo primeiro grande passo foi a instalação do *Office of Economic Opportunity* em 1965. Esta experiência espalhou-se pela França, que

passou a custear os serviços dos advogados particulares, alterando seu sistema do século XIX para o de *securité sociale*, tal como ocorreu na Suécia, Inglaterra, Alemanha e Canadá (Québec), para citar alguns.

Trata-se, assim, de um sistema que por si só não resolve o problema de reduzir o fosso que separa aqueles com acesso total daqueles que estão fora do sistema legal oficial. Embora supere a barreira dos custos, este sistema nunca superará a barreira do reconhecimento dos direitos, pois os pobres nem sempre reconhecem os motivos de nascimento do seu direito. O sistema Judicare, na opinião dos especialistas, trata os pobres como indivíduos, mas não requalifica sua percepção de uma classe de despossuídos. Igualmente, não estão aparelhados para superar os resultados que são obtidos em nível individual, tampouco advoga pela reforma legislativa, ação ou educação comunitária.

1.4.2 Advogado remunerado pelos cofres públicos

Esta prática visava à criação de Escritórios de Assistência Jurídica em bairros pobres de grandes cidades, os chamados “escritórios de vizinhança”, atuando tanto judicialmente quanto na educação da comunidade para os seus direitos. Buscavam ampliar os seus direitos de uma forma organizada por meio dos casos-teste, bem como por meio de lobbies e outras atividades que levassem à reforma legislativa. Ainda que um conceito não muito definido àquela altura, em 1965, os advogados reunidos em equipe atuavam a favor dos direitos difusos de uma comunidade, obtendo também as vantagens dos litigantes organizacionais, com a especialização e experiência em assuntos comuns àquela realidade, podendo obter, assim, um ganho em escala.

É certo que este tipo de organização depende de um apoio e financiamento estatal, comprometendo sua independência e gestão política dos interesses que eles representam. Os limites de sua atuação, assim, são claros, e a missão de agressivamente passar a atuar na

defesa de classe fica refém de outros interesses e de difícil concretização apenas com esta estrutura de assistência jurídica.

Ao mesmo tempo, por mais que se consiga atender a uma parcela da camada de pobres, muito difícil fica ampliar a atuação destes profissionais para a classe média, que, por outro lado, podem ser atendidos pelo Sistema Judicare.

1.4.3 Sistemas mistos e reflexões sobre seus limites

Reconhecidas empiricamente as limitações do sistema Judicare e dos escritórios públicos de assistência judiciária, alguns países passaram a adotar a solução mista, em que convivem estas duas opções.

Caracterizando os perfis dos diferentes atendidos, bem como da competência dos dois tipos profissionais, um com vocação coletiva por excelência e que pode promover ações complementares de educação, desenvolve programas de socialização de direito, o outro sistema pode atender àquelas demandas individuais cujos titulares não se habilitam para o escritório público ou cujo perfil não se parece tanto com o tema em que aquela agência se especializou.

Considerando que hoje em dia um número já expressivo faz uso dos mecanismos de acesso à justiça, oferecendo melhores condições do que anteriormente havia para que cidadãos de camadas excluídas pudessem reivindicar seus direitos que de outra maneira muitos deles prescreveriam, igualmente se tem a convicção de que o acesso à justiça não deverá enfocar somente a assistência judiciária. Ainda que num determinado país exista uma quantidade suficiente de advogados, é necessário que estes estejam disponíveis a atender a este tipo de demanda, o que por si só sobrecarregaria o orçamento fiscal deste país, que geralmente é o grande problema dos orçamentos públicos dos países.

Cito o caso da Suécia, cujos índices de pobreza são mínimos e que tem o sistema de assistência judiciária mais dispendioso do mundo, foi considerada como o único caso em que se logrou efetivamente conseguir oferecer assistência judiciária a qualquer pessoa que não tenha condições de arcar com os custos para iniciar uma demanda judicial (JOHNSON, 1975).

1.4.4 Assistência em interesses difusos

A defesa dos interesses difusos encontrava um problema de ordem processual para sua representação, provocando o sistema jurídico para sua incorporação (CAPPELLETTI, 1975 e 1976). Não havia espaço para a proteção dos interesses difusos naquele momento por limitações consagradas no processo civil, pela concepção da defesa do interesse de duas partes que sustentavam uma controvérsia com relação aos seus direitos individuais.

A partir de meados do século passado, pela emergência pulsante de reivindicação desses novos direitos, identifica-se um movimento crescente tendo por substrato os chamados litígios de “direito público” por sua ligação a assuntos de política pública. Neste diapasão, a criação pela prática norte-americana das *class actions* reforçou as possibilidades que se abriam de enfrentar o processo civil tradicional, promovendo novo enquadramento de conceitos tradicionais como citação, representação, coisa julgada, vinculação e obrigatoriedade da decisão, mesmo que as partes atingidas não tenham se manifestado no processo, pois a decisão judicial teve por escopo uma coletividade de agentes e uma coletividade de pacientes.

Conforme apontam Cappelletti e Garth (1988), a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos “direitos públicos” relativos a interesses difusos. Ocorre que as organizações que

tradicionalmente, seja pelo *common law*, seja pelos países de tradição civilista, continental europeu, como o Ministério Público, a Prokuratura soviética ou entidades assemelhadas, não tem capacidade de assumir por inteiro esta defesa dos interesses difusos, sujeitos que são à pressão política. Os países de tradição continental europeu têm Procuradores Gerais de nomeação política e nas mais das vezes os interesses difusos reclamados são contra entidades governamentais.

Novas instituições e institutos foram criados tentando contornar o problema e a referência de nota foi a criação do “advogado público”, por meio da criação em 1974 do Departamento do Advogado Público de Nova Jérsei, cuja missão é “representar o interesse público em quaisquer procedimentos administrativos e judiciais (...) com o objetivo de servir ao interesse público da melhor maneira possível”¹⁷.

Outra criação de relevo foi o Ombudsman do Consumidor, na Suécia, com sistemas semelhantes em outros países. Interessante notar que este tipo de defesa dos consumidores atua de forma concentrada na defesa dos direitos dos consumidores de forma difusa, tanto em tese quando em casos concretos, revendo inclusive cláusulas de contratos-padrão ou contratos de adesão, com maior poder do que se conseguiria com uma negociação individual.

Viu-se, assim, que uma alternativa às limitações políticas e estruturais dos Ministérios Públicos era a criação de agências especializadas no âmbito da sociedade civil para advogar os interesses que a coletividade tinha interesse em reclamar. Compondo este quadro, há que se mencionar também a criação de sociedades de advogados do interesse público, mantidos por fundações e que podem receber altos honorários em consequência de

¹⁷ Esta lei estabeleceu dentro do Depto. do Advogado Público uma Divisão de Reclamações do Cidadão e de Solução de Conflitos e a Divisão da Advocacia do Interesse Público, conforme citado por Cappelletti e Garth, 1988, p. 53.

condenações de peso, e agindo dentro dos atributos das *class actions*, promovem estes direitos difusos tendo por convicção que:

Os advogados do interesse público acreditam que os pobres não são os únicos excluídos do processo de tomada de decisão em assuntos de importância vital para eles. Todas as pessoas que se preocupam com a degradação ambiental, com a qualidade dos produtos, com a proteção do consumidor, qualquer que seja sua classe sócio-econômica, estão efetivamente excluídas das decisões que afetem seus interesses (HALPERN citado por CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 62).

Uma solução mista é o que se recomenda para aqueles sistemas centrados no atendimento individual, pois podem existir grupos particulares representativos de determinado interesse, mas sem recursos para oferecer ou ampliar seus serviços. Nesse caso, o governo poderia manter e desenvolver estes grupos, ou, em outros casos, quando haja interesses por demais difusos e que não haja entidade que se organize para representá-los, a advocacia pública parece ser a única solução.

O que mostrou ser verdadeiro nessas situações é que esses interesses exigem uma eficiente ação de grupos particulares, sempre que possível; mas grupos particulares nem sempre estão disponíveis e costuma ser difícil de organizar. A combinação de recursos, tais como as ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público podem auxiliar a superar este problema e conduzir à reivindicação eficiente dos interesses difusos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

CAPÍTULO 2 RECONSTRUÇÃO DE NAÇÕES

Este capítulo irá abordar os empreendimentos das Nações Unidas e da comunidade internacional na reconstrução de nações, enfocando as principais dificuldades relativas a este especial contexto, os desafios e condicionantes para o desenvolvimento. Trata-se de um estudo essencial para a compreensão das iniciativas para a implantação de um sistema de justiça, pois seria a sua pavimentação. Num contexto mais amplo, apresentam-se elementos que determinaram o fracasso de grande parte das missões de paz e iniciativas de reconstrução de nações.

Finalmente, tratamos a realidade específica de dois países, Afeganistão e Timor Leste, por serem países que sofreram intervenção da comunidade internacional voltadas à reconstrução de suas instituições, mas que também contavam com mecanismos tradicionais e religiosos (Afeganistão) na atribuição de justiça à comunidade.

2.1 Reconstrução de nações e pobreza

2.1.1 A pobreza e a vida abaixo da linha da legalidade: como equacionar as escolhas na busca do desenvolvimento

O processo de reconstrução de estados enfrenta barreiras comuns em todos os conflitos da última metade do século passado em diante, sendo a pobreza esse grande denominador comum. A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos houve uma divisão política entre as políticas de promoção de direitos humanos e de redução da

pobreza – promoção do desenvolvimento. Esse cenário alterou-se a partir de meados da década de 90, em que a pobreza é tratada com mais profundidade como uma violação de direitos humanos (COSTA, 2009). Conforme Costa, o movimento dos direitos humanos passou a lutar a favor dos direitos econômicos, sociais e culturais e a reconhecer as diversas fragilidades impostas à dignidade humana num cenário de pobreza. Os desenvolvimentistas, por seu turno, adotaram uma postura fundada na garantia dos direitos, trabalhando a favor da declaração dos direitos humanos como direitos de caráter indivisível, interdependente e inter-relacionado com todos os direitos humanos.

O Banco Mundial utiliza o critério da renda para a definição da pobreza, chamando de “linha da pobreza” aquela representada por 1 dólar por dia, em relação ao poder aquisitivo. Esse conceito incrementou-se desde a publicação do Relatório de Desenvolvimento Humano publicado pelo PNUD, que recebeu influência dos estudos de Amartya Sen, que associa pobreza à “privação de capacidades”¹⁸. Aliás, é essa perspectiva de pobreza como privação de capacidade que auxilia a aproximação entre pobreza e direitos humanos “por incorporar à economia novas variáveis referentes ao valor intrínseco e instrumental das liberdades fundamentais e dos direitos humanos (VIZAR, 2006, citado por COSTA, 2009, p. 95).

A pobreza, sem dúvida, inibe a estruturação social para a satisfação das necessidades humanas e consolidação da dignidade, dificultando a reconstrução institucional nos países pós-conflito. De acordo com estatísticas do Banco Mundial, existem 50% de chances de um conflito interrompido voltar a irromper, porcentagem esta que é ainda maior quando está em jogo o controle por regiões que possuem recursos

¹⁸ Trata-se de uma perspectiva adotada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos formulada, conforme Costa, a partir de Sen, “como uma maneira adequada de definir a pobreza a partir de direitos humanos, declarando, portanto, a existência de uma *transição natural de capacidades para direitos*”, (2004, p. 86).

naturais rentáveis (BANCO MUNDIAL, 2002b). O tema da pobreza está intimamente ligado ao da prática de reconstrução de nações, por ser o contexto dominante nesses cenários.

No início do século XXI, o número de países em conflito ou que recentemente haviam saído dele era de aproximadamente 60, entre os quais os mais pobres países do mundo. O auxílio na recuperação destes países é das tarefas mais complexas colocadas à comunidade internacional, que não pode se omitir do dever compartilhado de assistência, promovendo a reconstrução das instituições e pavimentando o terreno para um possível desenvolvimento na busca da segurança humana¹⁹.

A transição somente pode ocorrer por mudanças profundas que também na superfície demonstrem reais esforços de reconstrução, como desenvolvimento de competência técnica dos governantes e técnicos de instituições, mas também a existência de mecanismos de prevenção de corrupção, interferências em poderes, tráfico de influência. Além, “a medida de sucesso de uma intervenção não é a vitória militar, mas a qualidade de paz deixada para trás. E os benefícios da paz devem ser sentidos rapidamente se as pessoas pretendem começar a planejar o futuro” (HUMAN SECURITY NOW, 2002, p.57).

Tendo por base o cenário extremamente debilitado em condições especiais de pobreza, não estamos diante apenas de uma miséria econômica, mas de uma pobreza num contexto de fragilidade e vulnerabilidade, conforme Mary Robinson, que afirmou que a

¹⁹ Alberto do Amaral Jr. trata da relação dos direitos humanos e da paz, bem como do novo enfoque da segurança, “A afirmação de que a violação dos direitos humanos ameaça a paz acabou por redimensionar, na prática, as funções da ONU na vida internacional. O conceito de segurança alargou-se, para abranger, também, a proteção dos indivíduos. A paz, nesse sentido, tende agora a ser vista não só como a ausência de conflitos armados, mas como a garantia dos níveis mínimos de bem-estar. A verdade é que o Conselho de Segurança assumiu a tarefa de atuar, subsidiariamente, como órgão de implementação dos direitos humanos” (2003, p. 05).

pobreza é “a negação da dignidade e do valor de cada indivíduo, proclamados na Declaração Universal” (2002)²⁰. A pobreza é, assim, um fator complicador nos processos de consolidação de um novo Estado, sobretudo por não permitir que se forme um diálogo competente entre as partes envolvidas nesse estágio do país.

Em verdade, a recuperação de um conflito não é um processo linear, como afirma o relatório da *Human Security Commission* (2002), e o conflito latente permanece perene, a violência interpessoal e o crime podem inclusive aumentar. A comunidade internacional por vezes tem idéias divergentes do que está sendo processado nos quartéis dos ex-combatentes, causando falsas impressões de calmarias, sendo, portanto, imprescindível a existência de canais de comunicação como os observadores militares, os fóruns de ONGs, etc.

A reorganização das instituições tem dupla função: manter um governo responsável (*accountable*) perante sua sociedade, ao mesmo tempo em que dá condições para o desenvolvimento econômico, ambas garantias voltadas para a redução da pobreza. A responsabilidade dos governos é ainda maior quando existe um fosso entre as condições de vida dos mais ricos em relação aos mais pobres, justamente num contexto em que os pobres são os que tem mais risco de sofrer com o abuso de poder e que mais sofrem em virtude dos respectivos danos e perdas econômicas, ao mesmo tempo em que são os pobres as mais prováveis vítimas da violência policial e os maiores “clientes” do sistema de justiça criminal. São os mais maltratados pela burocracia estatal, os mais vulneráveis à corrupção do dia-a-dia, como os achaques dos fiscais, ou subornos de guichês públicos ao mesmo tempo em que os mais privados de recursos e conhecimento para exigirem o

²⁰ A pobreza é, assim, considerada conforme o Índice da Pobreza Humana, concebido pelo PNUD, tendo por referência três condições em que vivem, em diferentes graus, as pessoas em situação de pobreza: vulnerabilidade à morte, falta de educação elementar e ausência de níveis satisfatórios de vida. Essas condições são amplamente recorrentes nos países pós-conflito e possivelmente nos maiores graus que possam ser medidos.

reconhecimento do seu direito, que se sabem de sua existência, dificilmente sabem dos mecanismos para exercê-lo.

Como elaborado por Michael R. Anderson (1999), estes exemplos não são apenas sintomas da pobreza, são parte de suas causas e o aspecto mais fundamental de sua manifestação. Tradicionalmente a pobreza foi um fenômeno compreendido mais em suas manifestações econômicas, de falta de renda, mas ultimamente ela tem sido vista como um problema multidimensional, uma condição de ordem sistêmica num contexto estatal, indo além da baixa renda para incluir a vulnerabilidade física e a falta de poder dentro das estruturas sociais e políticas operantes.

Neste estudo, o diretor do Instituto Britânico de Direito Internacional e Comparado trata das várias conseqüências pelas quais a falta de um direito contribui para a pobreza, com diversos exemplos tirados dos países menos desenvolvidos, sobretudo na África e Ásia, num rico panorama do que as escolhas sociais mal ajustadas no âmbito do direito podem trazer ao mundo.

A afirmação de um Estado de Direito não apenas beneficia uma posição favorável ao mercado, nem deve ser este o propósito principal das reformas judiciais, mas deve servir de garantia de um judiciário operante segundo regras claras e pré-estabelecidas, transparentes e imparciais e que, num primeiro momento, deverá atender às perspectivas de alívio da pobreza jurídica de grande parte da população destes países. A publicação de *Governance: The World Bank's Experience* (1994) reforça este entendimento, defendendo que o sistema legal em vigor e efetivo num país também afeta a vida dos pobres e ostenta um papel importante na redução da pobreza quando evita a discriminação, na proteção dos socialmente frágeis e na distribuição de oportunidades na sociedade.

2.1.2 A pobreza como fator deterrente – considerações sobre a governabilidade

O processo de reconstrução de Nações - *nation-building* é um complexo de atividades de apoio e recuperação ou criação de instituições destinadas a, em última análise, devolver à sociedade um Estado plenamente em funcionamento. Por variadas razões, tem sido tratado como um processo de ajuda institucional voltado ao desenvolvimento e à segurança humana dos cidadãos. Ao mesmo tempo, ele é visto como um processo de impacto na estabilidade regional, principalmente por missões e projetos das Nações Unidas e suas agências. Por outro lado, estes processos têm sofrido grandemente a intervenção dos Estados Unidos, que vêm no processo de reconstrução de Estado, no caso do Iraque, uma ação cujo objetivo é entre outros a “guerra contra o terrorismo”, pelo lado conservador, ou de “intervenção humanitária”, defendido pelos liberais (FUKUYAMA, 2006a, p. 1).

Como se sabe, os países objeto da construção de suas instituições fundamentais estão entre os mais pobres e, segundo Fukuyama, vivendo conflitos e “confusões internas”, numa combinação de baixa renda per capita, péssimas condições de saúde pública, que podem causar o alastramento de doenças, abusos de direitos humanos por parte de autoridades públicas, milícias e grupos criminais. Assim, a construção nacional seria um processo em resposta ao fracasso do Estado. Entretanto, o que vemos deflagar o processo de intervenção são os ajustes destas variáveis com o interesse da potência mundial, os Estados Unidos, em sua resolução.

O ceticismo com que o tema é tratado decorre principalmente do fato de que, com o aumento das ações neste sentido encampadas pelos Estados Unidos desde o final da Guerra Fria, vieram à tona diversos estados fracos e impotentes em lidar com os problemas que foram empurrados para debaixo do tapete (IGNATIEFF, 2003b, apud FUKUYAMA, 2006c, p. 2). Conforme Fukuyama, “partes da África Sub-Sahariana, Leste Asiático,

América Central e o Caribe têm sido o local de estados falidos há décadas. Estes fracassos produziram refugiados, abusos de direitos humanos, guerras inter e intraestatais, tráfico humano e de drogas e outros problemas transfronteiriços” (2006a, p. 2). Isso porque os processos iniciados não foram consolidados, apressando-se por concluir as operações uma vez atingido o sucesso militar, como foi o que ocorreu em Kosovo, por exemplo, ou as intervenções no Haiti ou em Timor Leste, quando a situação volta a se deteriorar com rapidez sem que se tenha promovido uma suficiente intervenção profunda na sociedade e uma apropriação local das condições de desenvolvimento social. A situação da justiça é exemplar, conforme abordaremos a seguir, quando se buscam soluções fáceis e superficiais sem se adentrar nas causas profundas do sistema.

Conforme justifica Fukuyama (2006a), nenhuma das abordagens populares em qualquer década (de intervenção americana) provou ser adequada para promover um crescimento de longo prazo sustentável em países com instituições débeis e onde as elites locais não tinham interesse ou eram incapazes de gerir o processo de desenvolvimento por elas mesmas. Os dados são catastróficos nas regiões mais pobres do mundo, como a África Sub-Sahariana, muitas das quais tiveram um decréscimo do produto interno bruto e um regresso em termos institucionais, contrariamente ao que se notou dos países do Leste Asiático, com um crescimento econômico sustentável, decorrente da política de suas lideranças e elite locais, mais do que um resultado de projetos de doadores internacionais ou seus aliados.

2.2 Reconstrução e Desenvolvimento

2.2.1 Estados novos em funcionamento

Anotamos uma distinção conceitual apresentada por Francis Fukuyama (2006b), em seu texto que encerra a obra *Nation Building – Beyond Afghanistan and Iraq*, em que ele explica as diferenças entre a reconstrução e o desenvolvimento. A reconstrução, segundo o autor, envolve o retorno da sociedade que sofreu uma guerra e completamente devastada, ou que sofre um desastre natural, de volta a algum *status quo ante*, enquanto o desenvolvimento implica a criação de novas instituições políticas e econômicas que serão auto-suficientes após a retirada da comunidade internacional. Estas funções de reconstrução, tais como o fornecimento de ajuda humanitária em termos de saúde, alimentação, abrigo, pode ser realizada diretamente por estrangeiros. O desenvolvimento, entretanto, requer a apropriação local do processo a longo prazo. Se os países não desenvolverem as capacidades das pessoas locais, para que estas promovam por si os serviços públicos básicos para condução das instituições, eles continuarão nas mãos das autoridades internacionais ou de ONGs, como seus locais de exclusiva ingerência no governo local.

Esta distinção pode ser mais bem entendida quando vemos que a insistente recorrência à ajuda internacional para a reconstrução durante muito tempo pode comprometer o desenvolvimento, uma vez que esta recorrência pode redundar em dependência da comunidade internacional, assim como enfraquecer o poder das instituições locais em resolver seus problemas. Assim, se o que se busca efetivamente é a criação de estados estáveis, com instituições que funcionem organicamente comprometida

com os seus valores e cuja população em última análise seja a beneficiária ampla dos sucessos, o modelo de intervenção para a reconstrução de nações tem de ser revista.

Numa perspectiva histórica de como o processo de desenvolvimento evoluiu desde as suas primeiras abordagens, na década de 50 e 60, de acordo com os modelos neoclássicos, pensava-se que o problema dos países menos desenvolvidos fosse o de que eram países desenvolvidos de forma mais simples e que não possuíam os recursos para sustentar um crescimento consistente para investimento em capital. Isso foi sentido nas políticas de criação de indústria de infra-estrutura desta década na América Latina, com diversos países sob o regime militar e na perspectiva de dotar os países com as chamadas indústrias de base. Posteriormente, a perspectiva mudou, não se tratava mais de transferir recursos para investimento em capital, mas de investimento em educação, controle de população, perdão de dívidas e ajustes financeiros e institucionais. Atualmente, esta atenção tem sido dedicada às instituições e à governança como fator crítico para o desenvolvimento²¹. E conclui Fukuyama, que:

qualquer análise honesta de onde o ‘estado da arte’ encontra-se em termos de desenvolvimento hoje em dia teria que concluir que, embora as instituições possam ser importantes, sabemos relativamente pouco de como criá-las; elas são, em todo o caso, apenas uma parte de um conjunto muito mais complicado de estratégias necessárias (2006a, p. 6).

Acreditamos, assim, que a falta de conhecimento em como criar o “estado da arte” em termos de construção de nações passa não somente pelo desconhecimento da técnica, de um profundo conhecimento das forças que operam no terreno, mas principalmente uma

²¹ Citando, por exemplo, Douglas C. North, *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, 1990.

falta de conhecimento das próprias potências que interferem, que inclusive dita suas motivações e em um lugar mais recôndito, seus próprios interesses. Sabendo-se destes, poder-se se ia compatibilizar melhor a negociação que ao fim e ao cabo se estabelece com as forças operantes no contexto local. As regras para o engajamento em manutenção da paz são diferentes da imposição da paz (*peacekeeping* e *peace enforcement*) e as tropas usadas para as funções de uma podem não ser boas para a condução da outra. Assim, afirma Fukuyama (2006a) que alguns exércitos contemporâneos, como o exército Canadense, receberam treinamento para atuar em missões de manutenção de paz enquanto os militares americanos foram treinados para uma guerra clássica. Esta configuração levou à consolidação de uma divisão internacional do trabalho em operações de construção de nações, com os Estados Unidos e a Grã Bretanha geralmente fazendo o trabalho pesado – combate – e as outras forças européias os papéis de polícia e burocráticos.

Partindo deste pressuposto, de que pouco se conhece de desenvolvimento sob a perspectiva de criação de instituições, é que desconfiamos dos modelos prontos e que pouco dialogam com a situação local em relação aos interesses das potências doadoras e dos limites das doações, se o que se busca são processos de desenvolvimentos consolidados. Não se espera, portanto, que as intervenções sejam apressadas, superficiais e descomprometidas. Como os projetos de reconstrução de nações (*nation-building*) continuarão, quer lideradas pelos Estados Unidos, Nações Unidas ou outros atores da comunidade internacional, torna-se imprescindível a discussão das estratégias de intervenção mais do que a aplicação de modelos pré-concebidos, ainda que operantes em seus locais de gestação.

As razões de Estado estão sempre por trás da ajuda internacional e por vezes elas devem ser negadas se contrariam a política local. Quando os Estados Unidos ofereceram ao Brasil uma ajuda de 40 milhões de dólares para campanha de prevenção da AIDS, o país recusou esta ajuda pois a condição era de que o governo lançasse uma campanha paralela

de condenação à prostituição, o que comprometeria o acesso dos assistentes sociais nos locais de prostituição para divulgação do programa de prevenção, considerado mundialmente um dos programas mais bem-sucedidos²².

2.2.2 Fracasso na reconstrução de instituições

A análise dos esforços de reconstrução de nações feitos pelos Estados Unidos estão mapeados num estudo de Minxin Pei, Samia Amim e Seth Garz (2006), que trazemos abaixo. Comentam os autores que “historicamente, as tentativas de reconstrução de nações por potências exteriores são notáveis principalmente por seus amargos desapontamentos do que por seus triunfos” (2006, p. 64). Sendo os Estados Unidos a potência mais ativa nestes trabalhos, o estudo revela que, dos mais de 200 casos de uso de força desde 1900, 17 casos, incluindo a ocupação do Iraque, podem ser considerados como tentativas de reconstrução de nações.

Traçam, os autores, as principais distinções entre os esforços de construção de nações das intervenções militares, vastamente aplicadas pelos Estados Unidos. Primeiramente, a intervenção deve ter um efeito prático: ou a troca de regime político ou a sobrevivência de um regime que de outro modo sucumbiria. Esta relação é extremamente importante, pois somente o vínculo com uma estrutura de poder poderia favorecer a ação direta dos Estados Unidos e a veiculação de sua estratégia de Estado. Nas primeiras iniciativas, o objetivo era o de defender os interesses relativos à segurança e interesses econômicos. Apenas ultimamente é que os interesses políticos americanos vêm tingidos de um “ideal e uma necessidade em manter um apoio doméstico para a construção nacional

²² Conforme o site Agência de Notícias da AIDS, disponível em <<http://www.agenciaaids.com.br/noticias-resultado.asp?Codigo=3240>>. Acesso em 12/05/2009.

que o impele a tentar estabelecer um Estado democrático em nações alvo” (PEI; AMIN; GARZ, 2006, p. 65).

O segundo passo é o envio de um grande contingente militar americano. Embora algumas intervenções que tenham por objetivo a troca de regime não ocorram com o envio de tropas, como o caso da Guatemala em 1954, os esforços de construção de nações requer uma presença sustentável por longo tempo e com a tentativa de estabilidade na segurança local.

O terceiro critério e o quintessencial é o uso de pessoal americano, de base civil ou militar, na administração política dos países alvo. Esta é a abertura que os Estados Unidos conseguem para penetrar profundamente no processo político do país e estar próximo aos centros de decisão e por isso mesmo que eles conseguem exercer a influência decisiva na indicação do líder dos novos regimes. Como observa o artigo, Washington participa principalmente da reestruturação das instituições políticas, na forma de reedição da constituição em vigor e legislação básica, ou das rotinas nacionais, como na administração das finanças públicas e procedimentos de prestação de serviços sociais, inclusive a justiça.

Levando em conta estes três critérios, das mais de 200 intervenções americanas desde 1900, 17 foram caracterizadas como de reconstrução de nações por meio da promoção ou imposição de instituições democráticas pretendidas pelos cientistas políticos americanos, conforme o estudo (PEI; AMIN; GARZ, 2006).

Reproduzo abaixo o quadro com os cenários dos processos de construção nacional com avaliação das conquistas democráticas esperadas.

Esforços de Construção Nacional liderados pelos Estados Unidos desde 1900

Países alvo	População	Período	Duração (anos)	Multilateral ou Unilateral	Tipo de administração interna	Democracia depois de 10 anos?
Iraque	24 milhões	2003- presente	1+	Unilateral	Americana por um ano, subrrogada depois	–
Afeganistão	26,8 milhões	2001- presente	2+	Multilateral	Nações Unidas – administração	–
Haiti	7,0 milhões	1994-6	2	Multilateral	Adm. Local	Não
Panamá	2,3 milhões	1989	<1	Unilateral	Adm. Local	Sim
Granada	92.000	1983	<1	Unilateral	Adm. Local	Sim
Camboja	7 milhões	1970-73	3	Unilateral	EEUU sub- roga o regime	Não
Vietnã – sul	19	1964-73	9	Unilateral	EEUU sub- roga o regime	Não
República Dominicana	3,8	1965-66	1	Unilateral	EEUU sub- roga o regime	Não
Japão	72	1945-52	7	Multilateral- Unilateral	EEUU administração	Sim

					direta	
Alemanha Ocidental	46	1945-49	4	Multilateral	Adm. Multilateral	Sim
República Dominicana	895 mil	1916-24	8	Unilateral	EEUU – administração direta	Não
Cuba	2,8	1917-1922	5	Unilateral	EEUU sub-roga o regime	Não
Haiti	2	2	19	Unilateral	EEUU sub-roga o regime	Não
Nicarágua	620 mil	1909-33	18	Unilateral	EEUU sub-roga o regime	Não
Cuba	2	1906-1909	3	Unilateral	EEUU administração direta	Não
Panamá	450 mil	1903-36	33	Unilateral	EEUU sub-roga o regime	Não
Cuba	1,6	1898-1902	3	Unilateral	EEUU administração direta	Não

Fonte: Pei, Amin and Grarz, 2006.

O que se vê de imediato é a grande tendência ao fracasso das missões, sem que isso queira dizer que se não tivesse havido intervenção os países estavam em melhores condições, entretanto pouco se pode esperar em termos de reformas estruturais e que

cumpram com o objetivo principal das intervenções. Iraque e Afeganistão são missões ainda em curso, e apenas dois casos foram de completo sucesso, como a Alemanha Ocidental e Japão, potências que vencidas na II Guerra Mundial, compunham as potências do Eixo e sofreram intervenção. Embora a vitória sobre o Japão tenha sido das forças aliadas, os Estados Unidos assumiram o controle do país exclusivamente. O estudo em referência considera de sucesso também a intervenção no Panamá e em Granada, que é um país pequeno, de 100 mil habitantes e o Panamá tem menos de 3 milhões de habitantes, sendo geralmente menos complexa a construção nacional em países de pouca população.

Anota-se, por outro lado, um fracasso em todas as 11 missões restantes em implantar Estados democráticos, em que após apenas 3 anos de retirada da presença americana, existiam traços de instituições democráticas em apenas 5 deles para, dez anos mais tarde, ter se sustentado em apenas 4, dos quais nenhum representava uma dificuldade muito grande em termos culturais e de desenvolvimento social (Japão e Alemanha) e os outros tinham um tamanho reduzido e de mais fácil manejo dos recursos aportados.

Com relação à identificação de se tratarem ou não de Estados democráticos, sabemos que existem variáveis na aferição deste critério. Os estudiosos a que nos referimos consideram tratar-se de um regime democrático ou autoritário conforme o index desenvolvido na base de dados do Polity IV²³. De acordo com este sistema de aferição, a pontuação de cada país pode variar de 10 a -10, sendo 10 para uma democracia completamente em funcionamento e -10 para um regime amplamente autoritário. Pela análise dos estudiosos, os regimes com avaliação 3 ou menos são considerados não-democráticos. Valendo-se destes critérios, chegaram à conclusão de que a taxa de sucesso dos Estados Unidos em construção de nações democráticas foi de 26% (4 de 15 casos,

²³ O site principal deste projeto pode ser encontrado <<http://www.systemicpeace.org/polity/polity4.htm>>. Acesso em: 21/01/2010.

excluindo Iraque e Afeganistão, pois a análise é feita após dez anos da conclusão das operações).

Os riscos que estas operações envolvem, ainda mais com o grande desembolso de recursos financeiros, a abertura de problemas sociais e das feridas do povo, o endereçamento destes problemas e a forma de lidar com uma situação instável não pode ter modelos, precisa ter pesquisa e análise sociológica, política e jurídica. Até porque as esperanças que se criam na população são imensas e o fracasso pode produzir consequências desastrosas para os seus cidadãos, engajados em novas formas de exercer e se submeter ao poder. Não se pode esquecer que a presença massiva de funcionários estrangeiros em um país altera profundamente a economia local, aumentando os preços e provocando inflação monetária, vitimando principalmente os cidadãos locais. O sentimento de exclusão que insiste em se manter provoca revolta e a desilusão pode levar a que contestem o projeto de nação em fase de implementação, principalmente quando os cidadãos locais sentem-se afastados dos centros de decisão, que não estão participando das mudanças ocorridas e, no pior caso, não compreendem o funcionamento das instituições cuja criação cancelaram. E a violência que se segue pode ainda ser maior. No Haiti e na Nicarágua, ditaduras nasceram do fracasso de construção nacional, assim como o regime genocida que se seguiu após a partida das tropas americanas do território do Camboja. Uma situação de catástrofe em administração dos direitos humanos num dado território que se confirma como alvo dos interesses americanos pode, ainda que diante de uma situação de violação dos direitos da população, conseguir conter conflitos entre grupos étnicos ou políticos mantendo certa estabilidade. Quando a intervenção exterior acontece, visando à troca de regime, esta troca pode ocorrer sem que se consiga alcançar um modelo suficientemente estável e com legitimidade a fim de manter os esforços de construção de nação por longo tempo após a partida das potências interventoras, como se viu no Haiti, como se tem visto em Timor Leste.

O histórico com que nos confrontamos não é dos mais animadores e as lições que os estudiosos nos trazem tampouco parecem de fácil implementação por parte dos *policy makers* americanos. Sem dúvida que a busca pelo equilíbrio entre legitimidade e necessidade de reconstrução é o que coloca maior desafio em termos de encontrar a modulação correta desta variável, mas levando-se esta afirmação às suas últimas consequências, pode-se estar abrindo campo para contestar os pressupostos do Estado de Direito como modelo ortodoxo e único de desenvolvimento institucional para se aceitar novas formas de estruturar o poder de acordo com os contextos nacionais.

O problema da legitimidade é o maior e mais importante, segundo Frederick Starr (2006), que se equilibra com o da falta de soberania para o programa levado a cabo no Afeganistão. Entendemos que esta questão se estende também aos demais insucessos, diretamente ligada à deficiência em se garantir o empoderamento dos cidadãos locais do processo de desenvolvimento institucional. No caso do Afeganistão, Starr aponta que o problema de início foi a falta de equilíbrio entre os interesses e a representatividade das diversas etnias e regiões no governo. E o segundo problema foi a subestimação da importância em criar administrações locais e polícia com base no mesmo equilíbrio. Este tipo de falta de equilíbrio tem sido visto em diversas outras intervenções, quando se apropria e apóia aqueles que estão a favor dos interventores, e fazendo assim o interventor coloca-se como a referência todo-poderosa da reconstrução e não os interesses nacionais. Melhor seria se, na posição de mediador, as potências interventoras promovessem o diálogo nacional e o encontro das diversas etnias e equilíbrio regional e que neste equilíbrio o processo de construção nacional seguisse seu caminho. De outra forma, empoderando apenas aquela facção favorável, ao invés do equilíbrio seria como se se colocasse um pilar para garantir o equilíbrio e quando as potências interventoras deixassem o terreno e levassem consigo este pilar, o governo caísse pela falta de equilíbrio.

2.3 Análise de caso: Afeganistão e o sistema de justiça pós-conflito

Nesta seção, analisaremos a situação institucional de dois países que passaram por conflito na última década, o Afeganistão e o Timor Leste. Esses dois países foram selecionados por apresentarem um tecido social fragmentado, estarem dentro de um projeto internacional de fortalecimento das instituições de estado e da justiça e por, ao mesmo tempo, possuírem mecanismos próprios tradicionais de resolução de conflito. Tanto um quanto o outro, em dimensões distintas, são etnicamente divididos, passaram por conflitos que trouxeram desestabilidade ao país e reinauguraram um novo sistema político e receberam missões das Nações Unidas para contribuir com a fase de transição.

Assim, procuramos retratar o caminho que estes países percorreram no redesenho institucional até chegar à definição, dificuldades e estratégias para o setor da justiça. Para esta análise, estudamos os relatórios de missões apresentados pelo Secretário Geral ao Conselho de Segurança, as resoluções do Conselho de Segurança, além de literatura específica sobre o contexto do Afeganistão e do Timor Leste.

2.3.1 Breve Histórico

O Afeganistão ganhou os noticiários recentes quando foi palco da busca comandada pelos Estados Unidos de terroristas pertencentes à Al Qaeda, arquitetos do ataque às torres gêmeas do World Trade Center em Nova York. Entretanto, a deficiência institucional e o contexto de conflituosidade local datam de décadas.

O país não tem saída para o mar e tem as seguintes fronteiras: ao norte e noroeste, as ex-repúblicas soviéticas do Uzbequistão, Tadjquistão e Turcomenistão. Ao sul e leste temos o Paquistão. A oeste, o Irã e ao seu nordeste temos a China. Sua situação geográfica, do ponto de vista geopolítico, tornou-o um local em que se entrecruzam rotas entre o Sul Asiático e a Ásia Central, entre civilizações, ao mesmo tempo em que um campo de batalhas entre potências concorrentes globais e regionais.

Fonte: Site Global Security

Os primórdios do Estado Afegão começaram a aparecer em finais do século XVII, tendo sido governado por uma sucessão de monarcas que não se consolidavam no poder em razão de diversas guerras civis e invasões estrangeiras. Suas fronteiras foram delimitadas no séc. XIX como resultado da rivalidade do “grande jogo” entre a Grã-Bretanha e a Rússia, ficando o Estado interessado totalmente fora das negociações.

O país foi alvo da política externa britânica por vários anos até a III Guerra Anglo-Afegã de 1919. Passou a integrar as Nações Unidas em 1946. Um golpe retirou o poder das

mãos do monarca Rei Zahir Shah, em 1973, golpe este liderado por seu primo, que se tornou o Primeiro Ministro Muhammad Daud, declarando o Afeganistão uma república e ele, seu presidente, mandando para o exílio o antigo rei.

Em novo golpe, em 1978, o Partido Democrático Popular e os líderes étnicos tradicionalistas de tendências esquerdistas tiraram Daud do poder e consolidam-se no poder sob o comando de Noor Muhammad Taraki, como presidente. Com uma rebelião descontrolada pelo país, sobretudo nas áreas rurais, as forças soviéticas invadem o país e tomam conta de Cabul em 1979, colocando o poder nas mãos de Babrak Karmal, um líder menos radical do PDP, que adota políticas mais abertas em relação à religião e às etnias.

Considerando a invasão uma ilegalidade do âmbito do direito internacional, o Conselho de Segurança da ONU condenou o ato de hostilidade, o que por certo veio a ser vetado pela URSS. Levado à Assembléia Geral, diversas resoluções foram adotadas deplorando a intervenção armada, determinando a retirada das forças estrangeiras e pedindo que os Estados contribuíssem com a assistência humanitária.

Sem perspectiva de resolver o conflito, os efeitos foram se intensificando e devastando o cenário do país. Cerca de 3 milhões de refugiados fugiram para o Paquistão, 1,5 milhão para o Irã e muitas famílias foram deslocadas dos campos para Cabul. No total, mais da metade da população fora deslocada e a estimativa de fatalidade varia entre 700 mil a 1,3 milhão.

Com o sistema escolar praticamente destruído, a atividade industrial severamente comprometida e os projetos de irrigação bastante danificados, a economia do país era sofrível. Ainda que acompanhando o cenário na década de 80, as Nações Unidas não conseguiram mudar o rumo dos acontecimentos. Estabeleceram um mecanismo particular para monitorar a situação dos direitos humanos no país, em vista da piora da condição econômica, do desrespeito aos direitos humanos e violência em larga escala, ao mesmo

tempo que as consequências desastrosas para a população civil, em decorrência dos bombardeios e operações militares que atacavam vilas e estruturas da comunidade rural.

A intervenção militar soviética em 1979 levou ao país ao cenário das disputas ideológicas no contexto da Guerra Fria, da ex-URSS comunista e das potências capitalistas, principalmente os Estados Unidos. Após, em 1990, o país também foi palco das guerras entre o Paquistão e os países do Golfo Árabe e, do outro lado, do Irã e da Rússia. Mais recentemente, dos muçulmanos radicais e dos próceres da administração americana. Criou-se, assim, uma mentalidade e uma prática de patrocinar os líderes de facções e *warlords*, financeiramente e politicamente, tornando-os tão dependentes da ajuda externa que eles viam os interesses afegãos pelos olhos dos patrocinadores estrangeiros (WARDAK, 2004).

Finalmente, em maio de 1987 iniciaram-se conversas para resolver o conflito e o Afeganistão, Paquistão, a URSS e os Estados Unidos assinaram os “Acordos para Solução da Situação Relativa ao Afeganistão”, determinando o fim da intervenção externa no Afeganistão e a retirada de forças por parte da URSS. Por meio de uma resolução de 31 de Outubro de 1988 o Secretário Geral Javier Perez de Cuellar estabelece uma missão para monitorar a retirada das forças estrangeiras, atuando desde então no apoio antecipado para a repatriação dos refugiados.

Os problemas no Afeganistão não eram de origem externa, mas muito mais interna. Os rebeldes, que não participaram nem assinaram qualquer acordo, continuavam a guerra civil no interior do país, contra o governo. O conflito destruiu completamente a infraestrutura social, política e econômica do país, tendo os *mujahedin* afegãos, os guerreiros do islão, apoiados pelos Estados Unidos, deixado um país arruinado após a vitória sobre o Exército Vermelho.

Considerado um dos países mais pobres do mundo, as constantes guerras e invasões tornaram o país ainda mais subdesenvolvido, com menos infraestrutura e condições de

atender às necessidades humanitárias de sua população. A FAO (*United Nations Food and Agriculture Organization*) chegou a estimar que a área agricultável no Afeganistão sofreu redução de 40% entre os anos de 1979 e 1991.

A realidade afegã fez com que várias agências da família das Nações Unidas dirigissem suas atividades para o país, sobretudo por meio de ações humanitárias de entrega de alimentos, assistência para a agricultura, serviços de saúde pública e materna. Nada fez com que o Afeganistão deixasse de registrar, em 1990, 6,3 milhões de civis exilados ou refugiados.

Burhannudin Rabbani foi declarado presidente do Estado Islâmico do Afeganistão em 1992, após um período transitório em que vigorava o Acordo Peshawar. Em 1992, por meio da Resolução nº 47/199, a Assembléia Geral da ONU indicava que o estabelecimento de um Estado Islâmico proporcionava nova oportunidade de reconstrução do país, reconhecendo os esforços do Secretário Geral em mobilizar assistência para reabilitação, reconstrução e busca de recursos para a criação de um fundo fiduciário (*Trust Fund*) para apoiar a reabilitação.

Dois acordos de paz foram assinados em 1993, com oito líderes afegãos, além de ser estabelecida uma missão das Nações Unidas (UNSMA – *United Nations Special Mission to Afghanistan*), com um escopo restrito de discutir como as Nações Unidas poderiam auxiliar na reconciliação e reconstrução nacional.

Apesar desses avanços, Cabul foi rapidamente sitiada por outras facções dos *mujahedin* e depois pelo Talibã. Os Talibãs eram em grande parte filhos e órfãos dos *mujahedin*, criados em campos de refugiados no Paquistão, e se opunham aos primeiros, considerados corruptores da sociedade local.

Numa realidade econômica e política debilitada, o movimento Talibã confirma sua expansão a meados da década de 90. A constante instabilidade era terreno fértil para problemas regionais como o tráfico de drogas, o contrabando de armas e a organização

terrorista. Tendo o Talibã tomado Cabul em setembro de 1996, em 22 de outubro o Conselho de Segurança adota a resolução 1076/1996, determinando o fim das hostilidades ao redor de Cabul e início de um diálogo político por uma reconciliação nacional.

A situação se complicou com os diversos ataques internacionais e a estrangeiros no território afegão atribuídos ao Talibã, principalmente após o ataque à bomba de 7 de agosto de 1998 nas embaixadas dos Estados Unidos em Nairobi, Kenya, e em Dar-es-Salaam, na Tanzânia, bem como o ataque aos funcionários das Nações Unidas nas regiões dominadas pelos Talibãs. As resoluções 1193 e 1214/1998 demonstravam a preocupação internacional com a presença de terroristas em território afegão, mas também conclamando o Talibã a suspender seus treinos e refúgios para terroristas e suas organizações e para que todas as facções afegãs cooperassem com a acusação dos terroristas no Judiciário.

Em vista da ausência de resposta, o Conselho de Segurança aplicou sanções, nos termos da Carta das Nações Unidas, principalmente pela falha em entregar Osama Bin Laden às autoridades para ser julgado pela justiça dos EUA, que o acusavam de ter ordenado o ataque à bomba em 1998. As sanções incluíam o congelamento por todos os Estados de todos os fundos e outros recursos financeiros de posse dos Talibãs.

O país se tornou um produtor notório de drogas, sobretudo nas áreas controladas pelos Talibãs, sendo fonte de quase 80% do ópio ilícito mundial. Visando reduzir este cultivo, a *UN Drug Control Program* (UNDCP) iniciou um trabalho de cultivos alternativos agrícolas, reabilitação do sistema de irrigação e melhoria de estradas, tendo bons resultados e levando ao banimento do cultivo de papoulas em 2000.

Uma sequência de desastres naturais pioraram ainda mais o sofrimento da população com os efeitos da guerra civil, dois terremotos em 1998, que mataram mais de 7 mil pessoas e deixando desabrigadas outras 165 mil, sérias enchentes e uma seca jamais vista.

Os conflitos se seguiram em 2000 e 2001 e já um quarto das crianças até cinco anos morriam de doenças que poderiam ter sido evitadas, com as mulheres cinco vezes com mais probabilidade de morrer dando à luz do que em outros países em desenvolvimento, além do que apenas uma em cada 20 mulheres tinha acesso à educação. A quantidade de conflitos se intensificou após o ataque de 11 de setembro de 2001 aos Estados Unidos pelo grupo da Al Qaeda, baseado no Afeganistão, tendo por consequência o apoio internacional de substituição do regime do Talibã no governo do país, que fora condenado pelo apoio a atividades terroristas em seu terreno e ainda por propiciar proteção a Osama Bin Laden.

Ao mesmo tempo, a Aliança do Norte ganhava terreno reconquistando diversos territórios, inclusive a capital Cabul, representando um passo decisivo na derrota do Talibã neste momento e dando ensejo à organização de novos esforços internacionais buscando a reconstrução do país segundo suas pautas. Finalmente, em 5 de dezembro, líderes políticos reúnem-se em Bonn e interventores externos, juntamente com representantes da Aliança do Norte, para assinarem um acordo provisório para o estabelecimento de um governo permanente no Afeganistão.

Embora os grupos anti-Talibã não representassem o povo, os Acordos de Bonn que foram assinados às pressas de fato abriram caminho para uma nova ordem política participativa para o Afeganistão, o que é de se celebrar. Estabeleceu-se um marco legal para um processo de formação de um estado que levasse ao final à criação de um “governo plenamente representativo, de ampla base, multi-étnico, sensível à questão de gênero”²⁴ até 2004, prazo este que se alargou, embora de fato isso possa levar décadas para se concretizar. Os acordos criaram diversas e altas expectativas de que se abria a oportunidade para encerrar a fase do poder dos *warlords*, ao mesmo tempo em que a possibilidade de recriar as instituições sociais, políticas e econômicas do país. Entretanto, a

²⁴ Trata-se de trecho do preâmbulo do Acordo de Bonn, Agreement on Provisional Arrangements in Afghanistan pending the Re-establishment of Permanent Government Institutions.

recondução dos *warlords* como líderes chaves político e militar na administração pós-Talibã, juntamente com a ênfase americana da guerra contra o terrorismo, ao invés da reconstrução do Afeganistão, espalhou desilusão entre a população a respeito dos prognósticos de uma paz reinante. Ainda, o apoio financeiro americano aos *warlords*, que poderiam ainda cooperar na captura dos remanescentes do regime Talibã e da Al-Qaeda, continua sendo o maior obstáculo ao desenvolvimento de instituições participativas nacionais no Afeganistão, e, portanto, a maior fonte de instabilidade crescente no país (WARDAK, 2004).

Em 2003, a UNAMA (*United Nations Assistance Mission in Afghanistan*) e outras entidades da família das Nações Unidas passaram a apoiar de forma crítica a Administração Transitória em seus esforços de consolidar o processo de paz. Em função da piora dos conflitos, a OTAN assumiu o comando da ISAF (*International Security Assistance Force*), autorizada pelo Conselho de Segurança para operar além dos limites de Cabul.

Com a conclusão bem sucedida da Constituição *Loya Jirga*, em 2004, e a assinatura de uma Constituição Afegã, o próximo passo seria garantir a regularidade das eleições presidenciais em outubro daquele ano. Foram inscritos cerca de 41% da população, com 70% de participação nas eleições presidenciais, sendo considerada a eleição mais democrática e representativa até então. O próximo passo seria a condução das eleições parlamentares.

O clima permanece sob bastante tensão no país, ainda com diversos ataques ocorrendo, comprometendo a continuidade de programas de desenvolvimento no país, bem como a situação dos oficiais que trabalham para as eleições, simultaneamente com o aumento do cultivo de papoulas. De grande importância é a condução dos programas de DDR (desarmamento, desmobilização e reintegração de ex-combatentes) e o apoio ao desenvolvimento das instituições e do governo. Segundo a UNAMA, eles “devotarão

atenção especial à nova assembléia, à continuação da reforma do setor da justiça e à luta contra os narcóticos. O trabalho para o estabelecimento do Estado de Direito continuará, incluindo o apoio aos mecanismos de proteção dos direitos humanos e, em particular, à Comissão Afegã Independente de Direitos Humanos” (UNPO, 2004).

2.3.2 O processo de *nation-building* e o modelo de criar modelos

Os principais contornos para a criação de uma nação afegã foram definidos nos Acordos de Bonn, firmado entre grupos anti-Talibãs apoiados pelos Estados Unidos e pelas Nações Unidas, em dezembro de 2001. Estes acordos previam um processo gradual de transição até a completa soberania do governo, estabelecendo inicialmente um governo interino, a Autoridade Afegã Interina, encabeçada pelo líder tribal pashtun, Hamid Karzai. O grande conselho, chamado de Loya Jirga, reuniu-se em junho de 2002 para escolher a Administração Transitória, também sob a mesma liderança, que entre dezembro de 2003 e janeiro de 2004 elaboraram e aprovaram a nova constituição afegã.

O passo final do estabelecido nos Acordos de Bonn era a realização das eleições presidenciais, que ocorreram em outubro de 2004, elegendo o mesmo Hamid Karzai, sendo que as eleições mais complexas, para o parlamento, ocorreriam em 2005. Os resultados foram divulgados em novembro de 2005, após acusações de fraudes, sendo os vencedores os antigos *warlords* tanto para o parlamento quanto para os conselhos provinciais, inclusive com mulheres obtendo 28% das cadeiras, 6 a mais do que os 25% garantidos pela Constituição. As eleições, 33 anos após a última, foram um importante passo na criação de partidos, trazendo expressões de diversos interesses, como a presença feminina ou de poetas e escritores.

O processo de *nation-building* de imediato inicia-se com a consolidação de uma aliança com as forças pró-intervenção, no caso do Afeganistão, com a Aliança do Norte,

numa clara tomada de posição dos interesses externos sobre o que seria mais sustentável em termos de construção de nação. Sem se falar de mediação, as potências empoderaram a Aliança do Norte, ao que o antigo rei disse que a conferência de Bonn havia plantado uma bomba com efeito retardado ao ter confirmado o poder da Aliança do Norte, que explodirá quando os Pashtuns e outros grupos excluídos se derem conta do que foi feito com a legitimidade das suas aspirações.

Conforme aponta Starr (2006), o grande problema vivido por este processo é a falta de legitimidade e um erro conceitual do que vem a ser soberania. O apoio dado à Aliança do Norte comprometia seriamente a legitimidade do seu mandato (já precário por si só), mas se dizia ter dado o primeiro passo em direção à construção nacional em estilo europeu confirmando sua soberania. Para o autor, eles sacrificaram a legitimidade do que acabavam de construir, em troca do que eles erroneamente conceberam como o valor maior, que era a soberania.

Este movimento de formar governos com aliados que acabam por representar uma parcela da comunidade não conta com a legitimidade para falar pelo país uma vez que não o representa em sua diversidade. Isso por si só já contém o elemento de uma auto-implosão, como o caso emblemático de Ruanda, quando os belgas elegeram a minoria tutsi para apoiá-los em seu domínio sobre o país.

Os erros em dar legitimidade ao governo afegão, por parte dos Estados Unidos e de agências internacionais, reflete na subestimação da importância de se atingir um equilíbrio de representatividade das diversas etnias e distintas regiões do país no governo, assim como criar uma administração local e uma polícia local levando em conta este mesmo equilíbrio. Como resultado, as estratégias de construção nacional estão à beira de fracassar.

Um dos maiores problemas que o Afeganistão enfrenta para se consolidar como uma unidade é lidar com as diversas facções étnicas, lideradas pelos *warlords*, que buscam

autonomia do governo central para continuar a beneficiar-se da sua fonte de receita, que na maioria das vezes vem de drogas e produtos para o consumo que transita por seu território.

As estratégias para reconstruir o estado e a economia e a introdução da democracia deve ser sensível a estas circunstâncias regionais e étnicas e às realidades do poder. Outro tema de consternação envolve se os futuros legisladores precisam apenas evitar violar os preceitos do islamismo ou devem submeter seus atos para aprovação por uma autoridade religiosa (WEINBAUM, 2006).

Weinbaum afirma que a presença americana no governo afegão contrasta-se grandemente da presença no Iraque, por exemplo, assim como do envolvimento da comunidade internacional na direção do país, como ocorreu em Timor Leste e no Kosovo, isso porque nestes dois países as respectivas missões da ONU exerceram o governo interino por alguns anos, com amplas funções de regulação e controle do poder. Diz o autor que os funcionários internacionais foram facilitadores ativos da *Emergency Loya Jirga* de 2002 e da *Constitutional Loya Jirga* de Dezembro de 2003-Janeiro de 2004, instituições emergentes do Acordo de Bonn²⁵.

Quando se fala em modelos, observa Weinbaum que embora se possa aprender muito da observação da gestão de outros países pós-conflito, nenhum serve como um bom modelo para o caso do Afeganistão. Na assistência ao Afeganistão, os países envolvidos e

²⁵ Não obstante, diversas críticas foram feitas à execução da política externa norte-americana, principalmente por divergências de interesses entre os atores que se programavam para a reconstrução nacional do país, com diferentes visões entre as ONGs, os oficiais do governo norte-americano e as autoridades afegãs em relação a prioridades operacionais e recursos, levando a crer que se esperava um protagonismo maior deste país no afluxo de recurso financeiros a serem pagos a eles para a reconstrução, sem maiores aproximações consistentes. Após o desmantelamento da Al Qaeda e a remoção do regime do Talibã, o Pentágono não pretendia se envolver mais com a reconstrução do país, para além da assistência humanitária, contrariamente ao que havia assumido no Acordo de Bonn. Assistências não militares foram divididas entre países: treinamento de policiais com os alemães, controle de narcóticos com a Grã-Bretanha, sistema judicial com os italianos e desarmamento de milícias com os japoneses. Para maiores informações, ver Weinbaum (2006).

principalmente os Estados Unidos subestimaram a dificuldade, o escopo e os custos de reconstrução do país. Afirma, o autor, que apesar de muitos passos errados e concepções equivocadas terem seus planos corrigidos, nem todas correções foram completamente levadas a efeito.

O autor sintetiza as lições trazidas com essas operações nos seguintes termos:

Operações militares contra elementos opositores do regime não podem ditar o passo e o compromisso com a reconstrução.

No caso do Afeganistão, os acordos que os militares fizeram com os *warlords* locais foram percebidos como erros, uma forma inclusive de apoiar a insurreição contra a autoridade central. Assim, a ação militar americana em grande medida constrangia a ação dos demais atores envolvidos com o processo de reconstrução do estado. Ainda que a reconstrução esteja ligada à manutenção da segurança, ela deve seguir o seu próprio fluxo e planejamento, uma vez que está orientada segundo critérios próprios consoante sua área, p.ex., econômica, do sistema jurídico, de saúde, e fora da lógica militar propriamente dita.

Segurança e reconstrução são dois lados da mesma moeda.

Estes lados mutuamente se reforçam e o progresso de um pode gerar o progresso do outro, ao mesmo tempo que as falhas em conseguir seus objetivos de um lado podem prejudicar as conquistas do outro. Às vezes uma conquista militar muito rápida pode levar ao que se chamou de “sucesso catastrófico”²⁶, quando um triunfo militar imediato sobre os Talibãs com forças terrestres americanas mínimas deixou uma país sem governo antes que

²⁶ Expressão utilizada pelo General Americano Tommy Franks.

as condições para a reconstrução ou construção nacional estivessem encaminhadas. Embora sejam dois lados da mesma moeda, devem seguir caminhos distintos na prática.

A recuperação do Estado, da economia e da sociedade no Afeganistão deve ser um projeto sustentado pela comunidade internacional.

O processo integrado multilateral permite que o interesse pontual de um país interventor não deixe descobertas as demais necessidades. O concerto da comunidade internacional evita que apenas doações financeiras se percam em projetos de efeito imediato, preparando para uma reconstrução de bases mais sólidas.

Apoio discreto na construção do Estado pode conferir maior legitimidade para o governo afegão e melhor aceitação da presença externa.

Para a garantia da legitimidade do processo de reconstrução, reforça-se a importância da liderança de afegãos à frente de suas instituições. A assistência externa é bem-vinda especialmente nas áreas de capacitação administrativa, embora ela estivesse excessivamente dedicada a resolver questões de grupos políticos e tomada de partido em disputas locais.

Sistema político altamente centralizado pode não ser apropriado para a reconstrução do estado e da economia

Há uma resistência intrínseca ao poder centralizado em Cabul, uma vez que o país não está organizado a partir de sua capital, mas com poder local. O ideal seria o uso da

força em extrema necessidade, permitindo uma autoridade descentralizada, mas fazendo-se presente pela integração com a ajuda internacional que se escoia para estas regiões.

A ambigüidade do contexto afegão pode ser boa.

Segundo Weinbaum (2006, p. 141),” historicamente, a capacidade dos afegãos de viver com linhas imperfeitamente definidas de autoridade em geral agem para mitigar os conflitos”. Mais do que racionalizar e formalizar completamente os sistemas burocráticos de estado e principalmente judiciais, manter uma certa ambigüidade pode ser preferível. Acertos formais e flexíveis são associados com sistemas judiciais. Conforme sustenta o autor, as responsabilidades dos sistemas judiciais tradicionais e costumeiros podem ser deixadas operantes e o efetivo alcance dos tribunais formais deixados às áreas urbanas.

Responsabilidades por crimes poderiam ser deixadas em aberto em um país em reconstrução.

Apesar das demandas crescentes da comunidade internacional em trazer a julgamento os responsáveis pelo sofrimento que o país viveu, realidades pós-conflito fizeram da reconciliação e reintegração uma política governamental transitória mais bem aceita e preferível, na opinião do autor. A anistia foi concedida a todos os Talibãs de baixo escalão, bem como aos *mujahedin* que destruíram Cabul na guerra entre 1992-96.

Entretanto, a presença estrangeira não deve se afastar das bases locais. Não se trata de ficar de fora do governo, mas de catalisar os processos de criação das instituições que melhor sirvam para confirmar o povo local na representatividade da política nacional, conter o ressurgimento dos conflitos e impulsionar programas que provoquem o reaceleramento da economia.

Acreditamos que esses apontamentos trazidos auxiliem a crítica a diversas intervenções em reconstrução de estados para permitir uma abordagem mais sensível ao contexto local e à agenda de desenvolvimento do país, mais do que às preferências das potências ocidentais.

2.3.3 Sistemas de Justiça

a) Contexto

O sistema judicial afegão sofreu influências de diversas origens e correntes jurídicas, sobretudo da escola francesa e islâmica moderada, tentativas de implantação do direito soviético, radical marxista, e interpretações radicais do islã, de acordo com o tempo e a força política prevalente no país.

O sistema jurídico foi modernizado nas décadas de 50 a 60, quando as leis de estado foram consideradas as fontes primárias do direito, acima da *sharia*. O golpe marxista de 1978 e posteriormente o regime *mujahedin* de 1992-96 tentaram implementar sua matriz legal, o sistema soviético, e a *sharia* como base de estado, respectivamente. Conquanto estes regimes tenham utilizado os sistemas jurídicos para atingir seus objetivos políticos, eles contribuíram, não obstante, para a riqueza da cultura legal afegã; existe muito dessas diferentes doutrinas e abordagens que poderiam ser perfeitamente utilizadas e integradas num sistema judicial pós-guerra (WARDAK, 2004).

O sistema judicial formal sofria sérios problemas como a corrupção, o favorecimento constante das elites e a demora excessiva em produzir decisões finais,

fazendo com que a população se afastasse dele. Em decorrência dessa resistência ao uso, grande parte da população, principalmente das áreas rurais, recorria ao sistema tradicional e de justiça informal. Como se sabe, os sistemas tradicionais funcionam segundo regras próprias e nem sempre de acordo com o direito posto do Estado, podendo gerar conflitos com normas estatais e convenções internacionais, principalmente padrões de direitos humanos. Entretanto, o que não se pode deixar de reconhecer é que eles resolvem os conflitos tribais e locais de forma rápida e sem custos.

b) Situação atual e crítica do modelo: as diferentes influências

Quando as relações do Afeganistão com o mundo Ocidental se intensificaram, nas décadas de 50 e 60, os governantes buscaram modernizar o sistema judicial do país, inclusive com a criação de cursos jurídicos na Universidade de Cabul (Direito Islâmico e Ciência Política), com capacitação para trabalhos com procuradores, juízes ou acadêmicos. Esse processo levou à relativa secularização de ramos do direito como o criminal, comercial e civil. Interessante notar que a perspectiva integrativa do direito continuava no sistema, ou seja, mesmo com um direito estatal prevalente, a *sharia* como fonte secundária vinha prevista na Constituição de 1964 que estabelecia que “Em áreas onde não exista lei, as provisões da jurisprudência Hanafi e da *Shariaat* do Islã devem ser consideradas como lei.”

Entretanto, este processo foi debelado pelos sucessivos regimes políticos por que passou o país, chegando ao regime dos *mujahedin* que declarou a *sharia* como a base do Estado Islâmico Afegão e, uma linha mais dura ainda, dos Talibãs, que impuseram uma teocracia totalitária numa versão ainda mais regressiva da *sharia*, refletindo uma ignorância da *sharia* assim como do sistema de justiça (WARDAK, 2004).

A título de informação, a *sharia* é uma palavra árabe que quer dizer “o caminho a ser seguido” que, no contexto jurídico, quer dizer a Lei Islâmica, sendo suas fontes primárias o Al-Corão, o livro sagrado do Islão, e o Sunnah, que corresponde aos preceitos e obrigações estabelecidos pelo profeta Maomé. Embora não tenham preceitos de ordem legislativa, tampouco prevejam respostas para variados assuntos legais, estes livros estabelecem princípios gerais e regras que estão sujeitas à interpretação e análise. Diversos instrumentos interpretativos e de analogia foram desenvolvidos como fontes secundárias, inclusive com a formação de consensos de juristas islâmicos que chegavam a preceitos definidos como regras divinas.

A despeito do uso excessivamente restritivo, ela representa um elemento importante na reconstrução do sistema judiciário pós-guerra, conforme reconhecido pelos Acordos de Bonn, quando diz que “a reconstrução do sistema de justiça doméstico (afegão) deve ser de acordo com os princípios islâmicos, os padrões internacionais, o Estado de Direito e as tradições legais afegãs”, e pela própria Constituição atual. A harmonização destas diferentes fontes primárias do direito é a grande lição que se poderá tirar do processo de construção de um judiciário que responda às necessidades sociais e que se estabeleça como um instrumento sólido de pacificação e ordenação social.

2.3.4 Base costumeira e reconciliação no direito tradicional

Para entendermos um pouco do sistema tradicional e brevemente de formas de resolução, passaremos a analisar a forma do direito tradicional praticado nas tribos, sendo certo que esta é a forma preferida nas zonas rurais do país, que é onde 80% de sua população total vive.

Um grande número dos casos é resolvido antes de se tornarem públicos, especialmente em casos envolvendo violência doméstica, divórcio, herança e casamento,

dentro da própria família, num conceito mais ampliado do que o que tende a ver a família como aqueles que residem na mesma casa. As decisões, portanto, ocorrem sem a intervenção de terceiros alheios ao problema e muito menos sem o peso das instituições sociais.

Para os casos cuja natureza ostenta um caráter público, estes casos são resolvidos por instituições públicas que operam em nível tribal ou local. Estes casos são decididos por um coletivo, como um mecanismo de resolução de conflitos e incorporam as principais leis costumeiras, os rituais institucionalizados e um corpo de anciãos da região que chegam a uma decisão coletiva sobre o caso, decisão esta com força executiva. Conforme nos ensina Wardak (2004), os componentes da jirga combinam “autoridade tradicional” (baseada em qualidades pessoais, status social e liderança) assim como autoridade competente (baseada em reconhecida expertise e habilidade do indivíduo).

Wardak (2004) cita um exemplo de como a execução destas decisões ocorrem no plano prático, ele menciona o caso dos *nanawate*, uma situação em que uma parte pede perdão à outra, o que gera a obrigatoriedade da outra aceitar ou oferecer uma trégua. Neste caso, a jirga condena uma parte e seus parentes a ir à casa da outra parte, levando à casa da vítima um Al-Corão, um mullah, juntamente com uma ovelha e farinha. A ovelha é dada em sacrifício. Uma vez na casa da vítima, a família do ofensor pede perdão à família da vítima, sendo contrário à tradição recusar o perdão que se pede. Com o perdão, as famílias se reconciliam.

Sem que adentremos ao mérito do que causou a condenação, a conduta do ofensor, estamos diante de um sistema que não pune o ofensor dando-lhe um status inferior, menos digno, que incorpore o mal em si, que o exclua da comunidade a que ele pertence e depende dela pra sobreviver socialmente. A forma como a reconciliação pode ocorrer reverte o estigma de criminoso e proporciona um novo patamar para as famílias voltarem a conviver, até porque seria impossível não conviverem numa forma de vida tribal. Para o

direito criminal restaurativo, há acerto nos métodos de penalização orientados pela reintegração social e pelo efeito que esta forma de resolução de conflito tem em ressocializar o ofensor, sendo mais eficiente em reduzir a criminalidade em relação à punição do indivíduo como delinqüente. A punição do indivíduo e sua categorização como delinqüente pelas instâncias da justiça formal, como forma de controle social, é, portanto, desintegradora (BRAITHWAITE, 2002).

Conforme ensina Wardak (2004), as principais razões pelas quais o povo afegão preferiu o direito tradicional ao direito estatal é a de que no primeiro o direito é aplicado por anciões, com status social e grande reputação por sua piedade e justiça. Nestes casos, as decisões são tomadas com base em valores e costumes da tradição local já profundamente enraizados na vida e na consciência coletiva da comunidade. Outro fator de grande significância que comprova a prevalência dos tribunais locais sobre os estatais é a rapidez com que as decisões são prolatadas e a gratuidade do processo.

Da maior importância, o analfabetismo é um elemento fundamental a definir o recurso à justiça tradicional, pois a grande maioria do povo afegão é incapaz de deduzir uma demanda em sede judicial, ler e interpretar as leis em vigor ou simplesmente completar toda a documentação necessária para levar um caso a juízo, quando há muito pouca cultura de documentar as relações fáticas entre as pessoas. Nesta seara, a palavra vale por mil documentos e no que se consegue realizar um debate de forma oral, facilita-se a condução do pedido, das razões e dos fatos às instâncias julgadoras, que ocorre de maneira imediata.

Como se sabe, as decisões dos conselhos tribais carregam problemas em si e que são extremamente difíceis de lidar com eles imediatamente. Há casos de homicídio em que os conselhos recomendam a direta vingança, ou o casamento de uma mulher da tribo do ofensor com um parente próximo da vítima. Embora este tipo de prática tenha se escasseado, são punições que contrariam as normas do estado afegão, no primeiro caso, e

em desrespeito às normas que regulam os direitos humanos fundamentais, especialmente, no segundo.

2.3.5 Novas bases para um sistema legal

Classicamente, o país, após passar uma situação de conflito, necessita restabelecer o marco jurídico de uma nova ordem, sob pena de continuarem existindo condições para que um estado de conflito se repita. Neste caso, notoriamente, há que se afastar normas que lembram uma ordem ultrapassada, que peça licença às potências coloniais, que consolidem privilégios de castas e etnias, buscando uma integração dos povos dentro de um Estado novo e que seja a representação legítima do interesse de todos.

Ocorre que um sistema novo tampouco se consolida imediatamente, necessitando tempo de amadurecimento e o convívio simultâneo com regras vigentes em épocas anteriores, integradas na nova ordem. A ordem nova, encaminhada pelos Acordos de Bonn (inaugurada com a Constituição) já previa o restabelecimento da Constituição de 1964 e as leis em vigor²⁷ e, conforme mencionado acima, também previa a *sharia* em casos em que não houvesse norma aplicável.

Dentro do capítulo II do referido Acordo, estabelecia-se a criação de uma Comissão Judicial, nos termos que seguem:

²⁷ Nos termos do cap. II do Acordo, sobre o quadro legal e o sistema judiciário: “The following legal framework shall be applicable on an interim basis until the adoption of the new Constitution referred to above: i) The Constitution of 1964, a/ to the extent that its provisions are not inconsistent with those contained in this agreement, and b/ with the exception of those provisions relating to the monarchy and to the executive and legislative bodies provided in the Constitution; and ii) existing laws and regulations, to the extent that they are not inconsistent with this agreement or with international legal obligations to which Afghanistan is a party, or with those applicable provisions contained in the Constitution of 1964, provided that the Interim Authority shall have the power to repeal or amend those laws and regulations”.

2) The judicial power of Afghanistan shall be independent and shall be vested in a Supreme Court of Afghanistan, and such other courts as may be established by the Interim Administration. The Interim Administration shall establish, with the assistance of the United Nations, a Judicial Commission to rebuild the domestic justice system in accordance with Islamic principles, international standards, the rule of law and Afghan legal traditions.

Esperava-se que esta comissão judicial independente, por meio de juristas, revissem e reformassem o sistema jurídico do país, entretanto, em vista do total colapso em que se via o país após 25 anos de guerra, em muitos aspectos a reconstrução teria que ser a partir dos escombros.

A atuação da comissão deveria enfocar as seguintes áreas na reconstrução do sistema judicial:

- Reforma legislativa
- Verificação e desenvolvimento de recursos técnicos, logísticos e humanos
- Revisão da estrutura e funções do sistema de justiça e a divisão de trabalho entre os seus vários componentes
- Assistência jurídica e acesso à justiça

A respeito do sistema de justiça, a seguinte notícia no site do NPR - *National Public Radio* norte-americano identifica o problema da justiça formal:

Sistema Judiciário Afegão Falha em Ganhar a Confiança Pública

5 de Abril de 2006 - Juízes e procuradores carecem de formação jurídica nos tribunais afegãos. A fragilidade dos tribunais é uma das razões pelas quais a maioria dos afegãos ainda recorre aos tribunais informais comunitários, embora estes sistemas sejam deficientes em termos de direitos humanos²⁸.

A falta de formação jurídica dos operadores da justiça é um elemento central na falha de sua implantação de forma imediata, assim como a falta de um arcabouço jurídico razoável para a decisão dos casos levados ao tribunal. Por isso os afegãos têm se valido muito mais das leis tradicionais e costumeiras que orientaram a forma de resolução de conflitos até então.

A reportagem traz um encontro de anciões, clérigos, uma zona rural do Afeganistão, montado num tribunal para decidir casos civis e criminais, sobretudo disputas violentas de terras, que parecem ser o tipo de caso mais comum. As partes apresentam suas versões e defesas e o chefe do conselho, *Jurga*, decide. A *Jurga*, que em Pastho quer dizer o conselho informal da comunidade, responde por 90% dos casos de conflito resolvidos no país. Os membros deste conselho afirmam que ouviram dizer que nos tribunais oficiais sempre ganha a causa quem tem mais dinheiro e por isso acreditam que a *sharia* é uma forma mais respeitosa e justa e, principalmente, menos corrupta. Esta corte tem decidido vários conflitos, mesmo com uma corte estatal a dez minutos de lá.

As punições são condenadas pelo regime dos direitos humanos, que aplicam penas como o pagamento de dote por um homicídio, mandar queimar a casa ou mandar a pessoa acusada e condenada ao exílio. Neste sentido, a missão dos oficiais da justiça é a de buscar

²⁸ Conforme site < <http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=5324455>>. Acesso em 20/01/2010 com arquivo radiofônico da transmissão.

restaurar a confiança das pessoas no sistema judicial, considerando que, com mais reformas, mais as pessoas serão encorajadas a recorrer ao sistema.

Diversas violações no sistema tradicional também são encontradas, como a de que o acusado, se não pagar, não terá uma defesa judicial de seus direitos, ao contrário do acesso público e gratuito à população carente que se deveria garantir. A implementação de um programa de formação jurídica aos operadores do direito, a construção e aparelhamento de mais instalações da justiça não são suficientes se estamos diante de uma realidade em que são importados códigos legais já elaborados e uma defesa de direitos não garantidos pelo Estado.

Por fim, é referido o cenário de grande confusão na aplicação de leis no Afeganistão, com contradições na própria constituição, quando existem diplomas jurídicos de ratificação de tratados a favor dos direitos humanos e ao mesmo tempo de disposições que dizem que o Estado não agirá contrariamente às leis do Islã, ao mesmo tempo que a existência de sistema de *common law* e *civil law*.

Os críticos locais dizem que os Estados Unidos buscaram rapidamente uma forma de lhes ser atribuída uma vitória rápida, sem dar suficiente atenção à consolidação dos avanços obtidos a ponto de dizerem, neste estágio, que “agora é mais difícil”. Com a operação do Pentágono “Operação para Impor a Liberdade” (*Operation to Endure Freedom*) tinha por objetivo único eliminar os integrantes da Al-Qaeda e do Talibã, empregando os *warlords* em quaisquer posições que fossem estratégicas para o sucesso da missão (STARR, 2006). Esse tipo de aliança com *warlords* locais de outras facções e líderes das milícias e, em troca, garantiam a estes benefícios nas novas organizações criadas. Agora estão julgando os casos de acordo com a *sharia* e interpretando-a de acordo com os seus interesses, conforme relata a população.

A transmissão do programa referido ocorreu em 5/4/2006, por ocasião da nomeação de nove juízes para a Corte Suprema do Afeganistão, tendo pela frente a expectativa de que

se consiga com sucesso um equilíbrio entre a lei secular e a lei religiosa, por um lado, e acabar com a corrupção, por outro.

Quando o site do governo americano²⁹ afirma que o objetivo da construção do Estado de Direito, segundo as regras institucionais em vigor dentro do Programa de Reforma da Justiça é o de criar um quadro legal e de procedimentos para prender os líderes do narcotráfico do país³⁰, está-se diante de uma lógica perversa de construção de nações, ou seja, a da prioridade do interventor.

Quando em agosto de 2005 foi lançado um documento geral envolvendo todas as instituições atuantes no sistema judicial, incluindo as Nações Unidas e agências internacionais, foi publicado o documento *Justice for All*, como base da discussão sobre as políticas para a fundação do setor jurídico no Afeganistão. Em seu lançamento, o Vice Ministro da Justiça, Mir Hayatullah P. Alhashimi, dizia que o documento trata principalmente do desenvolvimento de capacidade e melhorias nos cursos jurídicos. Outro problema crônico é o da falta de pessoal qualificado que trabalhe nos tribunais. Apenas 15 das 380 instalações judiciais têm julgamentos acontecendo de forma mais ou menos regular. Há ainda falta de instalações para prisões e para treinamento dos profissionais do setor num sistema judicial que cambaleia.

²⁹ Conforme site <<http://www.state.gov/p/inl/rls/rm/53967.htm>>. Acesso em 10/06/2008.

³⁰ “The Justice Reform Program focuses on providing a framework of laws and processes that will support counternarcotics law enforcement efforts. The United States Government continues to work with the Afghan Government to effect the extradition of high-level traffickers indicted in the United States. Without legal consequences to follow Afghan interdiction efforts, we would essentially leave our well-trained police powerless to do any more than simply destroy the drugs they seize. Having an effective arrest and conviction mechanism is vital. As such, our overall counternarcotics strategy in Afghanistan consists of interrelated elements, one of which must be the deterrence of illegality through regularized legal structures”, isso dentro do capítulo *Law Enforcement and Justice Reform* do relatório.

Além disso, foram apontados problemas como a falta de coordenação dos diversos doadores para o setor, de forma que este documento agiria como um modelo de estratégia para sua efetivação.

A situação é ademais muito crítica, pois não se trata de ser um sistema apenas insuficiente para dar conta das demandas existentes na sociedade afegã, mas ineficiente em si. Após três décadas de conflitos profundos, guerra civil e governo autoritário do regime Talibã, o sistema legal nas áreas rurais tem sido “no melhor caso, inefetivo e na maioria dos lugares completamente não existente. Na falta de qualquer sistema de Estado, como a necessidade do direito ocorre naturalmente dos conflitos e regulação social, as cortes tribais tradicionais e a justiça local preenchem o vazio. Até mesmo em Cabul, onde o aparato judicial é mais desenvolvido do que em qualquer outro local do país, as pessoas queixam-se de corrupção, demoras em processar os casos nos tribunais e da geral ineficiência”³¹.

Faz parte, inclusive, da estratégia, especificamente o desenvolvimento de um programa de treinamento de juízes, recrutamento de advogados, melhoria dos cursos jurídicos, como referido acima, e treinamento de policiais em direitos humanos.

2.3.6 Integração – caminhos para uma solução para o sistema judicial afegão e a consagração da garantia do acesso à justiça

A despeito do que no capítulo anterior se falou sobre a não responsabilização como forma de buscar os culpados de um passado catastrófico, mas olhar o futuro e o que se

³¹ Conforme o website da IRIN, do United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, <<http://www.irinnews.org/report.asp?ReportID=48602&SelectRegion=Asia&SelectCountry=AFGHANISTAN>>. Acesso em: 20/01/2010.

pode obter em termos de construção de nação com a reconciliação, fato é que não se pode passar por cima das grossas violações dos direitos humanos e de crimes de guerra que vitimaram não só um povo, mas uma geração inteira.

Tomamos a declaração de Mary Robinson, ex-Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos, em seu depoimento:

Sabemos bem de experiências passadas, no Afeganistão e em outras partes do mundo, que a paz sustentável, reconciliação e reconstrução e desenvolvimento não podem ser construídas em cima da impunidade... Não pode haver anistia em casos de perpetuação de crimes de guerra, crimes contra a humanidade e graves ações de violação dos direitos humanos. Assim como foi o caso em Serra Leoa, Timor Leste, Camboja, a ex-Iugoslávia e Ruanda, assim deve ser o caso do Afeganistão. Quando falamos em responsabilidade, referimo-nos a um processo liderado por afegãos e apropriação do processo, que possui vários elementos (...) estes são justiça, verdade, reconciliação e reforma institucional (...) Todos estes elementos são indispensáveis (2002).

É da essência da existência de um Estado a pré-existência de sua nação. É conceito fundamental de Estado a noção de nação e não pode haver nação sem sociedade. As medidas essenciais que o país precisa adotar são a formação urgente de um conceito de integração das etnias e tribos com um respaldo na condução do país e do funcionamento das diversas comunidades que compõem o cenário majoritariamente rural do país.

Analisando-se a prática da *sharia* e identificando-se a violação de disposições do direito estatal, dos padrões de direitos e garantias individuais e dos direitos humanos, não se pode imediatamente criminalizar as referidas condutas, pois sequer são praticadas com dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de cometer um crime. A disseminação e a educação para os direitos humanos parece ser a forma mais correta de abordar a questão, quando as condutas passarão a ser questionadas pelo próprio grupo social, evitando a aplicação de penas degradantes e que atentem contra a dignidade humana. Num segundo

momento, estas poderiam ser banidas, proibidas, sabendo-se valorizar o que de positivo para a sociedade afegã cada sistema possui.

O foco das ações para atrair a população para o sistema judicial tem por base a garantia da confiança pública em relação aos seus serviços. Isso somente ocorreria se houvesse motivo para a população preferir este tipo de serviço em relação ao outro, dos conselhos tribais. É muito pouco provável que um estado esfacelado, que pouca presença tem nas comunidades rurais, consiga penetração para oferecer o serviço de justiça, a menos que seja o único, obrigatório para ambas as partes e com força para executar sua decisão. Do contrário, convivendo com um sistema paralelo em relação ao qual a população tem conseguido resolver grande parte dos conflitos, a custo zero, fica difícil deslegitimizá-lo.

Tendo a matriz jurídica o perfil conforme trazido por Wardak:

Fonte: Wardak (2004, p. 332).

Corresponde o último grau os Princípios de Direitos Humanos e os Padrões Internacionais definidos por tratados internacionais, temos um complexo multidimensional de fontes jurídicas a organizar as formas de resolução de conflitos e ordenação social. Este quadro traz algumas relações interessantes, como as formas com que as diferentes matrizes legislativas e de aplicação do direito interagem. A *sharia*, como parte central e que permeia distintos aspectos da vida social afegã, não interage apenas com o sistema internacional de direitos humanos e seus padrões de ação.

Entretanto, se olharmos sob o aspecto do acesso da justiça como direito internacional garantido pela Convenção Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos,

ao qual o país acedeu, este ocorre de forma muito diversa do que se encontra prescrito no referido tratado, em seu art. 14.

Entretanto, o não atendimento das demandas judiciais da população por uma corte constituída nos termos previstos pelo art. 14 citado acima não quer dizer que a população não esteja conseguindo uma mediação dos conflitos estabelecidos dentro da sociedade, ainda que fora do escopo do Estado e das garantias processuais consolidadas nas práticas de defesa dos direitos em tribunal. A situação vivida no Afeganistão é muito particular para se optar insensivelmente por obrigar a aplicação e execução do direito cogente, do direito estatal, proibindo, criminalizando ou extinguindo toda forma de justiça tradicional ou tribal. Isso principalmente por três motivos: a falta de estrutura física para dar conta de responder às demandas que eventualmente surjam, a falta de capacidade profissional dos operadores do sistema judicial e, em terceiro e mais crucial, da inexistência de tradição jurídica formal na maior parte do país, acrescido com a desinformação da população sobre os seus direitos em base jurídica clássica, leis, tratados e outras fontes formais, configurando um complexo de impossibilidade que afasta toda a capacidade de o Estado garantir o acesso à justiça formal.

Como se sabe, a *jirga* ou os conselhos tribais têm sido amplamente utilizados como mecanismos de resolução de disputas, como o principal sistema alternativo ao sistema de justiça formal afegão de resolução de conflitos neste período pós-guerra. Isso só confirma que as fontes de dimensões internas das fontes de direito, a *sharia* e as decisões aplicadas pelas jirgas, estão no coração da ordem normativa da sociedade afegã da mesma forma que são centrais ao sistema judicial, conforme inclusive reconhecido pelos Acordos de Bonn. Vale referir que a expressão “tradições legais afegãs” é entendida pela UNAMA - *United Nations Assistance Mission in Afghanistan* da seguinte forma: “O tema da tradição legal afegã refere-se aos costumes, valores e sentido de justiça aceitáveis e revelado pelo povo do Afeganistão. Justiça, no fim, é o que a comunidade como um todo aceita como justo e

satisfatório no caso de uma disputa ou conflito, não o que os governantes pretendem que seja” (2002, p. 5).

Trata-se de uma declaração cujo cunho principal é o de que tratar a justiça como um fenômeno operante, efetivo e eficaz numa sociedade com valores e práticas bastante distintas da ortodoxia da prática jurídica ocidental típica, afastando a tentação ocidental de, criando leis e procedimentos fora do sistema local, crie um sistema para valer no papel e não no dia-à-dia da população.

Este momento vivido pelo estado afegão é um momento crucial na consolidação de um sistema que deverá servir por muitos anos e deverá se preocupar em ser representativo das diversas forças que estão presentes no país. Inclusive do ponto de vista jurídico. Há um equacionamento a se operar entre as diferentes matrizes jurídicas, conciliando as práticas específicas do direito costumeiro, como a *sharia* e as *jirgas*, bem como as matrizes do direito estatal, ou seja, as leis do quadro legal interno e as normas de direito internacional.

Há que se notar que o Afeganistão tem buscado cada vez mais se integrar à comunidade internacional, sendo o plano jurídico um marco desta intenção legítima, de forma que o sistema de justiça afegão pós-guerra, como lembra Wardak (2004), deve ser sensível às normas internacionais e aos princípios fundamentais de direitos humanos. Trata-se de um mandamento para todos os países que se recuperam de conflitos neste século XXI à devida ponderação, equilíbrio e respeito aos padrões dos direitos humanos consagrados nesta etapa da evolução dos próprios direitos humanos e da evolução das sociedades.

Se por um lado a *sharia* e as práticas internas de mediação e resolução de conflito trazem uma forma aceita de ordenação social, a Constituição afegã e as leis existentes devem conter os limites garantidores dos direitos universais daquela sociedade, ou seja, suas práticas devem estar em harmonia com o que o Estado define como objetivo nacional,

sua ordem legal e os direitos humanos. Isso porque o direito que se exerce em todos os níveis deve corresponder à norma social desejada pela política pública de justiça.

Ainda que se vislumbre o pluralismo jurídico como matriz de direito em diversos países, legitimamente em funcionamento e acatado pela comunidade, suas regulamentações não contrariam frontalmente as disposições da norma estatal. Assim, ainda que se reconheçam forças de distintas ordens operando no campo jurídico afegão, elas devem se limitar a um campo cercado pela ordem legal e garantias de direitos humanos definidos e buscados pelo estado.

Importante reforçar que nestes casos não deve haver tentativa do Estado de codificar o direito costumeiro. Conflitos entre a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a proteção internacional dos Direitos Humanos, de um lado, e o Direito Islâmico, de outro, não poderão ser resolvidos de forma unilateral e por imposição de um Estado contra a prática de toda uma sociedade.

2.4 Análise de caso: Timor Leste e o sistema de justiça pós-conflito

2.4.1 Breve Histórico

Fonte: Site da UNOTIL

Timor Leste foi uma das colônias portuguesas do ultramar, levados que foram no século XVI pelo apelo das grandes navegações e interesses em recursos naturais a explorar outras extremidades do mundo desconhecido.

Os portugueses chegaram em Timor em 1515, levando missionários e a religião católica para vingar naquele terreno. Entretanto, somente em 1702, com a chegada do governador português, é que se deu início à organização colonial portuguesa do chamado Timor Português.

A proximidade deste domínio com o domínio holandês, que vigorava na Indonésia, gerava muitos conflitos entre os colonizadores, com instabilidades constantes na conformação territorial e na exploração dos recursos naturais que ambas as potências queriam levar a cabo. No início do século XX, por meio de uma sentença arbitral, os dois países colocaram fim às disputas que existiam sobre as terras e definiram a conformação territorial de Timor que vigora até hoje. Ou seja, Timor Leste faz parte da ilha de Timor, sendo que a outra integra o território Indonésio, acrescido de um enclave que se encontra na metade Indonésia, Oecussi, além da Ilha de Ataúro e do ilhéu de Tutuala. Com uma dimensão que corresponde à metade do território da Bélgica, uma população de quase 1 milhão de habitantes (dos quais 44% são abaixo de 15 anos), Timor Leste é o país mais pobre da Ásia, com 41% da população vivendo abaixo da linha da pobreza (com menos de 0,55 dólares americanos por pessoa, por dia).

A II Guerra Mundial foi extremamente dura para o país. Tendo em vista sua posição estratégica, a última ilha da Ásia antes de chegar à Austrália, como uma zona tampão (buffer zone) entre as duas maiores potências militares do Sudeste Asiático e Oceania, Timor foi invadido pela Austrália e pela Holanda, apesar das revoltas portuguesas. Posteriormente, naquele front, o Japão invadiu a ilha em 1942 e lá permaneceu até setembro de 1945. Ao final da guerra, o país estava devastado e mais de 60.000 timorenses haviam perdido suas vidas, e as plantações de café, cacau e borracha foram abandonadas em decorrência da guerra por que passava o país.

Na década de 60, Portugal tentou recuperar o país, mas de maneira muito devagar sem que se conseguisse atingir um nível razoável de desenvolvimento. No mesmo ano as

Nações Unidas declararam Timor um território não autônomo sob a administração portuguesa.

A transição democrática por que passou Portugal em 1974 culminou no processo de independência de todas suas ex-colônias, levando Timor, pela primeira vez na sua história, a ser um país independente. Algumas coalizões partidárias se formaram, pró-independência, contrárias às tendências políticas de outros partidos, de tendências pró-Indonésia.

Finalmente, assumindo o controle político do país, a Fretilin (Frente Revolucionária de Timor Leste), que defendia a independência do país, declarou em 1975 Timor Leste a República Democrática de Timor Leste, estando seus adversários ou na ilha de Ataúro, ou acantonados em Timor Ocidental. Entretanto, 10 dias após a declaração do Estado, a Indonésia, comandada pelo general Suharto, organizou uma invasão maciça ao território, deixando para trás um massacre de 60 mil pessoas mortas.

Timor era percebido por potências como os Estados Unidos, em vista do seu gérmen independentista, como um possível simpatizante do comunismo e que seu alinhamento aumentaria o poder de influência chinesa na região. Com o fim da Guerra Fria, a crise das economias asiáticas em 1997, a queda do presidente Suharto, ventos favoráveis começavam a soprar no sentido desta pequena ilha.

Após anos de pressão internacional, que rendeu inclusive o Prêmio Nobel da Paz ao ex-chanceler e atual primeiro-ministro do país, José Ramos Horta, e ao ex-bispo, Cláudio Ximenes Belo, com clamores que iam desde as ex-colônias portuguesas, o próprio Portugal, assim como os fóruns internacionais tradicionais, a Indonésia firmou com Portugal o Acordo de Nova York (5/5/1999), relembrando as Resoluções da Assembléia Geral da ONU (1514, XV, 1541, XV, 2625, XXV), que havia sido a potência da qual Timor fez parte. O acordo previa substancialmente o direito de o povo timorense de se

autodeterminar e que esta autodeterminação seria reconhecida como soberana pelos dois governos.

Em 30/8/99, 78% da população timorense votou pela independência do país, contrariando as pretensões indonésias e a idéia de garantir a Timor uma autonomia especial em relação às demais ilhas de seu arquipélago. Em seguida ao anúncio do resultado e contrariamente à obrigação de garantir a segurança das eleições que a Indonésia assumiu por força do acordo³². O país mergulhou numa atmosfera de conflito e ataques à população, além de destruição de 70% da infraestrutura pública (DOBBINS ET AL., 2005).

Num primeiro momento, foi constituída uma força multinacional para intervir imediatamente no território e conter a onda de violência, chamada INTERFET (*International Force in East Timor*), cujo mandato era principalmente restabelecer a ordem no país. Posteriormente, por meio da Resolução 1272 do Conselho de Segurança, foi determinada a instalação de uma missão de paz, nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações, a UNTAET (*United Nations Transitional Administration in East Timor*)³³, cujo mandato consistia nos seguintes elementos:

- Garantir a segurança e manutenção da lei e ordem por todo o território de Timor Leste;
- Estabelecer uma administração efetiva;
- Auxiliar o desenvolvimento dos serviços civis e sociais;

³² Art. 3º “O Governo da Indonésia será responsável pela manutenção da paz e segurança de Timor Leste de forma a garantir que a consulta popular se realize de forma justa e pacífica numa atmosfera livre de intimidação, violência e interferência de qualquer lado.”

³³ Embora as missões de paz não tenham previsão explícita na Carta das Nações, entendeu-se e confirmou-se pela prática desde 1948, que estas missões poderiam se fundamentar com base no Capítulo VII, da mesma forma que as mais de trinta operações de manutenção de paz já aprovadas.

- Assegurar a coordenação e entrega de toda assistência humanitária, reabilitação e auxílio ao desenvolvimento.

Para tanto, a missão tinha por componentes:

- Um contingente para a administração pública e de governo, incluindo policiais internacionais de até 1.640 oficiais;
- Um contingente para assistência humanitária e reabilitação de emergência;
- Um contingente militar, com até 8.950 tropas e até 200 observadores militares.

Interessante notar que um dos traços distintivos das operações de manutenção de paz é o seu caráter não coercitivo e a necessidade do consentimento dos Estados objeto da missão³⁴.

A UNTAET governou o país, inclusive a justiça, até a entrega definitiva do poder ao governo eleito e formalmente constituído para assumir sua condução política. As primeiras eleições parlamentares ocorrem em 30/8/2001, formando a Assembléia Constituinte e em 14/4/2002 o primeiro presidente é eleito, Xanana Gusmão, um antigo guerrilheiro da resistência à ocupação indonésia. Em 20/5/2002 Timor Leste comemora sua independência após anos de luta e dominação, entretanto a maior luta parece estar por vir, qual seja a de garantir o funcionamento de suas instituições ao mesmo tempo em que garantir o desenvolvimento de sua sociedade.

Timor Leste precisa consolidar sua soberania sobre a área de petróleo que está em disputa com a Austrália, que apesar do conflito, continua explorando-a a despeito do direito e da necessidade do povo timorense sobre aquela receita. Também necessita

³⁴ Para maiores reflexões sobre o assunto, ver Ana Maria Guerra Martins (2000).

promover o desenvolvimento das capacidades profissionais de sua população para conduzir o país.

A administração da UNTAET sabia que necessitava capacitar os profissionais locais para garantir uma saída estratégica e que deixasse com mecanismos de auto-governo, de uma forma que treinasse os timorenses de cima para baixo, passando para estes as funções de governo após a superação de algumas fases. O primeiro passo foi estabelecido em agosto de 2001, quando a UNTAET estabeleceu a Administração Transitória de Timor Leste, com o objetivo de constituir o núcleo do novo governo. Com nove ministérios, quatro eram liderados por timorenses e cinco por funcionários dos quadros da ONU, reduzindo as reclamações de que a UNTAET estava repetindo a forma de governo das potências neocoloniais. O segundo passo ocorreu a partir de setembro de 2001, quando se criou a Administração Pública de TL, em seguida à eleição da Assembleia Constituinte e, a partir de então, todos os ministérios e quatro secretariados eram presididos por cidadãos nacionais. Ao final do mandato da UNTAET, em 2002, ela já havia recrutado 11.000 timorenses para trabalharem no serviço público. O terceiro passo foi a partir de maio de 2002, com a independência de Timor Leste e a dissolução da UNTAET, que foi sucedida pela UNMISSET (*United Nations Mission of Support to East Timor*) e UNOTIL (*United Nations Office in Timor Leste*).

Estrutura da UNTAET: de agosto de 2001 a maio de 2002.

Fonte: Dobbins (2005, p. 161)

Este quadro dá a dimensão complexa dos serviços e competências da UNTAET, coordenando as atividades dos componentes nacionais com os internacionais. Como se sabe, a administração transitória tinha por encargo desde carimbar passaportes, fiscalizar a fronteira e mares, até assinar tratados e negociar projetos, autorizar despesas do orçamento, organizar as forças de defesa nacionais e coordenar a ação humanitária.

O processo de construção de nação, entretanto, deve possuir uma estratégia para deixar o território, deixando para trás estruturas antigas de segurança e criando novas. Conforme esclarece Dobbins:

os módulos de construção de nação, em decorrência disso, emergiram destas percepções, incluindo programas para o treinamento de policiais e o desarmamento, desmobilização e reintegração de ex-combatentes. Há um entendimento crescente, entretanto, que a só polícia não é suficiente. Em grande parte dos casos, todo o setor de segurança deve ser reformulado, incluindo o judiciário, os sistemas prisionais, e a organização militar local. Timor Leste foi o primeiro caso no qual as Nações Unidas tiveram que assumir responsabilidade por estes setores. E, apesar das amargas experiências vividas atrás como na Somália, as Nações Unidas caminharam devagar no preenchimento do vácuo judiciário. Experiências em Timor Leste, assim como em Kosovo, sugerem a necessidade de mobilizar juízes internacionais ao lado da polícia internacional em muitas missões de construção de nações, particularmente em relação àquelas que estão sob algum tipo de administração internacional interina (2005, pp. 177-8).

Anoto a observação de Dobbins que antecipa, no processo de construção nacional levado a cabo pelas Nações Unidas, um erro estratégico que foi avaliado posteriormente. Os juízes internacionais não eram recrutados para a administração local da justiça, mas tão somente para o Painel Especial dos Crimes Graves. Da mesma forma que as Nações Unidas já tinham compreendido a necessidade da força policial internacional para posteriormente treinar e capacitar as forças policiais locais, deveriam desde o início ter apoiado o sistema de justiça local, inclusive com treinamento.

Essas e outras experiências são aprendidas e compiladas nos relatórios sucessivos que a sede da ONU envia às missões, com vistas a buscarem aperfeiçoar seus métodos de intervenção local.

2.4.2 Sistemas tradicionais de justiça

Em Timor Leste, assim como se verificou no Afeganistão, existe de forma intensa na sociedade um sistema de justiça tradicional realizada em nível das vilas. Como grande parte da população desta pequena ilha vive fora das cidades e sem acesso aos mecanismos da justiça, pelas razões explicitadas no primeiro capítulo, como o desconhecimento do direito e a dificuldade em deduzi-lo formalmente, a falta de infra-estrutura para acolher estas demandas do meio rural, etc., mas principalmente pela forma tradicional em que se vive no interior do país, em grupos tribais e familiares.

A base de fato são os costumes e as tradições do povo, bem como os mecanismos de mediar e resolver os conflitos por chefes ou anciões da vila. Há bastante resistência ainda em levar casos para o judiciário, de modo que se buscam as compensações dentro da própria comunidade, envolvendo não apenas o ofensor e a vítima, mas a família de ambos buscando principalmente a reconciliação e a reintegração da pessoa na comunidade, a despeito de se tratar de violações condenadas pelo Estado, como a violência doméstica, o caso mais comum de crime no país.

Diversos valores clássicos dos sistemas jurídicos ocidentais contrastam-se ou são percebidos de forma diversa no ambiente tradicional, das comunidades rurais que pouco contato tem com as formas externas de conjunto social. Do ponto de vista dos direitos humanos, por exemplo, o tratamento dado pelo direito tradicional dos crimes sexuais é extremamente precário. Existe pouco conhecimento do sentido da palavra “estupro” e pouco discernimento entre estupro e adultério. A forma como estes casos são tratados pela comunidade assemelha-se ao tratamento dado pelo direito estatal das coisas. Para casos

que se tratam como crime, busca-se no meio tradicional formas de compensar a família da mulher que sofre a agressão (estupro) ou do marido que sofre a humilhação (adultério), ocorrendo em geral a compensação ao marido por não haver um claro discernimento sobre o conceito de estupro.

No direito timorense, o costume para o casamento envolve o pagamento de um dote (barlaki) e o verbo que se usa para casar com uma mulher é rola feto, o que quer dizer “comprar mulher”. Assim, a noção de propriedade da mulher e casamento é muito estreita e percebe-se sobretudo na forma de tratar os crimes de que a mulher é vítima nessas sociedades.

Diversas denúncias de estupro decorreram da publicidade em direitos humanos a partir da presença das Nações Unidas no território, conforme afirma uma ativista em Baucau, membro da Organização Mundial do Trabalho: “Agora é que estamos tendo a experiência de que o estupro é mau (...), antes ele não era visto desta forma. Pagava-se e casava-se logo em seguida” (HOHE; NIXON, 2003, p. 61).

No ambiente das comunidades tribais, a recomposição do dano ocorrido é obtida pelo restabelecimento do curso dos valores e da importância da reconciliação social. Entretanto, diversas ativistas contestam que o sistema de compensação não compense a família, mas a mulher vítima para os casos de violência doméstica ou crime sexual. Elas entendem também que o sistema formal tampouco dá a melhor solução para as mulheres, pois num tribunal há sempre alguém que perde e alguém que ganha e, inclusive, quem perde pode ser a mulher vítima e quem ganha o homem agressor. Da mesma forma, criticam as soluções do sistema formal pois ainda que resolvido o problema com esta justiça, permanece o problema frente à comunidade.

O estudo do direito em comunidades tradicionais passa por rever todo o arcabouço de valores de um povo e do nosso referencial e temos que reenquadrar valores tão conhecidos e juridicamente convencionados como a violência. De acordo com a Lei

Indonésia, a violência doméstica era um assunto privado, ao passo, que para os direitos humanos, certamente é um crime, no âmbito do direito público, e deve ser punido por ser um ato ilegal contra a ordem social.

Algumas diferenças marcam bem a cosmologia de valores das sociedades tradicionais em relação às ocidentais. O valor de comunidade e família é buscado acima de todos os outros valores, notadamente os valores de cunho individual. Portanto, uma agressão física jamais terá por efeito uma punição tão grave quanto o divórcio. Um roubo é muito mais sério para os valores comunitários do que uma agressão física, que sequer é reportado para a coletividade.

De forma bastante simplista, no direito criminal ocidental, o procurador representa o interesse público e processa o acusado em nome do Estado, sendo reservado à vítima o papel de alguém que assiste, mas que não será diretamente recompensada pelo dano sofrido. No sistema tradicional, as ofensas são assunto de família e a vítima é o outro pólo da relação que espera ser compensada.

Da mesma forma, a percepção da pena privativa de liberdade é igualmente entendida de forma diferente. A sobreposição de modelos distintos de justiça pode levar a algumas inconsistências do ponto de vista sociojurídico. Em várias situações o réu prefere ir à prisão do que pagar as compensações exigidas pelo direito tradicional, inclusive quando este prevê a obrigação de se casar com a vítima, em caso de estupro, por exemplo, o que para a comunidade pode gerar grandes frustrações, pois de acordo com este universo de valores, a justiça formal impediu que um indivíduo cumprisse a regra de conduta social e reparasse a vítima no que era sua expectativa. Conforme nos aponta o estudo citado, a reposição valorativa após um crime é ainda mais importante para restabelecer a ordem sócio cósmica.

E continua:

A punição local enfatiza a vergonha do agressor. Enquanto para uma pessoa do ocidente, ser sujeito à prisão já é um fator que causa uma enorme vergonha, essa estranha punição pode não ser considerada vergonhosa por um camponês local e, portanto, pode não ter o mesmo efeito de prevenir a conduta. O que envergonha uma pessoa é culturalmente relativo (HOHE; NIXON, 2003, p. 64).

2.4.3 Sistema de Justiça e garantias do acesso

Com um mandato extremamente amplo, muito mais amplo do que encontramos para o Afeganistão, as Nações Unidas tinham por desafio recriar as instituições e o governo, prover a segurança do país com uma força militar multinacional, observadores militares, policiais internacionais, um contingente civil tanto para as operações da missão quanto para a administração do governo e, à medida dos avanços, repassar as instituições aos timorenses.

Numa experiência única, de amplo governo de um país, inicialmente entregue ao Representante Especial do Secretário Geral das Nações Unidas, Sérgio Vieira de Mello, as Nações Unidas empenharam-se em reabilitar infraestruturas, inclusive rodovias, sistemas de comunicação e monitoramento, mas também os tribunais da capital e os distritais, além dos ministérios. Após a retirada da Indonésia, as milícias pró-indonésia demonstraram sua frustração destruindo 50% da infraestrutura do país. Além disso, 75% da mão de obra qualificada também deixou o território, ficando o país abandonado à sua sorte e à sua própria dificuldade em reconstruir sozinho sua base de governo.

Durante os preparativos para se lançar a missão, o Secretário Geral observava que “as instituições locais, incluindo o sistema judicial, por diversas razões práticas, pararam de funcionar, tendo os juízes, procuradores e outros membros das profissões legais

abandonado o território” (UNSG, 1999, parágrafo 22) Estimava-se que o número de advogados no território todo não chegava a dez.

A realidade em Timor era completamente distinta da que se havia visto em outras missões até então, uma visão de completo vazio institucional e de pessoas que pudessem fazer as novas instituições funcionar. Tudo isso além do quadro legal extremamente frágil e sem base legal nacional para se atuar.

Inicialmente faremos uma separação entre a fragilidade do quadro legal e a fragilidade do quadro do judiciário, que compõe no final o mesmo quadro das instituições jurídicas.

Os regulamentos da UNTAET (*United Nations Transitional Administration for East Timor*) foram os primeiros documentos legais a vigorarem no território após a retirada da Indonésia, executados pelo Gabinete de Assuntos Legais da missão entre 1999 e 2002. A força de lei dos regulamentos é reconhecida pela própria Constituição³⁵ timorense, bem como pela segunda lei promulgada pelo Parlamento, Lei 02/2002, sobre a interpretação do direito vigente, quando faz notar que permanecem vigente no país a legislação que até então vigorava, em tudo que não contrariar a Constituição, reconhecendo e recebendo para o direito interno todas as ações de governo da Administração Transitória.

Os poderes atribuídos à Administração Transitória pela legislação vigente em Timor Leste em 19 de maio de 2002 passam a ser exercidos pelas autoridades competentes da República Democrática de Timor Leste, em conformidade com a Constituição e os princípios nela estabelecidos. As Nações Unidas, portanto, efetivamente legislaram no país e sua produção foi recepcionada por Timor Leste por todos os instrumentos posteriores à independência.

³⁵ Art. 165 da Constituição da República Democrática de Timor Leste (Título: Da Lei Anterior): “São aplicáveis, enquanto não forem revogados ou alterados, as leis e os regulamentos vigentes em Timor Leste em tudo que não se mostrar contrário à Constituição e aos princípios nela consignados”.

Embora tenha surgido a questão da legislação subsidiária aplicável em Timor Leste, uma vez que grande parte das matérias de direito não se encontravam reguladas, como por exemplo, as leis infraconstitucionais em matéria criminal, civil, de família, de drogas, qual deveria ser a legislação base para estes temas sem previsão local? Como o sistema prevê que permanece em vigor a legislação vigente até então e esta era, antes da intervenção das Nações Unidas, a Indonésia. Entretanto, em diversas decisões judiciais da Corte de Apelação, decidiu-se que, tendo a invasão indonésia ocorrido ao arrepio da lei, contrariamente aos princípios de direito internacional e sem reconhecimento das Nações Unidas, tanto a invasão como o governo indonésio deveriam ser considerados ilegais, e portanto, suas matrizes legislativas também. Portanto, a completude do sistema se dava com recurso à lei portuguesa, uma vez que o sistema jurídico deve ser sempre completo e prevendo as respostas jurídicas a todas as situações, pela teoria ortodoxa do direito de Kelsen.

Ocorre que o direito não se constitui apenas de legalidade, mas existem fenômenos que entram na vida jurídica pela consolidação dos fatos, inclusive como tivemos a oportunidade de analisar quando falamos sobre o pluralismo jurídico. Equiparo o poder dos fatos mais ou menos como o poder da língua falada sobre a norma culta da língua, da teoria lingüística. É o poder dos acontecimentos na sucessão e consolidação dos eventos mais estáticos, como uma estrutura jurídica.

Essa questão colocava ainda mais problemas ao mesmo tempo em que dava a falsa imagem de se estar trazendo soluções para a questão da legislação subsidiária. Por um lado, era interessante adotar a lei portuguesa, uma vez que Portugal era o país que mais recursos enviava para a construção do sistema jurídico, com projetos de intercâmbio e cursos de língua, apoiando por meio de cooperação internacional a formação e treinamento dos quadros do judiciário, e que todos os consultores jurídicos presentes naquela ocasião tinham formação jurídica em língua portuguesa, muitos dos quais vindos de Portugal e que,

portanto, desconheciam a língua indonésia e o sistema legal daquele país. Tratava-se, portanto, de uma falsa solução pois nenhum jurista timorense local conhecia a legislação e o direito português nem falava a língua portuguesa. Seria facilitar o trabalho dos estrangeiros para dificultar o dos locais, ainda que o sistema civilista seja o que se quisesse aperfeiçoar, no nosso entendimento, a matriz jurídica deveria se desenvolver da situação histórica e social de Timor, ponderadas as respectivas influências.

Esta questão foi superada pela publicação da lei nº 10/2004 sobre a interpretação do art. 1º da lei mencionada acima (Lei n.º 2/2002), sobre a fonte do direito que impera no país. Interessante notar no preâmbulo a veemência da crítica à interpretação dada pela mais alta corte do país à lei subsidiária em vigor.

Disponha o preâmbulo:

As interpretações legais feitas à letra, fora do contexto e do sistema, desgarradas da realidade, com violação das regras mais elementares da hermenêutica jurídica conduzem a situações absurdas, que podem pôr em causa a estabilidade do País e provocarem tendencialmente situações de crise institucional, que de outra forma não existiriam.

Assim, é decretada a presente lei que dispõe conforme segue:

Art. 1º, interpretação autêntica:

Entende-se por legislação vigente em Timor Leste em 19 de maio de 2002, nos termos do disposto no artigo 1º da lei 2/2002 (...) toda a legislação indonésia que era aplicada e vigorava “de facto” em Timor Leste, antes do dia 25 de outubro de 1999, nos termos do Regulamento 1/1999 da UNTAET.

Art. 2º, Fontes do direito

1. A lei é a única fonte imediata de direito em Timor Leste.
2. Leis são as disposições genéricas providas dos órgãos estaduais competentes.

3. São fontes de direito da RDTL:

a Constituição da República;

As leis emanadas do Parlamento Nacional e do Governo da República;

Supletivamente os regulamentos e demais diplomas legais da UNTAET enquanto não forem revogados, assim como a legislação indonésia nos termos do artigo 1º da presente lei.

Art. 3º, Efeitos.

A presente lei produz efeitos desde o dia 20 de maio de 2002.

Assim, ainda com relação aos julgados anteriores tendo por base a lei portuguesa, a nova lei resolve a confusão que havia sido criada pela decisão da Corte de Apelação e, com efeitos retroativos, passa a vigorar para todos os fatos desde a data da independência do Estado timorense, considerando como válida a lei subsidiária que vigorava até então, ou seja, a lei indonésia. A despeito disso e das novas orientações de respeito aos direitos humanos e tratados internacionais assinados, diversas leis indonésias foram afastadas de sua aplicação em Timor Leste, por certo, como as Leis Anti-Subversão, a Lei de Organizações Sociais, ou a aplicação da pena capital.

Embora houvesse falta de legislação para grande parte das questões sociais e de ordem pública no país, o maior problema da administração da justiça sempre foi o de qualificação dos quadros jurídicos e o fortalecimento das instituições. Conforme ressalta Dobbins (2005) em sua obra que comenta os vários esforços de construção de nação nas diversas experiências das Nações Unidas desde 1948, a falta de experiência dos timorenses tinha um efeito particularmente negativo na reforma do setor da justiça.

Conforme observa Simon Chesterman (2002), embora houvesse o entendimento inicial de que Timor Leste necessitava uma mudança legal e medidas relativas à manutenção da ordem para sua paz e segurança (aprendido, em parte, das experiências em Kosovo), tornou-se rapidamente claro que o foco principal deveria ser o desenvolvimento

das instituições que seriam sustentáveis. Segundo o autor, diversos esforços foram feitos para “timorizar” o judiciário, mas isso requereu muitas concessões em termos de qualificação dos quadros profissionais.

Paralelamente às instituições nacionais de justiça, ou seja, os tribunais de primeira instância, na capital (Dili) e em mais três distritos (Baucau, Suai e Oecussi), e a Corte de Apelação, as instituições do sistema prisional, existe o tribunal para os Crimes Graves, com profissionais jurídicos internacionais e nacionais, para apurar os crimes ocorridos entre 1º de janeiro e 25 de outubro de 1999, e a Comissão de Acolhimento, Verdade e Reconciliação, promovendo o debate público e a busca do acolhimento dos perpetradores de crimes durante a invasão do território por milícias.

O Painel Especial dos Crimes Graves tinha jurisdição sobre os crimes de genocídio, crimes de guerra, os crimes contra a humanidade e outras ofensas graves praticadas durante aquele determinado período. Não obstante, o esforço foi obstado pela falta de vontade do governo indonésio em cooperar com os indiciamentos. A maioria dos casos de indiciamento, incluindo os membros das forças militares indonésias e os líderes das milícias apoiadas por Jacarta, não surtiram efeito algum. Finalmente, em 2004, o Painel Especial expediu o mandado de prisão do ex-gerenral Wirando, ex-comandante das Forças Armadas Indonésias e Ministro da Defesa e da Segurança. Entretanto, de acordo com o Ministro das Relações Exteriores Indonésio, o referido painel “não é de forma alguma um tribunal internacional... não possuem jurisdição internacional e, neste assunto, eles não têm a capacidade de atingir cidadãos não timorenses, legalmente” ³⁶, embora seja apoiado pelas Nações Unidas na condução da justiça local.

Como resultado da falta de cooperação da Indonésia, poucos dos responsáveis pelas atrocidades de 1999 foram efetivamente processados. A Indonésia cria sua própria

³⁶ East Timor: UN Indicts General Wiranto for Crimes Against Humanity, ABC Radio, 25/02/2003.

instância interna para processar estes abusos, a *Ad Hoc Human Rights Court on East Timor*. Uma investigação preliminar confirma a ocorrência de sérias violações de direitos humanos na referida época, pós-referendo que optou pela independência do país, comprovando-se a ligação havida entre o massacre e destruição do país com vínculos com o governo e o comando militar indonésio. Em 2002, a presidente indonésia Megawati Sukarnoputri nomeou 18 juízes civis para compor um tribunal. Embora o tribunal tenha condenado alguns indivíduos de crimes contra a humanidade, ele foi intensamente criticado pelos ativistas de direitos humanos como “injusto, politicamente tendencioso e sem vontade política para processar os oficiais seniores militares e civis indonésios” (DOBBINS ET AL., 2005, p. 171).

Diferentemente do que ocorreu em Kosovo, com grandes problemas em termos de segurança e de natureza política, em Timor Leste a pouca qualificação dos juristas representava o maior desafio.

Durante o período indonésio, nenhum jurista timorense jamais havia sido nomeado juiz ou procurador. Com a criação da Comissão do Serviço Transitório de Justiça, ainda que com a presença de especialistas estrangeiros, não havia forma de recrutar juristas locais para compor o quadro do serviço. Foi aí que panfletos solicitando a candidatura de juristas por todo o território foram distribuídas por aviões da INTERFET. Em dois meses, 60 bacharéis em direito apresentaram-se.

Conforme aponta Chesterman, a decisão de se acreditar na inexperiência dos juristas locais veio como uma opção política e pragmática ao mesmo tempo. Em primeiro lugar, porque do ponto de vista político, a nomeação de timorenses para operar o sistema de justiça era de uma simbologia importante, significando o poder nas mãos dos timorenses, da sua competência jurídica para definir a forma de exercício da justiça, poder este que lhe foi negado pelos 25 anos de ocupação indonésia. Em segundo, com juízes nomeados regularmente, poder-se-ia processar as detenções realizadas pelas tropas da

INTERFET de maneira rápida e no idioma local, sem a necessidade de se deslocar juízes internacionais que não poderiam permanecer no território por muito tempo.

A falta de experiência, ainda que com a presença de mentores que funcionavam como sombras, mas sem poder de intervir diretamente, provou que o sistema era fraco e que pouco resultado se trazia pelo menos naquele curto período de tempo. Entretanto, alguns estudiosos das missões de paz dizem que foi apressada a decisão de entregar o sistema da justiça aos timorenses que não tinham demonstrado prática e conhecimento do sistema de justiça. Conforme Dobbins (2005), a UNTAET poderia ter mantido o controle deste setor (da justiça) e passado para juízes internacionais pelo período de transição, da mesma forma que ocorreu com as forças policiais estrangeiras que apoiavam a força policial embrionária de Timor Leste.

As sucessivas missões das Nações Unidas ao país confirmaram em seus relatórios que o país continuava extremamente carente de recursos de infra-estrutura e de qualificação dos quadros do judiciário. Como consequência, diversos presos ficavam sem serem julgados, numa violação reiterada dos seus direitos, no limite temporal que é dado para os casos de prisão preventiva.

A falta de defensores públicos qualificados comprometia não só o sistema de justiça no andamento das demandas, mas também o próprio direito de defesa, sobretudo num país em que possui as mais altas taxas de desemprego e de analfabetismo da Ásia, com mais da metade da população vivendo abaixo da linha da pobreza. É notório que um Estado que pretende ser democrático no exercício do poder, precisa ser democrático também na realização dos direitos sociais. Assim, a criação do serviço de Assistência Judiciária pela administração da UNTAET (Regulamento 24/2001) é um marco importante nos processos de construção de Estado pela ONU. O serviço destina-se ao atendimento das pessoas carentes, que não têm recursos para custear suas demandas judiciais, tanto no âmbito criminal quanto civil.

Inicialmente custeado pela administração transitória, uma parte do serviço foi incorporado ao Ministério da Justiça, após a independência, sendo que a outra parcela da assistência judiciária era realizada por advogados particulares que recebiam doações de organizações internacionais para prestarem este serviço. Ainda que pudesse ser melhor organizado, o serviço já encontrava suas bases lançadas para promover o acesso à justiça da população, ou pelo menos, que se conseguisse realizá-lo precariamente.

Conforme retrata Dobbins, o clima internacional favorável, recursos comparativamente abundantes, e uma liderança de alta qualidade, permitiu que as Nações Unidas fossem capazes de manter a segurança, restaurar o governo, iniciar a reconstrução, realizar eleições e entregar o poder a governo representativo do Timor Leste independente. Certamente considerada uma das missões mais bem sucedidas levadas à cabo pelas Nações Unidas, o que o tempo nos mostra é que quanto mais cedo se comemora o sucesso, fica mais fácil olhar para os acertos. Hoje, após a redução da missão e a volta de episódios de violência, percebe-se que a estabilidade ainda é embrionária e que os motivos de conflito ainda se encontram presentes na sociedade: a extrema pobreza da população e as diferenças étnicas.

CAPÍTULO 3 RECONSTRUÇÃO DE NAÇÕES E OS SISTEMAS DE JUSTIÇA

Neste capítulo consolidaremos os apontamentos lançados nos dois títulos anteriores para demonstrar o objeto principal desta dissertação, que é retratar o processo de reconstrução de sistemas de justiça em países pós-conflito. Após as reflexões sobre o acesso à justiça e sobre as atividades internacionais de apoio aos países em processo de reconstrução institucional, passando pela análise de dois países em especial, Afeganistão e Timor Leste, pretendemos tratar especificamente da reconstrução dos sistemas de justiça e de suas diversas implicações, desdobramentos, tendências e reflexões sobre a justiça de transição.

Analisaremos a questão dos direitos humanos em países pós-conflito e os sistemas criados para seu monitoramento, visando à comprovação de sua efetivação em territórios em que se encontram instaladas missões de paz das Nações Unidas.

Considerando-se a importância cada vez mais crescente dos mecanismos de Justiça de Transição, bem como seu apoio teórico no desenvolvimento dos sistemas de justiça, pretendemos oferecer nossa contribuição para a adoção de práticas calcadas na mediação comunitária e capacitação para operação em sistemas tradicionais. Fazemos, assim, uma reflexão sobre os limites da ortodoxia do Estado de Direito nesses contextos pós-conflito.

3.1 A situação dos direitos humanos e do acesso à justiça nos Estados pós-conflito

3.1.1 A consagração formal dos direitos humanos e do acesso à justiça

Neste título consolidaremos os apontamentos lançados nos dois títulos anteriores para demonstrar o objeto principal desta dissertação, que é retratar o processo de reconstrução de sistemas de justiça em países pós-conflito. Após as reflexões sobre o acesso à justiça e sobre as atividades internacionais de apoio aos países em processo de reconstrução institucional, passando pela análise de dois países, Afeganistão e Timor Leste, pretendemos tratar especificamente da reconstrução dos sistemas de justiça e de suas diversas implicações, desdobramentos, tendências e reflexões sobre a justiça de transição.

Os direitos humanos passaram a ser um componente de primeira grandeza na administração dos Estados pós-conflito. Os direitos humanos são a área mais vulnerável numa sociedade nestas condições, seja porque os respectivos Estados deixaram de garantir as condições mínimas de dignidade humana de sua população para a eclosão de conflito, seja porque dificilmente conseguiram equalizar os diversos desafios que estão à frente de uma nova configuração institucional.

Embora os direitos humanos não se confundam com os direitos fundamentais (BONAVIDES, 2010, p. 560)³⁷ a teoria de um e de outro servem para compreendê-los em

³⁷ Neste sentido, R. Alexy, *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*, RDA nº 217, 1999. Também Ingo W. Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Livraria Editora do Advogado, Porto Alegre, 2007, p. 40, para quem a relevante distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos é o grau de efetiva aplicação e proteção dos direitos. Para o autor, os direitos fundamentais têm melhores condições e maior grau de efetivação em face da existência de instâncias dotadas do poder para fazer respeitar e realizar

sua órbita material e formal. Um dos critérios enunciados por Carl Schmitt seria sua estatura constitucional, confirmando sua consagração no grau mais elevado de garantia ou segurança. Nas palavras do autor, “ou são imutáveis (*unabänderlich*) ou pelo menos de mudança dificultada (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição”. No processo de afirmação dos direitos humanos, passou-se da abstração à sua progressiva efetivação, ao mesmo tempo que avançaram-se nas gerações que os conceituavam. No dizer de Bonavides, “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII” (2010, p. 563).

Quando a literatura afirma que já se encontram consolidados os direitos humanos de primeira geração – direitos civis e políticos, num estudo de casos práticos, teremos que enfrentar de que forma esta consolidação também se dá no nível concreto, a ponto de se afirmar que não existe Constituição digna desse nome aquela que não os reconheça em toda sua extensão. Assim, passaremos a analisar de que forma os direitos humanos encontram repercussão nas constituições dos países analisados. De início, destaca-se o importante papel que os direitos humanos passaram a assumir nas Constituições dos Estados, enfatizando o cumprimento dos padrões internacionais de direitos humanos e os respectivos tratados enunciativos destes direitos.

Trataremos, em seguida, das previsões contidas nas constituições dos países estudados no capítulo anterior atinentes aos direitos humanos.

estes direitos. Os direitos fundamentais, para ele, têm uma pertinência na ordem interna e os direitos humanos uma pertinência internacional.

No Preâmbulo da Constituição afegã, como fundamento para a adoção de suas normas, ela afirma que são observadas a “Carta das Nações Unidas e o respeito à Declaração Universal dos Direitos Humanos”³⁸. Posteriormente, também no Preâmbulo, destaca-se a “criação de uma sociedade civil livre da opressão, atrocidade, discriminação e violência, baseada no estado de direito, justiça social, proteção dos direitos humanos, e dignidade, e assegurando os direitos e liberdades fundamentais do povo”.

Como obrigação do Estado, o art. 6º da Constituição afirma a criação de uma “sociedade próspera e progressista baseada na justiça social, proteção da dignidade humana, proteção dos direitos humanos, realização da democracia e para assegurar a unidade nacional e igualdade entre os grupos e tribos étnicas e a promover o desenvolvimento equilibrado em todas as áreas do país”

A Constituição do Timor Leste igualmente destaca a importância dos direitos humanos como fundamento de sua república, não excluindo quaisquer outros constantes da lei e devem ser interpretados em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme segue:

A República Democrática de Timor-Leste rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, do direito dos povos à autodeterminação e independência, da protecção dos direitos humanos, do respeito mútuo pela soberania, integridade territorial e igualdade e da não ingerência nos assuntos internos dos Estados.

Certamente que apenas a enunciação da relevância dos direitos humanos nas diversas ordens jurídicas não garante sua observância e inflexão na vida dos cidadãos. Sem a concretização destes direitos por meio das garantias institucionais, de sua efetivação

³⁸ Artigo 7o, Cap. 1. “The state shall abide by the UN charter, international treaties, international conventions that Afghanistan has signed, and the Universal Declaration of Human Rights.”

pelos Estados, o ideal enunciado nas declarações e tratados assinados de direitos humanos jamais será alcançado (ALEXY, 1999). Assim, em todas as missões, estão destacados departamentos especializados em monitorar a situação dos direitos humanos nos países, com diferentes concentrações de acordo com o contexto social e o mandato recebido.

No que tange à afirmação do estado de direito no Afeganistão, o art. 130 de sua Constituição estabelece que, no processamento dos casos, os tribunais deverão aplicar as provisões da Constituição e as demais leis vigentes. Nos casos em que não houver disposição constitucional ou legal tratando da questão jurídica relevante, as decisões deverão ser dadas dentro dos limites fixados pela Constituição e de acordo com a jurisprudência Hanafi e de uma maneira que faça justiça da melhor maneira possível. Os tribunais deverão aplicar a legislação Shia em casos de assuntos interpessoais de seguidores da seita Shia e de acordo com as previsões legais.

O relatório do Secretário Geral das Nações Unidas (UNSG, 2004), de 14/09/2010, aborda a situação do Afeganistão e suas implicações para a paz e segurança internacional, reforçando a importância da reforma do setor da justiça como um componente da agenda de governança do país. Neste sentido, indica o trabalho importante da missão, UNAMA, juntamente com as instituições judiciais afegãs e doadores no planejamento das ações para fortalecimento das instituições de justiça, acesso à justiça, conexões entre os sistemas formais e informais e os processos da justiça de transição.

Não obstante os avanços notados, o relatório menciona que a situação ainda é frágil e ameaçada pela deterioração recente da segurança, sendo de grande relevância as iniciativas voltadas à construção de confiança da população para uma paz e um consenso sustentável.

3.1.2 A consagração material dos direitos humanos e do acesso à justiça: monitoramento

A efetiva afirmação dos direitos humanos nos contextos pós-conflito somente ocorrerá a partir das mudanças efetivas na forma de vida dos cidadãos locais e na relação destes com os poderes estatais. Assim, grande parte dos esforços internacionais dedica-se ao monitoramento do respeito aos direitos humanos formalmente consagrados em suas cartas políticas, conforme práticas consagradas nas relações internacionais.

Este monitoramento é refletido nos diversos relatórios publicados pelas organizações internacionais em operação no local e, nos mais das vezes, de acesso facilitado pelas ferramentas da internet. Além disso, a proteção dos direitos humanos está intimamente ligada ao fortalecimento dos sistemas de justiça capaz de processar os abusos de poder, desvios de conduta e violações dos direitos fundamentais. É desta forma que os sistemas de justiça são considerados vitais para as operações de paz em curso, sobretudo pela capacidade que lhe é inerente de garantir a proteção dos direitos humanos.

Nos termos da publicação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos - ACNUDH intitulado *Rule of Law Tools for Post-Conflict States – Monitoring the Legal Systems* afirma-se que:

a efetiva transformação de um sistema de justiça disfuncional em um que corresponda aos padrões internacionais fundamentais é um processo extremamente longo e difícil. Reformas efetivas necessitam de uma avaliação detalhada e progressiva do funcionamento do sistema e uma fotografia clara dos seus problemas. Um monitoramento consistente do sistema legal para o cumprimento das leis domésticas e dos padrões internacionais de justiça confere aos tomadores de decisão informações específicas e precisas que eles necessitam para mirarem estrategicamente os recursos para as reformas baseadas mais no que realmente necessitam do que nos desafios imaginados (UNHCHR, 2006a, p. 1).

Para as missões das Nações Unidas, deverão ser observados os princípios e padrões internacionalmente aceitos como as bases normativas para as atividades da justiça e da afirmação de um estado de direito. Em relatório do Secretário Geral, afirma-se que essa fundação normativa faz parte da integração aos quatro pilares do sistema jurídico internacional moderno, além da Carta, quais sejam, os direitos humanos internacionais, o direito criminal internacional, o direito internacional humanitário e o direito internacional dos refugiados (UNSG, 2004, p. 5). A publicação do ACNUDH (UNHCHR, 2006a) ressalta os princípios da não-discriminação e tratamento igualitário, como o acesso à justiça e o tratamento justo das vítimas, acesso aos remédios legais previsto nas leis locais, procedimentos procedimentais e materiais justos, ausência de impunidade para crimes do direito internacional e uma administração da justiça independente e imparcial.

Assim, as equipes destacadas para o monitoramento dos direitos humanos deverão ter claras as bases legais vigentes naquele sistema, diante de possíveis conflitos de lei, sistemas jurídicos sobrepostos, tratados e acordos internacionais firmados antes e depois da instalação de um novo regime, assim como resoluções do Conselho de Segurança. Destaca-se a existência de três substratos legais que deverão ser conhecidos para se realizar o monitoramento: o sistema civil, constitucional ou estatutário, o sistema religioso e o sistema tradicional e suas práticas costumeiras.

O sistema tradicional deve, assim, ser integrado à análise dos sistemas de justiça, sobretudo em sua contribuição com os sistemas alternativos de resolução de conflitos. Suas normas reconhecidamente tendem à manutenção da coesão comunitária embora, por outro lado, haja a tendência de desfavorecer grupos desempoderados, como as mulheres. O monitoramento deverá relatar e fazer recomendações sobre a possibilidade de essas práticas serem legalizadas, se ainda não oficializadas, ou adequadas para estarem em conformidade com a proteção legal aos princípios internacionais e domésticos de justiça (UNHCHR, 2006a).

Outro aspecto crucial no monitoramento do sistema de justiça, além de fornecer ferramentas estratégicas para a aplicação dos recursos e treinamento, é a garantia da credibilidade da população nas políticas do governo que permita o progresso social e identifique, como um sinal de alarme, o ressurgimento de possíveis situações de um contexto de conflito.

O monitoramento é realizado por unidades específicas das missões nos países, com mandatos idealmente definidos pelo Conselho de Segurança, no âmbito das operações de paz, mas também como base de trabalho de ONGs. No Timor Leste está presente o *Judicial System Monitoring Programme*, uma ONG nacional e internacional, que elabora relatórios freqüentes e temáticos sobre o funcionamento das cortes nacionais, bem como dos sistemas tradicionais, e de justiça de transição e Comissão de Verdade, Reconciliação e Justiça. O monitoramento também é realizado pela Seção de Direitos Humanos e Justiça de Transição (anteriormente, Unidade de Direitos Humanos, mas também pelo Escritório de Assuntos Legais da missão, que acompanhava o desenvolvimento do sistema jurídico).

No caso do Afeganistão, a Unidade de Direitos Humanos recebeu o mandato do Conselho de Segurança das Nações Unidas para assessorar as instituições afegãs na proteção e promoção dos padrões internacionais de direitos humanos, assim como auxiliar a própria missão das Nações Unidas a integrar aspectos de direitos humanos em seu trabalho, garantindo que a própria missão obedeça os seus preceitos. A Unidade de Direitos Humanos enfatiza cinco assuntos principais: proteção de civis, violência contra mulher, justiça de transição, liberdade de expressão, pobreza e direitos humanos e auxílio e apoio à Comissão Independente Afegã de Direitos Humanos (AIHCR)

Embora os tratados internacionais disponham sobre os princípios de proteção dos direitos humanos a serem seguidos, inclusive com relação à administração da justiça, algumas situações práticas não previstas devem igualmente ser avaliadas para que se dê respaldo aos interesses da população. Assim, o monitoramento deverá analisar questões

orçamentárias e alocações financeiras, mecanismos previstos de investigações disciplinares e sindicâncias, o processo de indicação de juízes e promotores, disseminação legal e publicidade, independência e capacitação de advogados, proteção às vítimas, e em geral, “tudo que afete a capacidade do sistema de justiça formal de garantir à população a resolução justa, eficiente e correta dos casos” (UNHCHR, 2006a, p. 6).

3.2 Reconstrução dos Sistemas de Justiça

3.2.1 Reconstrução de nações e mecanismos de justiça

As orientações para o tratamento da questão da justiça juntamente com a pobreza legal de grande parte da população devem ser as primeiras peças na fundação do sistema jurídico pós-conflito. Sobre estas orientações falaremos a seguir. Cabe aqui referir, no entanto, que dos diversos desafios colocados à comunidade internacional, num contexto ainda instável, com acordos de compartilhamento de poder difíceis de implementar, num mesmo esforço para reintegrar quantidades enormes de pessoas deslocadas pelos conflitos, além de evitar a disseminação de doenças e a praga da fome, diversas iniciativas de ação pós-conflito foram lançadas, com a criação de unidades especiais, como o *Bureau for Crisis Prevention and Recovery* do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e a *Conflict Prevention and Reconstruction Unit* do Banco Mundial. Em 1997, o UNHCR e o Banco Mundial conjuntamente lançaram o *Brookings Process* com recomendações para uma ação concertada entre os diversos programas operando num país, sobretudo em relação aos arranjos institucionais e fundacionais de uma nova ordem.

Como recomenda o relatório da Comissão de Segurança Humana, mais do que garantir o repasse das funções de assistência internacional para os atores do desenvolvimento internacional, o objetivo deve ser o de reforçar as capacidades dos atores nacionais e locais, de forma que a assistência social, reabilitação e a assistência ao desenvolvimento sejam entregues efetivamente a eles, não a terceiros (HUMAN SECURITY COMMISSION, 2002, p. 38). Trata-se de uma ferramenta, um conceito, do que se pretende como resultado final do processo de intervenção internacional, que é da

apropriação local dos mecanismos de sustentabilidade dos projetos de desenvolvimento nacional pela comunidade local.

Conforme afirma Léon Saint-Louis (2004, p. 9), “a justiça é um dos atributos essenciais da organização e funcionamento de todas as entidades estatais sediadas na democracia e no respeito dos direitos humanos”, cuja principal função é a de “fazer cumprir a lei”, em nome do Estado, na resolução dos conflitos inerentes à vida em sociedade.

Embora seja difícil definir o papel do sistema judiciário de forma genérica, em vista dos diferentes contextos sociais e das diversas funções desempenhadas pelo Judiciário, alguns contornos comuns podem ser encontrados. O papel do Judiciário, cujas decisões concentram-se nas mãos dos juízes, mas é operado por funcionários com outras especialidades, não é somente o de resolver litígios e aplicar as normas legais, mas também o de supervisionar a forma como o poder público é exercido, nos termos das normas de acesso à justiça que norteia este estudo. Conforme Anderson (1999), apesar dos diversos debates sobre o correto significado do conceito *rule-of-law*, *rule-by-law*, *rechtsstaat* e constitucionalismo, todos confirmam a idéia de que o sistema legal tem por função limitar e orientar a ação governamental.

É da doutrina da separação dos poderes e dos *checks and balances* sobre os excessos dos demais poderes que se assenta uma característica fundamental do Poder Judiciário, a possibilidade de garantir a responsabilidade política dos governos constituídos em relação aos princípios democráticos do Estado de Direito, em remissão direta à filosofia política de Montesquieu.

O sistema judicial pode ser visto como um sistema composto por duas forças, primeiro, a estrutura do direito, os procedimentos e os caminhos abertos à litigância, de ordem institucional, e segundo, as queixas e pedidos levados ao tribunal para decisão, que são a substância do provimento jurisdicional, de ordem social e econômica. Não é por

acaso que em países como a Índia, os padrões de litigância dizem respeito aos temas economicamente dominantes, como a questão agrária, industrial e salarial, ou que em Gana este padrão corresponda a disputas por propriedade e o direito costumeiro envolvido na produção de cacau. O contexto social que faz mover a máquina judiciária demonstra que o acesso está ligado às condicionantes econômicas e mostra que o corte do acesso responde às forças sociais e, por que não, mercadológicas de sua realidade imediata, refletindo a agenda destas forças pelas suas decisões. A consequência é que a análise das instituições judiciais não pode ser entendida isolada do seu uso pela sociedade (ANDERSON, 1999).

A questão é em que medida um sistema que acomoda as forças de mercado, por este mesmo motivo não deixa de lado a atenção aos pobres na prestação de um serviço efetivo, entendido como um serviço em que os casos são atendidos prontamente, as decisões são de forma geral previsíveis e prováveis de serem cumpridas (WEBB, 1996). Portanto, trata-se de um quadro que não serve somente aos negócios, mas igualmente aos pobres, só que com mais urgência, conforme Anderson (1999), para quem enquanto os comerciantes litigam por negócios que tendem a afetar os níveis de lucros e perdas, os pobres tendem a recorrer ao tribunal quando eles estão em risco de serem destituídos de seus direitos – tanto porque sua margem para o erro é menor quanto porque os componentes mais fundamentais para sua sobrevivência estão em perigo.

Como se sabe, os pobres raramente recorrem à justiça formal e pouco são vistos nos tribunais a não ser como réus em ações criminais. Anderson atribui estas falhas a quatro motivos: a natureza do constitucionalismo, a independência incerta do judiciário, a restrição de acesso às pessoas pobres na busca de soluções legais disponíveis e a necessidade de reforma legal.

Com relação à natureza do constitucionalismo, sustenta Anderson que na maioria dos países as constituições falharam em regular o exercício do poder político e a proteção dos direitos fundamentais, inclusive como um fenômeno de forma permanente. Não

conseguindo submeter o exercício do poder às regras do Estado de Direito, chega-se a consequências de permanente tensão.

Cita, por exemplo, a falta de correspondência entre as instituições definidas pela constituição e as condições políticas típicas do contexto para as quais as instituições foram criadas para servir. Isso ocorre em grande medida nos países que após serem colonizados, adotam em seus modelos constitucionais as mesmas soluções e instituições da metrópole, diante de um contexto totalmente diverso. As ex-colônias francesas e inglesas da África, ainda, ostentavam uma nova ordem constitucional a partir da independência, seguindo modelos ocidentais liberais para conter o poder do executivo. Nestes casos, assim como ocorreu em Timor Leste, ex-colônia portuguesa, uma elite política e pouco representativa redigiu suas constituições com auxílio de consultores jurídicos de suas antigas metrópoles. “Assim, as constituições francófonas foram principalmente baseadas na Constituição Francesa de 1958 e as constituições anglófonas impunham um sistema modificado de Westminster que incluía o texto da Convenção Européia de Direitos Humanos de 1959 de forma ligeiramente alterada. O texto da Convenção de 1950 refletia preocupações e políticas dos Estados europeus envolvidos com sua redação, e embora ele refletisse o que à época se consideravam boas práticas internacionais, ele foi primeiramente incorporado na ordem constitucional da Nigéria em 1958 e não há nada que sugira que ele refletia o balanço político de formas da Nigéria naquele tempo (ANDERSON, 1999)³⁹.

O regime colonial deixa rastros substanciais à hora de analisar a conformação jurídica dos países que sucederam e de forma irônica os poderes consolidados nas colônias agem de forma totalmente contrária às instituições e práticas de *checks and balances* para limitar o poder e evitar o dirigismo estatal das constituições herdadas. Tendo em conta que as constituições foram organizadas num movimento de afirmação dos direitos (*bill of*

³⁹ A este respeito, por exemplo, o autor cita Romdhane (1991), sobre a presença da Constituição Francesa na comunidade francófona.

rights), nos regimes coloniais esta proteção não havia, assim como não havia juízes, advogados, políticos que cumprissem a lei por meio do estatuto jurídico dos direitos. Nestas circunstâncias, as constituições da África Sub-Sahariana foram amplamente alteradas para refletirem as tradições políticas que eles herdaram e para dar uma expressão mais precisa das formas de organização política que se tornaram dominantes com a independência. Portanto, a África nos anos 70 testemunhou uma recentralização do poder governamental, derrogação da Carta dos Direitos, crescimento dos países unipartidários e regimes militares. No âmbito legal, essas mudanças poderiam ser introduzidas de várias formas: deixando de lado a Constituição (Nigéria), estabelecendo um sistema unipartidário (Zimbabwe), suspendendo os direitos fundamentais pelo estabelecimento do estado de emergência (Zâmbia), tornando o executivo imune de responsabilidade legal (Quênia) ou conferindo uma presidência vitalícia (Malawi e Tunísia).

Esses movimentos possuíam a característica geral de reforçar a concentração de poder na autoridade executiva, ao mesmo tempo em que buscavam diminuir o papel e a independência do judiciário, que veremos adiante, principalmente na função de controlar o exercício do poder. Embora prejudicial à população pobre, aos direitos humanos, é possível que o processo de indigenização dos regimes constitucionais da África Sub-Sahariana seja uma pré-condição necessária para emergência em última instância de movimentos autenticamente democráticos na sociedade civil (Shivji, 1991, citado por Anderson, 1999).

Trata-se de uma afirmação de peso e que em muito confronta com o que a prática das relações internacionais tem demonstrado, no sentido de criar uma estrutura jurídica perfeita, a despeito das conformações nacionais, como se a estrutura servisse de forma a moldar o complexo de valores presentes na sociedade, ou traçasse os contornos dentro dos quais a sociedade deverá se guiar, quando em verdade a estrutura, o arcabouço jurídico somente pode ser compreendido como uma força que nasce de dois vetores, da realidade

substancial e do que se quer programaticamente para a sociedade (SALOMÃO FILHO, 2003). Não pode ser nem apenas um, nem somente o outro e quando as estruturas das metrópoles são reproduzidas pelas ex-colônias, elas acabam por consolidar um modelo programático deixando de lado o primeiro vetor.

Com relação às ameaças à independência do judiciário, Anderson faz algumas ponderações. Primeiro, que se a teoria da separação dos poderes espera que o judiciário realize os *checks and balances* sobre o exercício do poder executivo, ele somente poderia fazê-lo se fosse efetivamente independente de suas influências.

Ensina Anderson (1999, p. 14), com base nos ensinamentos de Larkins (1996), que a independência do judiciário envolve as seguintes premissas:

- **Imparcialidade:** os juízes decidem os casos baseados numa aplicação da lei de forma desapaixonada em relação aos fatos, mais do que tendências de favorecimento de uma parte;
- **Isolamento político:** o juiz não pode estar sujeito a ser removido do seu trabalho, ou a ameaças por tomar decisões impopulares contra o governo;
- **Autonomia institucional:** o judiciário é autogovernável, não pode se sujeitar a cortes orçamentários políticos e é livre de interferências administrativas;
- **Autoridade legal:** o judiciário possui poderes genuínos para determinar as questões legais e de fato em todos os casos, incluindo aqueles envolvendo o poder executivo;

- **Legitimidade:** o poder judiciário é reconhecido pela constituição, outros poderes políticos e a sociedade civil como uma entidade separada com propósitos legítimos de sustentar o Estado de Direito;
- **Probidade:** o juiz é imune a suborno, favores, e outras formas de influência que comprometam a imparcialidade.

Esta questão lida com a legitimidade do poder judiciário em atender os elementos centrais do Estado democrático que possibilite o efetivo exercício do controle de poder. Em países menos desenvolvidos, os juízes são particularmente vulneráveis às influências políticas. Também muito tem sido discutido sobre a reforma do Judiciário, mas uma das maiores deficiências, como tivemos condições de comprovar em Timor Leste, diz respeito aos programas de capacitação, práticas de gestão de casos, tecnologia da informação, etc.

A forma mais flagrante de atacar a independência do judiciário é por meio de redução de suas condições de trabalho, e neste sentido o apoio popular, juntamente com o engajamento dos advogados é essencial, pois os advogados somente podem se lançar a defender causas com regras quando essas regras estão em aplicação pelo tribunal.

O terceiro e último aspecto mencionado por Anderson comentando a deficiência no funcionamento do Judiciário para corresponder às expectativas populares que pesam sobre este poder diz respeito à necessidade por uma reforma legal. Além da defesa do constitucionalismo e da independência do Judiciário, muitos países ainda possuem leis defasadas, antigas e que ainda refletem modelos colonialistas.

Muitos Estados pós-coloniais ainda contam com um arcabouço jurídico baseado em regras que sustentavam os próprios regimes colonialistas, com dispositivos centralizadores por oposição à criação de regimes de responsabilidade pública no exercício de poder que permita o controle político de seus atos, bem como a ausência de disposições que prevejam

o exercício de direitos básicos do cidadão. Estes traços estão presentes na forte configuração do poder policial, geralmente com facilidades para a prisão preventiva e, ao mesmo tempo, limitações à liberdade de manifestação pública.

A existência simultânea deste dualismo legal, com estatutos coloniais e constituições que comportam a proteção dos direitos civis, torna o ambiente jurídico inseguro e pouco previsível. Conforme Anderson,

Na Índia, por exemplo, os poderes estatutários de um magistrado de ordenar o cancelamento de uma reunião pública ainda vigora, muito embora pareça ser uma violência clara do direito constitucional de liberdade de reunião pública. Similarmente, na Jamaica e em muitos outros Estados caribenhos a Constituição foi redigida de modo a proteger as leis (coloniais) existentes do escrutínio judicial das provisões dos direitos fundamentais das constituições. Os direitos constitucionais tornaram-se inaplicáveis aos estatutos criminais coloniais em particular para evitar a interferência dos direitos constitucionais com a “lei e ordem”. O mesmo padrão pode ser visto na Tunísia, onde os estatutos restringindo o direito a viajar, liberdade de associação e liberdade de imprensa existiram por décadas ao lado das garantias constitucionais destes mesmos direitos. Nestes casos, e em muitos outros, os sistemas legais parecem mostrar um tipo de dupla personalidade com as provisões constitucionais liberais e os estatutos autoritários existentes nestes mesmos espaços legais (1999, p. 15).

A reconstrução dos sistemas de justiça deve ter por base o desafio proposto por Kazuo Watanabe (1988) ao recomendar que a garantia à ordem jurídica justa, a vertente social do acesso à justiça, deve agir segundo a perspectiva do destinatário das normas jurídicas, propondo uma nova postura mental. Não se busca a adoção apenas dos conceitos que reforcem a posição do Estado em reconstrução, da excessiva e exclusiva institucionalização dos sistemas de justiça, mas que envolva a população nesse processo.

Nesse sentido, a participação da comunidade na administração da justiça na forma de Conciliador ou de Árbitro, conforme Watanabe (1988), e a adoção de técnicas alternativas de solução de conflitos, principalmente por meio da conciliação e do arbitramento, pela tendência à deformalização (mais informalidade) e delegação (menos legalismo) tem constituído a grande inovação dos Juizados.

Simon e Palmer já mencionavam a aplicação dos sistemas alternativos de resolução de conflitos por projetos internacionais de reforma legal, ponderando que:

a extensão desta incorporação (dos ADRs) tem sido limitada por uma perspectiva limitada de desenvolvimento legal. Programas internacionais de auxílio legal continuam a focar principalmente em melhoria dos tribunais e na introdução de códigos legais nos países receptores – um entusiasmo para criação de instituições legais formais que se torna desconfortável com os benefícios que os ADRs tem conseguido nos países (2008, p. 7).

As deficiências dos sistemas de justiça pós-conflito são largamente anotadas pelos estudos realizados, bem como pelos relatórios das missões. A situação da justiça criminal de Ruanda foi resumida por Sarkins como, apesar de ter melhorado consideravelmente desde 1994, ainda é fraca e o judiciário continua abarrotado. Os tribunais são carentes de infra-estrutura, pessoal qualificado e financiamento. Os direitos do devido processo em geral não são observados, violando os padrões e as leis do direito internacional (SARKINS, 2001, apud ROBERTS; PALMER, 2008). Em países de precários recursos, não seria irreal pensar um sistema de justiça com base nos sistemas ocidentais, fartamente formalizado, pesado e, sendo longo, necessitando de milhares de funcionários públicos. Entendemos que, neste sentido, dever-se-ia procurar as bases para a aplicação dos modelos de justiça informal ou popular, como enunciado por Boaventura de Sousa Santos (1982).

3.2.2 Reconstrução e legitimidade de interesses

Entendemos como crucial para o sucesso de qualquer projeto de reconstrução de nações a legitimidade das ações desencadeadas no território objeto da intervenção e essa legitimidade tem a ver com os legítimos interesses tanto de quem intervém quanto dos potenciais beneficiários desta ação.

“La intervención, más que reforzar el respecto por los derechos humanos, está consumiendo su legitimidad, tanto porque nuestras intervenciones han fracasado como por su incoherencia”, comenta Ignatieff (2003a, p. 63 ss.) sobre as diversas intervenções, humanitárias, principalmente na Bósnia, Kosovo e Timor Leste. Lembrando que a ação de intervir sempre será uma decisão dentro de um jogo político que correrá sérios riscos se o que estiver em jogo, sob a denominação de proteção dos direitos humanos, não estiver claro (estando também em risco a própria legitimidade do discurso dos direitos humanos no cenário internacional).

Sendo a legitimidade o vínculo que liga os cidadãos ao Estado pela linha do seu reconhecimento, conforme Lucio Levi, “todo poder busca alcançar o consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão” (2000, p. 678). Vemos, assim, que o conceito de legitimidade designa uma situação e também um valor de convivência social e, neste aspecto, de grande relevo para a realidade dos governos pós-conflito e das políticas sociais. Nas palavras do mesmo Lucio Levi, “em cada manifestação histórica da Legitimidade, vislumbra-se a promessa, até agora sempre incompleta na sua manifestação, de uma sociedade justa, onde o consenso, que dela é a essência, possa se manifestar livremente sem a interferência e sem mistificações ideológicas” (Ibidem, p. 678). Portanto, a deformação do conceito está ligada à

manipulação ideológica e de poder, onde a liberdade está comprometida justamente pela falsa idéia de consenso.

A legitimidade que tratamos aqui, portanto, tem esse duplo sentido: um, que se afasta do sentido da teoria do Estado, como descrito no *Dicionário de Política*, de Norberto Bobbio, pois diz respeito ao sentido da ação em relação ao interesse que a motivou, e a outro diz respeito ao valor como convivência social para dar coesão ao governo mandatário do poder popular. Assim, o primeiro sentido diz mais respeito à legitimidade dos interesses das potências interventoras e o segundo diz respeito à legitimidade que embasa o governo local e que ambas serão mais legítimas quanto menos forem as manipulações ideológicas e de poder.

As intervenções que tem por objetivo principal o atendimento dos interesses das potências interventoras têm maiores riscos de fracassarem por descolarem das expectativas dos cidadãos locais e deslegitimarem-se pela falta de consenso. Os casos de Timor e Afeganistão são bastante exemplares neste aspecto. No Afeganistão, o país vinha mergulhado em caos há muitos anos, governado com uma fraca rede de instituições, até que o governo linha-dura dos Talibãs deixou o país em escombros. Entretanto, as potências mundiais só intervieram no país após o ataque às Torres Gêmeas, em 11 de setembro de 2001, o que provoca uma falsa idéia do interesse que estas potências têm pelo país.

Conforme Ignatieff:

(...) los valores y los intereses no siempre conducen los objetivos políticos en la misma dirección. La idea del interés nacional implica que allí donde las violaciones graves de los derechos humanos no amenazen la paz y la seguridad de una región, la intervención militar no está justificada. La represión de los disidentes civiles en Birmania puede constituir una clara violación de las normas internacionales sobre derechos humanos, pero mientras el gobierno militar birmano no constituya una amenaza para sus vecinos, no se arriesgarán a soportar una intervención militar (2003a, p. 70).

As falsas idéias comprometem a legitimidade de qualquer ação, tanto do governo quanto, no presente caso, das potências interventoras. Quais os legítimos interesses que estão por trás do apoio ao governo, à decisão pela intervenção, às políticas levadas a cabo no terreno? Seria a prioridade do povo a destruição das plantações de ópio e a pressão ao fortalecimento do sistema repressivo criminal em se tratando de reforma legal? Ou, melhor, quais negociações estariam os afegãos dispostos a fazer em troca de atender os interesses das potências interventoras?

Em Timor Leste, tendo os maiores recursos para o treinamento dos juristas do Estado sido aportados por Portugal, a prioridade era a da difusão do idioma português no setor judiciário. Entretanto, como os investidores sempre querem colher o resultado rápido demais, apressam-se nos programas e têm metas a curto prazo, o que compromete o envolvimento da comunidade. Os juristas foram sumariamente e em sua totalidade reprovados nos exames realizados, até que se decidiu por encerrar a formação. Como se sabe, a aquisição de uma linguagem com capacidade e habilidade para atuar profissionalmente depende de um trabalho concentrado de muitos anos e não de uma imposição unilateral, sem possibilidade de negociação entre as partes.

3.3 Justiça de Transição e expansão do acesso à justiça

3.3.1 Justiça de Transição: conceito, prática e tendência

O tema da Justiça de Transição reflete em nosso estudo à medida que estamos tratando da reconstrução dos sistemas de justiça após a emergência de um conflito, um contexto bastante particular trabalhado pelos estudiosos dos regimes de transição. Ao mesmo tempo que uma ferramenta para punir a violência maciça durante um conflito, a Justiça de Transição é uma estratégia a ser adotada para a sustentação da paz local e poderá lançar mão de diversas ações, conforme o contexto e os objetivos que se busquem obter. Citamos, assim, o discurso da acusação na abertura dos trabalhos feito por Robert Jackson, em que afirma que “the privilege of opening the first trial in history for crimes against the peace of the world imposes a grave responsibility. The wrongs which we seek to condemn and punish have been so calculated, so malignant, and so devastating, that civilization cannot tolerate their being ignored, because it cannot survive their being repeated” (TAYLOR, 1992, p. 167).

As práticas relacionadas aos preceitos da justiça de transição têm sido saudadas por se concluir que a redução de impunidade contribui para a reconstrução democrática de estados⁴⁰. Ainda sendo um conceito novo, suas bases estão profundamente ligadas ao estabelecimento do sistema dos direitos humanos modernos. Suas raízes intelectuais, como afirma Cherif Bassiouni, remontam ao período após a I Guerra Mundial, quando passou-se a considerar a importância da busca de justiça após as atrocidades cometidas durante o conflito. Essas primeiras considerações foram essenciais para a formulação das primeiras instituições de justiça de transição, criadas após a II Guerra Mundial, como os tribunais

⁴⁰ Rutti Teitel (2003), Joanna Quinn (2009), Cherif Bassiouni (2007), entre outros.

militares de Nuremberg e Tóquio, o que coincide com a criação das Nações Unidas, a irradiação da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O grande passo dado em relação à justiça de transição nesse período foi a criação de instituições internacionais para processamento e atribuição de responsabilidade não aos Estados, mas aos indivíduos que lideraram o Reich, conferindo um julgamento individual dos casos.

No período da Guerra Fria, embora o enfoque nos processos de transição não tenha avançado para não se alterar o equilíbrio de poder, os avanços foram no campo formal dos tratados e instituições internacionais criados para o fortalecimento do sistema internacional dos direitos humanos⁴¹. De forma mais contundente, as instituições da justiça de transição de fato tomaram corpo com as mudanças políticas de 1980 e a deposição dos regimes políticos. Nessa época, pairava a dúvida se o modelo de Nuremberg deveria ser seguido ou se deveriam ser buscadas outras formas de abrir para a sociedade os fatos ocorridos nos seus porões. Isso porque o princípio da responsabilização pelas violências ocorridas passou a ter que conviver com o fato de as diversas anistias políticas⁴² concedidas neste período de transição, ao mesmo tempo que ampliando o escopo de seus objetivos, como a promoção da reconciliação e da paz. Os mecanismos alternativos foram a tônica desta nova fase, caracterizada pelo modelo restaurativo para a criação de uma nova associação conceitual: verdade e justiça. Um novo aparato institucional foi criado, as comissões de verdade, definidas como um órgão oficial, geralmente criado por um governo nacional para investigar, documentar e relatar abusos de direitos humanos ocorridos num intervalo certo de tempo dentro de um país (TEITEL, 2003, p. 78.). Este modelo tem uma base mais

⁴¹ Como a criação da Organização Mundial da Saúde, em 1948, ou a declaração do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966.

⁴² Para os temas da anistia na África do Sul, ver Paul Van Zyl, *Dilemmas of Transitional Justice: The Case of South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, *J. International Affairs* 647 (1999).

comunitária do que individual e foca mais na busca da pacificação social do que propriamente o respaldo dos preceitos do estado de direito.

As comissões de verdade e reconciliação, como a que houve na África do Sul ou em El Salvador, mas também os processos de *vetting*⁴³ foram usados na República Tcheca e na Argentina, enquanto os programas de reparação civil vinham sendo implementados no Chile, Peru, Guatemala e no Brasil. São também mecanismos da Justiça de Transição a criação de tribunais penais internacionais *ad hoc*, como os de Iugoslávia e de Ruanda⁴⁴. Embora os tribunais internacionais *ad hoc* congreguem um aparato jurídico completo para a reafirmação do Estado de Direito e as responsabilidades pelos crimes, o fato é que eles são extremamente caros e lentos, com apuração distante das vítimas, chegando-se a afirmar que os mesmos recursos poderiam estar sendo melhor empregados na reconstrução de seus sistemas legais nacionais (ROHT-ARRIAZA, 2007, p. 5)⁴⁵.

⁴³ Não encontramos tradução para esta expressão, reportando-nos, assim, à definição constante do relatório do Alto-Comissariado para os Direitos Humanos, conforme segue: “Vetting can be defined as assessing integrity to determine suitability for public employment. Integrity refers to an employee’s adherence to international standards of human rights and professional conduct, including a person’s financial propriety. Public employees who are personally responsible for gross violations of human rights or serious crimes under international law revealed a basic lack of integrity and breached the trust of the citizens they were meant to serve. The citizens, in particular the victims of abuses, are unlikely to trust and rely on a public institution that retains or hires individuals with serious integrity deficits, which would fundamentally impair the institution’s capacity to deliver its mandate. Vetting processes aim at excluding from public service persons with serious integrity deficits in order to (re)establish civic trust and (re)legitimize public institutions” (UNHCHR, 2006b, p. 04).

⁴⁴ Esses tribunais foram criados por resolução do Conselho de Segurança da ONU, Res. 955/94 para Ruanda em Arusha, República da Tanzânia, e Res. 827/93, para a Iugoslávia, em Haia, Holanda e, portanto, fora dos locais dos crimes por questões de segurança dos funcionários, mas também para se ter maior imparcialidade das instâncias julgadoras na apreciação das questões levadas às Cortes.

⁴⁵ Roth Arriaza reforça a necessidade de integração dos métodos de justiça de transição, apontando as fragilidades de alguns deles: “each element affected the shape and possibilities of the others, in an ‘ecological model’ of social reconstruction or reclamation. ‘Truth-telling’ followed by neither reparations nor prosecutions seemed to make victims’ accounts meaningless, while reparations without public

A doutrina conceitua a justiça de transição considerando primordialmente duas acepções, de forma abrangente ou restritiva. Adotamos o conceito abrangente, segundo o qual trata-se de uma “concepção de justiça associada com períodos de mudança política, caracterizada por respostas legais para confrontar os erros de regimes repressivos anteriores” (TEITEL, 2003, p. 69). Conforme Paul Van Zyl, as práticas relacionadas à justiça de transição representam “o esforço para a construção da paz sustentável após um período de conflito, violência em massa ou violação sistemática de direitos humanos (2009, p. 32)”⁴⁶.

Joanna R. Quinn (2009, p. 4) divide o tema em três linhas principais de pesquisa, i) memória; ii) verdade; iii) construção de paz e transformação de instituições. Nosso trabalho é desenvolvido dentro desta terceira linha e para esse segmento utilizaremos a expressão “justiça pós-conflito”, reservando para “justiça de transição” o uso abrangente que engloba as três linhas. Ao mesmo tempo em que a autora afirma que a reconciliação⁴⁷ é o grande tema que permeia todas as linhas, permeando níveis pessoais e políticos, ela também reconhece a importância das diferentes práticas culturais e respostas morais para que o processo se legitime. Os instrumentos criados pela Comissão de Verdade e

acknowledgement of the facts looked to many victims like ‘blood money’ paid for their silence. Prosecutions without a forum where a larger narrative could emerge created a partial, fortuitous view of history (dependent on evidence and the ability to apprehend defendants), while a truth commission without a tie to judicial actions against perpetrators begged the question of what the consequences of truth should be. Only by interweaving, sequencing and accommodating multiple pathways to justice could some kind of larger justice in fact emerge.” (2007, p. 6)

⁴⁶ Acrescenta, ainda, o autor, no 1º volume da *Revista Anistia*, do Ministério da Justiça: “É surpreendente quer se tenha dedicado tão pouca análise à interseção entre a justiça transicional e a construção da paz pós-conflito. Quando apropriadamente compreendida, a justiça transicional olha tanto para o futuro quanto para o passado. Uma das razões críticas pelas quais enfrentamos os abusos do passado é a de garantir que não se repitam, tal como se reflete no título do relatório final da comissão de verdade argentina: *Nunca mais*” (2009, p. 39).

⁴⁷ Segundo a autora, “the act of building or rebuilding relationships today that are not haunted by the conflicts and hatreds of yesterday”, citando Priscila Hayner (2003, p. 161).

Reconciliação da África do Sul para reestruturar uma sociedade dividida pelo apartheid são específicos para aquela sociedade, assim como a base católica de tradição de justiça social para a comissão na Irlanda do Norte buscar a reintegração de sua sociedade.

Nossa opção por focar a reconstrução de instituições jurídicas que reforcem as políticas de acesso à justiça decorre da idéia de que essas instituições poderão ser as fortalezas nas quais a nova organização social poderá se escudar diante de ameaças institucionais, ao mesmo tempo em que garantir a apropriação comunitária do processo de afirmação do Estado de Direito. Assim, o redesenho dos sistemas de acordo com as estruturas locais permitirá uma maior compreensão dos seus mecanismos, o que nem sempre corresponde aos desenhos complexos e formalidade exacerbada provavelmente herdada das potências coloniais, conforme Roht-Arriza, inclusive baseados em cerimônias e autoridades tradicionais locais, símbolos e conhecimentos, e ideais de harmonia comunitária e bem-estar que nem sempre coincidem com os padrões ocidentais.

Não se trata, assim, de buscar um encaixe perfeito dos padrões ocidentais de Estado de Direito e funcionamento do sistema de justiça nas realidades distintas dos países pós-conflito. Conforme estudado no capítulo anterior, Timor Leste e Afeganistão apresentam realidades sociais completamente distintas entre si, bem como a origem do conflito. Enquanto no Timor Leste o conflito teve origem interna contra um regime que invadiu a ilha em 1975, no Afeganistão o conflito decorreu de uma ação internacional voltada à deposição do regime Talibã no governo do país. As respostas institucionais são completamente distintas, pois num caso trata-se de repelir a presença dos invasores, no outro, de reconstruir o governo, mas ao mesmo tempo, conviver com a presença no território dos membros do antigo regime.

Para além da montagem de sistemas jurídicos segundo modelos ocidentais, consideramos primordial que os sistemas tenham por objetivo a garantia do acesso à justiça. Essa garantia passa pela análise de formas alternativas de solução de conflitos,

sobretudo aparelhamento de ações de mediação e conciliação comunitária, que aproxime a justiça dos valores socioculturais dos países, respeitando as diversas práticas locais, de uma forma que dialogue com a prevalência dos direitos humanos consagrados.

Assim, os sistemas de justiça pós-conflito deverão privilegiar formas alternativas de acesso à justiça, oferecendo novos paradigmas para a conceituação moderna de Estado de Direito. A Justiça de Transição, assim, no que tem de ferramenta crítica de modelos jurídicos e políticos de regimes repressores, apresenta-se como um instrumento dinâmico na consolidação de uma sociedade que se auto-referencie na orientação de seus valores, ao mesmo tempo em que necessário na conformação dos novos modelos de justiça para consolidação de uma sociedade estável e em condições de progredir numa paz duradoura.

3.3.2 Princípios de Justiça de Transição: Chicago e Nações Unidas

Esforços internacionais têm sido direcionados na tentativa de orientação dos esforços de reconstrução dos sistemas de justiça pós-conflito. De um projeto conjunto entre o *International Human Rights Law Institute*, *Chicago Council on Global Affairs*, *Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali* e *Association Internationale de Droit Pénal* foi criado o *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice* com orientações aos novos sistemas (BASSIOUNI, 2007).

Para se trabalhar dentro dos parâmetros da justiça de transição, parte-se da premissa de que a estabilidade doméstica, segurança e governança democrática que seguem as atrocidades de um conflito, são fortalecidas com o respaldo na justiça e *accountability*. Neste sentido, foram publicados os Princípios de Chicago em Justiça Pós-Conflito (PC-JPC), como uma forma de contribuir para que os diversos esforços nacionais e

internacionais se coordenem na definição das estratégias a serem adotadas de acordo com as necessidades locais.

Os PC-JPC ressaltam a urgência de implementação de estratégias para a consolidação de um Estado de Direito após o estabelecimento de uma paz formal, com adequadas condições de financiamento e apoio. As diversas ferramentas de justiça de transição deverão ser manipuladas com cuidado, sempre levando em conta o contexto cultural e político, as práticas e valores locais.

Os princípios são divididos em 7 partes: 1. Processamento dos casos; 2. Verdade e investigação de violências passadas; 3. Direito das vítimas, recursos e reparação; 4. Fiscalizações, sanções e medidas administrativas; 5. Memorialização, educação e preservação da memória histórica; 6. Perspectivas tradicionais, indígenas e religiosas em relação à justiça e reparação; e 7. Reforma institucional e governança efetiva.

Cada uma destas partes é desmembrada em ações e políticas que deverão ser consideradas no desenho das ações de justiça pós-conflito. Com relação ao respeito às práticas tradicionais, o relatório reconhece a freqüente falta dos Estados e organizações internacionais em reconhecê-los, embora sejam práticas integradas ao contexto cultural e vida de suas famílias. Não obstante o respeito, o relatório reforça a necessidade de um trabalho conjunto do Estado, sociedade civil e comunidade internacional na busca de um equilíbrio entre os processos de justiça tradicional e a proteção dos direitos humanos, sobretudo quando as práticas podem envolver preocupações com relação ao devido processo e garantias, uniformidade do processo e punição e princípios de igualdade.

Na parte dedicada à reforma institucional e governança efetiva, afirma-se que “os Estados devem engajar-se numa reforma institucional para apoiar o Estado de Direito, restaurar a confiança pública, promover os direitos fundamentais e apoiar a boa governança” (BASSIOUNI, 2007, p. 38). Esta parte é dividida em cinco sub-partes, quais sejam: Reforma Institucional, Paz e Reconciliação; Reforma Militar, de Inteligência e

Segurança Doméstica; Reforma Legal; Combate à Corrupção; Reforma Institucional, Direitos Humanos e Governança.

A reconstrução institucional deve promover uma conexão com o processamento das violências passadas, contando com consultas públicas, com participação das vítimas, famílias e comunidades, garantindo-se a participação das mulheres e de minorias. Por outro lado, as forças de segurança deverão estar sob controle civil em todas as suas vertentes, seja a polícia civil ou militar. As leis referentes aos serviços de segurança e inteligência devem dar os contornos apolíticos destas corporações, com a delimitação exata das suas atribuições, dentro de um governo alinhado com as práticas democráticas.

A reforma legal é um passo importante para re-enquadrar as instituições dentro de um novo cenário político, sendo, portanto, importante a ratificação das convenções internacionais e mudanças constitucionais para a proteção dos direitos humanos, além da efetiva promoção de garantias individuais e das instituições democráticas. Nesse mesmo âmbito, a garantia da independência do judiciário deve ser monitorada, com juízes imparciais e que fiscalizem a atuação dos demais poderes. Dentro deste processo, recomenda-se firmemente que os Estados reconheçam os valores “dos sistemas legais tradicionais e costumeiros e mecanismos locais de resolução de conflitos como elementos de justiça pós-conflito e reforma legal doméstica” (BASSIOUNI, 2007, p. 40).

A reforma institucional passa pela integração dos temas dos direitos humanos às políticas públicas, com implementação de valores que apóiem os direitos individuais e o Estado de Direito e formas de monitoramento do funcionamento das instituições e do progresso em relação ao respeito aos direitos humanos, como ombudsmen ou comissões independentes de direitos humanos. A capacitação dos funcionários públicos para operar dentro de novos parâmetros deve ser reforçada pelo governo, com observância dos princípios éticos da administração pública.

Juntamente com as recomendações do projeto *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice* analisamos o Relatório do Secretário Geral das Nações Unidas intitulado *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*, de 23/04/2004 (UNSG, 2004)⁴⁸, que buscou uma reorientação nas práticas institucionais de pós-conflito, trazendo novos elementos e conceitos para seu desenvolvimento. Apresentando novos parâmetros de intervenção nos sistemas de justiça local, o relatório trouxe importantes contribuições para a condução destes processos.

As orientações trazidas pelo relatório partem da constatação de que a consolidação da paz nas regiões pós-conflito, assim como sua manutenção por um longo prazo, “não será alcançada a menos que a população esteja confiante de que a reparação dos abusos possa ser obtida por estruturas legítimas de solução pacífica das disputas e a correta administração da justiça” (UNSG, 2004, p. 3), acrescentando, a isso, a necessidade de proteção das minorias, mulheres, crianças, presos, deslocados de guerra, refugiados, entre outros, a demandar a urgência do estabelecimento do Estado de Direito.

O relatório prevê na condução dos processos de justiça de transição a integração de mecanismos judiciais e não judiciais com diferentes níveis de participação de profissionais internacionais. As estratégias para a elaboração de um projeto para a justiça que sejam apropriados pelos cidadãos nacionais devem ser abrangentes e compreender todos os setores da justiça, tanto oficiais quanto não oficiais. O relatório reconhece que houve erros em alguns casos, quando a comunidade internacional apressou-se em prescrever uma fórmula específica para a justiça de transição, enfatizando o processamento criminal ou de

⁴⁸ Para a elaboração do relatório, contou-se com a participação dos Estados membros em uma reunião aberta que ocorreu em 30/09/2003, precedida por um encontro em nível ministerial para discussão do papel das Nações Unidas no estabelecimento dos sistemas de justiça e fortalecimento do Estado de Direito em sociedades pós-conflito.

verdade e justiça, sem ter dado às vítimas e representantes nacionais a oportunidade de decidir o equilíbrio que deveria ser buscado. Ao afirmar a necessidade de se reconhecer as situações particulares dos sistemas de justiça e do Estado de Direito local, o relatório reconhece que “infelizmente, a comunidade internacional nem sempre contribui para uma assistência ao Estado de Direito que fosse apropriada ao contexto do país” (UNSG, 2004, p. 6), exagerando no uso de consultores internacionais, de modelos e fórmulas internacionais, soluções internacionais em detrimento de melhorias duráveis e capacitação que fosse permanente. A participação de parceiros locais na reconstrução da justiça e definição de estratégias é mais do que nunca vital, incluindo associações profissionais, sociedade civil, líderes tradicionais e representação de grupos vulneráveis.

A necessidade de desenvolvimento do sistema nacional de justiça é apresentada nos seguintes termos:

Enquanto a comunidade internacional é obrigada a agir diretamente na proteção dos direitos humanos e segurança humana onde um conflito surgiu ou frustrou o Estado de Direito doméstico, no longo prazo, nenhuma medida *ad hoc*, temporária ou externa jamais poderá substituir um sistema de justiça nacional em funcionamento (UNSG, 2004, p. 12).

Nestes termos, os esforços internacionais devem se dedicar desde o início ao fortalecimento da administração da justiça, dos mecanismos formais e informais, das leis e das instituições, oficiais e não oficiais, que garantam o respeito aos direitos humanos em todas as fases de processamento e enunciação dos direitos.

Na visão que temos, o foco dos sistemas de justiça deverá sempre ser no acesso que se garante à justiça e na forma como se favorece isso com a reforma do sistema legal. Contrariamente à ortodoxia do Estado de Direito, não se trata apenas de criar instituições,

mas de favorecer que o acesso à justiça fortaleça as relações sociais e o empoderamento dos cidadãos na promoção do desenvolvimento.

Essa situação é reconhecida pelo relatório, que menciona que os programas das Nações Unidas deverá apoiar o acesso à justiça como forma de superar as dificuldades culturais, lingüísticas, econômicas, logísticas ou específicas de gênero, afirmando que “programas de assistência jurídica e de representação pública são essenciais, nesse sentido” (UNSG, 2004, p. 12). Tanto quanto apoiar as instituições formais de administração da justiça que funcionem efetivamente de acordo com os padrões internacionais, “é crucial a identificação de mecanismos para assegurar o funcionamento de mecanismos complementares e menos formais, particularmente no curto prazo” (Ibidem, p. 12).

Como se pode observar dos diversos modelos, o acesso à justiça pode ocorrer por meio de diversos sistemas, de participação particular, de incentivo público, com preponderância para atender os conflitos de natureza individual, ou com fortalecimento das ações de caráter coletivo. O que vemos é que em nenhum dos casos, tanto o afegão, no qual não se discutiu mecanismos de advocacia pública, quanto o timorense, no qual se previu, mas não se evoluiu, é que pouco se tem aprendido das diversas lições sobre o desenvolvimento da teoria do acesso à justiça e sua capacidade de integrar cidadãos por meio do reconhecimento do seu direito ao próprio acesso.

3.4 Acréscimos à teoria da assistência judiciária e contribuição da justiça tradicional

3.4.1 Assistência judiciária

Como tratamos na seção sobre a Sociologia do Acesso à Justiça, estamos diante de um pluralismo de sistemas jurídicos que se sobrepõem e se contrapõem e onde a expressão Estado de Direito ficaria melhor colocada como “des-estado de direito”, numa referência à situação de ‘violência sem lei’ perpetrada tanto por atores estatais como atores sociais que, alegam eles, indica uma ‘clara abdicação da autoridade democrática’” (SLACKMON; OXHORN, 2006, p. 36).

Segundo as perspectivas do contexto pós-conflito dos países que tratamos, que também podem ser encontradas em diversos outros países sob intervenção internacional, repetimos a pergunta feita pelos autores: “se o Estado não detém o monopólio efetivo da violência e da justiça e é visto como reforçador e criador de mais insegurança e injustiça, então quais são as alternativas ao sistema judiciário formal e aos órgãos de repressão tradicionais para a obtenção de justiça e segurança?” (Ibidem, p. 36). Isso quando vimos o acirramento das condições no Afeganistão, com a retomada do poder pelos Talibãs na região sul do país, ou em Timor Leste, em que conflitos entre grupos políticos nacionais voltaram a ocorrer.

De outro lado, temos os fatores clássicos que previnem o acesso, ou seja, as altas custas judiciais, a desconfiança no sistema judiciário e nos advogados, a lentidão do trâmite processual, falta de instrução e educação e falta de consciência para a proteção dos interesses difusos. Entretanto, pela análise das situações que vimos nas realidades fragmentadas, dos contextos mais pobres da sociedade, de sociedades igualmente

fragmentadas os fatores que previnem o acesso são bastante mais profundos. Como vimos, a apresentação de uma demanda judicial deve superar os seguintes estágios: percepção de um dano jurídico; denominação ou identificação jurídica da conduta gravosa; formalização da acusação; indicação do pedido; obtenção da vitória e efetivação da medida favorável.

Assim listamos as dificuldades encontradas para o acesso ao sistema formal de justiça:

- desinformação sobre os direitos vigentes no sistema jurídico estatal;
- descompasso entre os direitos do sistema jurídico estatal e o sistema de direitos tradicionais;
- incompatibilidade na forma de resolução de conflitos do sistema estatal mediatizado e da forma tradicional imediatizada;
- o sistema de punição do direito estatal é pouco compreendido pelo sistema tradicional e o sistema de punição tradicional, ainda que arraigado aos valores culturais, pode implicar desrespeito aos padrões de direitos humanos consagrados pelo sistema estatal;
- inexistência de uma política ou programa conciliatório entre os valores tradicionais e o sistema estatal;
- inexistência de estruturas governamentais que facilitem a população apresentar suas queixas;
- alta taxa de analfabetismo e excessivo formalismo das instâncias judiciais.

Entendemos como a falta de acessibilidade ao mecanismo da justiça a convergência de todas estas variáveis. Ela não se dá somente quando inexiste uma estrutura do governo que ofereça assistência jurídica aos desfavorecidos, mas quando inexistem comunhão de valores de forma que o cidadão tenha conhecimento de quais direitos seus estão protegidos pelo sistema estatal e de como se pode exigir seu cumprimento. Ela não se dá somente

quando não são apresentadas demandas no judiciário porque desconfia-se da idoneidade dos seus operadores, mas quando sequer se conhece como funciona o encaminhamento de uma reclamação ou se comunga dos mesmos valores punitivos ou de reparação do dano.

A vida tribal, que se organiza há muitos séculos fora do sistema do Estado, possui valores próprios que determinam a própria coesão do grupo. Por esta razão fica completamente ilusório esperar que membros destas comunidades passem a integrar os valores comungados pela sociedade moderna inscritos nos códigos de civilidade das suas leis. Enquanto não houver um mínimo de comunhão de valores, a integração das comunidades tradicionais com o sistema jurídico estatal será fictícia. Como bem ilustra o caso dos estupros em Timor Leste, antes o crime de estupro por eles não existia pois não havia entre eles o conceito de conduta reprovável para este tipo de violência, entendida na sociedade moderna como a violação a uma das maiores liberdades humanas, a liberdade sexual. E a negociação entre os dois sistemas pode produzir soluções desequilibradas, como o agressor, por não querer cumprir com a norma tradicional, optar pela punição estatal, que para ele nem representa uma punição.

No estágio atual das coisas, nem só os direitos e valores positivos são percebidos de formas distintas entre os dois sistemas, mas também os valores negativos, os crimes e também as penas. Uma prisão, que tem um efeito degradante no sistema ocidental (ainda que seu efeito e razão de ser não seja este), pode parecer uma regalia para membros de uma sociedade tradicional (falam que na prisão se tem tudo de graça, ou seja, a liberdade não é tratada como um valor absoluto).

O direito de acesso à justiça é arrancado das várias formas de sociedade menos favorecidas pelos motivos estruturais, de valores, mas sempre será preponderante a falta de informação em decorrência da pobreza em que a maior parte da população dos países pós-conflito vivem. É a pobreza que faz pensar na sobrevivência mais do que nos direitos. E aí faz sentido o outro ponto que abordamos abaixo.

Vimos que a teoria do acesso à justiça ocorreu em três ondas e os processos de reconstrução nacional deveriam ter essas estruturas presentes à mesma hora:

- i) a assistência judiciária aos pobres;
- ii) a defesa dos interesses coletivos e difusos;
- iii) flexibilização da justiça no Poder Judiciário com a informalização das agências de resolução de conflitos.

Nestas situações em que existe uma pluralidade de poderes organizados, sobretudo onde existe uma vida tribal bastante alijada do poder estatal, é mais do que necessária a existência simultânea dessas três ondas da assistência judiciária, como forma de dialogar com diferentes setores da comunidade e esta, por outro lado, se ver reconhecida no exercício dos seus direitos. Certamente que num primeiro momento, haverá maior predominância das primeiras e segundas ondas nas regiões urbanas e da terceira nos meios rurais, mas nada impede que a existência de agências de resolução de conflitos floresça nos meios urbanos em condições de promover uma justiça comunitária desburocratizada.

Outra iniciativa adotada em missões como a MINUCART (*United Nations Mission in Central African Republic and Chad*), por meio de sua *Judiciary Advisory Unit*, é um programa de treinamento de profissionais da justiça de atuação comunitária. Esse é um programa voltado ao treinamento de 155 juízes não-profissionais ou auxiliares nos distritos do Chade para reforçar a presença estatal na região. O programa foi financiado pela Alemanha, tendo por objetivo aprimorar a capacitação destes profissionais para administrar o sistema de justiça até que juízes profissionais fossem selecionados e treinados pelo governo. O programa incluía temas de resolução alternativa de conflitos e a deontologia da profissão judicante. Ao direcionar o programa aos níveis inferiores da hierarquia jurídica, busca-se estabelecer um contato mais próximo com a população.

3.4.2 Contribuições da justiça tradicional

O sistema de justiça deve negociar com os valores locais não para fazer com que se obedeçam as regras do estado de direito à força, mas para ele próprio não demonstrar sua incompetência e incapacidade de, em primeiro lugar, aplicar suas normas e ter um aparato suficiente para exercer o mandato punitivo e, em segundo, garantir o acesso público à justiça pela falta de vínculo entre os modos de vida constantes dos dois ordenamentos.

Se é um direito estatal que deve prevalecer nos sistemas judiciais local, em primeiro lugar as pessoas devem comungar de um rol de valores para que este direito seja perene, reconhecível pela razão média. As leis locais quando diferem dos padrões ocidentais com relação a aspectos fundamentais gera não uma colisão de sistemas legais, mas de paradigmas, conforme Hohe e Nixon. Comentam os autores, ainda:

que o nascente Estado de Direito em Timor Leste construiu-se tão distante das realidades sociais e conceituais que as pessoas são levadas a julgamento por atos que eles nunca pensaram que fosse um crime, e antes que os conceitos básicos do novo sistema legal tivesse sequer começado a permear a fábrica social (HOHE; NIXON, 2003, p. 65).

A comunidade tende a preferir a justiça tradicional, cujos valores eles compartilham melhor e tem mais garantida a forma de acesso. Em Timor Leste, eles preferiam a justiça indonésia do que a atual, pois pelo período de dominação, conseguiram impor alguns dos seus valores.

Se as leis devem funcionar, elas não devem ser estranhas à comunidade (...). A comunidade internacional está apenas num estágio inicial do aprendizado em construir sistemas judiciais. E o desenho destes sistemas

judiciais está apenas, e até onde se viu, copiando conceitos ocidentais de justiça, crime e conflito. Muitos desses conflitos podem ser irrelevantes para as necessidades e entendimentos das sociedades que mais necessitam de intervenções de manutenção de paz e administração transitória (HOHE; NIXON, 2003, p.65)⁴⁹.

Diante de uma situação em que o judiciário é ineficiente para desenvolver com competência suas atividades e em que a justiça tradicional não conta para o poder público, a população se vê diante do pior dos dois mundos, conforme Hohe e Nixon. Um sistema oficial disfuncional não oferece influências positivas na transformação do sistema local e na busca de um sistema alternativo, a justiça local. Os cidadãos nacionais têm uma clara preferência pelo que lhes é familiar e apenas em dois casos a comunidade têm escolhido o direito oficial: homicídio e em casos em que as mulheres e jovens já conhecem o sistema de justiça formal e direitos humanos e identificam vantagens neste sistema. A grande maioria dos demais casos são decididos no momento em que eles ocorrem, ou seja, longe da mediação do judiciário.

Necessariamente o processo de construção de nação precisará conciliar os dois sistemas, sabendo-se que a imposição de um sistema alienígena somente poderá funcionar após algumas décadas e mediante uma engenharia social que saiba respeitar as condições locais. A repetição de modelos só irá fazer com que este processo se retarde e, por convulsões internas, até regrida.

Falando num aspecto mais amplo, o que se está discutindo em si é a capacidade de as sociedades tradicionais se enquadrarem no ritmo e nos padrões das sociedades de Estado, fator este limitado por diversas desvantagens, como a estagnação econômica, falta de educação, disputas étnicas, crescimento populacional descontrolado, falta de recursos econômicos ou naturais. Num cenário com variáveis tão descontroladas, o futuro de um

⁴⁹ Documento disponível no site <<http://www.gsdrc.org/docs/open/DS33.pdf>>. Acesso em 08/01/2011.

sistema judiciário com amplas garantias de acesso e o respeito constante pelos direitos humanos, como proteção da agência humana (IGNATIEFF, 2003a) fica obscuro.

O relatório da ONU sobre justiça de transição (UNSG, p. 12) afirma a necessidade de dar respaldo às tradições informais e locais de administração da justiça e resolução de conflitos para que cumpram seu papel vital numa sociedade pouco habituada aos trâmites complexos da burocracia jurídica estatal, em conformidade com os padrões internacionais e tradições locais. “Quando estas medidas são ignoradas ou superadas, o resultado pode ser a exclusão de grande parte dos setores da sociedade a uma justiça acessível” (Ibidem, p. 12). Conforme Nagy, o modo com que isso será conseguido de modo que a justiça de transição seja efetiva e legítima, forjada localmente e em consonância com o respeito devido a todos os seres humanos é um desafio crescente e urgente neste campo do direito⁵⁰ (2009).

Nagy analisa os processos de justiça de transição sob a ótica do pluralismo jurídico no direito tradicional enfocando especialmente o contexto de Ruanda e as Cortes Gacaca. Ela afirma que a abordagem da justiça de transição que respeite as bases tradicionais não incide no erro de se imaginar um modelo único que sirva a todos os países, nem na hipostasia de valores universais e homogêneos. A autora concorda com a proposta de Boaventura de Sousa Santos (2002) de uma idéia de integralidade, uma hibridização negociada e moldada entre as ordens jurídicas que permita uma implementação plural e contextualizada dos padrões universais. A autora pondera, entretanto, que analisando a aplicação da integralidade no caso das Gacacas, que a análise pura e simples da legalidade dos mecanismos tradicionais não é suficiente, uma vez que mesmo os mecanismos baseados na lei costumeira, embora mais apropriados contextualmente, são como todos os outros sistemas jurídicos: um reflexo da constelação de poder prevalente.

⁵⁰ Em passagem na qual a autora comenta o relatório da ONU e o parágrafo citado por nós.

3.4.3 A ortodoxia do Estado de Direito e novas perspectivas para o acesso à justiça

Pelo quanto exposto, identificamos a necessidade de se chegar a uma abordagem estrutural dos elementos que compõem o acesso à justiça nos diversos contextos pós-conflito para aplicarmos a teoria do desenvolvimento como recorte teórico de validade e eficácia para os direitos humanos. Trata-se de uma abordagem crítica aplicada dos pressupostos do desenvolvimento, dando nova perspectiva ao tratamento dos direitos humanos. Para além da dimensão normativa, busca-se identificar nos elementos fundantes das nações as condições de eficácia dos enunciados para os direitos humanos.

O que se nota de uma observação preliminar nos diversos modelos aplicados de construção de nações é a repetição de uma mesma estratégia, fundamentalmente baseada em conceitos ocidentais de Estado-Nação, mas sobretudo pela vinculação necessária que a simples adesão ao conceito ortodoxo de Estado de Direito é a garantia para o desenvolvimento. O Estado de Direito é percebido como uma abordagem centralizadora de cima para baixo concentrada em reformas legais e das instituições governamentais, principalmente o judiciário, para a criação de sistemas legais orientados ao mercado e que presumidamente acabaria com a pobreza, ou, então, como um sistema que promova a governança e a segurança pública, para o desenvolvimento. Sem dúvida que estas presunções são questionáveis e em si não enfocam as necessidades dos pobres em termos legais. De um outro ponto de vista, se o Estado de Direito não é capaz de resolver a pobreza, a redução da pobreza pode colaborar para sustentar um Estado de Direito. Assim, o estudo do Estado de Direito pode se completar pela análise da teoria do desenvolvimento comprovado pela ótica dos processos de reconstrução de nações.

Ao vermos o direito como um sistema de poder, a perspectiva centralizadora do Estado de Direito poderia compor com o empoderamento legal da população uma forma mais compatível com a legitimidade, o direito estatal que se busca.

As missões de paz enfocam o Estado de Direito no desenvolvimento da legislação local, nas instituições judiciárias e na força policial. Ou seja, na existência de um quadro legal, no exercício da atividade jurisdicional e nas forças repressivas do sistema, entretanto, o sistema deixa de lado o elemento de maior interesse para os pobres, a existência de estruturas e mecanismos que garantam a efetivação dos direitos estabelecidos nas leis. Ainda que existam no papel, as leis que beneficiam os pobres nos países em desenvolvimento ou sob intervenção têm dificuldade de passar para a prática.

As teorias que buscam a conciliação do direito com o desenvolvimento não estão suficientemente adiantadas como para esgotar as implicações da teoria do Estado de Direito, centralista, ou os pressupostos de um empoderamento legal, de base comunitária, mas sabe-se que estas abordagens não são mutuamente excludentes e, ao contrário, podem se reforçar. Entretanto, isso não nos impede de suspeitar das fórmulas e prognósticos das reformas puramente com base no Estado de Direito.

De acordo com a abordagem que trazemos neste estudo, a centralidade dos mecanismos de garantia de acesso à justiça para atender aos interesses das populações pobres, a ortodoxia do Estado de Direito e seu modelo reproduzido trazem conceitos que nos sugerem a busca de outros paradigmas.

Em regra, os moldes da implantação do Estado de Direito são uma abordagem de cima para baixo, centralizadora na figura do Estado, por meio da qual consultores externos

desenham e implementam projetos legais em cooperação com altos funcionários dos governos⁵¹.

A perspectiva de empoderamento legal tem base no trabalho que se realiza na comunidade e impacto no sistema legal e instituições nacionais. Por empoderamento legal, por fim, entende-se “o uso dos serviços legais e atividades de desenvolvimento relacionadas para aumentar o controle da população desfavorecida sobre suas vidas”, conforme a construção de Stephen Golub (2003, p. 3), que compara esta definição com aquela do Banco Mundial para empoderamento, como sendo, “em seu sentido amplo, a expansão da liberdade de escolha e de ação” (Ibidem, p. 25).

Para além do que é praticado pelas agências de cooperação, pelos bancos multilaterais, pelos países doadores, faz-se necessário reequilibrar esta balança. O centralismo das políticas de Estado tem fracassado em países que não percorreram as tradições jurídicas ocidentais clássicas e somente se pode chegar a algum lugar negociando com as estruturas locais que representam a forma de se organizar destas comunidades. Para além dos países europeus, da América do Norte, Japão e alguns tigres asiáticos, poucos exemplos se encontram de estruturas sólidas de Estado como se quer exportar. O ceticismo da DANIDA (*Danish Agency for Development of Assistance*) é bastante significativo quando analisa o auxílio aos sistemas jurídicos dos países em desenvolvimento ponderando que

o apoio ao sistema legal formal tem de fato limitações importantes e trocas: a maioria da população não está geralmente em condições de ter

⁵¹ A expressão “ortodoxia do Estado de Direito” foi cunhada por Frank Upham em sua obra *Mythmaking in the Rule of Law Orthodoxy*, 2002. O autor define a expressão sustentando que um crescimento sustentável é impossível sem a existência do Estado de Direito: uma série de regimes aplicados de forma uniforme, legalmente estabelecidos que claramente estabelecem as regras do jogo. O documento está disponível em: <<http://www.carnegieendowment.org/files/wp30.pdf>>. Acesso em 7/1/2011.

acesso ao sistema legal formal por várias razões culturais, lingüísticas, financeiras ou logísticas (...). Seu acesso à justiça depende basicamente do funcionamento de sistemas informais, que tem sido negligenciados em termos de ajuda externa (DANIDA, 2000, apud GOLUB, 2003, p. 15).

De alguma forma está-se percebendo que o direito, como instrumento de poder, pode ser emancipatório se utilizado como um instrumento contra-hegemônico. As diversas ajudas internacionais que têm sido concedidas reforçam a estrutura de mercado que esmaga a população desfavorecida, e a reforma do judiciário tem recebido esta tônica. “Enquanto as pessoas não mobilizarem o direito, não houver condições para que a maioria da população mobilize-o, e o direito continuará sendo mobilizado contra elas, tanto na esfera criminal quanto cível”⁵². E é dentro deste entendimento que vemos o empoderamento legal como a ferramenta que permitirá essa mudança de paradigma.

Diversas agências de desenvolvimento professam prioridades de investimento em favor dos pobres, mas acabam por canalizar recursos para a construção de instituições legais do governo e das elites, ao invés de fortalecer a capacidade e o poder legal das comunidades empobrecidas. Caminha-se no sentido contrário das necessidades destas comunidades e da solução, que parece estar muito mais no favorecimento do empoderamento legal destes pobres, fazendo o uso social do direito, do que no apoio ao uso do direito contra estes. Assim, “o cerne do conceito de empoderamento legal não é a lei, mas o poder” (GOLUB, 2003, p. 7).

Conforme Boaventura Souza Santos (2006), a hegemonia do poder sustenta-se pela manutenção de três paradigmas: o Estado de Direito, a democracia e os direitos humanos. O Estado de Direito, assim, é um sistema essencial para um desenvolvimento sustentável a

⁵² Conforme palestra proferida pelo Prof. Boaventura de Souza Santos, O direito e o desperdício do conhecimento jurídico, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 29/08/2006.

longo prazo pois daria segurança aos investidores externos e internos, direitos de propriedade e contratuais, de comércio internacional e outros mecanismos para o crescimento econômico. Assim, a liberalização das economias de mercado requerem uma ordem legal que seja justa, eficiente e de fácil acesso, além de previsível (GOLUB, 2003; MARTINEZ, 1998).

Faz-se necessário, neste momento, um parêntesis para um esclarecimento. Não devemos confundir o Estado de Direito com a ortodoxia deste. De acordo com a definição do Banco Mundial, “ainda que definido de várias formas, o Estado de Direito prevalece onde (i) o governo em si é limitado pelas leis; (ii) todas as pessoas na sociedade são tratadas igualmente nos termos da lei; (iii) a dignidade humana de qualquer um é reconhecida e protegida pela lei; e (iv) a justiça é acessível a todos” (2002, p. 1).

A ortodoxia desta abordagem tem por escopo alcançar uma boa governança, o crescimento econômico e um Judiciário funcional como formas de reduzir a pobreza, mas muito por causa dos fins, deixa de lado os meios, o contexto em que estas ações estratégicas devem operar, ou seja, garantindo os pressupostos de igualdade, a dignidade e o acesso à justiça.

A ortodoxia é uma forma que se impõe a despeito de condições sociais, de uma desorganização da população, de uma falta de tradição que palmilhe este caminho, sendo sabido que nos países em que ela funciona, não precisou ser imposta. Onde ela funciona, ela se estabeleceu num Estado que existe para a grande maioria da população, aperfeiçoou-se quando havia condições econômicas que integravam a população. A experiência de hoje em dia das sociedades em transição e em desenvolvimento mostra que as diversas nações que têm conseguido um crescimento econômico e atenuado a pobreza nas recentes

décadas, fizeram-no fora do sistema ocidental do Estado de Direito. O exemplo mais claro é da China⁵³, sendo a Indonésia e Tailândia outros exemplos (WEIDONG, 1999).

Assim, “a lei e o direito são variáveis mais dependentes do que causais do desenvolvimento, e que estando embebidas na cultura, para serem efetivas, devem estar respaldadas também no quadro geral da política econômica” (PISTOR; WELLONS, 1999, p. 19).

A teoria do empoderamento legal flexibiliza a centralidade do sistema legal não somente no Estado, mas também na sociedade e na capacidade desta reconhecer e ver-se reconhecida pelo sistema jurídico em vigor e pelas práticas de poder deste Estado. Esta estratégia, por certo, enfatizará o desenvolvimento de capacidade da sociedade civil e comunidade desfavorecida, a defesa de suas prioridades e necessidades, mecanismos informais que atendam às expectativas destas comunidades e uma comunicação social que dissemine informações dos direitos envolvidos.

Conforme Boaventura Souza Santos, contrariando a afirmação de Mc Luhan que o direito consolida a redução da complexidade da estrutura, o direito deve buscar a ampliação da complexidade do sistema, principalmente pelo reconhecimento do pluralismo jurídico. O uso de modelos externos, por sua vez, confirma um reducionismo que abre mão de olhar as condições técnicas de operacionalidade num determinado território e contexto histórico. Assim, o empoderamento legal ocorre pela diversificação dos serviços que acrescentem o poder de conhecimento dos direitos de cada um, e não apenas por serviços estatais de assistência legal. Na prática internacional, fala-se de clínicas de escolas de direito na Índia e Tailândia (*Thammasat Law School Clinic*), por exemplo, fornecendo serviços legais e conhecimento legal em comunidades rurais. A *Community Law Center*

⁵³ O sistema de assistência legal na China é realizado por funcionários do Estado, a baixos custos, e para o período de 1996-2010 tem sido enfatizado como o segmento da autoridade administrativa judiciária prioritária, de acordo com Weidong Ji (1999).

(CLC), com sede em Natal, África do Sul, é uma ONG, com fundos privados, que trabalha com pobres em temas sobre desenvolvimento, sociedade civil e auto-suficiência por meio de educação legal e desenvolvimento legal dos recursos locais.

O sistema chinês, por seu lado, envolve a mediação com a participação da comunidade, que ocorre nas próprias vilas. Esse sistema coexiste de forma satisfatória com o novo sistema de assistência legal em desenvolvimento, baseado em padrões mais ocidentais. O governo chinês, ainda, não demonstra pressa alguma em impor um modelo ocidental de assistência legal por cima de um sistema que é profundamente enraizado na mediação de base comunitária, explorando as possibilidades mais amplas por meio de uma série de diálogos com os cientistas políticos dos serviços legais e analistas de diversos países estrangeiros. Com isso, os chineses esperam encontrar um meio de manter um programa de base local, comunitária, informal e de mediação ao mesmo tempo que introduzindo aos poucos o sistema paralelo de assistência legal (COOPER, 1999).

A complexidade dos contextos também requer a complexidade das formas de lidar com eles, ainda que para isso se devam quebrar ou reinventar os próprios modelos. Assim, as propostas de mediação fornecem uma alternativa à ortodoxia do Estado de Direito pelos méritos declarados por Timothy Hedeem e Patrick G Coy (2000, p. 355):

Many in the justice system have heralded the potential of mediation to alleviate court congestion, reduce costs for the system and its clients, and bring about resolution in a more timely manner (Adler, 1993). Certainly these benefits to the justice system are valuable but they are seldom the primary aims of community mediation programs. For many staff and volunteers, the promise of mediation lies in the empowerment of

communities and individuals to develop their own solutions in informal, convenient meetings with minimal involvement from the justice system⁵⁴.

⁵⁴ Acrescentam os autores, como exemplo, o objetivo do grupo comunitário de São Francisco, foi o de fornecer um serviço como um primeiro recurso para a solução de conflito para os residentes de fora dos “perímetros do sistema jurídico formal”.

CONCLUSÃO

I

A estruturação dos sistemas de justiça tem confirmado seu apoio nos modelos ocidentais e que pouco refletem a configuração social em que estão inseridos. Os esforços internacionais dividem-se entre apoiar processos de reconciliação e verdade e reconstrução dos sistemas estatais de justiça, fortalecendo a relação de estruturas e superestruturas que dominam o campo do direito para consolidação do poder.

A criação de mecanismos estatais rígidos para o processamento dos direitos não responde à urgência que um direito de pessoas em estado de pobreza extrema necessitam, mas, ao contrário, reforçam o sofrimento de uma sociedade que sobreviveu a um conflito recentemente. O contexto pós-conflito demanda cuidadosa intervenção por quatro fatores: extrema pobreza, debilidade das instituições e falta de confiança pública, foco de interesse internacional com grande poder de intervenção, conflituosidade latente.

Com relação a estes quatro fatores, na reconstrução de sistemas de justiça, atentamos para os seguintes aspectos:

- i. em contextos de extrema pobreza, o excesso de burocratização afasta a comunidade ainda mais dos meios estatais de solução de conflito, contribuindo para o “des-estado de direito”, na expressão utilizada no trabalho, ao mesmo tempo em que requer a promoção do acesso à justiça pelos mecanismos alternativos, em campanhas comunitárias que facilitem a integração social;
- ii. com a debilidade das instituições e falta de confiança pública, inexitem regras claras para o funcionamento da justiça, nomeação dos juízes, garantias de sua

independência e operação dos demais setores envolvidos, como Ministério Público, sistema penitenciário, cartórios. Ademais, a falta de transparência e representação popular nos diversos estágios da construção do Judiciário povoa de desconfiança a relação da comunidade com os governos e as organizações internacionais em atuação. Trata-se da crise da falta de empoderamento, empoderamento este a ser conferido à população para que ela passe a protagonizar a reconstrução dos sistemas de justiça;

- iii. como foco de interesse internacional com grande poder de intervenção, os países pós-conflito sofrem com a invasão de diversas organizações internacionais, na maioria das vezes atuando de forma desconcertada das demais organizações, e sem a criação profícua de um canal de diálogo com o país que recebe a ajuda. Os mandatos que recebem as missões das Nações Unidas para atuar nos países pós-conflito são abrangentes e incluem a administração da justiça e monitoramento para o respeito aos direitos humanos, retirando grande parte da autonomia do país na gestão de seus problemas, mas também de seus recursos. Além das Nações Unidas, cada país que atua nos países pós-conflito, ao elegerem as áreas prioritárias para sua atuação, tendem a refletir seus interesses, gerando a crise de legitimidade.
- iv. o cenário de conflituosidade latente torna urgente as providências de reestruturação institucional e necessário o reconhecimento da população no modelo que se redesenha, sob pena de rejeição em relação à intervenção determinada pela comunidade internacional por meio da resolução do conselho de segurança que cria as missões de paz, rejeição aos demais atores internacionais em operação no país e reincidência na violência.

II

A eficácia do acesso à justiça somente poderá ser confirmada pela validação do direito dos cidadãos por meio do empoderamento dos atores da justiça e da integração do pluralismo jurídico em seu desenvolvimento, permitindo que se encontrem diferentes lógicas para atender às demandas sociais com respostas que guardem respeito aos padrões internacionais de direitos humanos e com as estruturas que dominam o tecido social. A adoção de mecanismos alternativos de solução de conflitos representam a resposta mais adequada para que o sistema de justiça em construção de fato pertença àquela sociedade, por comungar dos mesmos valores e tradições, pela agilidade e pertencimento à comunidade.

Aceita-se o desafio proposto por Kazuo Watanabe ao recomendar que a garantia à ordem jurídica justa, a vertente social do acesso à justiça, deve agir segundo a perspectiva do destinatário das normas jurídicas, propondo uma nova postura mental. Não se trata, assim, de reproduzir sistemas jurídicos segundo padrões ocidentais, mas que se busque em primeiro plano a garantia do acesso à justiça que poderá ser fortalecida com a adoção de formas alternativas de solução de conflitos, como a facilitação de processos resolvidos por mediação e conciliação comunitária, de modo a aproximar a justiça dos valores socioculturais dos países, em respeito às práticas e valores locais e aos direitos humanos consagrados.

Esse pressuposto foi reconhecido inclusive em relatório do Secretário Geral da ONU, que assim ponderou:

We must learn as well to eschew one-size-fits-all formulas and the importation of foreign models, and, instead, base our support on national assessments, national participation and national needs and aspirations. Effective strategies will seek to support both technical capacity for

reform and political will for reform. The United Nations must therefore support domestic reform constituencies, help build the capacity of national justice sector institutions, facilitate national consultations on justice reform and transitional justice and help fill the rule of law vacuum evident in so many post-conflict societies (UNSG, 2004, p. 1).

Afirmou-se que o nascente Estado de Direito em Timor Leste construiu-se tão distante das realidades sociais e conceituais que as pessoas eram levadas a julgamento por atos que eles nunca pensaram que fosse um crime, e antes que os conceitos básicos do novo sistema legal tivessem sequer começado a permear a fábrica social. Trata-se de uma situação que facilmente poderia ter ocorrido no Afeganistão ou em outros países cujo sistema jurídico não fosse construído com compartilhamento de valores com a sociedade. Por outro lado, o referido relatório da ONU sobre justiça de transição (UNSG, 2004, parágrafo 36) afirma também a necessidade de dar respaldo às tradições informais e locais de administração da justiça e resolução de conflitos para que cumpram seu papel vital numa sociedade pouco habituada aos trâmites complexos da burocracia jurídica estatal.

Com relação ao Estado afegão, também em busca da consolidação de um modelo estatal que seja representativo das diversas forças que estão presentes no país, notadamente no campo jurídico, deve-se buscar um equacionamento a se operar entre as diferentes matrizes jurídicas, conciliando as práticas específicas do direito costumeiro, como a *sharia* e as *jirgas*, bem como as matrizes do direito estatal, ou seja, as leis do quadro legal interno e as normas de direito internacional. Não se trata de codificar o direito costumeiro, evitando conflitos entre Declaração Universal dos Direitos Humanos e a proteção internacional dos Direitos Humanos, de um lado, e o Direito Islâmico, de outro, uma vez que esses não poderão ser resolvidos de forma unilateral e por imposição do Estado contra a prática de toda uma sociedade.

III

Os direitos humanos passaram a integrar os componentes das missões de paz como um componente de primeira grandeza na administração dos Estados pós-conflito, verificando-se a adoção dos seus primados nos principais textos legais vigentes nos países, bem como um sistema de monitoria competente e com penetração não apenas nas capitais, mas também nos distritos. Mas os direitos humanos não estão somente nos componentes dos mandatos das missões e nos textos legais, estão no tipo de intervenção sofrido pelos países, na forma de condução das instituições e, principalmente, no reflexo que as melhorias pretendidas alcançam na vida da população. Neste sentido, a garantia do acesso à justiça integrado com a facilitação de acesso aos meios alternativos de resolução de conflito corresponde à política pública de justiça que melhor atenderia aos interesses da população, na garantia de um direito humano, mas que também pode representar o gozo de todos os demais direitos.

Por outro lado, as missões de paz enfocam a afirmação do Estado de Direito e, em decorrência, no desenvolvimento da legislação local, nas instituições judiciárias e na força policial, mas deixa de lado a existência de estruturas e mecanismos que garantam a efetivação dos direitos estabelecidos nas leis. Assim, os direitos podem existir no papel, mas dificilmente conseguem passar para a prática. A ortodoxia do Estado de Direito deve ser equilibrada com a perspectiva de empoderamento legal: tem base no trabalho que se realiza na comunidade e impacto no sistema legal e instituições nacionais, reforçando a necessidade de garantia do acesso à justiça e utilização de mecanismos alternativos de resolução de conflito.

A possibilidade de integração do sistema de justiça tradicional como prática válida de resolução de conflitos é um sinal para que a sociedade se veja reconhecida na nova configuração institucional do país.

IV

A Justiça de Transição apresenta-se como um modelo que traz conceitos importantes na redefinição dos sistemas de justiça, como o respaldo nos direitos humanos, responsabilização pelos crimes praticados, direito à indenização, direito à memória e reconciliação. Seus princípios são aproveitados nas novas instituições da justiça, voltadas não apenas para a reconciliação com o passado, mas essencialmente para o futuro e que reconheçam os valores dos sistemas legais tradicionais e costumeiros e mecanismos locais de resolução de conflitos como elementos de justiça de transição e no contexto da reforma legal doméstica.

Isso porque, se por um lado a comunidade internacional é obrigada a agir diretamente na proteção dos direitos humanos e segurança humana na ocorrência de um conflito, no longo prazo, nenhuma intervenção de emergência e externa poderá determinar o funcionamento de um sistema de justiça nacional e operante indefinidamente.

O contexto pós-conflito nos oferece, assim, uma oportunidade de avaliar a implantação da assistência judiciária no momento de planejar as relações com o sistema de justiça desde o início. Essa seria uma relevante contribuição para a manutenção da paz, da paz não como ausência de conflito, mas a estabilidade institucional e confiança da população nos sistemas locais, que garantissem o respeito e promoção dos direitos humanos.

Conforme o relatório *Rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*, reconhece-se que “em última instância, em nenhuma reforma do Estado

de Direito, a reconstrução da justiça ou iniciativa de justiça de transição imposta de fora deve esperar que seja bem sucedida ou sustentável. O papel das Nações Unidas ou da comunidade internacional deve ter por base a solidariedade, não a substituição” (UNSG, 2004, p. 7).

V

Numa abordagem mais global das propostas para os novos sistemas legais, o que se tornou óbvio foi a necessidade de forças competentes para operar a resolução de conflitos por meio da mediação por cima da intervenção do judiciário, com resoluções mais simples dos litígios. Sabe-se, por exemplo, que as mediações são melhores recursos para resolver situações que visem preservar um relacionamento, com índole mais apaziguadora, do que os litígios judiciais, de caráter mais conflituoso e de ruptura. Nessa nova perspectiva, assistência judicial e extrajudicial, devem-se privilegiar mecanismos e instituições operantes naquele sistema, procedimentos para processar ou prevenir a judicialização dos conflitos.

Neste sentido, encoraja-se a exploração de diversas reformas, incluindo a alteração nos procedimentos, mudanças na estrutura dos tribunais ou criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paralegais, modificação do direito substantivo e processual, sobretudo para integrar as facilidades com as novas tecnologias, uso de mecanismos informais ou privados para solução de litígios.

Paralelamente à justiça convencional, os novos rumos precisam orientar as políticas públicas na área da justiça para a adoção de novos mecanismos de resolução de conflitos,

“por meio de instituições leves, relativa ou totalmente desprofissionalizadas, por vezes impedindo mesmo a presença de advogados, de utilização barata, se não mesmo gratuita, localizados de

modo a maximizar o acesso aos seus serviços, operando por via expedita e pouco regulada, com vistas à obtenção de soluções mediadas entre as partes (...). Hoje, o florescimento internacional da arbitragem e dos mecanismos conhecidos, em geral, por *Alternative Dispute Resolution* (ADR) são a manifestação mais concludente das transformações em curso nos processos convencionais de resolução de conflitos” (SANTOS, 2006, 176).

“A paz não é a ausência de guerra. É uma virtude, um estado da mente, uma disposição para a benevolência, confiança e justiça” (PENIDO, 2006, p. 579, citando Spinoza). A construção para a paz deve partir da postura que conecte justiça e *empoderamento* favorecendo a compreensão, pelas populações, de que o direito vigente é o direito legítimo de sua sociedade e que as ferramentas para o seu exercício (acesso à justiça) estão à sua disposição. Quanto maior o reconhecimento do direito, maior a necessidade de integração dos mecanismos de acesso à justiça, comunitários e estatais, para a sustentabilidade das instituições políticas e fortalecimento do Estado de Direito.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Trad. HECK, Luís Afonso, *Revista de Direito Administrativo*, nº 217, jul/set, 1999.

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da Justiça no Brasil*. Tese de doutorado em ciência política, FFLCH-USP, 2010.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os Direitos Humanos como Tema Global*. São Paulo: Perspectiva, 1994.

AMARAL JR., Alberto do. *O Direito da Assistência Humanitária*. São Paulo: Renovar, 2003.

ANDERSON, Michael R. Access to Justice and Legal Process: Making Legal Institutions Responsible to Poor People in LDC's, 1999. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/INTPOVERTY/Resources/WDR/DfiD-Project-Papers/anderson.pdf>>. Acesso em 10/12/2010.

ARENDT, Hannah. *Eichmann in Jerusalem: a Report on the Banality of Evil*. Nova York: Penguin Books, 1994a.

ARENDT, Hannah. *Sobre a Violência*. Tradução de DUARTE, André. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994b.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Tradução de RAPOSO, Roberto. São Paulo: Cia. das Letras, 2004.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução do grego, introdução e notas de KURY, Mário da Gama. 3ª ed. Brasília: UNB, 1997.

ASSIS, Araken de. Garantia do Acesso à Justiça: Benefício da Gratuidade. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantias Constitucionais do Processo Civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

AXELROD, Robert. *The Evolution of Cooperation*. Nova York: Basic Books, 1994.

AXELROD, Robert. *The Complexity of Cooperation: Agent-Based Models of Competition and Collaboration*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1997.

BANCO MUNDIAL. *World Development Report 1990*. Nova York: Oxford University Press, 1990.

BANCO MUNDIAL. *Governance: The World Bank's Experience*. Washington DC: Banco Mundial, 1994.

BANCO MUNDIAL. *World Development Report 1997: The State in a Changing World*. Nova York: Oxford University Press, 1997.

BANCO MUNDIAL. *Legal and Judicial Reform: Observations, Experiences and Approaches of the Legal Vice-Presidency*. Washington, D.C.: Banco Mundial, Julho, 2002a.

BANCO MUNDIAL. World Bank Study Says 50-50 Chance of Failure. *The Washington Post*. Washington D.C. 26/11/ 2002b, p. 3.

BANCO MUNDIAL. *Securing Afghanistan's Future: Accomplishments and Strategic Path Forward*. Washington DC: Banco Mundial, Março, 2004a.

BANCO MUNDIAL. *Afghanistan: State Building, Sustaining Growth, and Reducing Poverty – a Country Economic Report*. Washington DC: Banco Mundial, Setembro, 2004b.

BARROSO, Jorge. Anseio de Justiça e o Sistema dos Quatro Necessários. *Veritati*. Revista da UCSal, I, 1, Salvador, 2004.

BASSIOUNI, M. Cherif (Org.). *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*. Chicago, 2007.

BEAUVAIS, J.C. Benevolent Despotism: A Critique of UN State-Building in East Timor. *New York University Journal of International Law and Politics*, pp. 1101-1178, 12/12/2001.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. COUTINHO, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Origen y Fundamento del Poder Político*. Trad. SANTILLÁN, Jose F. Fernández. México-DF: Enlace-Grijalbo, 1996.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco Pasquino (Org). *Dicionário de Política*. Trad. FERREIRA, João Ferreira et al. vol. 2, UNB, Brasília, 5ª edição, 2000.

BOHANNAN, P. *Justice and Judgement among the Tiv*, Londres: Oxford Press, 1957.

BORDIEU, Pierre; PASSERON, J.C. *La Reproduction*. Paris: Minuit, 1970.

BRAITHWAITE, J. Principles of Restorative Justice. In: HIRSCH, A; ROBERTS, J.. BOTTOMS, A.; ROACH, K; SCHIFF, M. (Eds.). *Restorative Justice and Criminal Justice*. Nova York: Oxford University Press, 2002.

BRAUDEL, Fernand. *Civilização Material, Economia e Capitalismo*. Lisboa: Don Quixote, 1992.

CALDEIRA, Teresa; HOLSTON, James. Democracy and violence in Brazil. *Comparative Studies in Society and History*, vol. 4, nº 4, pp. 691-729, 1999.

CAPOVILLA, Maria Aparecida Lucca. *Acesso à justiça e cidadania*. Chapecó: Argos Editora Universitária, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo e Ideologie*. Bolonha: Il Mulino, 1969.

CAPPELLETTI, Mauro. La protection d'interêts collectifs et de groupe dans le procès civil. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 27, pp. 571-597, 1975.

CAPPELLETTI, Mauro. Vindicating the Public Interest Through the Courts: A comparativist's contribution. *Buffalo Law Review*, v. 25, pp. 667-680, 1976.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Nortfleet Gracie. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (Cuatro estudios de Derecho Comparado)*. Tradução de FIX-FIERRO, Hector. In: México: Porrúa, 1993.

CASTELLANOS GOÛT, Milton Emilio. *Del Estado de Derecho al Estado de Justicia*. México: Editorial Porrúa México, 2004.

CHOPRA, Jara. Building State Failure in East Timor. In: *Development and Change*, Institute of Social Studies, Oxford: Blackwell Publishers, 2002.

CHOPRA, Jara. The UN's Kingdom of East Timor. *Survival*, 2000.

CHOUDREE, Rajesh. *Poverty and access to justice: an overview*. UNDP, Oslo Governance Centre. Disponível em: <<http://www.undp.org/governance/cd/documents/25.pdf>>. Acesso em 10/07/2006.

CLAUDE, R.P. Comparative Rights Research: Some intersections between Law and Social Sciences. *Comparative Human Rights*, Baltimore, MD: The Johns Hopkins University Press, 1976.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 3ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

COOPER, J. China's Lawyers and the Rule of Law, *International Journal of the Legal Profession*, vol. 6 (1), 71, 1999.

COSTA, Fernanda Doz. Poverty and human rights: from rhetoric to legal obligations a critical account of conceptual frameworks. *SUR International Journal on Human Rights*, nº 9, pp. 88-119, abril/2009.

CROWFORD, James. *The Rights of Peoples*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

DAHRENDORF, Ralf. *En Busca de Un Nuevo Orden*. Barcelona: Paidós, 2005.

DANIDA - DANISH AGENCY FOR DEVELOPMENT OF ASSISTANCE. *Evaluation: Danish Support to Promotion of Human Rights and Democratisation*, vol. 2: Justice, Constitution and Legislation. Copenhagen: Evaluation Secretariat, Ministry of Foreign Affairs, 2000.

DICEY, A.V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Londres, 1927.

DOBBINS, James et al. *The UN's role in nation-building. From the Congo to Iraq*, Santa Monica: Rand, 2005.

DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Ithaca: Cornell University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Cambridge-MA: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. CAMARGO, Jefferson Luis. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECKSTEIN, S. E.; WICKHAM-CROWLEY, T. P. Struggles for justice in Latin América. In: ECKSTEIN, S. E.; WICKHAM-CROWLEY, T. P. (Eds.). *What Justice? Whose Justice? Fighting for fairness in Latin America*. Berkley: University of California Press, 2003.

ECKSTEIN, S. E. *Urban resistance to neoliberal democracy across Latin América*. San Juan, Puerto Rico: Latin American Studies Association, 03/2006.

EVANS-PRITCHARD, E. *The Nuer*. Nova York: Oxford Univesity Press, 1969.

FALCÃO, Joaquim. Cultura Jurídica e Democracia: a favor da democratização do Judiciário. In: LAMOURNIER, Bolívar et al. *Direito, cidadania e participação*. São Paulo: T.A. Queiroz, 1981.

FAUNDEZ, Julio (Org.). *Good Government and Law: Legal and Institutional Reform in Developing Countries*. Londres: Macmillan, 1997a.

FAUNDEZ, Julio. Legal technical assistance. In: FAUNDEZ, Julio (Org.). *Good Government and Law: Legal and Institutional Reform in Developing Countries*. Londres: Macmillan, 1997b.

FELSTINER, Willian; ABEL, Richard; SARAT, Austin. The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming and Claiming. *Law and Society Review* 631, pp. 631-654, 1980-1.

FREIRE, Moema Dutra. Administração Alternativa de conflitos: perspectivas para a ampliação do acesso à justiça e prevenção à violência. In: SLACKMON, C.; MACHADO, M.; BOTTINI, P. (Org). *Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança*. Ministério da Justiça, 2006, pp. 113-129.

FUKUYAMA, Francis. Nation-Building and the Failure of Institutional Memory. In: FUKUYAMA, F. (Org.), *Nation Building. Beyond Afghanistan and Iraq*, Maryland: The Johns Hopkins University Press, 2006a, pp. 1-16.

FUKUYAMA, Francis. Guidelines for Future Nation-Builders. In FUKUYAMA, F. (Org.), *Nation Building. Beyond Afghanistan and Iraq*. Maryland: The Johns Hopkins University Press, 2006b, pp. 231-244.

GALANTER, Marc. Why the Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, v. 9, 1974, pp. 165-230. Reimpressa (com correções) In: COTTERRELL, R. (Org.). *Law and Society*. Aldershot: Dartmouth, 1994.

GOLUB, Stephen. *Beyond Rule of Law Orthodoxy – The Legal Empowerment Alternative*, Rule of Law Series, Democracy and Rule of Law Project, No. 41, Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 10/2003. Disponível em: <<http://carnegieendowment.org/files/wp41.pdf>>. Acessado em 07/01/2011.

GORJÃO, P. The Legacy and Lessons of the United Nations Transitional Administration in East Timor. *Contemporary Southeast* 24, 2002.

HALPERN, C.L. Public Interest Law Its Past and Future. *Judicature*, v. 58, 1974, p. 118-127.

HARRINGTON, Christine B.; MERRY, Sally Engle. Ideological Production: the Making of Community Mediation, *Law and Society Review* 22, pp. 709-737, 1988.

HAYEK, F.A. *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1, Chicago, 1973.

HAYNER, Priscila. *Unspeakable Truths*, Nova York: Routledge, 2003.

HEDEEN, Timothy; COY, Patrick G. Community Mediation and the Court System: The Ties that Bind. *Mediation Quarterly*, vol. 17, nº 4, Verão, pp. 351-367, 2000.

HOHE, Tanja. The Clash of Paradigms: International Administration and Local Political Legitimacy in East Timor. *Contemporary Southeast Asia* 24(3). No prelo.

HOHE, Tanja; Nixon, Rod. *Reconciling Justice – Traditional Law and State Judiciary in East Timor*, United States Institute of Peace, Janeiro, 2003. Disponível em: <<http://www.gsdrc.org/docs/open/DS33.pdf>>. Acesso em 11/01/2011.

HOLTON, James; CALDEIRA, Teresa P. R. Democracy, law and violence: disjunctions of Brazilian citizenship. In: AGÜERO, Felipe; STARK, Jeffrey. *Fault lines of democracy in post-transition Latin América*. Miami: University of Miami: North-South Center Press, 1998, pp. 263-296.

HUMAN SECURITY COMMISSION. *Human Security Now*. Nova York: Human Security Commission Secretariat, 2002-3.

HUTCHINSON, Allan; MONAHAN, Patrick (Org.). *The Rule of Law – Ideal or Ideology*. Toronto: Carswell, 1987.

HUTCHINSON, Allan; MONAHAN, Patrick, Democracy and the Rule of Law. In: HUTCHINSON, Allan; MONAHAN, Patrick (Org.). *The Rule of Law – Ideal or Ideology*. Toronto: Carswell, 1987.

IGNATIEFF, Michael. *Los Derechos Humanos como política e idolatria*. Barcelona: Paidós Estado y Sociedad 108, 2003a.

IGNATIEFF, Michael. The Burden, *New York Times Magazine*, 5/1/2003b.

IKAWA, Daniela. *O programa do PNUD para o acesso à justiça – uma aproximação descritiva*. Disponível em: <<http://www.conectasur.org/files/PNUD.pdf>>. Acesso em 03/7//2009.

INSTITUTE OF WAR AND PEACE. *Afghan Recovery Report nº 147*. Londres: Institute of War and Peace Reporting, Novembro, 2004.

INTERNATIONAL PEACE ACADEMY REPORT, *Justice under International Administration: Kosovo, East Timor and Afghanistan*, Setembro, 2002.

JOHNSON, Earl. The perspective of future themes. In CAPELLETTI, Mauro; GORDLEY, James Russell; JOHNSON, Earl. *Toward Equal Justice*, Milan: Dobbs Ferry, N.Y.: Giuffrè/Oceana, 1975.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. *Revista de Estudos Históricos*, n. 18, pp. 389-402, Rio de Janeiro, 1996.

KENNEDY, Duncan. Toward a Critical Phenomenology of Judging. In: HUTCHINSON, Allan; MONAHAN, Patrick (Org). *The Rule of Law – Ideal or Ideology*. Toronto: Carswell, 1987, pp. 141-167

LAFER, C. Direitos humanos e democracia no plano interno e internacional. *Política Externa*, São Paulo, v. 3, nº. 2, pp. 68-76, 1994.

LAFER, C.. Comércio internacional, multilateralismo e regionalismo: temas emergentes e novas direções. *Política Externa*, São Paulo, v. 5, n. 3, pp. 50-64, 1996.

LAFER, C. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. *Estudos Avançados*, 11(30), 1997, pp. 55-65, 1997.

LAFER, C. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. Barueri-SP: Manole, 2005a.

LAFER, C. A Internacionalização dos Direitos Humanos: o desafio do direito a ter direitos. *Revista do Tribunal Regional Federal 3ª Região*, São Paulo, n. 75, pp. 37-54, 2005b.

LARKINS, Christopher. Judicial Independence and Democratization: Theoretical and Conceptual Issues. *American Journal of Comparative Law* 44, pp. 605-626, 2006.

LEVI, Lucio. Legitimidade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco Pasquino (Org). *Dicionário de Política*. Trad. FERREIRA, João Ferreira et al., vol. 2, UNB, Brasília, 5ª edição, 2000.

MARTINEZ, Nestor Humberto. Rule of Law and Economic Efficiency. In: JARQUIN, E.; CARRILLO, F. (Org.) *Justice Delayed: Judicial Reform in Latin America*. Inter-American Development Bank, Washington, D.C., 1998.

MARTINS, Ana Maria Guerra. Timor Leste e a afirmação (tardia) do Direito Internacional. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Timor e o Direito*, Fac. de Direito de Lisboa, Lisboa, 2000, pp. 19-35.

MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, capítulos VI, XI, XIX e XXVI.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à Justiça e Princípio da Igualdade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabriz Editor, 2006.

NAGY, Rosemary. Traditional Justice and Legal Pluralism in Transitional Context: The Case of Rwanda's Gacaca Courts. In: Quinn, Joanna R. *Reconciliation(s). Transitional Justice in Postconflict Societies*. McGill-Queen's University Press: Montreal, 2009, pp. 86-115.

NONET, Philippe. The Rule of Law: is that the Rule that was?. In: HUTCHINSON, Allan; MONAHAN, Patrick (Coord.). *The Rule of Law – Ideal or Ideology*. Toronto: Carswell, 1987.

NORTH, Douglas C. *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*. Nova York: Cambridge University Press, 1990.

O'DONNELL, G.; PINHEIRO, P.S. (Org.). *The (un)rule of law and the underprivileged in Latin America*. Notre-Dame, Indi: University of Notre-Dame Press, 1999.

OLIVEIRA, Sivia Menicucci de. *Direito ao desenvolvimento: teorias e estratégias de implementação*. Tese de doutorado em direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

PEI, Minxin; AMIN, Samia; GARZ, Seth. Building Nations. The American Experience. In: FUKUYAMA, F. (Org.). *Nation Building. Beyond Afghanistan and Iraq*. Maryland: The Johns Hopkins University Press, 2006, pp. 64-85.

PENIDO, Egberto de Almeida. O valor do sagrado e da ação não-violenta nas dinâmicas restaurativas. In: SLACKMON, C; MACHADO, M.; BOTTINI, P. (Org.). *Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança*, Ministério da Justiça, Brasília, 2006, pp. 567-81.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

PISTOR, Katarina; WELLONS, Philip A. *The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development: 1960-1995*. Nova York: Oxford University Press, 1999.

RANIERI, Nina. Um conceito mais amplo de liberdade: desenvolvimento, segurança e direitos humanos para todos – multilateralismo e cidadania mundial. *Política Externa*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2 p. 25-40, 2005.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Trad. PARTENOT, Irene A. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. *The Law of Peoples*. Harvard: Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. PISETTA, Almiro Pisseta; ESTEVES, Lenita Maria Rímoli. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REES, E. Security-sector Reform and Transitional Administration. In: *Conflict, Security and Development* 2(1):151-6, 2002.

RHEINSTEIN, M. (Org.) *Max Weber on Law in Economy and Society*, Nova York: Simon & Schuster, 1967.

RISTER, Carla Abratkoski. *Direito ao desenvolvimento – antecedentes, significado e consequências*. Tese de doutorado em direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

ROBERTS, Simon; PALMER, Michael. *Dispute Processes*. Cambridge University Press: Cambridge, 2008.

ROBINSON, Mary. BBC News, 21/11/2002. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/low/talking_point/forum/1673034.stm>. Acesso em: 08/11/2010.

ROBINSON, Mary. In: VIZARD, P. *Poverty and human rights, Sen's capability perspective explored*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

ROMDHANE, Mahmoud Ben. Constitutionalism and Social Movements in Tunisia. In: SHIVJI, Issa G. (Org). *State and Constitutionalism: An African Debate on Democracy*, Harare: SAPES, 1991, pp. 219-236.

SADEK, Maria Tereza; LIMA, Fernão Dias de; ARAÚJO, José Renato de Campos. O Judiciário e a prestação da justiça. In: SADEK, Maria Tereza. *Acesso à Justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, pp. 13-41

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, pp. 79-101, 2004.

SAINT-LOUIS, Léon. *State of the Judiciary Report: Haiti 2002-2003*. Washington D.C.:International Foundation for the Electoral System: 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Globalização e teoria jurídica do conhecimento econômico. In: Carlos Ari Sundfeld; Oscar Vilhena Vieira. (Org.). São Paulo: Max Limonad, v. 1, 1999, pp. 259-268.

SALOMÃO FILHO, Calixto (Org.). *Regulação e desenvolvimento*, São Paulo: Malheiros, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito como Instrumento de Transformação Social e Econômica. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, v. 1, pp. 15-44, 2003.

SALOMAO FILHO, C.; FERRÃO, Brisa Lopes de Mello; RIBEIRO, Ivan César. *Concentração, Estruturas e Desigualdade - As Origens Coloniais da Pobreza e da Má Distribuição de Renda*. São Paulo: Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento, 2008.

SAMUELS, Warren. The State, Law and Economic Organization. In: SPITZER, S. (Org). *Research in Law and Sociology: A Research Annual*, vol. 2, Greenwich, Co.: Jai Press, 1979.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Law against Law: Legal Reasoning in Pasargada Law*, Cuernavaca: CIDOC, 1974.

SANTOS, Boaventura de Sousa. The Law of the Opressed: the Construction and Reproduction of Legality in Pasargada. *Law and Society Review* 12, 1977.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Law and Community: The Changing Nature of State Power in Late Capitalism. In: ABEL, R. L. (Ed). *The Politics of Informal Justice, vol. 1: The American Experience.*, Nova York: Academic Press, 1982.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Discurso e poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editoras, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a New Legal Common Sense*. Londres: Butterworths, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Ed. Cortez, 2005.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Razões da desordem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

SARKINS, J. The Tension Between Justice and the Reconciliation in Rwanda: Politics, Human Rights, Due Process and the Role of Gacaca Courts in Dealing with Genocide. *Journal of African Law* 2, pp. 143-159, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007.

SEN, Amartya. *On ethics and economy*. Oxford: Blackwell, 1989.

SEN, Amartya. *Inequality Reexamined*. Oxford: Clarendon, 1992.

SHIVJI, Issa G. State and Constitutionalism: A New Democratic Perspective. In: SHIVJI, Issa G. (Org.). *State and Constitutionalism: An African Debate on Democracy*, Harare: Sapes, 1991.

SHKLAR, Judith. Political Theory and the Rule of Law. In HUTCHINSON, Allan; MONAHAN, Patrick (Org.). *The Rule of Law – Ideal or Ideology*. Toronto: Carswell, 1987.

SLACKMON, Catherine; OXHORN, Phillip. O poder de atuação dos cidadãos e a micro-governança da justiça no Brasil. In: SLACKMON, C; MACHADO, M.; BOTTINI, P. (Org). *Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança*, Ministério da Justiça, Brasília, 2006, pp. 31-57.

STARR, S. Frederick. Sovereignty and Legitimacy in Afghan Nation-Building. In: Fukuyama, F. (Org.), *Nation Building. Beyond Afghanistan and Iraq*, Maryland: The Johns Hopkins University Press, 2006, pp. 107-124.

STROHMEYER, Hansjoerg. Building a New Judiciary for East Timor: Challenges of a Fledgling Nation. *Criminal Law Forum*, vol. 11, n° 3, pp. 259-285, 2000.

TAYLOR, Telford. *The Anatomy of the Nuremberg Trials: A personal memoir*. Nova York: Alfred A. Knopf, 1992.

TEITEL, Ruti G. Transitional Justice Genealogy, *Harvard Human Rights Journal*, vol 16, primavera, pp. 69-95, 2003.

TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TREVES, R.. *Giustizia e Giudic nella Società Italiana*, Bari: Laterza, 1975.

TRUBEK, L; COOPER, J. Rethinking Lawyering for the Underrepresented Around the World – An introductory essay. In: TRUBEK, Louise G.; COOPER, Jeremy (Org.). *Education for Justice Around the World – Legal education, legal practice and the community*, Aldershot: Dartmouth Publishing, 1999.

UNAMA - UNITED NATIONS ASSISTANCE MISSION IN AFGHANISTAN. *The Judicial Commission: Rebuilding the Justice System*. Cabul: UNAMA, 2002.

UNAMA - UNITED NATIONS ASSISTANCE MISSION IN AFGHANISTAN. *Afghan Justice Sector Overview*. Cabul: UNAMA, Agosto, 2006.

UNDP - UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *The Way Ahead: East Timor Human Development Report 2002*. Dili.

UNDP - UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME *Human Development Report. Millennium Development Goals: A Compact Among Nations to end Human Poverty*. Nova York: Oxford University Press, 2003.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in Modern Society*, New Cork, 1976.

UNGER, Roberto Mangabeira. The Critical Legal Studies Movement. *Harvard Law Review*, pp. 1-123, 1983.

UNHCHR - UNITED NATIONS – OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER ON HUMAN RIGHTS. *Draft guidelines: A Human Right Approach to Poverty Reduction Strategies*, Genebra, 2002.

UNHCHR - UNITED NATIONS – OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER ON HUMAN RIGHTS. *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Monitoring Legal Systems*, Nova York e Genebra, 2006a.

UNHCHR - UNITED NATIONS – OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER ON HUMAN RIGHTS. *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Vetting an operational framework*, Nova York e Genebra, 2006b.

UNHCHR - UNITED NATIONS – OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER ON HUMAN RIGHTS. *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Mapping the justice sector*. Nova York e Genebra, 2009a.

UNHCHR - UNITED NATIONS – OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER ON HUMAN RIGHTS. *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: National Consultations on Transitional Justice*. Nova York e Genebra, 2009b.

UNHCHR - UNITED NATIONS – OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER ON HUMAN RIGHTS. *Rule of Law Tools for Post-Conflict States:Amnesties*. Nova York e Genebra, 2009c.

UNOCHA - UNITED NATIONS OFFICE FOR THE COORDINATION OF HUMANITARIAN AFFAIRS. *Irin-ASIA AFGHANISTAN: Debate on justice reform*. Disponível em: <<http://www.irinnews.org/report.asp?ReportID=48602&SelectRegion=Asia&SelectCountry=AFGHANISTAN>>. Acesso em: 14/01/2011.

UNODC- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Afghanistan Opium Survey 2004*. Novembro, 2004. Disponível em: <http://www.unodc.org/pdf/afg/afghanistan_opium_survey_2004.pdf>. Acesso em 14/01/2011.

UNPO – UNITED NATIONS PEACE OPERATIONS. *UNAMA: Milestone's to Afghan Transition to Peace*. Nova York, 2004. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/publications/yir/2004/ch4.htm#unama>>. Acesso em 15/01/2011.

UNSG – UNITED NATIONS SECRETARY GENERAL. Carta do Secretário Geral para o Presidente do Conselho de Segurança. UN Document S/1999/1025, 4/10/1999.

UNSG - UNITED NATIONS SECRETARY GENERAL. *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies*. UN Document S/2004/616. Nova York: UNO, 2004.

UPHAM, Frank. *Mythmaking in the Rule of Law Orthodoxy*, Carnegie Endowment Working Paper n. 30, Rule of Law Series, Democracy and Rule of Law Project, Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, Setembro, 2002.

VAN VELSEN, Jaap. *The politics of Kinship*, Manchester: Manchester University Press, 1967.

VILHENA VIEIRA, Oscar. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VILHENA VIEIRA, Oscar. *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

VILHENA VIEIRA, Oscar. Reflexão sobre sociedade civil e os direitos humanos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 1, pp. 49-69, 2004.

VIOLA BROWN, Gina. A Community of Court ADR Programs: How Court-Based ADR Programs Help Each Other Survive and Thrive. *The Justice System Journal*, vol. 26, nº 3, 2005.

WALGRAVE, Lode. Imposição da restauração no lugar da dor: reflexões sobre a reação judicial ao crime. In: SLACKMON, Catherine; MACHADO, Maíra; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Ministério da Justiça do Brasil. Brasília, 2006, pp. 433-454.

WARDAK, Ali. Building a post-war justice system in Afghanistan. In: *Crime, Law & Social Change*, 41, pp. 319-341, 2004.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.

WATANABE, Kazuo. *Justiça, promessa e realidade: o acesso à justiça em países ibero-americanos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

WEBB, Douglas. Legal System Reform and Private Development in Developing Countries. In: PRITCHARD, Robert (Org.), *Economic Development, Foreign Investment and the Law*. Londres: Kluwer, 1996, pp. 45-65.

WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. Tradução de W. Dutra. Revisão Técnica de F. H. Cardoso. Rio de Janeiro. Zahar Editores, 1974.

WEIDONG, Ji. Legal Aid in People's Republic of China: Past, present and future. In: TRUBEK, Louise G.; COOPER, Jeremy. *Education for Justice Around the World – Legal education, legal practice and the community*, Aldershot: Dartmouth Publishing, 1999.

WEINBAUM, Marvin G. Rebuilding Afghanistan. Impediments, Lessons and Prospects. In: FUKUYAMA, Francis (Org.). *Nation Building. Beyond Afghanistan and Iraq*. Maryland: The Johns Hopkins University Press, 2006.

Páginas de internet de interesse geral:

ABC RADIO

East Timor: UN Indicts General Wiranto for Crimes Against Humanity, 25/2/2003.

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DA AIDS.

Disponível em: <<http://www.agenciaaids.com.br/noticias-resultado.asp?Codigo=3240>>. Acesso em: 12/05/2009.

NPR – NATIONAL PUBLIC RADIO.

Disponível em: <<http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=5324455>>. Acesso em: 14/01/2011.

POLITY IV PROJECT - POLITICAL REGIME CHARACTERISTICS AND TRANSITIONS, 1800-2003.

Disponível em: <<http://www.systemicpeace.org/polity/polity4.htm>>. Acesso em 14/01/2011.

Páginas da internet de referência:

ALTO COMISSARIADO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS.

Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Pages/WelcomePage.aspx>>.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PESQUISA EM DIREITOS HUMANOS (ANDHEP).

Disponível em: <<http://www.andhep.org.br>>.

CENTRO DE JUSTIÇA GLOBAL (JUSTIÇA GLOBAL).

Disponível em: <<http://global.org.br>>.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org>>.

COMMISSION ON HUMAN SECURITY.

Disponível em: <<http://www.humansecurity-chs.org>>.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS.

Disponível em: <<http://www.conectas.org>>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>.

IFES – INTERNATIONAL FOUNDATION FOR THE ELECTORAL SYSTEM.

Disponível em: <<http://www.ifes.org>>.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.

Disponível em: <<http://www.iidh.ed.cr>>.

SERVIÇO DE BIBLIOTECA E DOCUMENTAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.

Disponível em: <<http://143.107.2.22/fdusp/biblioteca.htm>>.

UNAMA – UNITED NATIONS ASSISTANCE MISSION IN AFGHANISTAN.

Disponível em: <<http://www.unama-afg.org>>.

UNDP – UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME.

Disponível em: <<http://www.undp.org>>.

UNHCHR – UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS.

Disponível em: <<http://www.unhchr.ch>>.

UNOTIL - UNITED NATIONS OFFICE IN TIMOR LESTE.

Disponível em: <<http://www.unotil.org>>.

UNROL - UNITED NATIONS RULE OF LAW

Disponível em: <<http://www.unrol.org/>>.

U.S. DEPARTMENT OF STATE.

Disponível em: <<http://www.state.gov>>.

RESUMO

O trabalho apresenta o problema da dificuldade do acesso à justiça no contexto de reconstrução institucional pós-conflito. A preocupação inicial está voltada para a análise das práticas internacionais de reconstrução de sistemas de justiça, tradicionalmente habituadas à prática de exportação de modelos, o que na maioria das vezes contribui para o fracasso de iniciativa da comunidade internacional, principalmente da ONU. Procura-se, por meio de estudo interdisciplinar, abordar a teoria do acesso à justiça e identificar os traços essenciais da formação dos novos sistemas de justiça. Em seguida, pretende-se desenvolver uma reflexão crítica sobre as falhas dos modelos de justiça. Partindo do enunciado de algumas hipóteses de caráter axiológico-normativo relativas à organização dos sistemas de justiça, procura-se avaliar a robustez de tais premissas, inclusive pela análise do contexto pós-conflito de dois países, Timor Leste e Afeganistão, com matrizes jurídicas distintas, mas que fazem bastante uso do sistema tradicional de resolução de conflito. Nesse contexto, avalia-se fragilidade de trabalhar-se exclusivamente com os modelos estatais de justiça quando formas alternativas de solução de conflito podem melhor representar os interesses e valores. A última parte do trabalho, de caráter integrativo, pretende fazer a união de perspectivas modernas sobre o acesso à justiça, tratados no capítulo 1º, nos contextos estudados no capítulo 2º, tendo, por isso, três orientações principais: enfocar o tema dos direitos humanos e dos direitos fundamentais no contexto pós-conflito, abordar as contribuições havidas com os mecanismos de justiça de transição, refletir sobre a ortodoxia da prática para um estado de direito com base na perspectiva do empoderamento jurídico. Pretende-se, por fim, sugerir a adoção de mecanismos alternativos de resolução de conflitos no escopo da redefinição dos sistemas jurídicos pós-conflito como elemento de garantia de eficácia do acesso à justiça.

RÉSUMÉE

Le travail expose le problème de la difficulté de l'accès à la justice dans le contexte de la reconstruction institutionnelle post-conflit. L'orientation initiale est l'analyse des pratiques internationales de reconstruction des systèmes de justice qui repose traditionnellement sur la pratique d'exportation de modèles laquelle contribue la plupart du temps à l'échec des initiatives de la communauté internationale, principalement de l'ONU.

Par le biais d'une étude interdisciplinaire, nous cherchons à aborder la théorie d'accès à la justice et à identifier les traits essentiels de la formation de nouveaux systèmes de justice. Ensuite, nous développons une réflexion critique sur les failles des modèles de justice. A partir de l'énoncé de certaines hypothèses à caractère axiologico-normatif concernant l'organisation des systèmes de justice, nous cherchons à valider la robustesse de telles hypothèses y compris par l'analyse du contexte post-conflit de deux pays, le Timor Oriental et l'Afghanistan, aux systèmes juridiques différents, mais qui utilisent intensément le système traditionnel de résolution de conflit. Dans ce contexte, nous évaluons la fragilité de travailler exclusivement sur des modèles étatiques de justice quand des formes alternatives de solution de conflit peuvent représenter plus efficacement les intérêts et les valeurs. La dernière partie du travail, à caractère intégratif, prétend allier les perspectives modernes d'accès de la justice, traitées au premier chapitre, au contexte étudié au chapitre 2, avec de ce fait trois orientations principales: se concentrer sur le thème des droits humains et des droits fondamentaux du contexte post-conflit, aborder les contributions existantes aux mécanismes de justice de transition, réfléchir sur l'orthodoxie de cette pratique pour un état de droit ayant pour base la perspective d'autonomisation juridique. Enfin, nous suggérons l'adoption des mécanismes alternatifs pour la résolution de conflit afin de redéfinir les systèmes juridiques post-conflit comme un élément de garantie de l'efficacité à l'accès de la justice.

ABSTRACT

This work discusses the problem of the difficulty of access to justice in the post-conflict institutional reconstruction context. The initial focus is on the analysis of the international practices of reconstruction of justice systems, traditionally used to the practice of exportation of models, which in most of the cases contributes to the failure of the initiative of the international community, mainly the United Nations. It is sought, through an interdisciplinary study, to retake the access to justice theory and identify fundamental treats for the creation of new justice systems. Next, it is sought to develop a critical reflection on the failure of justice models. Based on the enunciation of certain hypotheses of an axiological-normative nature concerning the organization of the justice system, it is sought to evaluate the strength of such assumptions, including through the analysis of the post-conflict context of two countries: Timor Leste and Afghanistan, with different legal background, but which resorts to the traditional system for conflict resolution. In this context, it is evaluated the fragility of working exclusively with official state models of justice when alternative dispute resolution methods could better represent the interests and values. In the last part of the work, on a integrative perspective, it is sought to unite modern perspectives of access to justice, discussed on chapter 1, in the contexts studied in chapter 2, having, therefore, three main orientations: focuses on the theme of human rights and fundamental rights in post-conflict contexts; discusses the contributions obtained from the mechanism of transitional justice; reflexes about the orthodoxy of the practices for a rule of law system. Finally, it is sought to suggest the adoption of alternative dispute resolution settlement in the scope of redefinition of post-conflict justice systems as an element for the guarantee of the effectiveness of the access to justice right.

ÍNDICE ANALÍTICO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1 ACESSO À JUSTIÇA.....	8
1.1 Direitos Humanos e o Acesso à Justiça.....	8
1.1.1 Conceito.....	8
1.1.2 Direitos humanos e aspectos sociológicos.....	10
1.1.3 Crise do Estado do Bem-Estar Social e implicações no afluxo de demandas.....	14
1.2 Acesso à Justiça: mecanismos tradicionais e estatais.....	17
1.2.1 Acesso à justiça em comunidades tradicionais.....	17
1.2.2 A dificuldade de acesso pelos mecanismos estatais.....	20
1.3 Teorias sobre o Acesso à Justiça.....	25
1.3.1 Acesso por um prisma coletivo.....	25
1.3.2 Acesso por um prisma individualista.....	26
1.4 Os serviços para o acesso à justiça.....	28
1.4.1 Advogados particulares reembolsados pelo Estado.....	28
1.4.2 Advogado remunerado pelos cofres públicos.....	29
1.4.3 Sistemas mistos e reflexões sobre seus limites.....	30
1.4.4 Assistência em interesses difusos.....	31
CAPÍTULO 2 RECONSTRUÇÃO DE NAÇÕES	34
2.1 Reconstrução de Nações e pobreza.....	34
2.1.1 A pobreza e a vida abaixo da linha da legalidade: como equacionar as escolhas na busca do desenvolvimento.....	34
2.1.2 A pobreza como fator deterrente – considerações sobre a governabilidade.....	39
2.2 Reconstrução e Desenvolvimento.....	41
2.2.1 Estados novos em funcionamento.....	41
2.2.2 Fracasso na reconstrução de instituições.....	44
2.3 Análise de caso: Afeganistão e o sistema de justiça pós-conflito.....	51
2.3.1 Breve Histórico.....	52
2.3.2 O processo de nation-building e o modelo de criar modelos.....	60
2.3.3 Sistemas de Justiça.....	66
2.3.4 Base costumeira e reconciliação no direito tradicional.....	68
2.3.5 Novas bases para um sistema legal.....	71
2.3.6 Integração – caminhos para uma solução para o sistema judicial afegão e a consagração da garantia do acesso à justiça.....	76

2.4 Análise de caso: Timor Leste e o sistema de justiça pós-conflito	83
2.4.1 Breve Histórico	83
2.4.2 Sistemas tradicionais de justiça	91
2.4.3 Sistema de Justiça e garantias do acesso.....	94
CAPÍTULO 3 RECONSTRUÇÃO DE NAÇÕES E OS SISTEMAS DE JUSTIÇA	103
3.1 A situação dos direitos humanos e do acesso à justiça nos Estados pós-conflito	104
3.1.1 A consagração formal dos direitos humanos e do acesso à justiça	104
3.1.2 A consagração material dos direitos humanos e do acesso à justiça: monitoramento	108
3.2 Reconstrução dos Sistemas de Justiça.....	112
3.2.1 Reconstrução de nações e mecanismos de justiça.....	112
3.2.2 Reconstrução e legitimidade de interesses.....	121
3.3 Justiça de Transição e expansão do acesso à justiça	124
3.3.1 Justiça de Transição: conceito, prática e tendência.....	124
3.3.2 Princípios de Justiça de Transição: Chicago e Nações Unidas	129
3.4 Acréscimos à teoria da assistência judiciária e contribuição da justiça tradicional.....	135
3.4.1 Assistência judiciária	135
3.4.2 Contribuições da justiça tradicional.....	139
3.4.3 A ortodoxia do Estado de Direito e novas perspectivas para o acesso à justiça.....	142
CONCLUSÃO.....	150
BIBLIOGRAFIA	158
RESUMO.....	176
RÉSUMÉE.....	177
ABSTRACT.....	178
ÍNDICE ANALÍTICO.....	179