

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

LUDMILA FERREIRA TEIXEIRA

**ACESSO À JUSTIÇA QUALITATIVO**

POUSO ALEGRE-MG  
2011

LUDMILA FERREIRA TEIXEIRA

## **ACESSO À JUSTIÇA QUALITATIVO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes

FDSM-MG  
2012

LUDMILA FERREIRA TEIXEIRA

ACESSO À JUSTIÇA QUALITATIVO

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes  
Orientador  
FDSM

---

Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia  
FDSM

---

Profa. Dra. Flaviane de Magalhães Barros  
PUC-MG

Pouso Alegre-MG  
2012

*Para Ildeu e Nair.*

# AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes, meu orientador e mestre, na esperança de corresponder à sua confiança e seus ensinamentos,

Ao Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, outro grande responsável pelas minhas inclinações acadêmicas,

Ao Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo, pelos preciosos diálogos,

A Ana Maria, Vicente e Raíssa, como em todas as horas,

Aos funcionários e demais professores do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Aos primeiros, pela atenção dispensada aos alunos, aos demais pelas lições de dentro e fora da sala de aula.

Aos colegas da 1ª Turma de Mestrado da FDSM, pela amizade e companheirismo.

À Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG), pelo apoio concedido durante todo o período da pesquisa.

*É o mesmo poder de julgar que faz o juiz e o cidadão.*

*Paul Ricoeur*

## RESUMO

TEIXEIRA, Ludmila Ferreira. Acesso à Justiça Qualitativo. 2012. 183f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, MG, 2012.

A presente dissertação defende uma interpretação de acesso à justiça compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Para tanto, optou-se por resgatar a evolução do conceito desde os paradigmas constitucionais liberal, social até o paradigma procedimental do direito tal como concebido por Jürgen Habermas. Parte-se do suposto de que a expressiva maioria dos estudos a propósito do tema, inclusive no Brasil, desenvolve-se em uma base epistemológica arraigada ao paradigma social. Com isso, atribui-se à expressão uma carga semântica que pressupõe um determinado modelo de processo, de Jurisdição e uma específica leitura a respeito dos direitos e garantias fundamentais também típicos daquele modelo. A fim de evitar os efeitos colaterais da regulação social, sentidos na instrumentalização dos direitos e da Jurisdição para finalidades que escapam ao controle democrático, emprestou-se a expressão “acesso à justiça qualitativo” com o intuito de, divisando o tema à luz de um novo paradigma, demonstrar que todas as políticas públicas, institutos processuais e reformas institucionais destinadas ao melhoramento do acesso à justiça deverão, antes de mais, obedecer a uma teoria da democracia condizente com a ordem jurídica que se acredita instalada após 1988.

Palavras-chave: Acesso à Justiça Qualitativo. Paradigma Procedimental do Direito.

## ABSTRACT

TEIXEIRA, Ludmila Ferreira. Qualitative Access to Justice. 2012. 183s. **Dissertation** (Master in Law) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, MG, 2012.

This dissertation defends an interpretation of access to justice compatible with the Democratic State Paradigm. For such, it rescues the evolution of the concept since the liberal and social constitutional paradigms until the procedural paradigm of law as conceived by Jürgen Habermas. It starts from the assumption that the significant majority of studies regarding the topic, including Brazilian ones, are developed into an epistemological basis deeply linked to the social paradigm. It's regularly attributed to the expression a semantic meaning that implies a certain type of process, of Jurisdiction and a specific understanding about rights and guarantees also typical of that model. In order to avoid the side effects of that kind of social regulation, which leads to the instrumentalization of rights and Jurisdiction for purposes that are not under democratic control, the expression "qualitative access to justice" was used to, placing the theme into a new paradigm, demonstrate that all public policies, procedural mechanisms or institutional reforms designed to improve access to justice should, first of all, abide by a theory of democracy consistent with the legal system believed to have been implemented after 1988.

Key-words: Qualitative Access to Justice. Procedural Paradigm of Law.



# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 TRANSFORMAÇÃO PARADIGMÁTICO-CONCEITUAL DO ACESSO À JUSTIÇA</b> .....	17
1.1 ACESSO À JUSTIÇA NO PARADIGMA LIBERAL.....	19
1.2 ACESSO À JUSTIÇA NO PARADIGMA SOCIAL .....	28
1.2.1 Acesso à justiça no Projeto Florença .....	36
1.2.2 O acesso à justiça no Brasil .....	45
1.3 ACESSO À JUSTIÇA NO PARADIGMA PROCEDIMENTAL DO DIREITO.....	55
<b>2 ACESSO À JUSTIÇA E CRISE</b> .....	67
2.1 ACESSO À JUSTIÇA E CRISE DE REPRESENTATIVIDADE .....	69
2.2 ACESSO À JUSTIÇA E CRISE DO FORMALISMO .....	91
2.3 A CRISE DA JUSTIÇA E A REFORMA GERENCIAL .....	112
2.3.1 A crise do Estado e a reforma gerencial.....	113
2.3.2 A reforma gerencial chega ao Judiciário <b>ERRO! INDICADOR NÃO</b> <b>DEFINIDO.</b> 15	
2.3.3 Duas perspectivas de eficiência .....	<b>ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.</b>
<b>3 ACESSO À JUSTIÇA E DECISÃO</b> .....	130
3.1 ACESSO À JUSTIÇA COMO MÉTODO DE PENSAMENTO .....	134
3.2 ACESSO À JUSTIÇA E COLISÃO DE PRINCÍPIOS PROCESSUAIS .....	150
<b>CONCLUSÃO</b> .....	161
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.</b>

## INTRODUÇÃO

Quando se fala em acesso à justiça, uma constelação de significados – solidariedade, desformalização, criatividade, eficiência, inclusão social – vêm à mente com grande facilidade. Qual o motivo para a naturalidade com que a comunidade jurídica reconhece essas associações? Será que os discursos dogmáticos e reformistas dominantes sobre o acesso fazem jus ao porte da fala pelos excluídos do sistema de justiça? Quanto do que se delibera e se decide *em nome* do acesso à justiça é feito em merecimento desse referencial inclusivo?

Estas questões estarão latentes em todas as linhas do trabalho, a começar pela reconstrução paradigmático-conceitual do acesso à justiça. No primeiro capítulo aborda-se a correlação entre o esgotamento de modelos políticos e jurídicos e os deslocamentos no sentido da expressão “acesso à justiça” ao longo do constitucionalismo moderno. Com a ajuda da noção de paradigma, procurar-se-á demonstrar que a sucessão de modelos societários condiciona o modo como os direitos e as instituições são interpretados, de modo que a uma compreensão, por exemplo, liberal de acesso à justiça corresponda também uma interpretação de direitos, de Jurisdição, de processo condizente com aquele “pano de fundo” contextual e assim por conseguinte.

Ainda no ensejo do primeiro capítulo serão lançadas as premissas que permearão a crítica ao longo de todo o trabalho: a ideia de que o acesso à justiça surge como uma *categoria conceitual autônoma* no paradigma social<sup>1</sup>, e que, como tal, pressupõe uma leitura muito específica acerca dos direitos e da Jurisdição, uma articulação entre as esferas pública/privada também peculiar àquele horizonte de sentido. Assim sendo, quando se fala em “acesso à justiça” no interior de um

---

<sup>1</sup> Especialmente a partir do “Projeto Florença de Acesso à Justiça” que resultou de um grande estudo coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em que pesquisadores de vários ramos das ciências sociais se reuniram para realizar, de 1973 a 1978, uma ampla investigação dos sistemas judiciais em 23 países. Cf. item 1.2.1 *infra*.

discurso dogmático<sup>2</sup>, geralmente se está a tratar de um “standard significativo”<sup>3</sup>, que já traz consigo aqueles conceitos e aquela racionalidade.

Sendo assim, a hipótese central da dissertação é a seguinte: os discursos jurídicos, o conjunto de convenções teóricas acerca do acesso à justiça, inclusive entre os constitucionalistas e processualistas brasileiros, estão contaminados de um viés estatizante, que inclina a prática e as reformas sobre o assunto na direção de uma razão utilitarista em torno da qual se organizou o Estado de bem-estar. Com isto, as construções sobre o acesso à justiça que se fazem sobre este marco (e que são, aliás, a maioria<sup>4</sup>), acabam irremediavelmente por expor a sociedade aos efeitos colaterais e às limitações daquele modo de reprodução do direito.<sup>5/6</sup>

Os debates a propósito desses efeitos colaterais do modelo social-interventivo desenvolvem-se em diversos planos, sempre associados à ideia de *crise*. No decorrer do segundo capítulo aproveita-se para explorar as seguintes possíveis conexões da crise com o tema do acesso à justiça: a) acesso à justiça e crise de representatividade; b) acesso à justiça e crise do formalismo; c) crise da justiça e a reforma gerencial. Estes três pontos são, antes de mais, sinais da deslegitimação do Estado refletidos no domínio judicial.

A crise de representatividade, entre outros aspectos, é sentida no Judiciário por meio do uso inovador do litígio como instrumento de transformação social, de reconhecimento das minorias e dos novos movimentos sociais, que não

---

<sup>2</sup> Ainda que em um contexto espacio-temporal radicalmente diverso do paradigma social.

<sup>3</sup> ECO, Umberto. *A obra aberta*. São Paulo: Perspectiva, 1981, p. 188.

<sup>4</sup> Embora não fosse o objetivo central da dissertação, uma breve revisão da literatura brasileira dedicada à modernização da ciência processual se fez pertinente, por sinalizar a tendência da produção de conhecimento, recursos argumentativos e símbolos que orientam a prática, a política judiciária e a opinião pública na atribuição de significado e conteúdo ao acesso à justiça.

<sup>5</sup> Tais efeitos colaterais agravam a sensação de crise, abordada no segundo capítulo.

<sup>6</sup> Discurso que, diga-se de passagem, é cooptado pela lógica **neoliberal**. Como ressalta Nunes, “Pode-se perceber que o neoliberalismo processual se apropria do discurso socializante para desnaturá-lo e utilizá-lo contra si mesmo e em favor de seus imperativos funcionais. E, nesse sentido, a perspectiva de reforço único do papel do Estado-jurisdicção, com o objetivo já esposado de se buscar uma atuação do direito mais social (já discutível em face de ser solipsista e de ser inviável em um modelo social pluralista), é corrompida pela lógica neoliberal, de modo a implementar uma atuação jurisdicional e reformas legislativas construídas obre o argumento cínico de que assim se garantiria maior acesso à Justiça”. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 166-67.

encontravam vazão nas arenas tradicionais de formação do consenso. Nessa oportunidade, em que o tema do acesso à justiça ganha colorações políticas, optou-se por discutir qual o papel político do Judiciário, quais suas limitações, chamando a atenção para o fato de que, a depender da postura assumida por este Poder, não serão sanados, mas agravados os problemas da crise de identidade<sup>7</sup>, estilhaçando ainda mais a integração social já degradada no paradigma social.

A crise do formalismo sucedeu a multiplicação de litígios fundados nas legislações sociais para além da capacidade institucional dos tribunais. O programa de reformas relacionado ao acesso à justiça, sob este aspecto, aponta para a recusa do Judiciário como espaço hegemônico de resolução de demandas, sugerindo um modelo mais econômico, consensual e menos burocrático para a administração dos conflitos. Sucede que no Brasil o modo como se apela aos sistemas privados deixa entrever que o acesso à justiça é invocado como fundamento para desafogar o Judiciário, para então assegurar direitos, confundindo finalidade e consequência.

A terceira manifestação da crise trata-se do reflexo de um déficit fiscal que acomete o Estado e chega ao Judiciário traduzido na necessidade de incorporação de uma racionalidade gerencial. No Brasil, a análise dos documentos legais relacionados à Reforma do Judiciário a partir da década de 1990 deixa visível a infiltração dessa racionalidade no sistema de justiça como forma de torná-lo *eficiente e acessível*. Esta terceira crise coloca esses dois predicados quase como sinônimos, numa aproximação de risco que coloca o Judiciário como corresponsável pelo projeto de desenvolvimento nacional e como agente catalisador das condições de governabilidade.

---

<sup>7</sup> Segundo Nina Beatriz Ranieri, com base em Habermas, “a crise de identidade resulta da falta de integração social, pela quebra dos fundamentos de consenso, traduzindo-se em crises de legitimação e motivação, que se originam, por sua vez, uma no sistema político, outra no sistema sociocultural. Refere-se à incapacidade do Estado de manter a lealdade das massas, através do seu desempenho de caráter social. São paradigmas da crise de identidade a crise do “Welfare State” nos países industrializados; a crise do Estado desenvolvimentista e protecionista dos países em desenvolvimento; a crise do estatismo nos países comunistas”(…). RANIERI, Nina Beatriz. Do Estado Liberal ao Estado contemporâneo: Notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 36, ano 9, jul./set. 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 154.

No terceiro e último capítulo, intitulado “acesso à justiça e decisão”, procura-se demonstrar que o modelo de acesso à justiça, geralmente focado nas ideias de eficácia e estratégia, não serve apenas como inspiração para os programas de reforma da justiça. Cuida-se de analisar o modo como o modelo socializante de acesso incute na mente dos especialistas do direito um raciocínio muito peculiar, um padrão metodológico capaz de guiar a prática decisória, as técnicas de argumentação e a própria autocompreensão que os juízes cultivam sobre o seu dever e sobre o seu lugar na democracia.

Analisar-se-á se é correto supor que, ao colaborar com a construção desse modelo (colaboração, aliás, que muitas vezes nem é consciente), calcado na verticalização das decisões e na neutralização dos conflitos, poderá o juiz ser o protagonista de uma revolução democrática da justiça que implique em escuta e emancipação de seus jurisdicionados<sup>8</sup>, ou se seu papel ético e criativo sofre a castra de um poder censor multifário que lhe escapa sempre ao controle, e faz das boas intenções, do engajamento, mais uma ferramenta na caixa dos programas políticos e econômicos do neoliberalismo predatório, do publicismo totalizante.

Como se verá, a substituição do paradigma liberal, centrado no legislador político, por outra perspectiva social, que gravita em torno de um juiz dinâmico e atuante não tem representado ganhos para a democratização do acesso à justiça, não tem servido sequer para aliviar a imagem desgastada do Judiciário. Se a esperança era que o magistrado pudesse dar ouvidos aos apelos desta realidade profundamente desigual, o que se verifica é que este poder continua sendo utilizado estrategicamente quando conveniente, justificando-se a permanência de uma rotina repetitiva e massacrante em função da quantidade de demandas<sup>9</sup>.

Procurar-se-á demonstrar ao longo do trabalho as incongruências do discurso dominante sobre o acesso à justiça, que de um lado recheia a prática de referências

---

<sup>8</sup>REBOUÇAS, Gabriela Maia. *Reflexões sobre esgotamentos e perspectivas de um direito judicialmente organizado: ampliando o acesso à justiça*. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE nos dias 9 a 12 de jun. 2010. p. 134.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

simbólicas, etéreas, ligadas às ideias de solidariedade social, de justiça social e paz, e de outro a oprime na função concreta de metas, performances, utilidades públicas e econômicas. Esta escolha metodológica forçou o abandono da (não menos importante) especulação acerca de políticas públicas, previsões normativas, institutos processuais se afiguram adequados para o aprofundamento do acesso à justiça qualitativo.

Sendo assim, é preciso reconhecer que a proposta tem seus limites constrictos à desconstrução do sentido aprisionado na expressão “acesso à Justiça” pelo senso comum teórico<sup>10</sup> pelo menos desde a década de 1970, e por isso não se investiu tampouco na sistematização rigorosa do acesso à justiça *qualitativo*, explicando o que seja até o estritamente necessário para demonstrar que as significações, por mais triviais que possam parecer, por mais convincente o seu apelo<sup>11</sup>, são verdades condicionadas por uma disputa feroz mas que de tão sutis raramente se dão à crítica, servindo como ferramentas invisíveis de adestramento social, como estratégia disciplinar dos indivíduos, como álibi legitimador do contraditório exercício do poder.

Assim é que, lançando o tema do acesso à justiça às luzes da proposta procedimentalista do Estado Democrático de Direito (a que decidimos chamar simplesmente de acesso à justiça qualitativo<sup>12</sup>), procura-se uma perspectiva de análise que ofereça, diante da necessidade fática (e plausível, até certa medida) de

---

<sup>10</sup> Luis Alberto Warat denomina de sentido comum teórico dos juristas “um emaranhado de crenças, fetiches, valores e justificativas por meio de disciplinas específicas, (...) que são legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais, tais como os parlamentos, os tribunais, as escolas de direito, as associações profissionais e a administração pública. Tal conceito traduz um complexo de saberes acumulados, apresentados pelas práticas jurídicas institucionais, expressando, destarte, um conjunto de representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares, que os juristas aceitam em suas atividades por intermédio da dogmática jurídica”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 67.

<sup>11</sup> Quem ousa se posicionar “contra” a dignidade da pessoa humana? Contra o acesso à justiça ou à função social de alguma coisa?

<sup>12</sup> Na ausência de um termo melhor, mas compreendendo que se trata de um empreendimento mais abrangente que a busca pela qualidade das decisões ou do “serviço” judicial. Também não se emprega o termo no exato sentido que fazem seus idealizadores em: FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) Crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

produtividade, a certeza inarredável de uma estrutura procedimental e argumentativa de construção participada das decisões<sup>13</sup>.

O objetivo principal é demonstrar que o acesso *qualitativo* não se trata apenas de uma perspectiva de análise diferente de um mesmo objeto (quantidade vs. qualidade). O próprio objeto é transformado quando se salta o abismo paradigmático de uma concepção de acesso à justiça como aquela contida no “movimento pelo acesso à justiça”, ou na expressão “acesso à ordem jurídica justa”<sup>14</sup>. Falar, portanto, em acesso à justiça *qualitativo* é também pressupor uma leitura específica de direitos fundamentais, de processo, de Jurisdição absolutamente inconciliável com aquela feita pela grande maioria dos especialistas no assunto<sup>15</sup>.

Se procede a assertiva de Menelick Netto segundo a qual um uso instrumental do direito é sempre um uso *contra* o direito<sup>16</sup>, será necessário pensar em um tipo de acesso à justiça que não admita a dissolução do sentido deontológico de direitos e garantias fundamentais, da qualidade e legitimidade que as decisões devem ter em benefício de metas ou razões pragmáticas de quem quer que seja.

A escolha de semelhante enfoque deve-se à consideração de que a estrutura do processo, a extensão das garantias processuais, o tipo de tratamento dispensado às partes são fatores que dizem muito sobre a pré-disposição do Estado ao diálogo,

---

<sup>13</sup> Ressalte-se que em Habermas a legitimidade da decisão não se esgota na participação de todos os afetados pela decisão. Ela há de ser o “produto das pretensões a direitos apresentadas pelas partes (*imanência*) e, ao mesmo tempo, seja tal que todos possam se reconhecer naquela decisão (*transcendência*).” Cf. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 42.

<sup>14</sup> Referimo-nos ao “**acesso à ordem jurídica justa**”, definida por Watanabe como uma ideia que não se limita ao acesso aos tribunais, às instituições estatais. Tratar-se-ia, segundo Grinover, de um conceito inclusivo de alguns dados elementares: a) o direito à informação; b) o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; c) o direito ao acesso a uma Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) o direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e) o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça. Cf. FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Cit. p. 90. Cf. 2.2 *infra*.

<sup>15</sup> Para nominar, a título de exemplo, a escola instrumentalista capitaneada por Cândido Rangel Dinamarco.

<sup>16</sup> CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In) Certeza do Direito: A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

sobre a permeabilidade que se viabiliza a influência dos jurisdicionados<sup>17</sup>, sobre o “grau de dominação sistêmica que decididores têm sobre os portadores de problemas a resolver”<sup>18</sup>.

O que se procura, em suma, é uma concepção de acesso à justiça que nunca se possa desligar da valorização discursiva dos direitos fundamentais para atender a qualquer outro apelo. As investigações sobre uma justiça mais eficiente e menos burocrática são urgentes e relevantes. A postura teórica aqui assumida, no entanto, se afasta do exame pontual de institutos e técnicas com respeito ao acesso à justiça para priorizar a análise do panorama *macroestrutural* estatal e jurídico<sup>19</sup>, buscando enfrentar o desafio que existe em imaginar um desenho institucional que se faça acessível, mas a salvo da ofensa sistemática às garantias e liberdades.

---

<sup>17</sup>Para falar em *democratização* do acesso, e não em admissão (e administração) de conflitos apenas, não se deve abandonar a dimensão de profundidade com que as demandas são recebidas, afinal, uma das características-chave da democracia é, além do grau de participação, o nível de “responsividade” que os cidadãos têm face as estruturas de poder a que são submetidos. Cf. DAHL, Robert. *Democratização e oposição pública*. São Paulo: USP. São Paulo. 2005. (clássico 9) p. 25-50.

<sup>18</sup>LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 37.

<sup>19</sup>NUNES, Dierle. et al. *Curso de Direito Processual Civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 39.



# 1 TRANSFORMAÇÃO PARADIGMÁTICO-CONCEITUAL DO ACESSO À JUSTIÇA

*Uma pessoa me disse um dia que sentia uma grande alegria e confiança ao sair da confissão. Outra me disse que ficava temerosa. Pensava, sobre isso, que dessas duas se faria uma boa e que ambas estavam erradas porque não tinham o sentimento da outra. Isso também costuma ocorrer em outras coisas.*

*Pascal*

Neste primeiro capítulo as atenções estarão centradas nas transformações conceituais da expressão “acesso à justiça”. Com a ajuda da noção de paradigma<sup>20</sup>, procurar-se-á demonstrar que a sucessão de modelos societários contingencia o modo como os direitos e as instituições são reinterpretados ao longo do constitucionalismo moderno<sup>21</sup>.

A concepção a ser adotada é a de Habermas, que considera por paradigmas do Direito

[A]s visões exemplares de uma comunidade jurídica acerca de como o mesmo sistema de direitos e princípios constitucionais podem ser considerados no contexto percebido de uma dada sociedade. (...) Um paradigma de Direito delinea um modelo de sociedade contemporânea para explicar como princípios e direitos constitucionais devem ser considerados e implementados para que

---

<sup>20</sup> Como explica Cattoni de Oliveira, o vocábulo foi introduzido inicialmente por Thomas Kuhn: “O termo “paradigma” foi introduzido na discussão epistemológica contemporânea, com o sentido, por exemplo, utilizado por Gomes Canotilho, ou seja, como “consenso científico” enraizado quanto às teorias modelos e métodos de compreensão do mundo, a partir do conceito concebido por Thomas Kuhn: [...] paradigmas são realizações científicas universalmente reconhecidas que durante algum tempo fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 52. Não é este, entretanto, o sentido mais adequado para esta proposta de estudo, pois, ao contrário do entendimento esposado por Kuhn e Canotilho, Habermas rejeita que a noção de paradigma restrinja-se apenas ao consenso da comunidade científica sobre o assunto.

<sup>21</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 241.

cumpram num dado contexto as funções a eles normativamente atribuídas<sup>22</sup>.

O objetivo da reconstrução é investigar a que paradigma se filia a maioria das pesquisas sobre o assunto no campo processual, afinal,

Hoje em dia, a doutrina e a prática do direito tomaram consciência de que existe uma teoria social que serve como pano de fundo. E o exercício da justiça não pode mais permanecer alheio ao seu modelo social. E, uma vez que a compreensão paradigmática do direito não pode mais ignorar o saber orientador que funciona de modo latente, tem que desafiá-lo para uma justificação autocrítica<sup>23</sup>.

De posse das pré-compreensões que dão lastro às ordens jurídicas de tempos em tempos, busca-se apreender qual a visão de mundo subjacente a cada concepção teórica de acesso à justiça, e daí inferir qual o modo de funcionamento dessas construções, que problemas visam superar, e quais as prováveis limitações elas carregam dos esquemas gerais que lhes deram origem.

Na abordagem dos primeiros dois grandes paradigmas da modernidade (o Liberal e o Social) serão enfatizadas as transformações ocorridas no sentido da Jurisdição, nas feições (ora privatísticas, ora publicísticas) do processo e na própria compreensão das funções do juiz. Essas duas realizações antagônicas<sup>24</sup>, adiante-se, trazem em comum uma visão do direito instrumentalizada, posta a serviço ora da autodeterminação individual, ora da autorrealização social. Também o acesso à justiça colocado em termos de um ou de outro paradigma interpretativo carrega consigo as condições de possibilidade que lhe são inerentes.

No último tópico do capítulo procura-se desenvolver uma compreensão de acesso à justiça à luz do paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito (Habermas). Trata-se de lançar as premissas metodológicas daquilo que Fernandes e Pedron nominam de “acesso à justiça qualitativo”, conceito que exige do

---

<sup>22</sup>HABERMAS, Jürgen, 2002, *apud* CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Cit. p. 82.

<sup>23</sup>HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 129.

<sup>24</sup>REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 80.

pensamento jurídico o compromisso não só com a produtividade numérica, com o socorro da crise do Judiciário, mas, sobretudo, com a qualidade das decisões e com a legitimidade do exercício do poder jurisdicional.

### 1.1 Acesso à justiça no paradigma liberal

O primeiro paradigma constitucional da Modernidade germinou dentro do modelo de Estado Liberal<sup>25</sup>. Este só foi possível porque uma conjuntura muito peculiar, iniciada séculos antes<sup>26</sup>, teria permitido a reorganização do poder e da ordem jurídica. Com efeito, a formação da administração burocrática<sup>27/28</sup>, a concentração do poder em torno do soberano, a eliminação de intermediários entre súditos e príncipe<sup>29</sup>, o monopólio do comando jurídico<sup>30</sup> serviram de substrato<sup>31</sup> para a emergência do Estado liberal.

---

<sup>25</sup>BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Cit. p. 242.

<sup>26</sup>Como noticia Nina Ranieri, o advento do Estado Moderno se deu por volta do Século XIII. RANIERI, Nina Beatriz. Cit. p. 136.

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup>“No nível jurídico, atua mediante a afirmação do conceito da soberania, confiando ao Estado o monopólio da produção das normas jurídicas, de forma a não existir direito algum acima do Estado que possa limitar sua vontade: o Estado adquire, pois, o poder para determinar, mediante leis, o comportamento dos súditos. Os próprios direitos individuais se apresentam, muitas vezes, apenas como benignas concessões ou como expressão de autolimitação do poder por parte do Estado. Além disso, a soberania é definida, em muitos casos, em termos de poder e não de direito: é soberano quem possui a força necessária para ser obedecido, e não quem recebe este poder de uma lei superior. No nível político, o Estado moderno representa a destruição do pluralismo orgânico próprio da sociedade corporativista: pela sua atuação constante, desaparecem todos os centros de autoridade reivindicadores de funções políticas autônomas, tais como as cidades, os Estados, as corporações, de tal forma que venha a desaparecer toda mediação (política) entre o príncipe, portador de uma vontade superior, e os indivíduos, reduzidos a uma vida inteiramente particular e tornados todos iguais enquanto súditos. No nível sociológico, o Estado moderno se apresenta como Estado administrativo, na medida em que existe, à disposição do príncipe, um novo instrumento operacional, a moderna burocracia, uma máquina que atua de maneira racional e eficiente com vista a um determinado fim”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: UnB, p. 697-98.

<sup>29</sup>A este propósito observa Alexandre Bahia que “mesmo nos Estados absolutistas já se proclamavam a igualdade e a liberdade: como mostra Juliana N. Magalhães, o soberano acaba com os privilégios dos nobres, colocando todos como igualmente inferiores e dependentes dele”. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Cit. p. 244.

<sup>30</sup> Ou, como resume Guillermo O’Donnel, se deu a “expropriação dos meios de legalidade: o poder central toma para si a tarefa de positivizar o Direito, que, de emanção da comunidade local, de regras religiosas, etc., passa a ser somente a **vontade do soberano**”. (destaques no original). BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Cit. p. 243.

<sup>31</sup> Fala-se em **substrato** tendo em conta a interpretação estruturalista, que considera o surgimento do Estado moderno como pressuposto do liberalismo. Essa interpretação “foi retomada recentemente por historiadores de inspiração marxista ou weberiana: o Liberalismo seria filho do Estado moderno

O Estado absolutista ainda se estabilizava quando o fortalecimento das relações de produção capitalista permitiram a quebra do sistema de classes sociais. Os privilégios fiscais da nobreza foram suprimidos, e o príncipe e seu aparelho administrativo passaram a controlar as finanças do país. Com a emancipação financeira, o Estado passa a contar com uma gestão “exclusivamente política, e a delimitação de uma esfera pública, executiva, rigidamente separada das relações sociais”<sup>32</sup>. “Observa-se um gradual distanciamento entre a figura do príncipe e as forças sociais tradicionais (fundadas sobre as posições de classes), e por consequência entre o público e o privado, o político e o social”.<sup>33</sup> Essa articulação social, a que Ranieri chama “horizontal”, teria criado um terreno propício à “conscientização da identidade individual dos súditos e do caráter comum de seus interesses privados”<sup>34</sup>, e a incipiente “sociedade civil” passou a “reclamar a valorização política do domínio privado”<sup>35</sup>.

Com efeito, a conscientização dos valores individuais foi radicalizada com o Iluminismo racionalista. A crença de que todos eram igualmente racionais “levou à afirmação da igualdade e da liberdade de cada um; a isso se somou a idéia de que todos eram proprietários, ao menos do próprio corpo”.<sup>36</sup> A confiança no indivíduo também permitiu a contestação do paternalismo de tipo absolutista, que tinha seu ponto de partida na premissa de que os “homens são incapazes de se autogovernar e de optar pela própria felicidade”.<sup>37</sup>

O crescimento dos interesses organizados, somado à confiança na subjetividade e à progressiva erosão do poder real “favorece uma nova concepção

---

ou, em sentido mais amplo, seria consequência ou resposta à nova estruturação organizacional do poder, instaurando-se na Europa a partir do século XVI”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Cit. p. 697-98.

<sup>32</sup> RANIERI, Nina Beatriz. Cit. p. 137.

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 138.

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Cit. p. 243.

<sup>37</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Cit. p. 700.

de Estado, com poderes e funções limitados pela mediação jusnaturalista e contratualista”.<sup>38</sup> Conforme Ranieri:

Configura-se, dessa forma, a matriz do Estado liberal: a partir de um acordo estabelecido entre os indivíduos, dentro dos limites necessários a uma convivência pacífica e duradoura, a burguesia exerce o poder de decisão, por meio da função legislativa, e o Estado se estrutura no ordenamento jurídico, encontrando justificação material na ordem natural da economia.<sup>39</sup>

A teoria liberal, já bem firme no século XIX, alimentou a confiança na autorregulamentação da sociedade de mercado. O Estado e a sociedade civil se antagonizam ainda mais, “torna-se ainda mais marcada a distinção entre o público e o privado, não para isolar a esfera social das instâncias executiva e administrativa, em favor do poder centralizado, mas para bem fixar os limites da atuação estatal sobre a vida social”.<sup>40</sup>

Como observa Nina Ranieri,

Devido ao **distanciamento das esferas pública e privada**, promovido pela rígida demarcação das áreas de atuação da sociedade civil e do Estado, firma-se no plano das relações sociais o que Bobbio denominou “a grande dicotomia”: ao público e ao privado passam a corresponder regimes jurídicos diversos (com o passar do tempo, o interesse público virá a prevalecer sobre o privado). É também nesse contexto que se firma a noção do Estado “gendarme”, guardião da liberdade e da igualdade, mantenedor da ordem pública.<sup>41</sup> (destacamos).

Daí emerge finalmente o Estado de direito, “no qual a justificação e organização do poder do Estado se fazem pelo fundamento da legalidade, e não pelo da legitimidade”<sup>42/43</sup>. O Estado passa a deter um “domínio residual”. Incumbe-

---

<sup>38</sup> RANIERI, Nina Beatriz. Cit. p. 138.

<sup>39</sup> Ibidem.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 139.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 141.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 139.

<sup>43</sup> Lembre-se que este sentido de **legitimidade** é situado historicamente. Segundo Antonio Carlos Wolkmer, “[N]o que se refere à formação histórica, as expressões legitimidade e legalidade foram confundidas e poucas vezes distinguidas tanto no Direito romano quanto na esfera do Direito canônico. Somente no século XVIII, com as discussões políticas pós-revolucionárias, é que ganhou

Ihe apenas a preservação da soberania e da ordem pública, já que as demais áreas da vida social são confiadas à iniciativa privada. A limitação ao poder é conseguida através do primado dos princípios da **reserva legal** e da **separação de poderes**.

Ainda com Ranieri:

É evidente que nesse cenário, em razão dos pressupostos axiológicos do Estado de direito de tipo liberal, individualista, a lei não poderia ter por objeto senão o enquadramento da administração (princípio da legalidade da administração) e a delimitação da esfera de livre ação dos cidadãos, na qual somente ela poderia autorizar a intervenção (princípio da reserva legal). O jurista, portanto, deveria circunscrever-se à sua exegese e sistematização; e o juiz não poderia ir além do confronto dos fatos aos textos legais, sob pena de infringir o princípio da divisão dos poderes.<sup>44</sup>

Como afirma Repolês:

A concepção liberal prioriza a esfera privada da propriedade e da vida do indivíduo como espaço de realização da liberdade, garantida por um sistema de direitos naturais devidos a todo ser humano em virtude de sua humanidade, sustentados pela coerção autorizada, e legitimados antes de sua diferenciação como direito positivo, na base de princípios morais, e, portanto, independentes da autonomia política<sup>45</sup>.

Sob o paradigma liberal, elucida Cattoni de Oliveira, “cabe ao Estado, através do Direito Positivo, garantir a certeza nas relações sociais através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixa a felicidade ou busca pela felicidade nas mãos de cada indivíduo”<sup>46</sup>. O Direito

---

importância e ficou clara a distinção entre legitimidade e legalidade. O impasse entre legitimidade e legalidade surgiu na França monárquica da época da restauração. Tal confronto é estabelecido entre os conservadores e realistas restauradores adeptos da legitimidade de um governo representado pela monarquia constitucional e dos liberais progressistas que, inspirados nos ideais da Revolução Francesa, sustentavam a importância da legalidade de um governo respaldado pelo Código Napoleônico. Uma vez que a legitimidade ficou associada ao poder monárquico, com a crise francesa, abriu-se caminho para o repúdio daquela e o predomínio dos adeptos da legalidade, ou seja, toda a legitimidade veio a repousar na legalidade e não mais, como anteriormente havia sido consagrado pela tradição, a legalidade fundada na legitimidade”. WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 82.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 144.

<sup>45</sup> *apud* REPOLÊS, María Fernanda Salcedo. Cit. p. 92.

<sup>46</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Cit. p. 55.

é uma ordem, um sistema fechado de regras, que tem por objetivo estabilizar as expectativas generalizadas, “determinando os limites e ao mesmo tempo garantindo a esfera privada de cada indivíduo”<sup>47</sup>.

Por este motivo é muito comum no imaginário teórico a ideia segundo a qual a ordem jurídica novecentista nunca teria reconhecido a promoção da justiça como objetivo do direito. Primeiramente, é preciso ter em conta que, até meados do século XIX, tratamos de uma época “consciente de suas conquistas e orgulhosa de seus sucessos, período no qual se acreditava que o progresso (...) era quase uma lei da natureza (...), pois não havia limite para os desenvolvimentos econômicos, científicos e tecnológicos que se descortinavam”<sup>48</sup>.

Assim defendia-se que o mérito e a inteligência, atributos de todos os seres racionais, indistintamente conduziriam um “mundo de plena distribuição material, (...) de crescente esclarecimento, razão e oportunidade humanas, de avanço das ciências e das artes, em suma, um mundo de contínuo progresso material e moral”<sup>49</sup>. Logo, o princípio de justiça estava lastreado pelo direito exatamente no respeito que ele garantia à liberdade, à iniciativa, e não em conotações distributivas, até então vistas como interferências mal quistas no sadio equilíbrio do mercado e da sociedade.

No discurso jurídico liberal, portanto, a justiça é finalidade que “somente deveria ser buscada pelos legisladores, e nunca pelos juízes, cuja atividade deveria restringir-se à aplicação objetiva do direito legislado aos fatos concretos”<sup>50</sup>. “Com isso, somente eram consideradas jurídicas as argumentações baseadas na interpretação do direito positivo, sendo consideradas metajurídicos todos os argumentos de caráter teleológico e axiológico”<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> Ibidem, p. 57.

<sup>48</sup> COSTA, Alexandre Araújo. *Hermenêutica Jurídica*. p.161. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/>. Acesso em: 1 ago. 2011.

<sup>49</sup> Ibidem, p. 94.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 92.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 93.

Muito embora o acesso à justiça fosse reconhecido como direito natural, a questão estava fora da encruzilhada do sistema jurídico-processual com os conteúdos sociopolíticos. Não porque os contrastes sociais fossem ignorados, mas porque todo o estudo da atividade processual era ainda um fenômeno “introspectivo”<sup>52</sup>.

Segundo Bernardo Gonçalves e Flávio Pedron,

Nessa primeira acepção, as inibições ao “acesso à justiça” correspondem a fenômenos puramente técnicos do direito ou do poder de exercer a ação. Entendido dessa forma, o “acesso à Justiça” e a atuação jurisdicional voltam-se para as questões relativas ao direito invocado pelo autor, na crença de que nisso (e somente nisso) se resume a “distribuição da justiça”<sup>53</sup>.

No contexto liberal, o conceito teórico de acesso à justiça esteve também atrelado a uma perspectiva privatista. Como apontavam a dinâmica e os princípios processuais, melhorar o acesso à justiça significava apurar o direito de ação, isto é, a prontidão da resposta estatal à violação do direito subjetivo, sem que para tanto fosse necessária a ingerência interpretativa judicial, ainda considerada um descaminho da supremacia legislativa.

A despolíticação do discurso jurídico não permitia observar as questões de inclusão social como um problema genuinamente da justiça, ou jurídico. Como explanam Mauro Cappelletti e Bryant Garth,

Nos Estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. **Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado propor ou contestar uma ação.** A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a

---

<sup>52</sup>“Teríamos, assim, o “acesso à Justiça” como mero exercício do direito de ação. Aliás, é também por isso que o direito de ação, durante mais de um século, constituiu o pólo metodológico da ciência processual, sendo os institutos e categorias processuais nesta fase estudados sob a perspectiva do autor da demanda” FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) Crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 88.

<sup>53</sup> Ibidem.



aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática. (destacamos)

Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar a justiça e as instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens; no sistema do “*laissez faire*” só podia ser obtida por aqueles que pudessem arcar com os seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram condenados por sua sorte o acesso formal, mas não efetivo justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, não material.<sup>54</sup>

José Cichocki Neto relaciona esta concepção de acesso à justiça com a fase científica do direito processual da época. Segundo ele:

O primeiro sentido, emergido nos primórdios da ciência processual moderna, refere-se, *tout court* ao acesso à justiça como um direito de ingresso em juízo. Sustenta-se nas considerações relacionadas ao direito ou poder de exercício da ação, desprovido de qualquer conteúdo sócio-político. Essa compreensão representou uma fase do estudo e da história do direito processual em que seus institutos, princípios e, enfim, todo o fenômeno e toda a atividade processual eram considerados sob o prisma eminentemente introspectivo. Acesso à justiça significava o mero exercício do direito de ação. **Nessa aceção, as inibições ao acesso à justiça correspondem a fenômenos puramente técnicos do direito ou poder de exercitar a ação**, ou seja, aos óbices referentes àquele que tomava a iniciativa de provocar a jurisdição. Evidentemente, entendido desta forma, o acesso à justiça e a atuação jurisdicional voltam-se principalmente para as questões relacionadas ao Direito invocado pelo autor, na crença de que nisso se resume a distribuição da justiça. Trata-se, evidentemente, de visão parcial do fenômeno da prestação jurisdicional, por desconsiderar o comprometimento com as repercussões sócio-políticas que o processo é capaz de gerar no seio social, ou, com suas finalidades e escopos; ou, ainda, com as consequências oriundas dessa atividade. Ademais, consistia numa visão unilateral, pois referida apenas à posição do autor na demanda<sup>55</sup> (destacamos).

Como explica Nunes, “em face da própria estruturação estatal liberal, o processo se dimensionava em perspectiva privatística como mero instrumento de resolução de conflitos e era visualizado como instrumento privado, delineado em

---

<sup>54</sup>CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 4.

<sup>55</sup>CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 61-62.

benefício das partes (*Sache der Parteien*).<sup>56</sup> Quer dizer, a estrutura interna do processo e seus princípios técnicos refletiam concretamente esse ideário:

Com base nesse prisma de análise, delineavam-se, em regra, legislações e sistemas processuais lastreados em princípios técnicos, agora liberais (liberalismo processual), quais sejam: a **igualdade formal** dos cidadãos, a **escritura** (mantida da fase pré-liberal) e, especialmente, o **princípio dispositivo**. Todos esses princípios técnicos buscavam a manutenção da imparcialidade e de um comportamento passivo por parte do juiz.<sup>57</sup> (destacamos).

(...)Nessa perspectiva estatal, chamada de reativa por Damaška, os indivíduos são, pelo menos ideologicamente, entendidos como soberanos na gestão de seus interesses. Assim, “transposta na administração da justiça, esta soberania implica que a parte seja reconhecida senhora da própria lide (*dominus litis*) e seja legitimada a comportar-se como preferir, na maioria dos casos até escolhendo a forma do processo”<sup>58</sup>.

Os princípios do domínio das partes no processo e da escritura foram herdados do processo comum e mantidos pela nova conformação estatal. Além desses, “dois outros princípios ganham enorme dimensão no liberalismo processual, quais sejam, a igualdade formal e o princípio dispositivo”.<sup>59</sup> Quanto à igualdade formal, esta se manifestava no processo como a “impossibilidade de compensações de desigualdades (sociais e econômicas) – estratégias corretivas – pela atividade judicial ou pela assistência de advogados subsidiados pelo Estado”.<sup>60</sup> Conforme Nunes:

(...) todas as partes são tratadas da mesma forma no tocante à alocação dos instrumentos processuais, exatamente como todos os votantes têm o mesmo direito na regulamentação das eleições (um homem, um voto). Em outras palavras, as partes são tratadas abstratamente, abstraindo-se delas as diferenças pessoais (substanciais) e tratando-as como titulares de direitos processuais equivalentes.<sup>61</sup>

---

<sup>56</sup>NUNES, Dierle José Coelho. Cit. p. 73-74.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 73.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 74.

<sup>59</sup> Ibidem.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 75.

<sup>61</sup> Ibidem.

O juiz<sup>62</sup>, nessa perspectiva liberal, comportava-se “como um estranho em relação ao objeto litigioso, cumprindo a função de espectador passivo e imparcial do debate, sem quaisquer ingerências interpretativas que pudessem causar embaraços às partes e às relações (especialmente contratuais e econômicas) que as envolviam”<sup>63</sup>.

O acirramento das desigualdades sociais e econômicas no final do século XIX acabou por estremecer a confiança geral na justiça do Estado de direito de tipo liberal e seus fundamentos.<sup>64</sup> Com o tempo, a expressão que diz “o mundo marcha por si mesmo” não pôde ser repetida sem o mesmo tom de ironia daqueles que teorizaram o processo como um jogo, o juiz como “boca da lei”.

Assim como a postura absenteísta do Estado em face do mercado perdeu sua justificação em face das novas bases de articulação entre o capital e o trabalho<sup>65</sup>, as bases epistemológicas do paradigma liberal também começaram a ruir. A visão radicalmente antagônica entre as esferas pública e privada, o cânone da igualdade formal, a supremacia do legislativo, todas essas fórmulas já não se revelavam capazes de manter a integração social.

É só a partir da erosão da supremacia liberal e da inclusão de novas exigências de fundamentação e legitimação *material* do direito e do exercício do poder estatal que o problema do acesso à justiça será sociologicamente dividido, afinal, como o tema que “mais directamente equaciona as relações entre o processo

---

<sup>62</sup> Este pensamento jurídico típico do Estado de Direito do Século XIX guarda afinidade analógica com a figura explicativa do *juiz júpiter* de F. Ost: “Tomemos el modelo de la pirámide o del código. Lo llamaremos el Derecho jupiterino. Siempre proferido desde arriba, de algún Sinaí, este Derecho adopta la forma de ley. Se expresa en el imperativo y da preferencia a la naturaleza de lo prohibido. Intenta inscribirse en um deposito sagrado, tablas de la ley o códigos y constituciones modernas. De esse foco supremo de juridicidad emana el resto del Derecho en forma de decisiones particulares. Se dibuja una pirâmide, impresionante monumento que atrae irresistiblemente la mirada hacia arriba, hacia esse punto focal de donde irradia toda justicia. Evidentemente esse Derecho jupiterino está marcado por lo sagrado y la transcendencia”. OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez*. Trad. Isabel Lifante. Vidal. DOXA - Cuadernos de Filosofia, número 14, 1993, p. 170.

<sup>63</sup> NUNES, Dierle José Coelho. Cit. p. 75.

<sup>64</sup> Segundo os quais “o jogo do mercado, alheio à intervenção estatal, logra promover uma distribuição de renda economicamente acertada e socialmente justa” RANIERI, Nina Beatriz. Cit. p. 140.

<sup>65</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Cit. p. 700.

civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-económica”<sup>66</sup>.

## 1.2 Acesso à justiça no paradigma social

A “questão social” que eclodiu com a Revolução Industrial na segunda metade do Século XIX surpreendeu a burguesia. A política de “polícia” se revelou incapaz de regular o desenvolvimento autônomo da sociedade. Lentamente, nascia o Estado interventivo, “cada vez mais envolvido no financiamento e administração de programas de seguro social”<sup>67</sup>. É interessante recordar que as primeiras manifestações do *Welfare State* resultaram não do êxito, mas das tentativas de contenção socialismo, como pressuposto de renovação do próprio capitalismo<sup>68</sup>, pela criação de uma dependência do trabalhador em relação ao Estado.<sup>69</sup>

Importa observar, contudo, que em uma sociedade ainda construída sobre as bases da livre concorrência, a assistência estatal era vista como “um desvio imoral do princípio *a cada um segundo os seus merecimentos*”.<sup>70</sup> Por isso as primeiras legislações sociais eram vistas como providência anômala, caritativa. O recurso à ajuda estatal tinha um efeito marginalizante capaz até mesmo de tornar o “beneficiário” desmerecedor de direitos civis.<sup>71</sup>

---

<sup>66</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 167.

<sup>67</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Cit. p. 403.

<sup>68</sup> “A partir do momento em que se percebeu, por exemplo, que sem a distribuição de oportunidades não haveria a formação de significativo mercado consumidor para dar vazão à produção e criar crescimento econômico. Com a “mão invisível” seria praticamente inevitável o fenômeno de concentração/ monopólio, considerado um dos principais ingredientes que provocam rupturas no funcionamento do sistema, pela ausência de concorrência, tendo sido o liberalismo incondicionado de Adam Smith substituído, nos Estados Unidos, após a Grande Depressão, pelo chamado capitalismo de Estado”. NOHARA, Irene Patrícia. *Reflexões Críticas acerca da Tentativa de Desconstrução do Sentido da Supremacia do Interesse Público no Direito*, p. 123, in *Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). São Paulo: Atlas, 2010. **Por isso, é fundamental entender que o Welfare State nunca teve como fundamento e objetivo último o igualitarismo radical. O distributivismo era, portanto, um meio, e não um fim.**

<sup>69</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Cit. p. 403.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 416.

<sup>71</sup> “A oposição entre os direitos civis (de expressão, de pensamento e também de comércio) e o direito à subsistência torna-se totalmente explícita com a lei dos pobres, aprovada em 1834 na Inglaterra, pela qual se obtinha o mantimento a expensas da coletividade em troca da renúncia à

Segundo Bobbio, o Estado de bem-estar não é bem definido apenas pela percepção de uma “intervenção direta das estruturas públicas na melhoria do nível de vida da população”<sup>72</sup>. Ele se firma definitivamente a partir do momento em que os direitos sociais passam a ser reivindicados “não como caridade mas como direito político”.<sup>73</sup> Será “necessário chegar ao começo do século XX para encontrar medidas assistenciais que não só não estão em contradição com os direitos civis e políticos das classes desfavorecidas, mas constituem, de algum modo, seu desenvolvimento”<sup>74</sup>.

Nesse estágio, como observa Alexandre Bahia:

Diante das pressões, os Estados Liberais foram obrigados a ceder, editando leis que, e.g., diminuían a jornada de trabalho, que permitiam o funcionamento de sindicatos (proibidos durante muito tempo); e também ações *positivas*, no melhoramento estrutural da cidade e até a ampliação do direito de voto (acabando aos poucos com o voto censitário). Começava-se a difundir a ideia de que o *mero elenco de direitos* não era suficiente para garantir *igualdade e liberdade reais* e o efetivo acesso à propriedade. Reclamava-se a *materialização* daqueles direitos consagrados em Declarações (ou mesmo em constituições); percebe-se que, além de se afirmar a igualdade, seria necessário reconhecer as diferenças e proteger o hipossuficiente.<sup>75</sup> (itálicos no original).

Como se vê, não só os fatores econômicos tiveram o mérito de encaminhar o Estado social. O desenvolvimento da democracia, a ampliação do direito de voto, o aumento do poder político das agremiações operárias são importantes aspectos político-culturais no desenvolvimento do *Welfare*, assim também o direito à instrução desempenhou função histórica de ponte entre os direitos políticos e os direitos

própria liberdade pessoal. Como acentua T. H. Marshall (1964), para ter a garantia da sobrevivência, o pobre tinha de renunciar a todo o direito civil e político, devia ser colocado “fora de jogo” em relação ao resto da sociedade. Se o Estado provia às suas necessidades, não era como portador de qualquer *direito* à assistência, mas como tendentemente perigoso para a ordem pública e para a higiene da coletividade. Esta oposição entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos sociais, de outro, mantém-se durante grande parte do século XIX, sendo exemplo claro disso a legislação social de Bismarck”. Ibidem.

<sup>72</sup> Ibidem.

<sup>73</sup> Ibidem.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 417.

<sup>75</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Cit. p. 252.

sociais: “o atingimento de um nível mínimo de escolarização torna-se um direito-dever intimamente ligado ao exercício da cidadania política”<sup>76</sup>.

Aos poucos se esvaía a ética do merecimento individual e a crença no potencial emancipatório da razão. Se antes o princípio de justiça estava lastreado na liberdade de iniciativa, ele agora passa a depender de uma intervenção verticalizada, e isso justifica o afrouxamento dos marcos que dividiam o Estado (política) da sociedade civil (economia) “na medida em que o primeiro intervém cada vez mais na segunda mediante suas programações”<sup>77</sup>.

Já no curso dos anos 20 e 30 do século XX esse processo torna-se notável. “As conseqüências políticas e econômicas da 1ª Guerra Mundial cuida[ra]m de *sepultar* o Estado liberal e fazer surgir uma nova fase no constitucionalismo, a do Estado Social”<sup>78</sup> Com as Grandes Guerras, o Estado teve de intervir maciçamente na indústria bélica e na distribuição de gêneros para consumo.<sup>79</sup> “A grande crise de 29, com as tensões sociais criadas pela inflação e pelo desemprego, provoc[ou] em todo o mundo ocidental um forte aumento das despesas públicas para a sustentação do emprego e das condições de vida dos trabalhadores”.<sup>80</sup>

Como salienta Bobbio:

Mas é preciso chegar à Inglaterra dos anos 40 para encontrar a afirmação explícita do princípio fundamental do *Welfare state*: *independentemente da sua renda, todos os cidadãos, como tais, têm direito de ser protegidos* — com pagamento de dinheiro ou com serviços — contra situações de dependência de longa duração (velhice, invalidez...) ou de curta (doença, desemprego, maternidade...). (...) Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, todos

---

<sup>76</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Cit. p. 418.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 419. Também Nina Ranieri chama atenção para o abrandamento da cizânia entre público/privado que se deu durante o desenvolvimento do *Welfare State*, “na medida em que a vontade política encontrou mecanismos institucionais de manifestação (partidos, sindicatos, Parlamento), e que o Estado passou a interferir nas relações sociais para o fim de abrandar desigualdades, mediante subvenções públicas. A conseqüência imediata da aproximação das esferas pública e privada foi o aumento das solicitações dirigidas às instituições políticas, o que a médio prazo deu causa à paralisia do aparelho estatal”. RANIERI, Nina Beatriz. Cit. p. 142.

<sup>78</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Cit. p. 252.

<sup>79</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Cit. p. 417.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

os Estados industrializados tomaram medidas que estendem a rede dos serviços sociais, instituem uma carga fiscal fortemente progressiva e intervêm na sustentação do emprego ou da renda dos desempregados.<sup>81</sup> (itálicos no original).

A publicização do Direito seguiu ato contínuo ao crescimento das funções do Estado. A socialização do fenômeno normativo colocou o “planejamento e as políticas públicas [como] paradigmas do novo sentido operacional e instrumental conferido às normas jurídicas”.<sup>82</sup> Como destacam Carvalho Netto e Scotti, essa centralidade das políticas públicas na concepção do Estado social promoveu uma profunda alteração na imagem do Estado na *justificação dos direitos fundamentais*. Percebe-se, a partir de então, “a preponderância da ideia de autonomia pública onde a própria esfera privada é vista como delimitada pela noção de *bem comum*, programada a partir de uma burocracia tecnocrata”<sup>83</sup>.

À medida que o projeto social avançava, as tarefas do Estado aumentaram em vez de diminuir<sup>84</sup>. Não por acaso se intensificaram as investigações no campo do processo, agora visto como um potencial *instrumento de transformação social*. Nunes constata, da análise dos textos de Bülow - processualista cuja relevância dos estudos levaram à autonomia do direito processual<sup>85</sup> -, que ele buscava “uma aplicação livre e, em certa medida, subjetiva do direito pelos juízes, que deveriam desenvolver sua função com sabedoria e sensibilidade, uma vez que “a atividade do

---

<sup>81</sup> Ibidem, p. 418.

<sup>82</sup> RANIERI, Nina Beatriz. Cit. p. 147-48.

<sup>83</sup> CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 108.

<sup>84</sup> Fenômeno que, segundo Bobbio com base em Spencer, foi ainda mais notável nas sociedades em que o processo de industrialização ocorreu por meio de Estados que têm as características das organizações militares. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do direito. Trad. de Daniela Beccaria Versiani. São Paulo: Manole, 2007, p. 5.

<sup>85</sup> Como ressalta REBOUÇAS, “O conceito teórico de acesso à justiça evoluiu de uma perspectiva privatista para outra publicista no decurso de desenvolvimento do Estado de direito, sobretudo com o incremento dos direitos sociais no *welfare state*. Se o Século XIX foi embalado por uma perspectiva contratualista (ou quase-contratualista) da natureza jurídica do processo, que identificava o direito de ação como um direito acessório decorrente do próprio direito subjetivo material, preservando ainda a noção de *litiscontestatio* romana, o Século XX acompanhou a construção de uma teoria publicista sobre a natureza jurídica do processo, seja na perspectiva de uma relação jurídica (Oskar Von Bülow), de uma situação jurídica (Goldschmidt), de uma instituição jurídica (Jaime Guasp) ou mesmo como serviço público (Gaston Jèze)”. REBOUÇAS, Gabriela Maia. Cit. p. 133.

juiz contribui para o progresso e a completude da edificação do ordenamento jurídico, que a lei somente iniciou”<sup>86</sup>. Como assevera o autor:

Implementava-se no discurso processual a quebra completa do ideal de monopólio das partes e dos advogados no processo civil e do liberalismo processual, ao partir do pressuposto publicístico (ou pseudo-publicístico, pois fruto do subjetivismo particularista dos juizes em várias hipóteses) do ativismo e protagonismo judicial (...). Tais tendências de socialização do processo representavam um movimento crítico contra as degenerações do sistema processual liberal, que permitiam à parte assistida por um advogado mais hábil a vitória no “duelo judiciário” em que o processo se transformava.<sup>87</sup>

O desafio ao acesso à justiça, nessa fase, estava em dar efetividade aos direitos reconhecidos e recém constitucionalizados<sup>88</sup>. Para tanto, foi preciso pensar instituições mais comprometidas com as contingências sócio-políticas e menos apegadas ao formalismo conservador do período liberal<sup>89</sup>.

Essa necessidade levará, como salienta Cichocki Neto, a uma segunda fase nos estudos do direito processual, que rompendo com o formalismo

coloca o processo como um instrumento da jurisdição com escopos jurídicos, sociais e políticos bem definidos. Essa perspectiva, (...) realça os valores sociais e políticos do processo, bem como a condição do mesmo como instrumento para a realização dos direitos através da jurisdição, projetando seus escopos para além de sua finalidade jurídica.<sup>90/91</sup>

---

<sup>86</sup> NUNES, Dierle José Coelho. Cit. p. 101.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 105.

<sup>88</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Cit. p. 253.

<sup>89</sup> Já adiantando a crítica, o crescimento do princípio autoritário que aconteceu a partir daí deve-se à confiança mais ou menos generalizada de que unicamente a presença ostensiva do Estado seria capaz de quebrar aquele rígido sistema de perpetuação das desigualdades em que o formalismo se transformara.

<sup>90</sup> CICHOCKI NETO (1996). *apud* FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Cit. p. 89.

<sup>91</sup> A ideia de que a jurisdição possui **escopos** tem início em Franz Klein, advogado e professor austríaco que, nomeado secretário ministerial do Ministério da Justiça em 1891, foi incumbido de uma reforma na legislação processual para adequá-la às legislações sociais da sociedade industrial nos fins do século XIX. “Em sua clássica conferência proferida em Dresden em: 9.11.1901, intitulada *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse* (Correntes do tempo e do espírito no processo)”, ele sugere necessidade da presença mais acentuada do juiz na condução do processo, haja vista o enorme



Os poderes judiciais não só aumentaram como também se instrumentalizaram para o atendimento dos compromissos estatais (entre eles, o de garantir o acesso à justiça). Como escreve Castanheira Neves, neste modo utilitarista<sup>92</sup> de entender o direito, o juiz é obrigado a decidir conforme determinadas finalidades sociais, políticas, econômicas, é convocado a operar como agente da mudança social, é transformado, enfim, em um “administrador”<sup>93</sup>.

Nunes adverte que:

Este acesso à Justiça tenta equacionar as relações entre o processo civil e uma justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica, partindo da concepção de Estado protetivo e de Bem-Estar Social. Ao visar a esses fins sociais, os processualistas começam a preocupar-se com a adequação da técnica processual a este novo panorama de análise e a construir procedimentos em que a cognição e decisão do juiz são majoradas (no caso, brasileiros, cada vez menos controlados), possibilitando que uma intervenção mínima das partes possa chegar ao proferimento do provimento final, respondendo-se com menor custo e tempo possíveis às demandas no sistema judiciário.<sup>94</sup>

Os problemas de legitimação da burocracia estatal (e do sistema de justiça) nesse paradigma não tardaram a aparecer. É o que mostra Bahia:

O Estado procurara gerar igualdade material, mas seus métodos acabaram por dar lugar à “**opressão burocrática e administrativa**”. Ao contrário da promoção de cidadania (que era, afinal, a meta final do Estado Social), o que se viu foi o Estado tomando para si toda a dimensão do público, deixando os indivíduos na posição (cômoda?) de clientes, numa relação paternalista e dependente<sup>95</sup>. (destacamos).

significado (escopo) político, econômico e social que ele possui. NUNES, Dierle José Coelho. Cit. p. 83.

<sup>92</sup> Como ressalta Amartya Sen, “[A] abordagem utilitarista não atribui importância intrínseca a reivindicações de direitos e liberdades (eles são valorizados apenas indiretamente e somente no grau em que influenciam as utilidades). É sensato levar em consideração a felicidade, mas não necessariamente desejamos escravos felizes ou vassalos delirantes”. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 82.

<sup>93</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia Jurídica: Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 60.

<sup>94</sup> NUNES, Dierle José Coelho. Cit. p. 30.

<sup>95</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Cit. p. 260.

A obliteração das liberdades pela lógica burocrática<sup>96</sup> também é uma fraqueza do modelo de bem-estar. Habermas percebe no projeto sócio-estatal uma “contradição entre fins e meios”<sup>97</sup>. O fim declarado é promover a liberdade de auto-realização e a espontaneidade individuais mediante uma intervenção capaz de equalizar as oportunidades. Mas o projeto acaba por abusar do *medium* poder, subestimando a autonomia privada dos sujeitos no processo de emancipação.

A razão funcionalista, que representa as capacidades de organização e planejamento, “deveria preparar o caminho para vidas dignas do homem, igualitárias e, ao mesmo tempo, libertárias”<sup>98</sup>, mas ela tende a servir a uma lógica burocrática autoprogramada, que estabelece unilateralmente as metas sociais, instrumentalizando os direitos para fins coletivos<sup>99</sup>.

Como pontua Habermas:

[A] partir do momento em que se criam políticas que não obedecem mais às condições da gênese democrática do direito, perdem-se os critérios que permitiriam avaliá-las normativamente. Pois, na implantação de tais programas, entram **medidas de efetividade** capazes de medir o emprego do poder administrativo, as quais **substituem medidas de legitimidade** da regulação jurídica. De fato, esse perigo parece crescer quando as tarefas do Estado se ampliam. A partir desse momento, o direito instrumentalizado para fins políticos, é açambarcado por um sistema administrativo

---

<sup>96</sup> Porque ao pretender reduzir a diferença entre igualdade de fato e igualdade de direito, o paradigma do Estado Social pretende reduzir as desigualdades mediante compensações, que, no entanto, pressupõem uma redução significativa dos espaços de liberdades privadas. Cf. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e Racionalidade Comunicativa: A Teoria Discursiva do Direito no Pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 220.

<sup>97</sup> HABERMAS, Jürgen. A Nova Intransparência: A crise do Estado de Bem-Estar Social e o Esgotamento das Energias Utópicas. Trad. Carlos Alberto Marques Novaes. *Revista Novos Estudos Cebrap* n. 18, set. 1987, p. 110.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>99</sup> “Se todo direito é, afinal público, se é, como imposição de um Estado colocado acima da sociedade, de uma massa amorfa, carente de acesso à saúde ou à educação, massa pronta a ser moldada pelo Leviatã onisciente sobre o qual recai essa imensa tarefa. O Estado subsume toda dimensão do público e tem que prover os serviços inerentes aos direitos de segunda geração à sociedade, como saúde, educação, previdência, mediante os quais alicia clientela”. CARVALHO NETTO, Menelick de. *O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito*, RVPGE, 1999, p. 107.

independente e degradado à condição de meio entre outros meios aptos a resolver problemas de integração funcional<sup>100</sup>. (destacamos).

Também o jurisdicionado se viu alijado de uma justiça que lhe pudesse valer ainda que *contra* os objetivos coletivos<sup>101</sup>. Como observa Habermas, ao equiparar a justiça à justiça distributiva o sentido dos direitos de liberdade restou subestimado<sup>102</sup>. Não se esqueça que as liberdades individuais nem sempre andam de par em par com a noção de “bem comum”. Uma função judicial orientada aos projetos estatais obviamente tende a interpretá-las como inconvenientes.

Segundo Castanheira Neves,

Se levarmos a sério e às últimas consequências a perspectiva em causa, o que teremos afinal é um sistema político-jurídico em que o direito deixa de ser tanto uma normatividade de *garantia* (...) assim como a função judicial (enquanto paradigmática instituição do Estado-de-Direito) não passará de uma funcional *longa manus* da intervenção político-social ou de um seu mero *álibi* legitimante. Num caso, desaparecerá o Estado-de-Direito, transformando num Estado de mera administração e, sob princípio *salus populi suprema Lex*, o direito volta a ser, maquiavélica, totalitária ou tecnologicamente ‘o que é útil ao povo’; no outro caso, teremos uma ‘real **desnaturalização instrumental da justiça**’<sup>103</sup>. (destacamos).

Tomando por base todas essas considerações, não surpreende que a razão funcionalista/utilitária em torno da qual se organiza o Estado de bem-estar permita, e até pressuponha, uma concepção de justiça mais ligada à *utilidade* que à *validade*<sup>104</sup>, e um conceito de direitos tão performático e plástico quanto a ideia de “bem comum”, mas também tão restrito e objetificante quanto uma política de Estado.

---

<sup>100</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v 2. Cit. p. 171-72.

<sup>101</sup> Como ressaltam Menelick Netto e Guilherme Scotti, “[o] **aspecto contramajoritário dos direitos fundamentais** reside exatamente na sua pretensão universalizante – naquilo que deve ser garantido a cada cidadão independentemente dos valores compartilhados pela eventual maioria – possibilitando assim que a tensão entre argumentos de apelo majoritário e minoritário opere continuamente, de forma que as posturas comunitárias ético-políticas não percam sua reflexividade e, portanto, seus **potenciais inclusivos e emancipatórios**”. CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. Cit. p. 100.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>103</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Cit. p. 61.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 55-56.

É claro que todas as construções sobre o acesso à justiça que se fizerem tendo este paradigma por pano de fundo haverão de pressupor a mesma articulação entre as esferas pública/privada, a mesma leitura de processo, a mesma interpretação acerca do papel do juiz. Este horizonte de sentido é certamente determinante das possibilidades e limites dessas experiências/propostas. Na próxima seção apresenta-se o Projeto Florença de Acesso à Justiça, responsável pela difusão do interesse científico sobre o tema enquanto objeto específico.<sup>105</sup>

### 1.2.1 Acesso à justiça no Projeto Florença

O “Projeto Florença de Acesso à Justiça”<sup>106</sup> resultou de uma grande mobilização que reuniu pesquisadores de vários ramos das ciências sociais<sup>107</sup> para realizar, de 1973 a 1978, uma ampla investigação dos sistemas judiciais em 23 países participantes do projeto<sup>108</sup>. É a partir dessa pesquisa empírica coordenada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth que o tema do acesso à justiça surge como objeto de investigação específico do campo jurídico, “tendo sido também neste espaço em que se discutiu

---

<sup>105</sup> PORTO, Júlia Pinto Ferreira. *Acesso à Justiça: Projeto Florença e Banco Mundial*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2009. p. 18.

<sup>106</sup> O documento oficial de finalização do Projeto Florença consistiu numa obra de, ao todo oito tomos, publicados em 1979. O Relatório Geral do Projeto Florença foi intitulado “*Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective – A General Report*” e publicado em Milão no ano de 1978. No Brasil, traduziu-se a última obra, aqui intitulada “Acesso à Justiça”, publicada em 1988.

<sup>107</sup> Mauro Cappelletti ressaltava o enfoque multidisciplinar do projeto. “Nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica. Cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam. Essa indagação fundamental que já produz inquietação em muitos advogados, juízes e juristas torna-se tanto mais perturbadora em razão de uma invasão sem precedentes dos tradicionais domínios do Direito, por sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicólogos, entre outros. Não devemos, no entanto, resistir aos nossos invasores; ao contrário, devemos respeitar seus enfoques e reagir a eles de forma criativa. Através da revelação do atual modo de funcionamento de nossos sistemas jurídicos, os críticos oriundos das outras ciências sociais podem, na realidade, ser nossos aliados na atual fase de uma longa batalha histórica – a luta pelo “acesso à justiça”. É essa luta, tal como se reflete nos modernos sistemas jurídicos, que constitui o ponto focal deste Relatório Geral e do projeto comparativo de Acesso à Justiça que o produziu”. CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Cit. p. 7-8.

<sup>108</sup> A investigação envolveu principalmente países de economia desenvolvida. Na América Latina Chile, Colômbia, México e Uruguai se fizeram representar. Ausente o Brasil. Cf. JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. *Revista de Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, n. 18, 1996/2, p. 2.

pioneiramente sobre o possível significado e os possíveis desdobramentos do termo”<sup>109</sup>.

Em função do sucesso obtido pelos estudos e pela verdadeira proliferação do tema após sua publicação oficial em 1978 passou-se a referir à execução do Projeto como um “Movimento de acesso à justiça (*access-to-justice movement*)”<sup>110</sup>. A premissa básica seguida pelos autores foi a de que a justiça social pressupõe o acesso efetivo à justiça. Assumindo uma postura crítica frente à ordem jurídica do período liberal, defendiam uma reforma de amplo alcance, capaz de transformar quaisquer procedimentos e instituições que afastassem o cidadão comum da justiça e da efetivação de seus direitos<sup>111</sup>.

Em um contexto nitidamente de Estado social, é clara a preocupação dos autores do relatório com a noção de igualdade material, com a garantia, e não apenas a proclamação dos direitos, com a necessidade de abertura das instituições e mentalidades a uma “nova criatividade” menos insulada das preocupações reais da maioria da população<sup>112</sup>.

O acesso à justiça não seria, portanto, apenas um direito social fundamental, ou o “mais básico dos direitos humanos”. “Ele seria, segundo Cappelletti e Garth, justamente o ponto central da moderna processualística”<sup>113</sup>. Fernandes e Pedron enfatizam que os autores do projeto enfrentaram

(...) toda discussão teórica das regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações podem ser interessantes, mas através dessas “descrições neutras” costuma-se ocultar, nas modernas sociedades, o modelo frequentemente irreal de duas partes em igualdade de condições perante os tribunais.

---

<sup>109</sup> “O termo “acesso à justiça” foi definitivamente incorporado ao cabedal de conceitos que os juristas manipulam após a publicação, em 1979, dos resultados de um grande estudo coordenado por Mauro Cappelletti, no chamado Projeto Florença. Os trabalhos tornaram-se referência no mundo inteiro”. SANTOS, Gustavo Ferreira. *Acesso à justiça como direito fundamental e a igualdade em face dos direitos sociais*. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (coord.). *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador: Juspodivm, p. 80.

<sup>110</sup> PORTO, Júlia Pinto Ferreira. Cit. p. 30.

<sup>111</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Cit. p. 8.

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Cit. p. 97.

Concluem os idealizadores do projeto pela real necessidade da ampliação das pesquisas para além dos tribunais, com o devido “alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”<sup>114</sup>.

O primeiro objeto da pesquisa foi identificar quais os obstáculos ao acesso efetivo à justiça. Muito geral é possível reduzir estes problemas a três grandes grupos: a) obstáculos provocados pelas “custas judiciais”;<sup>115</sup> b) obstáculos relativos à “possibilidade das partes”; c) obstáculos relacionados aos “problemas especiais dos interesses difusos”<sup>116</sup>.

O primeiro grande obstáculo apontado pelos autores deriva do alto **custo** da resolução formal dos litígios na maior parte das sociedades modernas. Esse custo é atribuível aos honorários advocatícios, às custas judiciais e, sobretudo, às regras de sucumbência adotadas em um determinado país. Os autores concluíram que nos países em que o princípio é adotado a penalidade imposta ao vencido é aproximadamente duas vezes maior, fato que, dadas as normais incertezas do processo, desincentiva o litigante a recorrer às vias formais de resolução de litígios<sup>117</sup>.

Ainda dentro do obstáculo relativo às custas judiciais, os dados do Projeto Florença revelaram que a relação entre “os custos a serem enfrentados nas ações cresce na medida em que se reduz o valor da causa”<sup>118</sup>. Isso faz com que as causas relativamente “pequenas” sejam as mais afetadas pela barreira dos custos<sup>119</sup>. Este é um dado que fundamenta observações como a de Boaventura Santos, ao dizer que nos países capitalistas ocidentais a justiça civil tende a ser mais cara para as camadas mais pobres da população, que geralmente litigam nas ações de menor valor<sup>120</sup>.

---

<sup>114</sup> Ibidem.

<sup>115</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Cit. p. 168.

<sup>116</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Cit. p. 33.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>118</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>119</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Cit. p. 99.

<sup>120</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo* n. 37, p. 126.

Conjugando o fator custas com o fator tempo, os autores perceberam a espera por uma decisão exequível não afeta a todos os litigantes de maneira igual. A delonga, segundo eles, “aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito”<sup>121</sup>.

O segundo grande obstáculo relaciona-se à “**possibilidade das partes**”. Em primeiro lugar, os pesquisadores observaram que outros fatores, não necessariamente ligados à pobreza dificultam o reconhecimento dos direitos. O desconhecimento dos direitos ou do modo de ajuizar uma ação é um problema que não atinge somente aos pobres:

Mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que sua assinatura num contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeções a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção<sup>122</sup>.

Em segundo lugar, são apontadas razões psicológicas como procedimentos complicados, formalismo, ambientes intimidantes como tribunais, a percepção de juízes e advogados como figuras opressoras que “fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho”<sup>123</sup>.

Por último, no que se refere à “condição das partes”, comenta-se a dicotomia “litigantes habituais” vs. “litigantes eventuais” pensada por Marc Galanter. Cappelletti e Garth concluíram não haver paridade de armas entre essas duas espécies de litigantes, pois:

As vantagens dos “habituais”, de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros

---

<sup>121</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Cit. p. 7.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>123</sup> Ibidem, p. 9.

da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Parece que, em função dessas vantagens, os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os indivíduos. Há menos problemas em mobilizar as empresas no sentido de tirarem vantagens de seus direitos, o que, com frequência, se dá exatamente contra aquelas pessoas comuns que, em sua condição de consumidores, por exemplo, são as mais relutantes em buscar o amparo do sistema<sup>124</sup>.

O terceiro e último obstáculo é relacionado com os “**problemas especiais dos interesses difusos**”<sup>125</sup>. O relatório demonstra como esses interesses fragmentados até então não contavam com instrumentos jurídicos adequados para a sua defesa. A demanda individual, para esses casos, revelava-se absolutamente inadequada, e isso implicava no quase absoluto cumprimento da lei relativamente a direitos coletivos como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor.

Em um segundo momento da pesquisa, a análise volta-se para as possíveis soluções dos problemas encontrados. Para cada tipo de óbice ao acesso à justiça diagnosticado, foram propostas diferentes estratégias de resolução desses impasses que, na obra, foram denominadas de “*ondas renovatórias*”. A cada onda os autores apresentaram as “etapas a serem vencidas para que a atividade jurisdicional sofresse um aprimoramento naquilo em que o *então* moderno Estado Social de Direito esperava da efetiva tutela jurisdicional”<sup>126</sup>.

A primeira onda renovatória refere-se à assistência judiciária para os pobres. “Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se (...) em proporcionar serviços jurídicos aos pobres”<sup>127</sup>. À primeira onda renovatória corresponde o óbice da pobreza<sup>128</sup>. O relatório aborda os

---

<sup>124</sup> Ibidem.

<sup>125</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>126</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Cit. p. 92.

<sup>127</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Cit. p. 62.

<sup>128</sup> “Embora não seja este o objetivo nessa parte da pesquisa, é interessante comentar que em relação ao ordenamento jurídico brasileiro tivemos, pela primeira vez, reconhecida a necessidade da prestação de assistência jurídica aos necessitados a partir da Constituição de 1934, na qual se



três grandes sistemas<sup>129</sup> de assistência judiciária que ganharam vulto especialmente após o despertar da consciência social nos anos 1960. Optou-se, em razão do corte metodológico eleito, por não aprofundar a abordagem sobre os desdobramentos da primeira onda. As duas próximas serão enfatizadas porque ensejam conexões temáticas que serão retomadas e desenvolvidas à frente<sup>130</sup>.

A segunda onda renovatória cuida da representação dos interesses difusos. Ela “dialoga com o obstáculo da dificuldade de mobilização social, de capacidade organizativa, da coletivização da tutela jurisdicional para os direitos difusos”<sup>131</sup>:

O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres. Centrando seu foco de preocupação especificamente nos interesses difusos, esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. Sem dúvida, uma verdadeira “revolução”. (...) A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais<sup>132</sup>.

Nesses casos, constatou-se, nem a demanda individual seria uma via eficiente para o cumprimento da lei, nem a mobilização política dos indivíduos uma alternativa provável de concretização dos direitos. Interesses pertencentes a um grupo, ao público em geral ou a parte dele não se enquadravam bem nos esquemas

---

institucionalizou esta garantia, anteriormente só expressa em sede de legislação ordinária. Após o hiato da Constituição Polaca de 1937, a Constituição de 1946 volta a prever a garantia, devendo-se ainda registrar que a assistência judiciária gratuita só foi regulada em 1950 pela Lei n. 1.060”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Cit. p. 105.

<sup>129</sup> O sistema *Judicare* foi o adotado na década de 70 em países como a Áustria, Alemanha, Holanda, Áustria. Ele colocava à disposição do cidadão hipossuficiente os serviços de advogados particulares pagos pelo Estado. O Sistema de Advogados pagos pelos cofres públicos colocava à disposição do pobre os serviços de escritórios jurídicos de vizinhança, priorizando o tratamento de suas causas como interesses de classe. O terceiro sistema é um híbrido dos dois anteriores, em que se admite ao cidadão o patrocínio de suas causas igualmente por advogados públicos e particulares, um modelo combinado que permitiria o atendimento tanto às pessoas menos favorecidas quanto aos pobres como grupo. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Cit. p. 65 *et seq.*

<sup>130</sup> Cf. 2.1 e 2.2 *infra*.

<sup>131</sup> PORTO, Júlia Pinto Ferreira. Cit. p. 35.

<sup>132</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Cit. p. 18-19.

existentes. “As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos e particulares”<sup>133/134</sup>.

Ao enfrentar o problema da representação dos interesses difusos<sup>135</sup>, o segundo grande movimento pela melhoria do acesso à justiça acabou provocando também uma profunda “reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais”<sup>136</sup>.

Já não estava em questão apenas a inaptidão dos instrumentos jurídicos do processo civil tradicional<sup>137</sup> para o trato dos interesses transindividuais. Em virtude da vinculação que esses litígios guardam com temas de políticas públicas, participação popular, reconhecimento de grupos marginalizados e solidariedade social, a questão enredou para além da pesquisa de uma disciplina processual própria/adequada para a tutela de tais direitos em juízo, terminando por questionar o papel político do juiz, sua função na promoção da cidadania, não deixando de abalar a visão predominantemente individualista do processo judicial<sup>138/139</sup>.

---

<sup>133</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>134</sup> A consciência de que a defesa judicial dos interesses de grupos apresenta peculiaridades já suscita em primeiro plano questões de ordem técnica como as seguintes: “como cuidar da representação ou da substituição processual do grupo lesado? Como estender a coisa julgada para além das partes formais do processo? Como repartir o produto da indenização entre lesados indetermináveis? Como assegurar a presença de todo o grupo lesado nos processos coletivos destinados à composição e decisão de tais conflitos intersubjetivos?”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48.

<sup>135</sup> O Relatório apresenta várias formas de patrocínio e representação dos direitos coletivos *lato sensu*, iniciando pela “ação governamental”, passando pela técnica do procurador-geral privado até a técnica do advogado particular do interesse público. Os autores apontam as deficiências de cada uma delas: do lado público, a tendência à parcialidade da ação contra o Estado; do lado privado a dificuldade de mobilização e financiamento. Sugere-se, por fim, uma saída pluralística, que combine recursos e iniciativas tanto do setor público quanto de grupos particulares para uma reivindicação mais eficiente dos interesses difusos. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Cit.

<sup>136</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>137</sup> Traduzido nas chamadas “demandas-átomo”, expressão cunhada por Kazuo Watanabe. Cf. WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br/EstruturaOrganizacional/SegundaInstancia/OrgaosJulgadores/SecaoDireitoPrivado/Doutrina/Doutrina.aspx?Id=1011>. Acesso em: 14 set. 2011.

<sup>138</sup> Segundo Cappelletti, “A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal

Para Cappelletti e Garth as duas “ondas” precedentes – dedicadas ao aprimoramento da assistência judiciária e ao reconhecimento e reivindicação dos novos direitos – foram responsáveis por significativos avanços no acesso à justiça. Não obstante, reconhecendo os limites daquelas iniciativas, apresentam a “terceira onda” de reformas, que “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”<sup>140</sup>.

Em razão da abrangência dessa terceira onda de reformas, os autores a denominaram “o enfoque do acesso à Justiça”, cujo método “não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso”<sup>141</sup>.

É dizer, a terceira onda explora o “modo de ser do processo”, e tem a ver com a necessidade de aprimoramento interno do sistema. Ela é traduzida em uma ampla variedade de reformas, com múltiplas finalidades, entre as quais estão procedimentos mais acessíveis, simples e racionais, mais econômicos, eficientes e adequados a certos tipos de conflitos, a promoção de uma justiça coexistencial, baseada na conciliação e no critério de equidade social distributiva, bem como a criação de formas de justiça mais acessível e participativa, atraindo a ela membros dos mais variados grupos sociais e buscando a superação da excessiva burocratização<sup>142</sup>.

Nas palavras de Cappelletti e Garth,

---

transformação pode assegurar a realização dos “direitos públicos” relativos a interesses difusos”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Cit. p. 19.

<sup>139</sup> Sobre a conexão que a segunda onda sugere entre a tutela dos novos direitos e a emergência de uma “nova cidadania” Cf. 2.1 *infra*.

<sup>140</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Cit. p. 25.

<sup>141</sup> *Ibidem*.

<sup>142</sup> Como afirma Dinamarco, a terceira onda renovatória é uma resposta aos clamores da sociedade por um processo vanguardista focado em quatro objetivos principais: a simplificação dos procedimentos, a redução dos custos advindos da demora da tramitação da ação, aprimoramento da qualidade do provimento jurisdicional e a efetividade da tutela. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

Esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juizes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial<sup>143</sup>.

Os relatores do Projeto Florença elencam como tendências no uso do enfoque do acesso à justiça: **A)** a reforma dos procedimentos judiciais em geral (com a modernização dos tribunais e seus procedimentos, a valorização do princípio da oralidade em detrimento do formalismo)<sup>144</sup>; **B)** a criação de alternativas aos tribunais regulares, utilizando procedimentos mais simples como ocorre com o juízo arbitral, a conciliação, incentivos econômicos<sup>145</sup>; **C)** a criação de instituições de procedimentos especiais para determinados tipos de causas de “particular importância social”<sup>146</sup> (por exemplo, procedimentos especiais para pequenas causas; tribunais de “vizinhança” ou “sociais” para solucionar pequenas querelas do dia-a-dia; tribunais especiais para demandas de consumidores; mecanismos especializados para garantir direitos “novos” como causas relativas ao meio-ambiente, consumidor, inquilinato); **D)** “mudanças nos métodos utilizados para a prestação de serviços jurídicos” (como o uso dos “parajurídicos”<sup>147</sup>; o desenvolvimento de planos de assistência jurídica mediante convênio ou grupo<sup>148</sup>); e **E)** a simplificação do Direito<sup>149</sup> para algumas espécies de causas, o que melhoraria

---

<sup>143</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Cit. p. 26.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 28-29.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 30 *et seq.*

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 33 *et seq.*

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 51 *et seq.*

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 55 *et seq.*

<sup>149</sup> Para os autores, é preciso reconhecer que em determinadas áreas é necessário simplificar tanto a compreensão do Direito quanto a decisão. Parte-se do pressuposto de que “Se a lei é mais compreensível, ela se torna também mais acessível às pessoas comuns. No contexto do movimento de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico. Os exemplos mais destacados de uma solução simplificada são o movimento amplo em direção ao divórcio “sem culpa” e, pelo menos em certo número de lugares, o movimento pela responsabilidade civil objetiva. (...) As vantagens da simplificação para determinado tipo de causas não precisam ser limitadas às de divórcio ou responsabilidade civil por acidentes (...) o que se deve salientar é que a criatividade e a

a decidibilidade, portanto, a prontidão do socorro a determinados tipos de lesão e a compreensão da lei pelas pessoas comuns.

Muito embora este monumental trabalho represente uma contribuição muito significativa sobre o tema e haja servido de fundamento e apelo para a superação das práticas e procedimentos de cunho liberal/individualista, é necessário reconhecer o enraizamento do Projeto no paradigma social. Ainda que àquela altura o declínio do Estado de bem-estar fosse indisfarçável, foi este o marco ideológico que guiou a compreensão teórica de acesso à justiça feita por Cappelletti e seus contemporâneos.

Foi ainda acreditando no ideal distributivo como o ponto alto da civilização ocidental – e ignorando a opressão burocrática e estatizante de que a justiça também é capaz – que aquelas soluções foram espalhadas pelos cinco continentes. Se a busca hoje é por uma justiça mais permeável à participação, à discursividade, à manifestação de identidades, o obstáculo que se cria com aquela leitura de acesso “torna-se epistemológico”<sup>150</sup>.

No próximo item procura-se demonstrar a influência do projeto socializante no sistema de justiça brasileiro, tematizando as possíveis aproximações e rupturas com o “movimento mundial de acesso à justiça” descrito acima, para então resenhar o estado científico do tema no Brasil até o presente.

### **1.2.2 O acesso à justiça no Brasil**

Vários pesquisadores<sup>151</sup> sobre o acesso à justiça no país são peremptórios em negar qualquer identidade metódica entre os estudos coordenados por

---

experimentação ousada – até o limite de dispensar a produção de provas – caracterizam aquilo que chamamos de enfoque de acesso à justiça”. Ibidem, p. 55-56.

<sup>150</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Cit. p. 122.

<sup>151</sup> Por todos: JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo*. Revista de Estudos Históricos, Rio de Janeiro, n. 18, 1996/2, p. 2.; CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2005; FALCÃO, Joaquim. *Acesso à Justiça: diagnóstico e tratamento*. In: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (org.). *Justiça: promessa e realidade: acesso à Justiça em países iberoamericanos*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1996; SILVA, Larissa Tenfen. *Cidadania e acesso à justiça: a experiência florianopolitana do juizado especial cível itinerante*. Revista Sequência, Florianópolis, n. 48, jul. 2004,

Cappelletti nas décadas de 1960 e 1970 e o advento do tema enquanto objeto de estudo no Brasil no contexto da redemocratização. A dissemelhança entre os fenômenos não seria apenas cronológica. Nos países “centrais” do bem-estar, afirmam, a questão esteve mais circunscrita à necessidade de efetivação de direitos sociais e políticas públicas, enquanto no Brasil a questão vincular-se-ia à conjuntura político-jurídica da história mais recente e à necessidade de enfrentar a questão da desigualdade social<sup>152</sup>.

Como aponta Eliane Botelho Junqueira,

[A] análise das primeiras produções brasileiras revela que a principal questão naquele momento, diferentemente do que ocorria nos demais países, sobretudo nos países centrais, não era a expansão do *Welfare State* e a necessidade de se tornarem efetivos os novos direitos conquistados principalmente a partir dos anos 60 pelas “minorias” étnicas e sexuais, mas sim a própria necessidade de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso tanto em função da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro, como em razão da histórica marginalização sócio-econômica dos setores subalternizados e da exclusão político-jurídica provocada pelo regime pós-64. (...) Os motivos para o despertar do interesse brasileiro no início dos anos 80 para esta temática, portanto, devem ser procurados não neste movimento internacional de ampliação do acesso à Justiça, mas sim internamente, no processo político e social da abertura política e, em particular, na emergência do movimento social que então se iniciava.<sup>153</sup>

Em termos bem gerais, estes autores concluem pela singularidade do fenômeno no Brasil. Como observa Julia Porto,

---

p. 73-89; SANCHES FILHO, Alvino Oliveira. *Experiências institucionais de acesso à Justiça no estado da Bahia*. In: SADEK, Maria Tereza Aina (org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

<sup>152</sup> Segundo Joaquim Falcão, o acesso à justiça há de ser tratado por uma cartilha diferente, uma vez que “Quem não tem acesso à Justiça hoje no Brasil não são apenas minorias étnicas, religiosas, ou sexuais, entre outras. Quem não tem acesso é a maioria do povo brasileiro. O Judiciário, por seus custos financeiros, processos jurídico-formais e conformação cultural é privilégio das elites, concedido, comedido, a alguns setores das classes médias urbanas. A maioria da nossa população, as classes populares, quando tem acesso, o tem como vítima ou réu. Não é deles um direito, mas um dever. (...) Estes fatores, todos eles, existem no Brasil. Mas a nossa doença apresenta outro sintoma agudo, que provoca a ausência das classes populares como autor no processo judicial: a pobreza”. FALCÃO, Joaquim. *Acesso à Justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 241.

<sup>153</sup> JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo*. *Revista de Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, n. 18, 1996/2 p. 1-2.

(...) o acesso à justiça no Brasil é envolvido por fatores que fogem inclusive à fundamentação de seu surgimento como forma de expandir-se o Estado Social e efetivar os direitos sociais já consagrados formalmente. Tem-se, então, que, no contexto brasileiro, a temática em questão é bem mais complexa que tornar efetivos direitos sociais promulgados em outrora.<sup>154</sup>

Não se está de acordo com esta leitura. Por mais que as peculiaridades do contexto brasileiro sejam reconhecíveis, elas não são suficientes para pleitear uma apreciação tão diferente do fenômeno ocorrido lá e cá. Ainda que o ideal distributivo do Estado de bem-estar social nunca se tenha tornado realidade entre nós – diz Eisenberg: “aqui foram igualmente implantadas as estruturas normativo-institucionais deste regime político-econômico”<sup>155</sup>.

Assim como nos países centrais do capitalismo, experimentamos a rematerialização do direito em resposta à crise do formalismo, e “a crise desse Estado de bem-estar social, uma crise simultânea de legitimidade e de eficácia, tal qual diagnosticada na Europa por autores como Claus Offe, é também parte de nossa experiência histórica”<sup>156</sup>.

Nessa tentativa de dicotomização, as *rupturas* do processo de redemocratização são supervalorizadas, aliviando o peso da herança normativa e da estrutura sócio-política preexistentes na apreciação das propostas de melhoramento do sistema de justiça. O que transparece nessas interpretações é a tentativa de imunizar o discurso nacional<sup>157</sup> sobre o acesso à justiça contra as críticas já dirigidas aos métodos adotados nos países “centrais”.

Partindo do suposto ineditismo do “pano de fundo” brasileiro, a tendência é que se tomem por *inovadoras* todas as sugestões colocadas a serviço do projeto de democratização do acesso, induzindo a aceitação de chavões do tipo “participação ativa do juiz”, “quebra do mito da neutralidade”, “relativização do binômio direito

---

<sup>154</sup> PORTO, Júlia Pinto Ferreira. Cit. p. 51.

<sup>155</sup> EISENBERG, José. *Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicialização da Política*, In: VIANNA, Luiz Werneck. *A Democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 60.

<sup>156</sup> *Ibidem*.

<sup>157</sup> Seja ele sociológico, político ou processual.

material e processo”, “busca dos valores a serem realizados pela Jurisdição”<sup>158</sup> como proposta heróica de uma ciência processual esgotada de argumentos, mas comprometida com os novos valores instituídos.

Muitas dessas “novidades”, aliás, já povoavam nosso universo jurídico bem antes que uma palavra sobre o acesso fosse pronunciada em solo brasileiro. Com o processo de modernização iniciado no país a partir dos anos 1930, tornou-se notável a popularização das teorias de viés sociológico além da progressiva incorporação de “expressões tais como *interesse público* ou *finalidade social da lei*”<sup>159</sup> no discurso jurídico. Em um Estado fortemente intervencionista, interessado numa Jurisdição menos exegeta e mais comprometida com os desígnios nacionais<sup>160</sup>, a jurisprudência dos interesses<sup>161</sup> firmou-se como uma teoria interpretativa capaz de colocar o direito positivo “dentro dos parâmetros socialmente adequados”<sup>162/163</sup>.

---

<sup>158</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Cit. p. 84.

<sup>159</sup> COSTA, Alexandre Araújo. *Hermenêutica Jurídica*. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/>. Acesso em: 1 ago. 2011. p. 160.

<sup>160</sup> O principal argumento utilizado para possibilitar uma tal flexibilização dos sentidos dominantes foi o teleológico. Enquanto valia o princípio de que *fiat justitia et pereat mundum* (faça-se a justiça, ainda que pereça o mundo), a atividade jurídica era vista como a identificação do conteúdo imanente da norma e o argumento teleológico era rejeitado, pois ele implica uma interpretação da norma de acordo com valores que a extrapolam. Afirmar que o direito tem uma função social e que as suas normas devem ser interpretadas à luz dessa função significa **atrelar o sentido das normas aos valores sociais dominantes**, o que torna os juristas uma espécie de engenheiros sociais (*social engineers*) voltados à realização prática dos ideais políticos de uma sociedade. COSTA, Alexandre Araújo. Cit. p. 109.

<sup>161</sup> Segundo Alexandre Costa, o principal expoente da Jurisprudência dos interesses foi Philipp Heck, que escreveu suas principais obras no início do século XX e, inspirado pelo finalismo das últimas obras de Jhering, sustentou que a função da atividade judicial era possibilitar a satisfação das necessidades da vida presentes em uma comunidade jurídica. Segundo o próprio Heck, “**o escopo da Jurisprudência e, em particular, da decisão judicial dos casos concretos, é a satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existentes na sociedade**. São esses desejos e aspirações que chamamos interesses e a Jurisprudência dos interesses caracteriza-se pela preocupação de nunca perder e vista esse escopo nas várias operações a que tem de proceder e na elaboração dos conceitos” COSTA, Alexandre Araújo. Cit. p. 162.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>163</sup> A comparação com as construções teóricas dos processualistas brasileiros mais modernos é inevitável, como se percebe do excerto da obra de Ada Pellegrini Grinover *O processo em evolução*: “Os processualistas de última geração estão hoje envolvidos na crítica sociopolítica do sistema que transforma o processo de instrumento meramente técnico em instrumento ético e político de atuação da justiça substancial e garantia das liberdades. Processo esse que passa a ser visto na total aderência à realidade sociopolítica a que se destina, para o integral cumprimento da sua vocação primordial, que é a efetiva atuação dos direitos materiais. Todo o sistema processual passa assim a ser considerado como instrumento indispensável para atingir os escopos políticos, sociais e jurídicos



Mais que um método para superação das intransigências da lei, a jurisprudência dos interesses passou a influenciar decisivamente as formulações legislativas pós-liberais. Alexandre Campos cita como exemplo desse legado na legislação brasileira o mandamento contido no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4657/42):

A LICC também demonstra influência das escolas teleológicas, na medida em que afirma que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (art. 5º). Percebe-se, assim, que esta lei consagra posições muito próximas à Jurisprudência dos interesses de Heck, pois mescla o normativismo tradicional a certos aspectos teleológicos, vinculando o juiz à interpretação da lei, mas também indicando a **necessidade de uma investigação sobre os fins sociais que a lei visa a proteger** e de uma atualização histórica que adapte a interpretação da norma às exigências sociais do momento de sua aplicação.<sup>164</sup>(destacamos).

Nunes contextualiza a reestruturação do sistema processual brasileiro pelo Código de Processo Civil de 1939 no rastro dessa tendência. O seguinte trecho do anteprojeto de Pedro Baptista Martins deixa claro que se intencionava o reforço do papel do Estado, tanto na condução do processo quanto na definição dos objetivos “sociais” a serem priorizados:

Em suas observações sobre as premissas políticas do projeto italiano, CALAMANDREI adverte que o juiz é o representante do Estado no processo, cuja tendência publicística não é mais do que o aspecto parcial de um vasto fenômeno que se está desenvolvendo em formas diversas nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo e que tem como diretiva comum a **prevalência do interesse social sobre o interesse individual**. Ao princípio dispositivo, que é a expressão, no processo, do individualismo liberal, opõe-se hoje o princípio inquisitório que se afirma como expressão do autoritarismo, que não pode deixar à mercê das iniciativas individuais a realização das finalidades da justiça<sup>165</sup>. (destaque no original).

---

da jurisdição; e a técnica processual como meio para a obtenção de cada um desses objetivos”. GRINOVER, Ada Pellegrini. (1998). *apud* FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Cit. p. 59-60.

<sup>164</sup> COSTA, Alexandre Araújo. Cit. p. 165.

<sup>165</sup> MARTINS, Pedro Baptista. (1940). *apud* NUNES, Dierle José Coelho. Cit. p. 97.

O advento do CPC de 1939 realmente reforçou a autoridade estatal no processo. Essa valorização encontra “indiscutível respaldo do Estado Novo, implementado no Brasil por Getúlio Vargas, com nítida vocação totalitária, populista e paternalista”<sup>166</sup>.

Como disse o Ministro Francisco Campos na exposição de motivos do Código:

O Estado caminha para o povo e, no sentido de garantir-lhe o gozo dos bens materiais e espirituais, assegurado na Constituição, o Estado teve que reforçar a sua autoridade a fim de intervir de maneira eficaz em todos os domínios que viessem a revestir-se de caráter público. Ora, se a justiça, em regime liberal, poderia continuar a ser o campo neutro em que todos os interesses privados procurariam, sob a dissimulação das aparências públicas, obter pelo duelo judiciário as maiores vantagens compatíveis com a observância formal de regras de caráter puramente técnico, no novo regime haveria de ser um dos primeiros domínios, revestidos de caráter público, a ser integrado na autoridade do Estado<sup>167</sup>.

Impunha-se, naquele momento, a idéia de justiça substancial, que seria confiada nas mãos de um magistrado mais sensível aos problemas apresentados, deixando para trás as funções já anacrônicas de árbitro do “jogo do processo”. Sobreleva em importância a função social do processo, passando a Jurisdição a servir mais à segurança jurídica da coletividade que somente às partes<sup>168</sup>.

Roberto Lyra ilustrou em 1974 essas expectativas sobre a atuação do juiz:

Julgando, o juiz concretizará o abstrato, objetivará o subjetivo, socializará o individual, aprofundando-se para elevar-se, projetando-se pelo social e, portanto, pelo humano. O juiz deve preencher as áreas abertas para transfundir o Direito na lei e não para fecundá-la artificialmente. Sua principal missão é reduzir, nos limites do possível, as desigualdades da lei, reflexo das desigualdades sociais.

---

<sup>166</sup> Ibidem.

<sup>167</sup> CAMPOS, Francisco. (1940). *apud* NUNES, Dierle José Coelho. Cit. p. 97.

<sup>168</sup> Ibidem, p. 88.

O julgamento não é um ato de ciência, mas de consciência. O juiz deve pensar e, sobretudo, sentir a causa<sup>169</sup>.

Foi assim, abraçando a teleologia plantada pela jurisprudência dos interesses como pretexto para o combate a um processo liberal, privado, refratário a interpretações socialmente justas e adequadas que os Estados puderam reestruturá-lo à sombra do princípio autoritário. A busca pela justiça processual foi apropriada como um “assunto de Estado” (quanto mais público o processo, mais justo), e logo a equívoca confusão entre “interesse social” e interesse estatal se naturalizou também no discurso científico.

Contrariamente ao que se diz, portanto, não foi a reviravolta democrática de 1988 que legitimou uma compreensão de processo menos formalista e a valorização do juiz como agente centralizador dos valores axiológicos da sociedade. O que a “Constituição cidadã”<sup>170</sup> provocou na ciência processual não foi um movimento pela valorização do viés garantístico do processo – como a recém incorporação da linguagem de direitos faria supor – mas novamente sua instrumentalização<sup>171</sup>, agora para outros fins: a garantia do acesso à justiça, o socorro à explosão de litigiosidade, a recuperação da crise do Judiciário. Como defendeu Calmon de Passos,

(...) A pergunta que cumpria fosse feita- quais as causas reais da crise do judiciário- jamais foi formulada. Apenas se indagava – o que fazer para nos libertarmos da pletora de feitos e de recursos que nos sufoca? E a resposta foi dada pela palavra mágica da “instrumentalidade”, a que se casaram outras palavras mágicas – “celeridade”, “efetividade”, “desformalização” etc. E assim, de palavra

---

<sup>169</sup> LYRA, Roberto. *Como julgar, como defender, como acusar*. ed. Científica Ltda. Rio de Janeiro. 1975. p. 13.

<sup>170</sup> Como relembra Cittadino, “Em 5 de outubro de 1988, em discurso proferido no Congresso Nacional, por ocasião da promulgação da Constituição Federal, o deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembléia Nacional Constituinte, assim qualificou a nova Constituição, buscando precisamente ressaltar seu amplo sistema de direitos e garantias individuais e coletivas”. CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A Democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 26.

<sup>171</sup> Como refere literalmente Dinamarco, “(...) Tal é a idéia do acesso à justiça, que constitui a síntese de todo o pensamento instrumentalista e dos grandes princípios e garantias constitucionais do processo. Todos eles coordenam-se no sentido de tornar o sistema processual acessível, bem administrado, justo e afinal dotado da maior produtividade possível”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Cit. p. 320.

mágica em palavra mágica, ingressamos num processo de produção do direito que corre o risco de se tornar pura prestidigitação. Não nos esqueçamos, entretanto, que todo espetáculo de mágica tem um tempo de duração e a hora do desencantamento.<sup>172</sup>

A corrente instrumentalista do processo, derivada da Escolha Paulista de Processo, segue como o marco predileto dos estudos que envolvem o acesso à Justiça no Brasil. Segundo essa teoria, o processo é instrumento, e como tal “só se legitima em função dos *fins* a que se destina, ou seja, aos seus objetivos. Esses são os escopos da Jurisdição<sup>173</sup> (jurídicos, sociais e políticos) que serão alcançados através do método teleológico que analisa o sistema processual de uma perspectiva exterior”<sup>174</sup>.

Ao perseguir esses objetivos, o processo “é conclamado a assumir as responsabilidades que dele espera a nação, devendo ser sempre permeável aos influxos axiológicos da sociedade e aberto aos valores substanciais eleitos pela já citada Nação”.<sup>175</sup> Como reconhece o próprio Dinamarco, sua teoria é radicada no paradigma social:

Pois o Estado social contemporâneo, que repudia a filosofia política dos “fins limitados do Estado”, pretende chegar ao valor *homem* através do culto à *justiça* e sabe que, para isso, é indispensável dar ao conceito de “justiça” um conteúdo substancial e efetivo. É preciso reduzir as diferenças sociais e econômicas tanto quanto possível, gerando oportunidades. É preciso assegurar a fruição, por todos, dos bens materiais e imateriais que integram o patrimônio comum da nação. É preciso criar efetivas condições para a mobilidade sócio-econômica, inclusive mediante a liberdade de associação. E o

---

<sup>172</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal*. Revista Diálogo Jurídico, Ano I, v. 1. n. 1, abr. de 2001.

<sup>173</sup> Nas palavras do próprio Dinamarco, “o raciocínio teleológico há de incluir, então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Assim é que se poderá conferir um conteúdo substancial a essa usual assertiva da doutrina, mediante a investigação do escopo ou escopos, em razão dos quais toda ordem jurídica inclui um sistema processual. Fixar os escopos do processo equivale ainda a revelar o grau de sua utilidade. Trata-se de instituição humana, imposta pelo Estado, e a sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade. Daí o relevo de que é merecedora a problemática dos escopos do sistema processual e do exercício da jurisdição”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Cit. p. 149.

<sup>174</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Cit. p. 55-56.

<sup>175</sup> *Ibidem*.

Estado, então, pretendendo ser a “providência de seu povo”, sente que o bem-estar coletivo depende intimamente da sua participação efetiva nos destinos da população. Ele é, por isso, declaradamente intervencionista, agindo sobre a ordem econômica e social e buscando a sua modelagem segundo os objetivos da ideologia aceita. O “pacto social” refletido na nova ordem constitucional, inclui o traçado de diretrizes nesse sentido da integração social e econômica da população.<sup>176</sup>

E acresce:

O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. (...) A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno de pacificação social constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo em sua conceituação e endereçamento social e político<sup>177</sup>.

Ocorre que nas sociedades complexas e descentradas todo discurso que propugna por “valores substanciais eleitos”, ou “objetivos sociais consagrados” não se pode fazer real sem o recurso a uma autoridade capaz de forjar (e impor) esse consenso valorativo ilusório.

Isso explica porque a busca pelos “escopos” é sempre carente da fiança de uma autoridade poderosa o suficiente para dissipar o *dissenso quanto ao próprio conteúdo desses objetivos*<sup>178</sup>. No caso da instrumentalidade, a “publicização”<sup>179</sup> não expressa apenas a retirada do processo do alcance dos caprichos privados, com a

---

<sup>176</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Cit. p. 31.

<sup>177</sup> Ibidem p. 65.

<sup>178</sup> Para Dinamarco, a natureza instrumental do processo “impõe que todo o sistema processual seja permeado dessa conotação, para que realmente apareça e funcione como instrumento do Estado para a realização de certos objetivos por ele traçados; com o aspecto ético do processo não se compadece o seu abandono à sorte que as partes lhe derem, ou uma delas em detrimento da mais fraca, pois isso desvirtuaria os resultados do exercício de uma atividade puramente estatal e pública, que é a jurisdição”. Ibidem. p. 55.

<sup>179</sup> Segundo Dinamarco, “A publicização do direito processual é, pois, forte tendência metodológica da atualidade, alimentada pelo constitucionalismo que se implantou a fundo entre os processualistas contemporâneos; tanto quanto esse método, que em si constitui também uma tendência universal, ela remonta à firme tendência central no sentido de entender e tratar o processo como *instrumento* a serviço dos valores que são objeto das atenções da ordem jurídico-substancial”. Ibidem.

valorização sócio-política da Jurisdição, mas a sua submissão a finalidades que estarão sempre fora do alcance do consenso democrático<sup>180</sup>.

Não é exagerado dizer que a Jurisdição, assim instrumentalizada, tem o seu sentido jurídico<sup>181</sup> – de contenção do arbítrio, proteção contramajoritária e manutenção das autonomias – empalidecido pela lógica finalística, canalizada em favor de um Estado cada vez mais invasivo, impermeável às diferenças e intransigente à influência das subjetividades. Se o processo é, como recorda Aroldo Plínio Gonçalves, instrumento pelo qual o Estado fala, ele é, “também, instrumento pelo qual o Estado se submete ao próprio Direito que a nação instituiu. E esse Direito é o único poder capaz de limitar a atuação do Poder”<sup>182</sup> e de conter o arbítrio.

Nas palavras do autor:

O mais alto grau de racionalidade atingido pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos, que se seguiu à conquista das garantias constitucionais, importa na superação do critério de aplicação da justiça do tipo salomônico, inspirada apenas na sabedoria, no equilíbrio e nas qualidades individuais do julgador, ou na sensibilidade extremada do juiz, simbolizada pelo “Fenômeno Magnaud”. Esse critério é substituído por uma técnica de aplicação do direito que se vincula a elementos não-subjetivos, a uma estrutura normativa que possibilita aos membros da sociedade, que vão a Juízo, contarem com a mesma segurança no processo, quer estejam perante um juiz dotado de inteligência, cultura e sensibilidade invulgares, quer estejam diante de um juiz que não tenha sido agraciado com os mesmos predicados<sup>183</sup>.

---

<sup>180</sup> A esses perigos reportou-se o professor Calmon de Passos: “É essa evidência que o modismo da “instrumentalidade do processo” camufla, ou conscientemente - perversidade ideológica, a ser combatida, ou por descuido epistemológico - equívoco a ser corrigido. Ele parece ignorar ou finge ignorar o conjunto de fatores que determinaram uma nova postura para o pensar e aplicar o direito em nossos dias (...). Tudo isso denuncia a existência de um novo paradigma, a pedir seja repensado o que ontem tínhamos como certeza”. CALMON DE PASSOS, J. J. Cit.

<sup>181</sup> Precisamente nesse sentido, a crítica de Aroldo Plínio Gonçalves: “o movimento de renovação do Direito Processual parece cumprir também esse destino. Tenta superar as insuficiências de uma concepção deficiente de processo, do rito pelo rito e da forma pela forma, abolindo o formalismo. Tenta superar um direito insuficiente, porque não deu respostas adequadas aos problemas sociais da época, **eliminando o fator jurídico**, que se torna o elemento menos importante, confrontando com uma ordem social ou política”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 8.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>183</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. Cit. p. 45-46.

Sendo assim, resta questionar: que tipo de pretensões um acesso à justiça assim definido pode veicular? O acesso efetivo aos bens da vida, aos serviços públicos e à dignidade? Acaso se tem esperanças de que a adaptação da técnica (e das convicções) para determinados “fins sociais” possa remediar a violência da escassez, ou por trás do pretexto redistributivo reside uma omissão utilitarista fundamental quanto à importância das garantias processuais, da liberdade de fala e de influência? No enredo desse “populismo processual”<sup>184</sup>, a amortização das tensões sociais assume-se como o verdadeiro projeto, em que a produção de sensações – de justiça, de acesso, de paz – deixa de fora a capacidade de participação e dissensão política e a própria “justiça social” em segundo plano.

### **1.3 Acesso à justiça no paradigma procedimental do direito**

Todas as construções sobre o significado de acesso à justiça recuperadas até o momento só reforçam a constatação de que toda interpretação do direito é feita em resposta aos desafios de uma determinada situação social<sup>185</sup>. “Hoje em dia, a doutrina e a prática do direito tomaram consciência de que existe uma teoria social que lhe serve como pano de fundo. E o exercício da justiça não pode mais permanecer alheio ao seu modelo social”<sup>186</sup>.

Se o paradigma do direito condiciona o modo como os direitos fundamentais e os princípios são entendidos e concretizados em um determinado sistema<sup>187</sup>, é necessário esclarecer sob a luz de qual paradigma do direito se sustenta o acesso (qualitativo) à justiça, para então apontar que ideias de Jurisdição, de processo, de garantias, de eficiência estão embutidas nesse conceito. No fundo, como se verá ao longo do trabalho, a competição entre diversas teorias do processo e do direito pela atribuição de conteúdos à expressão “acesso à justiça” envolve sobretudo uma

---

<sup>184</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Cit. p. 84.

<sup>185</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. 2. Cit. p. 123.

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>187</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. 1. Cit. p. 242.

acirrada disputa pelos fins do direito, do processo e até mesmo pelo modo como os juízes compreendem o seu papel<sup>188</sup>.

Segundo Habermas, o “direito formal burguês e o direito materializado do Estado social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na moderna história do direito”<sup>189</sup>. Estes dois “fortes concorrentes” não se reduzem a teorias situadas em um campo espacio-temporal absolutamente delimitado. O paradigma do direito construído por Habermas não nega aqueles dois, antes os absorve<sup>190</sup>, no marco da Teoria do Discurso, em um terceiro modelo, capaz de explorar a produtividade das tensões imanentes entre faticidade e validade<sup>191</sup>; direitos humanos e soberania popular; autonomias pública e privada<sup>192</sup>, dualidades sempre colocadas em uma relação de antagonismo e pré-ordenação sob os paradigmas liberal e social.

Para o autor:

O paradigma procedimental do Direito é (...) resultado de um conflito de paradigmas e parte da premissa de que o modelo liberal e o modelo do Estado Social de Direito interpretam a evolução jurídica em termos excessivamente concretistas à realização do direito e ocultam assim aquela interna conexão que se dá entre autonomia privada e autonomia pública, a qual necessita ser interpretada caso a caso<sup>193</sup>.

---

<sup>188</sup> E a adoção de um determinado conceito de acesso, como o de “acesso à ordem jurídica justa”, significa, por via de consequência, a anuência com todo arcabouço teórico, político, ideológico, a ele subjacente. Por isso Fernandes e Pedron advertem que “Nesse marco teórico em que a maioria dos processualistas estão posicionados, não teríamos como defender a bandeira do “acesso à Justiça”, nem mesmo como acesso à ordem jurídica justa, pois esta “tal” ordem jurídica justa e o próprio conceito de justiça estão eivados de um “axiologismo estatalizante” que não se abre a influxos, nem permite o desenvolvimento de um senso de adequabilidade necessário para a produção de decisões legítimas. FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Cit. p. 282.

<sup>189</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v I. Cit. p. 242.

<sup>190</sup> Ibidem.

<sup>191</sup> Manifestada na jurisdição como a tensão entre o princípio da segurança jurídica e a correção das decisões. Ibidem, p. 245.

<sup>192</sup> A estratégia reconstrutiva de Habermas (...) é assegurar, através da institucionalização de um procedimento discursivo, as condições ideais para o exercício simultâneo da autonomia privada e pública dos cidadãos não somente nos processos democráticos de formação da legislação, mas também nos processos de aplicação jurisdicional do direito. E essa estratégia pode ser realizada, segundo Habermas, através da **mediação jurisdicional da tensão entre a correção da decisão conforme ao direito positivo e a coerência da decisão conforme a ordem jurídica no seu todo**. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Cit. p. 203.

<sup>193</sup> HABERMAS, Jürgen. (1994), apud NUNES, Dierle José Coelho, Cit. p. 136.



A primeira concepção de acesso à justiça, como visto, foi desenvolvida na ambiência das codificações, da sociedade industrial, do Estado Liberal. Trata-se do modelo mais próximo da separação clássica dos poderes, em que o legislador prevê para o futuro, e o juiz avaliza o universo fechado de regras com sua atuação pontual. “O direito tem como objectivo a delimitação de esferas de acção para o prosseguimento de interesses privados nos quais intervém pouco. É por isso que se fala em “direito autónomo”.<sup>194</sup>

Naquele contexto, começa a se tornar dominante a “escola” do Positivismo Jurídico, que emprestava das ciências naturais “o método” de validação pela objetividade e pelo rigor metódico<sup>195/196</sup>.

O positivismo jurídico pretende (...) fazer jus à função da estabilização das expectativas, sem ser obrigado a apoiar a legitimidade da decisão jurídica na autoridade impugnável de tradições éticas. (...) Com isso, o problema da racionalidade é decidido a favor da primazia de uma história institucional reduzida, purificada de todos os fundamentos de validade suprapositivos. (...) A ligação da **validade** do direito à sua **gênese** não permite uma solução simétrica do problema da racionalidade. A razão ou a moral são, de certo modo, subordinadas à história. Por isso, a interpretação positivista da prática de decisão judicial faz com que, no final das contas, a **garantia da segurança jurídica** eclipse a garantia da correção.<sup>197</sup>(destacamos).

---

<sup>194</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a Democracia: O guardião das promessas*. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 240.

<sup>195</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.) *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 306.

<sup>196</sup> Como relembra Bahia, “logo após a edição do código Civil Francês (1804), [surge] a Escola Exegética. Os exegetas se propunham a estudar o Código crendo que seus comentários poderiam fixar o sentido das regras ali constantes. Outro produto da época (opondo-se ao Direito Natural) e que se desenvolveu no final do século XVIII, foi a Escola Histórica. Os historicistas eram contrários aos exegetas por valorizarem o costume, o *Volksgeist*, como principal elemento do Direito, chamando, assim, a atenção para o aspecto evolutivo do mesmo. Eles se posicionaram contra a concepção de uma razão a-histórica, contudo terminaram caindo no mesmo objetivismo iluminista sem qualquer preocupação com a empiria, com o caso concreto”. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. Cit. p. 305.

<sup>197</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. 1. Cit. p. 250-51.

O pensamento jurídico repousava em uma racionalidade teórica<sup>198</sup>, e a tarefa do juiz cingia-se a uma operação lógico-dedutiva dessas regras gerais, abstratas e impessoais.<sup>199</sup> A Jurisdição legitimava-se, portanto, pela sua capacidade em produzir as sensações de segurança jurídica e estabilidade ao sistema. O primeiro sentido de acesso à justiça, condizente com esta racionalidade, restringia-se ao direito de ingresso em juízo (*input*). Sustentava-se nas considerações relacionadas ao poder de exercício da ação, desprovido de qualquer conteúdo sócio-político. Entendido desta forma, o acesso à justiça e a atuação judicial voltam-se principalmente para as questões relacionadas ao direito invocado pelo autor<sup>200</sup>.

A segunda concepção de acesso à justiça pressupõe uma estrutura institucional completamente diferente do período anterior. Ainda sobre as bases positivistas, o Estado interventor passou a buscar na igualdade material o fundamento de suas competências. “A preocupação com a materialização dos direitos reflete-se no surgimento de novas teorias acerca da interpretação, que não mais prendam o juiz a uma aplicação mecânica da norma ao fato”<sup>201</sup>.

O juiz é incumbido de disfarçar o desequilíbrio entre as partes, seu juízo é tornado válido por critérios também diferentes da estrita legalidade, mais valendo o seu desempenho na realidade social, a capacidade de administrar. “Se o parlamento foi o grande beneficiário do primeiro modelo, é o administrador o grande senhor do segundo”. Sua razão torna-se instrumental, já não é necessário aplicar a lei, “mas procurar os meios mais seguros e mais rápidos para chegar a um dado fim”<sup>202</sup>.

Essa segunda figura polar admite uma gama de interpretações do direito, como aquelas que foram feitas pelo realismo legal, pela Escola do direito livre e a jurisprudência de interesses, em que, segundo Habermas,

---

<sup>198</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia Jurídica: Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 49.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>200</sup> CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 61-62.

<sup>201</sup> E “[g]anham terreno técnicas de interpretação que rejeitam o sentido subjetivo da “vontade do legislador” para buscar o sentido objetivo da lei”. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. Cit. p. 307.

<sup>202</sup> GARAPON, Antoine. Cit. p. 242.

Não é possível fazer uma distinção clara entre direito e política, lançando mão de características estruturais. Contudo, se for possível descrever os processos jurídicos de decisão do mesmo modo que os processos de poder políticos, então não faz mais sentido o postulado segundo o qual a segurança do direito deve ser garantida através de decisões consistentes, na base de um sistema de normas suficientemente determinadas. A produção jurídica do passado perde seu domínio sobre decisões atuais, porque estas dependem amplamente da decisão do juiz. A pretensão de **legitimidade** do direito pode, quando muito, preservar seu sentido, caso o juiz, imitando o político, tome suas decisões voltado ao futuro e inspirando-se em **orientações axiológicas** que ele tem como racionais. O direito passa a valer, então, como instrumento do controle do comportamento a ser acionado para fins racionais, isto é, fins políticos fundamentados utilitaristicamente de acordo com o bem-estar econômico.<sup>203</sup> (destacamos).

Para estabelecer um contraponto às duas leituras paradigmáticas de acesso apresentadas anteriormente, evitando tanto a representação discriminatória (liberal) quanto a paternalista (social)<sup>204</sup> dos direitos, é necessário deixar consignado qual é a compreensão de Jurisdição, de processo, de validade das decisões que subjaz ao conceito de acesso à justiça qualitativo.

O acesso à justiça qualitativo refere-se à consideração com que o jurisdicionado tem suas reivindicações recebidas nas esferas oficiais de poder (*input*), a profundidade do diálogo (respeito aos direitos fundamentais processuais), ao poder de influência que ele exerce sobre as decisões que lhe submetem (contraditório como direito de influência), e não só à eficiência quantitativa e a produtividade do sistema como um todo.

É fundamental que se diga que o paradigma procedimental do direito não se contenta com a visão instrumentalizada da Jurisdição, nem em função dos interesses privados (como no paradigma liberal) nem de metas coletivas (como no paradigma social), tampouco com uma leitura unilateral sobre os direitos e

---

<sup>203</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. 1. Cit. p. 249.

<sup>204</sup> Para Nunes, "Não se pode mais adotar regulamentações discriminatórias, típicas do direito liberal, nem paternalistas, típicas do estado social, uma vez que se percebe com Habermas, que: "Um programa jurídico se mostra como discriminatório quando é insensível às consequências limitadoras da liberdade, derivadas das desigualdades fáticas; é paternalista quando é insensível às consequências limitadoras da liberdade que acompanham a compensação estatal daquelas liberdades". NUNES, Dierle José Coelho. Cit. p. 135.

liberdades (seja ela monopolizada pelo Estado ou pelos particulares), nem com as figuras do juiz “árbitro”<sup>205</sup> ou “treinador”<sup>206</sup>.

Com efeito, a proposta do Estado Democrático de Direito parte de pressupostos bem distintos dos modelos precedentes. Como demonstra Bahia, a postura procedimental assumida por Habermas não ignora o avanço que o reconhecimento dos direitos individuais representou para a época, e reconhece a importância da materialização dos direitos para a promoção da cidadania. Mas ao observar as degenerações daqueles dois paradigmas se pôde concluir que o mero reconhecimento formal não é capaz de garantir a autonomia privada dos cidadãos, e “sua materialização pura e simplesmente em direitos “sociais” (ou até as sofisticações representadas pelos novos direitos “difusos”) não garante a construção de uma autonomia pública plena”<sup>207</sup>.

Para lidar com as desigualdades, sem que a esfera do público subsuma todas as dimensões da vida privada pela “opressão burocrática”, e para evitar que o direito perca sua capacidade de gerar integração social, Habermas pensa em um modelo de democracia que não tem de buscar justificativa nem na proteção a uma instância

---

<sup>205</sup> Garapon afirma que o modelo de **juiz árbitro** caracteriza-se pela abstenção da invasão no “poder económico, político ou doméstico, respectivamente dominados pelo mercado, pela representação nacional ou pela autoridade paternal. Em matéria económica limita-se a determinar as regras do mercado, proibindo-se de rever o equilíbrio das prestações contratuais, por exemplo. Da mesma maneira na política, o direito delimita o poder de cada um dos órgãos constitucionais. Em matéria doméstica, por fim, define os laços de parentesco e remete o restante para a autoridade do *pater familias*. Este modelo seria impensável fora de uma sociedade hierarquizada, estável e homogênea que limita os comportamentos sociais dentro de papéis muito precisos e canonizados”. GARAPON, Antoine. Cit. p. 241.

<sup>206</sup> Garapon afirma que com as promessas do “Direito Providência”, o **juiz treinador** “é designado para objetivos determinados: colocar a criança fora de perigo, salvar empregos, reintegrar os detidos. O juiz é tornado válido por seu desempenho (...) intimado a corrigir todas as injustiças do mercado e tratar dos prejuízos da industrialização. (...) As exigências do Estado-providência obrigam-na a adoptar um funcionamento burocrático. O gabinete, quer dizer, o escritório do juiz, sucede à sala de audiências como o melhor lugar da justiça; aí, o juiz, assistido por todo um areópago de peritos e trabalhadores sociais, pode mostrar-se mais activo. O direito deve apoiar-se em saberes que lhe são completamente estranhos, como a psicologia, a contabilidade, etc. Os papéis do juiz, do perito e do administrador confundem-se. (...) Este segundo modelo mostra hoje sérios sinais de sufocação. Fala-se muito actualmente de um “regresso do direito”, mas trata-se antes do fim do esquecimento do direito sob o Estado-providência.”. Ibidem, p. 242.

<sup>207</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. Cit. p. 305.

de direitos naturais, transcendentais, de uma minoria abastada, nem na distribuição de conforto por uma burocracia que dispensa a opinião dos clientes.

Sua proposta reconhece os limites regulatórios do Direito e não dispensa o jogo democrático<sup>208</sup> e seus potenciais discursivos como um meio radicalmente novo de fundamentar os direitos<sup>209</sup>. “Delieneia-se, pois, o novo paradigma, em que o cidadão deverá ter a oportunidade de influir nos centros decisórios onde o público não se resume ao estatal. (...) O paradigma do Estado Democrático de Direito reclama um “direito participativo, pluralista e aberto”<sup>210</sup>, e a legitimidade do direito repousará no exercício circular e simultâneo das autonomias privada e pública, em que os participantes da sociedade são, a um só tempo, autores e destinatários da ordem jurídica<sup>211</sup>.

Como explica Habermas,

Divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as

---

<sup>208</sup> “Para impedir, em última instância, que um poder ilegítimo se torne independente e coloque em risco a liberdade, não temos outra coisa a não ser uma esfera pública desconfiada, móvel, desperta e informada, que exerce influência no complexo parlamentar e insiste nas condições da gênese do direito legítimo”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v 2. Cit. p. 309.

<sup>209</sup> Como explica Simioni, “Habermas substitui o modelo do “contrato social” por um modelo procedimentalista de discurso ou deliberação: “a comunidade jurídica não se constitui através de um contrato social, mas na base de um entendimento obtido através do discurso”. Esse discurso será regulado “por uma forma procedimental de gestação discursiva da opinião e da vontade. Só assim é possível uma mediação entre os interesses individuais da autonomia privada de cada um dos cidadãos com os interesses coletivos de bem comum da autonomia pública dos cidadãos. Enquanto que na tradição do direito essa tensão entre autonomia privada a pública era resolvida pela forma geral e abstrata da lei, para Habermas, essa tensão só pode ser resolvida satisfatoriamente por um procedimento discursivo de formação da vontade e da opinião. Nessas condições, Habermas propõe um novo modelo de forma do direito, onde as liberdades privadas e a “vontade da maioria” podem ser compatibilizadas discursivamente, pela força dos melhores argumentos. E isso significa: sem a força da repressão”. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Cit. p. 158-59.

<sup>210</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. apud BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. Cit. p. 327.

<sup>211</sup> “Por isso, a gênese democrática do direito está no poder comunicativo, que é o resultado da discussão pública sob as condições procedimentais ideais do princípio do discurso. É no poder comunicativo, portanto, que o direito e as políticas públicas encontram legitimidade”. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Cit. p. 221.

condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los.<sup>212</sup>

No paradigma liberal a Jurisdição era compreendida como o lastro de uma opção política, não cabendo ao juiz senão a devoção ao formalismo legislativo. Com o tempo, essa mesma filosofia política que propagandeava a liberdade e a igualdade entre os homens tornou-se uma contradição em termos, deixando de legitimar uma Jurisdição cada vez mais excludente e incapaz de sustentar a legitimidade do sistema e a coesão social.

A tentativa do paradigma social do direito foi recuperar a fiança da ordem jurídica com a materialização dos direitos. Para que a Jurisdição entrasse no compasso desse novo princípio de justiça, assumindo como seu o projeto estatal distributivo, teve de se fechar à intervenção *desestabilizadora* das identidades plurais, com isso o paradigma materialista acabou induzindo a formação de uma Jurisdição surda, forjadora de um falso consenso ético-axiológico que não tardou em se traduzir em opressão e isolamento, portanto novamente em perda de legitimidade<sup>213</sup>.

No que se refere à compreensão da Jurisdição segundo o paradigma procedimental, Habermas propõe um modelo de interpretação do Direito que também obedece a condições procedimentais, que estruturarão o espaço argumentativo inclusive nos processos jurisdicionais. A vantagem deste novo modelo é a de permitir, a um só tempo, a garantia da *segurança jurídica* (positividade do Direito) e a exigência de *decisões corretas* (legitimidade)<sup>214</sup>, tensão

---

<sup>212</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. 2. Cit. p. 190.

<sup>213</sup> Acreditamos, ainda, cabível a crítica de Rosemiro Leal, para quem “o que se assegura nos dois enfoques são ideologias institucionalizadas das estruturas identificadoras dos modelos estatais examinados. Tanto o Estado burguês quanto o Estado social de direito confiam ao juiz a guarda dos direitos pela manutenção da ordem social e econômica pré-existentes às leis ou dos privilégios criados pela classe determinante para reforçar ou aumentar seus direitos e, às vezes, para fazer estrategicamente algumas concessões aos menos favorecidos. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 99.

<sup>214</sup> Para que a decisão atenda tanto à certeza quanto à aceitabilidade racional, Habermas propõe o cumprimento de dois pressupostos. É o que explica Bahia: “A partir das teorias desenvolvidas por Dworkin, Günther e outros, Habermas chega a duas “teses”, duas condições para que sua teoria da argumentação possa cumprir os dois requisitos que ele mesmo estabeleceu (certeza e aceitabilidade

esta sempre mal resolvida em prejuízo de uma ou de outra pretensão pelas teorias desenvolvidas no interior dos paradigmas anteriores.

Nesse sentido, Fernandes e Pedron observam que

No prisma dos procedimentos judiciais – que representam o objeto principal de nossa pesquisa – estes visam à proteção, decisão e estruturação dos espaços argumentativos (sem, contudo, interferir no fluxo dessas argumentações. Lembra Habermas que a **tensão entre facticidade e validade se manifesta no fato de que as decisões devem levar em conta, simultaneamente, a tensão entre segurança jurídica (agora entendida como positividade do direito e não mais como previsibilidade de decisão judicial, como queria a leitura positivista) e pretensão de decisões corretas (legitimidade).**<sup>215</sup> (destacamos).

Para Habermas, o juiz singular há de conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento *comum*, sustentado na comunicação pública dos cidadãos. Com isso, deixa de ter cabimento o *solipsismo jurídico*<sup>216</sup>. “Um juiz, sozinho, não pode dizer qual é o direito adequado à situação concreta. A venda nos olhos da Justiça se tornou insuficiente como modelo da práxis de fundamentação exigida pela teoria discursiva do direito”.<sup>217</sup>

Nesse passo, Simioni afirma que:

A estratégia reconstrutiva de Habermas então é assegurar, através da institucionalização de um procedimento discursivo, as condições ideais para o exercício simultâneo da autonomia privada e pública dos cidadãos não somente nos processos democráticos de formação

---

racional): **fundamentação interna** (que pressupõe a concepção de Direito como ordenamento principiológico), formado procedimentalmente pelos mais variados tipos de discurso e **fundamentação externa** (obtida sob condições comunicativas tais que garantam a prevalência do melhor argumento, dentro das limitações de um processo imparcial). Pelo exposto, percebe-se que as normas procedimentais assumem, ao lado dos pressupostos pragmático-discursivos, um lugar central na teoria da argumentação habermasiana. **Aquelas cabe, pois, não garantir a argumentação como tal, mas criar o ambiente que a possibilite ocorrer de forma livre. A resposta “correta” não se relaciona diretamente com o conteúdo da decisão, mas com a observância da regularidade procedimental que levou à mesma**”. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas. Cit. p. 349.

<sup>215</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Cit. p. 250.

<sup>216</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Cit. p. 198.

<sup>217</sup> Ibidem.

da legislação, mas também nos processos de aplicação jurisdicional do direito. E essa estratégia pode ser realizada, segundo Habermas, através da mediação jurisdicional da tensão entre a correção da decisão conforme o direito positivo e a coerência da decisão conforme a ordem jurídica no seu todo. Nessas condições, a tensão entre a facticidade do direito positivo e sua validade (legitimidade) encontra na jurisdição uma mediação, que se dá na forma de um problema de decisão correta e ao mesmo tempo coerente<sup>218</sup>.

Amplia-se, com isso, a importância da estrutura normativa do processo e, especialmente, a relevância dos princípios e regras que o instituem, “na medida em que deve ser assegurado um espaço-tempo racionalmente construído para a participação de todos os interessados na tomada de decisões”<sup>219</sup>.

Os direitos processuais, segundo Habermas,

[...] garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um procedimento equânime, isto garante, por sua vez, não a certeza do resultado, mas uma **clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato. Assim, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes, e não arbitrários.**<sup>220</sup> (destacamos).

A questão acerca da legitimidade das decisões jurisdicionais deixa de ser um problema redutível ao bom senso ou à escolha de bons juízes. “O que garante a legitimidade das decisões são antes direitos e garantias fundamentais, de caráter processual, atribuídas às partes (...) além da necessidade racional de fundamentação das decisões”<sup>221</sup>. Ainda que o Direito refira-se à coletividade como um todo, “nos discursos de aplicação”<sup>222</sup> essa necessidade de legitimidade afeta diretamente àqueles que sofrerão os efeitos do provimento jurisdicional”<sup>223</sup>.

---

<sup>218</sup> Ibidem, p. 203.

<sup>219</sup> NUNES, Dierle José Coelho. Cit. p. 139.

<sup>220</sup> HABERMAS, Jürgen (1994). *apud* NUNES, Dierle José Coelho. Cit. p. 139.

<sup>221</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 220.

<sup>222</sup> Os discursos de justificação, segundo Klaus Günther, são geralmente desenvolvidos no âmbito do Legislativo, e referem-se à validade de uma norma fundamentada imparcialmente. Isto não basta, no entanto, para que no caso concreto a decisão seja considerada correta. Para tanto, é necessário que



Como ressalta Nunes,

Na verdade, a partir do paradigma de Estado Democrático de Direito percebe-se que a legitimidade do direito não se dá pela simples atribuição de um lugar privilegiado ao estado ou ao cidadão, nem pela autonomia privada ou pública deste, mas sim pela empreitada cooperativa, que se apresenta por meio de procedimentos que possibilitam a participação igualitária e efetiva de todos os interessados no processo de produção das leis, bem como no processo de produção das leis, bem como no processo de aplicação das normas.<sup>224</sup>

Isto se dá pelo fato de que, na fundamentação segundo a Teoria Discursiva do Direito, todos os sujeitos potencialmente envolvidos devem ser considerados como iguais portadores de direitos, “de modo que não haja mais uma separação de papéis entre um terceiro privilegiado e as partes envolvidas em cada caso. Agora, todos igualmente se tornaram partes que pretendem se convencer reciprocamente na competição pelo melhor argumento”.<sup>225</sup>

O acesso à justiça qualitativo exige que as autonomias do cidadão sejam respeitadas não somente no momento da gênese do direito, mas sobretudo no momento aplicativo. Nestes termos, **o acesso à justiça qualitativo postula a garantia de uma estrutura procedimental/institucional que permita o acesso à argumentação, à imparcialidade, à fundamentação, à certeza de que as decisões tomadas em favor ou prejuízo do jurisdicionado só se legitimarão se forem tomadas discursivamente**, e não segundo critérios pessoais, corporativos, obscuros, afinal, de que valem os direitos fundamentais se estes estiverem a mercê de critérios tão herméticos e variáveis?

nos discursos de aplicação o juiz, em cooperação com os envolvidos, faça um juízo de adequação da norma ao caso concreto, com a descrição completa de todas as variáveis que gravitam em torno da situação concreta. Cf. Günther, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 70.

<sup>223</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais*. Cit. p. 220.

<sup>224</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 52.

<sup>225</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: estudos filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 298.

Quando se fala em acesso à justiça qualitativo no decorrer deste trabalho, advirta-se, não se prioriza a pesquisa acerca de institutos processuais e políticas públicas adequadas à melhoria da qualidade do acesso à justiça. Estas são, sem dúvida, questões relevantíssimas, mas que ficaram em segundo plano. O objetivo principal é demonstrar que o acesso qualitativo não se trata apenas de uma perspectiva de análise diferente de um mesmo objeto (quantidade vs. qualidade). O próprio objeto é transformado quando se ultrapassa o fosso paradigmático que separa uma e outra concepção de acesso.

O acesso à justiça qualitativo, portanto, por ser construído sobre uma base epistemológica radicalmente diversa, traz consigo uma proposta reconstrutiva das noções de direitos, de Jurisdição, de processo, já inconciliável com um acesso à justiça erguido sobre bases socializantes<sup>226</sup>.

---

<sup>226</sup> Ora visto como **barreira à discursividade procedimental-democrática** “É claro que a questão aqui posta e levantada não é de forma alguma de predileção entre o “bom” e o “mal”, o “perfeito” e o “imperfeito”, como modelo de “acesso à Justiça”, mas, sem dúvida, uma tentativa de adequação do acesso a um paradigma que não deseja impor uma “forma de vida concreta” e “única” através de carga axiológica presente em uma determinada sociedade, fazendo com que o Estado, a partir do que chamam de Estado-juiz (daí o Poder Judiciário como um todo), que, ao invés da produção do “acesso à Justiça” e da efetividade do processo, transformam-se em barreiras inarredáveis a discursividade procedimental-democrática, bem como o “acesso à Justiça” reconstrutivamente buscado nestes termos. Ou seja, não adiantam apenas boas intenções (como diria o ditado), se o obstáculo que se cria com as mesmas se torna “epistemológico”. Por tudo exposto de forma explícita ou de forma implícita pelo movimento empreendido pelo jurista italiano, fica claro que a passagem do paradigma liberal para o social é inofismável na obra de Cappelletti, e, com isso, as implicações e reflexos de tal postura. Apesar de buscar um sistema processual acessível a todos, o contexto em que o mesmo trabalhou foi vagarosamente ampliando e redefinindo os poderes do magistrado (princípio autoritário), reforçando o princípio da oralidade e a sistemática da cognição cada vez mais sumarizada”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Cit. p. 122-23.

## 2 ACESSO À JUSTIÇA E CRISE

*Sem os punhos de ferro da modernidade, a pós-modernidade precisa de nervos de aço.*

Z. Bauman

Como disse Menelick Netto, vivemos uma época de tamanha complexidade que as próprias ideias de Constituição, de Judiciário, de acesso à justiça envolvem uma persistente sensação de crise. Esse estado de crise, no entanto, não é recente<sup>227</sup> nem passageiro<sup>228</sup>. Não obstante, as propostas de reforma do Poder Judiciário geralmente se fundam sobre a afirmação de uma crise sem precedentes, mas plenamente superável. O presente capítulo é dedicado à análise das tendências que vem sendo implementadas sob este cenário, buscando analisar a real

---

<sup>227</sup> Segundo Eliana Calmon, a crise que desafia hoje a justiça brasileira já era sentida há muito: “os problemas que hoje são proclamados são os mesmos anotados em 1913 pelo Ministro Guimarães Natal, da Corte Suprema. Algumas décadas depois, em 1968, o Ministro Aliomar Baleeiro, escrevendo a história do Supremo “O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido”, assentou: “certo é que o cidadão da rua, mal informado sobre a invencível carga de trabalho que se abate sobre o Supremo, embora lhe reconheça o papel inestimável de sentinela dos direitos e liberdades individuais, olha de sobrecepo cerrado o que lhe parece apenas procrastinação nos julgamentos. E isto se repete sobre o prestígio do órgão junto à opinião pública. Senhores, mais de duas décadas depois, o discurso do poder é o mesmo. Mas o que é pior, o cidadão de rua já não mais reconhece o papel inestimável da Justiça, de que falava Baleeiro. Estamos a viver uma fase institucional abalada pela descrença, pela cobrança de soluções e pelo desrespeito institucional dos mais diversos segmentos sociais, onde se questiona até mesmo a divisão tripartite de poder”. ALVES, Eliana Calmon. *A crise do Poder Judiciário*. Correio Braziliense, Brasília, 18 abr. 1994. Caderno Direito e Justiça, n. 11310, p. 4-5.

<sup>228</sup> “A crise, para esse tipo de organização social moderna, de estrutura societária móvel, é, então uma constante que já se insere na própria noção e expectativa de normalidade. Ao contrário das sociedades antigas e medievais, rígidas e estáticas, a sociedade moderna é uma sociedade que se alimenta de sua própria transformação. E é somente assim que ela se reproduz. Em termos de futuro, a única certeza que podemos ter dessa sociedade é a sua sempre crescente **complexidade**. Ou seja, a conclusão é que tudo que é permanente em uma sociedade como a nossa é mutável, capaz de incorporar mudanças para garantir sua permanência, de adquirir novos sentidos no devir de gramáticas de práticas sociais cada vez mais complexas”. CARVALHO NETTO, Menelick de. Prefácio da obra de FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) crise*. Cit.

capacidade dessas propostas para sanear o alardeado estado de crise que as justifica.

Em dissertação dedicada aos desafios que rodeiam o tema da crise do Judiciário, Vera Lúcia Ponciano elenca que, no âmbito das causas, há autores que tratam a questão como uma decorrência da crise do Estado e da sociedade. Há ainda os que a atribuem à má administração e gestão do Judiciário, à falta de modernização e o despreparo dos juízes para lidar com os conflitos de uma sociedade cada vez mais complexa. Alguns a situam no âmbito das leis processuais inadequadas, enquanto outros preconizam que o problema estaria na legitimidade do Poder Judiciário, em razão dos fenômenos da politização dos juízes e judicialização da política<sup>229</sup>.

Embora não haja consenso quanto às causas, muito menos quanto às soluções possíveis, o diagnóstico sobre a existência de uma crise parece pacífico. Os impulsos reformistas partem não só do Judiciário, sobrecarregado de trabalho, nem da sociedade, movida pelo sentimento de impunidade, corrupção ou desigualdade no acesso à justiça. Com efeito, as repercussões da crise se espriam para além dos limites institucionais do Judiciário, sendo hoje comum a percepção da morosidade e da inoperância do sistema como obstáculos, por exemplo, à inserção da economia nacional na ordem internacional e à implantação de projetos de desenvolvimento pelo Executivo.

A propósito dos projetos de desenvolvimento, que passam agora a incluir a necessidade de readequação do Judiciário a um novo modelo de Estado, no ano de 2003 o Ministério da Justiça criou a Secretaria de Reforma do Judiciário, que declara entre suas “ações prioritárias”<sup>230</sup> a necessidade de: **a)** democratização do acesso à justiça; **b)** alterações legislativas; **c)** modernização da gestão do Judiciário. São

---

<sup>229</sup> PONCIANO, Vera Lúcia Feil. *Reforma do Poder Judiciário: limites e desafios*. Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: Fevereiro de 2009. p. 62.

<sup>230</sup> Há, ainda uma terceira ação prioritária: a “pesquisa/diagnóstico do setor”, omitida porque não tematizada diretamente no trabalho, muito embora se discuta a todo tempo a responsabilidade científica pela produção de conhecimento sobre o assunto e seus limites. Cf. Capítulo 3 *infra*.

estas as ações que vem pautando o processo de reforma do Judiciário atualmente<sup>231</sup> no Brasil.

Tomando por base essas linhas mestras do projeto reformista em trânsito, no presente capítulo elas serão recolocadas nos seguintes termos: **a')** acesso à justiça e crise de representatividade; **b')** acesso à justiça e crise do formalismo; **c')** crise da justiça e a reforma gerencial, sempre questionando os limites, ou melhor, a capacidade que essas propostas encerram para superar a crise, cujo temor costuma dramatizar<sup>232</sup> a urgência de cada uma dessas vias da reforma.

## 2.1 Acesso à justiça e crise de representatividade

Ao pesquisar sobre os obstáculos criados pelos sistemas jurídicos à efetivação dos direitos, Cappelletti e Garth observaram a existência de um padrão de barreiras ao acesso à justiça que não estava diretamente ligado à situação financeira dos litigantes: a dificuldade de defender em juízo os “novos direitos substantivos”, aqueles que “envolvem esforços para apoiar os cidadãos contra os governos, os consumidores contra os comerciantes, o povo contra os poluidores, os locatários contra os locadores, os operários contra os patrões”<sup>233</sup>.

Nesses casos, constataram, nem a demanda individual seria uma via eficiente para o cumprimento da lei, nem a mobilização política dos indivíduos uma alternativa provável de concretização dos direitos. Desta forma, o segundo grande movimento pela melhoria do acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, mas ao abordá-lo acabou por forçar a profunda “reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais”<sup>234</sup>.

---

<sup>231</sup>PONCIANO, Vera Lúcia Feil. *Reforma do Poder Judiciário: limites e desafios*. Cit. p. 193.

<sup>232</sup>Para usar um termo de Zaffaroni, que considera necessário “desdramatizar a situação, prescindindo do difuso conceito de crise judicial, para caracterizar a situação como produto de vários fatores que, no fundo, não fazem mais – nem menos – que aumentar a distância entre as funções manifestas e latentes [do Judiciário], mas que, ademais, têm a virtude de colocá-las de manifesto”. ZAFFARONNI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 23.

<sup>233</sup>CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Cit. p. 11.

<sup>234</sup>Ibidem, p. 18.

Já não estava em questão apenas a inaptidão dos instrumentos jurídicos do processo civil tradicional<sup>235</sup> para o trato dos interesses transindividuais<sup>236</sup>. Em virtude da vinculação que esses litígios guardam com temas de políticas públicas, participação popular, reconhecimento de grupos marginalizados e solidariedade social, a questão enredou para além da pesquisa de uma disciplina processual própria/adequada para a tutela de tais direitos em juízo, terminando por questionar o papel político do juiz, sua função na promoção da cidadania, não deixando de abalar a visão predominantemente individualista do processo judicial<sup>237</sup>.

Com efeito, a emergência desses novos atores coletivos trouxe a conhecimento uma *faceta política* do acesso à justiça, “inspirando uma nova consciência de efetiva possibilidade de participação no processo de construção da própria cidadania”<sup>238</sup>, em que a sociedade civil e o Judiciário passam a dividir um espaço antes monopolizado pelo Estado-Administração na distribuição de políticas públicas.

Diante da multiplicidade de conexões que o tema abordado na segunda onda de reformas possibilita, e a fim de evitar equívocos metodológicos, optou-se por abandonar, no presente trabalho, a tentativa de encontrar uma correspondência exata de fenômenos entre as tendências diagnosticadas especialmente na Europa central a partir dos anos 1970 com possíveis manifestações legislativas deste

---

<sup>235</sup> Traduzido nas chamadas “demandas-átomo”, expressão cunhada por Kazuo Watanabe.

<sup>236</sup> A consciência de que a defesa judicial dos interesses de grupos apresenta peculiaridades já suscita em primeiro plano questões de ordem técnica como as seguintes: “como cuidar da representação ou da substituição processual do grupo lesado? Como estender a coisa julgada para além das partes formais do processo? Como repartir o produto da indenização entre lesados indetermináveis? Como assegurar a presença de todo o grupo lesado nos processos coletivos destinados à composição e decisão de tais conflitos intersubjetivos?”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48.

<sup>237</sup> Segundo Cappelletti, “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”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Cit. p. 19.

<sup>238</sup> ALVES, Cleber Francisco. *A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio em Dezembro de 2005, p. 61.

movimento no Brasil<sup>239</sup>. Prioriza-se, assim, a propósito da segunda onda, explorar as conexões temáticas que o tema do acesso à justiça inspira com respeito às noções de inclusão social, participação e cidadania<sup>240</sup>, investigando qual o papel político do Judiciário no reconhecimento dos direitos e liberdades, perquirindo qual a “responsabilidade democrática dos juízes”<sup>241</sup>, quais os limites deste tipo de representatividade, e a que critérios ele deve obedecer.

Como ressalta Gisele Cittadino, o protagonismo recente dos tribunais não problematiza apenas o princípio da separação dos poderes e o dogma da neutralidade política do Poder Judiciário, “como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-respresentativas”<sup>242</sup>. É especificamente este aspecto do acesso à justiça que se pretende observar neste tópico. A expansão do poder dos tribunais<sup>243</sup> e o incremento da influência política do juiz nos processos de transformação social, de reconhecimento das identidades, de (re)construção da cidadania e reforço das instituições de garantia do Estado de Direito<sup>244</sup>.

Uma das chaves para a compreensão da expansão da incidência política do Judiciário, tanto nos países “centrais” quanto nos “periféricos”, radica exatamente no “fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face de sua natureza

---

<sup>239</sup> No Brasil, a defesa dos interesses de grupos começou a ser sistematizada com o advento da Lei n. 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública (LACP), e, em seguida, com a Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor (CDC), que distinguiu os interesses transindividuais em difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. MAZZILLI, Hugo Nigro. Cit. p. 49.

<sup>240</sup> Como percebe Cleber Francisco Alves, “hoje se fala em uma “**nova cidadania**” que abrange não apenas os direitos civis, políticos e sociais tradicionais, mas também toda uma gama de expectativas decorrentes da complexidade que caracteriza as relações sociais no mundo atual, notadamente no que diz respeito aos chamados direitos difusos e coletivos; de caráter meta-individual, não mais identificados apenas com uma determinada classe social”. ALVES, Cleber Francisco. Cit. p. 59.

<sup>241</sup> CITTADINO, Gisele. Cit. p. 19.

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>243</sup> Ou aquilo que se designa por “ativismo judicial”. Evita-se o emprego de termos como “ativismo”, ou mesmo “judicialização” em um sentido otimista ou depreciativo. Todas essas expressões, dependendo do prisma de abordagem, podem descrever tanto a convivência cooperativa quanto conflituosa entre as instâncias políticas e judiciais. Considerando essa variância, evitou-se a tentativa de definir e enquadrá-las no repertório de uma ou outra corrente político-ideológica, sendo assim não se promete a fidelidade conceitual (e, portanto, valorativa) com que geralmente os autores aplicam os termos.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 18.

difusa e coletiva”<sup>245</sup>. Com efeito – como percebe Boaventura Santos há um trio de décadas –, a luta pelos direitos de carácter coletivo por intermédio dos novos movimentos sociais agregou um novo elemento ao conceito de cidadania, uma vez que

Os protagonistas dessas lutas não são as classes sociais, ao contrário do que se deu com o duo marshalliano cidadania-classe social no período do capitalismo organizado; são grupos sociais, ora maiores, ora menores que classes, com contornos mais ou menos definidos em vista de interesses coletivos por vezes muito localizados mas potencialmente universalizáveis. As formas de opressão e de exclusão contra as quais lutam não podem, em geral, ser abolidas com a mera concessão de direitos, como é típico da cidadania; exigem uma reconversão global dos processos de socialização e de inculcação cultural e dos modelos de desenvolvimento, ou exigem transformações concretas imediatas e locais (por exemplo, o encerramento de uma central nuclear, a construção de uma creche ou escola, a proibição de publicidade televisiva violenta), exigências que, em ambos os casos, extravasam da mera concessão de direitos abstratos e universais.<sup>246</sup>

Luiz Eduardo Motta acrescenta que no Brasil, no interregno compreendido entre os fins da ditadura e a reabertura democrática,

[U]ma rede dinâmica de movimentos sociais começou a ser organizada nas cidades e no campo. (...) [N]essa conjuntura de abertura política, as demandas e conflitos protagonizados por movimentos sociais tornaram-se uma importante referência na avaliação do funcionamento e da estrutura do sistema judicial brasileiro, sobretudo do Poder Judiciário. Esses movimentos sociais que surgiram na virada dos anos 70 para os 80, como as organizações de defesa dos direitos humanos, comunidades eclesiais de base, associações de moradores, movimentos urbanos que reivindicavam a oferta e melhorias dos serviços públicos, movimentos feministas e organizações negras visavam à defesa dos direitos humanos, além de serem portadores de reivindicações por emprego, terra, habitação, saúde, transporte, educação. Esses movimentos contribuíram para o debate em torno da necessidade de mudanças legislativas e institucionais que garantissem novos direitos individuais e coletivos, sobretudo direitos para a população marginalizada e para as minorias.<sup>247</sup>

---

<sup>245</sup> Ibidem.

<sup>246</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Cit. p. 261.

<sup>247</sup> MOTTA, Luiz Eduardo. *Acesso à Justiça, cidadania e judicialização no Brasil*. Disponível em: [http://www.achegas.net/numero/36/eduardo\\_36.pdf](http://www.achegas.net/numero/36/eduardo_36.pdf). Acesso em: 23 dez. 2011.



É certo que a luta política protagonizada em princípio pelos Novos Movimentos Sociais se dá em múltiplas frentes, não propriamente inseridas no marco institucional ou do Estado. Entretanto, a presente abordagem restringe-se ao novo papel político assumido pelo Judiciário, igualmente fundamentado no desgaste das instituições representativas tradicionais, como via possível de reconhecimento das subjetividades e integração dos cidadãos no processo político-comunitário.

Sobre a conexão entre acesso à justiça e cidadania Cleber Francisco Alves sintetiza:

O “novo” conceito de cidadania que se descortina implica na luta pela efetividade desses direitos meta-individuais que, todavia, não perdem o caráter de direitos fundamentais. Estamos falando do direito à terra e à moradia, do direito ao meio ambiente, do direito do consumidor, além dos direitos das mulheres, das crianças, dos idosos, das minorias étnicas etc, associados aos chamados direitos de “terceira geração” e que por sua vez normalmente costumam ser vinculados à “segunda onda” do movimento mundial de acesso à Justiça<sup>248</sup>.

Nestes termos, Luiz Werneck Vianna ressalta a criação progressiva de uma **nova arena pública** em torno do Poder Judiciário, “externa ao circuito clássico sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular”<sup>249</sup>. Nesse novo espaço público, “os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos”<sup>250</sup>. Os juízes passam a constituir, nas palavras de Garapon e Allard, o último estágio de uma “mobilização que começa nos movimentos de defesa dos direitos do homem, baseada, de agora em diante, na perspectiva de que é através desta linguagem que deve apresentar as suas reivindicações políticas”<sup>251</sup>.

---

<sup>248</sup> ALVES, Cleber Francisco. Cit. p. 60.

<sup>249</sup> WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumam. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22-23.

<sup>250</sup> Ibidem.

<sup>251</sup> GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. *Os Juízes na Mundialização: a nova revolução do direito*. Trad. Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 39.

Os principais críticos desse intervencionismo alargado baseiam suas objeções no caráter supostamente antidemocrático da atuação judicial em face dos outros ramos representativos do povo e do governo. A ilegitimidade do “ativismo judicial”<sup>252</sup> repousa, segundo diferentes posições, na violação do princípio da separação de poderes<sup>253</sup> e na ameaça de ingovernabilidade<sup>254</sup> que ele representaria.

Presumir, no entanto, a legitimidade *tout court* dos ramos Legislativo e Executivo sobre a do Judiciário com base unicamente nos apelos ideológicos do princípio majoritário e do sistema representativo seria uma atitude no mínimo ingênua, comenta Paola Bergallo sobre o contexto político argentino. Também aqui vivenciamos a fraqueza institucional dos três ramos da democracia, a tradição “hiper-presidencialista”, a personalização do poder, as distorções no sistema representativo e a instabilidade política<sup>255</sup>.

---

<sup>252</sup> “Tal qual definida por Vallinder, a judicialização corresponde ao processo de infusão de processos decisórios jurídicos e de procedimentos típicos de tribunais nas arenas políticas onde estes processos e procedimentos não se faziam presentes. Assim, a judicialização da política (...) refere-se a um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais – isto é, uma politização do Judiciário”. EISENBERG, José. *Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicialização da Política*. Cit. p. 47.

<sup>253</sup> Segundo o texto mais recitado pelos críticos do ativismo, “*Não há também liberdade se o poder de julgar não é separado do poder de legislar ou do poder executivo. Se ele estiver reunido ao poder de legislar, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se reunido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor*”. MONTESQUIEU. *Espírito das Leis*, Livro XI, cap. VI. Entretanto, vale observar com Canotilho que “(...) Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de se saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 559.

<sup>254</sup> Ilustre-se com a crítica de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem “[n]ão se pode desconhecer, outrossim, que essa judicialização afeta a governança. De fato, o desempenho pelo Judiciário de funções políticas em princípio atribuídas a outros Poderes pode levar a uma “confusão de poderes”, daninha para a condução das atividades do Estado, por provocar eventualmente o entrelaçamento de orientações diversas. Este possível entrelaçamento de posicionamentos facilmente escorregará para o conflito entre os Poderes, sem que haja um Poder neutro, para modera-los ou arbitra-los”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário e suas implicações: *Systemas Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*. Ano 1, n. 2.

<sup>255</sup> BERGALLO, Paola. *Justice and Experimentalism: Judicial Remedies in Public Law Litigation in Argentina*. SELA 2005 Panel 4: The Lawyer’s Role. Disponível em: [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Justice\\_and\\_Experimentalism.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Justice_and_Experimentalism.pdf). Acesso em: 11 jan. 2012. Trad. livre de Renata Gomes Nascimento – Discente de graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Esta conjuntura faz inspirar cautela com respeito à legitimidade irrepreensível dos ramos políticos. Se ainda deixarmos de ignorar as condições atuais do sistema político – sob o qual as relações de poder assimétricas se estabilizam e reproduzem sob a lógica dos sistemas econômico e administrativo – esta presunção de legitimidade absoluta parece ainda mais frágil.

De todo modo, a expansão do sistema jurídico acompanha os jovens movimentos de constitucionalização e democratização<sup>256</sup>, em que se atribui aos direitos fundamentais uma função de “integração dos indivíduos no processo político-comunitário e da ampliação do chamado espaço público<sup>257</sup>. No paradigma procedimental do direito, ter acesso aos direitos não significa apenas ser livre contra os abusos do poder<sup>258</sup>, nem recebê-los segundo uma concepção alheia de bem-estar.

A noção de acesso à justiça que se vem defendendo transcende a ideia de reivindicação ao acesso a um sistema de direitos já dado. O que se pretende é expor à crítica os arranjos institucionais, o corporativismo, as construções dogmáticas, que *falam em nome* do acesso, mas que só viabilizam a sensação eventual de pertença a um sistema político rígido, cujo rol de incluídos e excluídos já vem pré-determinado.

---

<sup>256</sup> Segundo estudo realizado pelo Observatório de Jurisprudência Português, diversas noções estreitamente ligadas – judicialização, constitucionalização, burocratização, traduzem processos interligados que, em regra, tendem a trazer mais racionalidade e mais cidadania à vida em sociedade, ou seja, mais respeito e defesa dos direitos do cidadão. “(...) *A judicialização refere-se a uma juridificação que se desenvolve através do recurso aos Tribunais. A constitucionalização designa a transformação global das pretensões do direito em pretensões constitucionais. A burocratização significa, no presente contexto, um crescimento da complexidade do pessoal e dos modos operativos acompanhada de uma divisão de trabalho mais ou menos racional*”. PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. *Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Centro de Estudos Sociais. Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra. Novembro de 2001, p. 17.

<sup>257</sup> CITTADINO, Gisele. Cit. p. 29.

<sup>258</sup> “Com efeito, recusando a concepção de direitos públicos subjetivos, que constituiriam um conceito técnico-jurídico do Estado liberal preso à concepção individualista do homem, os constitucionalistas democráticos preferem adotar a expressão direitos fundamentais do homem, que designa, no âmbito do direito positivo, as prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas”. *Ibidem*, p. 30.

Com efeito, Evelina Dagnino aponta que a concepção de cidadania que se tem atravessa e transforma a noção mesma de direitos.

A nova cidadania, ao contrário das concepções tradicionalmente vigentes no Brasil, não está vinculada a uma estratégia de classes dominantes e do Estado de incorporação política gradual dos setores excluídos, com o objetivo de uma maior integração social ou como uma condição legal e política necessária para a instalação do capitalismo. **A nova cidadania requer – é inclusive pensada como consistindo nesse processo – a constituição de sujeitos ativos (agentes políticos), definindo o que consideram ser seus direitos e lutando para seu reconhecimento enquanto tais.** (...) O que está em jogo, de fato, é o direito de participar na própria definição desse sistema, para definir de que queremos ser membros, isto é, a invenção de uma nova sociedade<sup>259</sup>.

No ponto de entrelaçamento entre direitos fundamentais e democracia participativa, ter acesso à justiça não corresponde a ter acesso aos direitos como bens ou como liberdades apenas, é possuir garantias (claro, materiais, mas, sobretudo institucionais) de não “estar à margem das dinâmicas propiciadoras de reconhecimento social”<sup>260</sup>, e nesse ponto a atuação contramajoritária do Judiciário é insofismável.

Isto se dá porque, como observam Andrei Koerner e Débora Maciel,

A revolução procedimental teria ampliado os espaços para o exercício de uma “soberania complexa”, que consistiria na combinação de duas formas de representação, a política e a funcional, e de duas dimensões da cidadania, a política e a social; a primeira exercida pelos representantes eleitos com base nos procedimentos democráticos e a segunda, pela comunidade de intérpretes, composta inclusive pelos agentes judiciais legitimados pela Constituição. Assim, “(...) se a cidadania política dá as condições ao homem comum de participar dos procedimentos democráticos que levam à produção da lei, a cidadania social lhe dá acesso à procedimentalização na aplicação da lei por meio de múltiplas formas, individuais ou coletivas, de um simples

---

<sup>259</sup>DAGNINO, Evelina. *¿Sociedad civil, participación e ciudadanía: de que estamos falando?* In: Daniel Mato (coord.). *Políticas de ciudadanía y sociedad civil em tiempos de globalización*. Caracas: FACES, Universidad Central de Venezuela, 2004, p. 104.

<sup>260</sup>CARVALHO, Maria Alice Rezende. *Cultura política, capital social e a questão do déficit democrático no Brasil*. In: Luiz Werneck Vianna, *A Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2002, p. 320.

requerimento a uma ação pública, proporcionando uma outra forma de participação na vida pública”<sup>261</sup>.

Declarar a indispensabilidade da atuação do Judiciário na manutenção da higidez do sistema democrático não autoriza, contudo, assumir que lhe caiba distribuir as compensações sociais segundo um peculiar princípio de justiça, ou interpretar solitariamente as intenções do pacto republicano – avocando o papel de regente das liberdades positivas dos cidadãos<sup>262</sup>.

Precisamente por isso Habermas afirma que em um Estado Democrático de Direito a corte constitucional deve

(...) entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político<sup>263</sup>.

Segundo a idealização clássica, é de bom tom que o Judiciário permaneça desligado das paixões políticas, abstraído de sua condição humana e contingente. Nessa neutralidade ético-política herdada de tempos liberais fundamentava-se a legitimidade do juiz para arbitrar os conflitos de modo imparcial. Mas questiona-se com Garapon: como pretender do juiz uma “legitimidade exclusivamente positivista num universo que deixou de o ser”<sup>264</sup>? E ainda: como ignorar que o minimalismo judiciário colabora com os meios de influência mais discretos, com as transações de bastidores que negociam as regras e a distribuição de direitos? Como afirmar, nestes termos, que a estrita separação contribua para o aprofundamento da democracia constitucional?

---

<sup>261</sup> KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. *Sentidos da judicialização da política: duas análises*. Lua Nova, São Paulo, n. 57, 2002. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S01024452002000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01024452002000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 11 jan. 2012. p. 125.

<sup>262</sup> CITTADINO, Gisele. Cit. p. 32.

<sup>263</sup> Habermas, Jürgen. *Más Allá del Estado Nacional*. Madrid: Trotta. 1997, p.99.

<sup>264</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a Democracia: O guardião das promessas*. Cit. p. 270-71.

O combate a essa postura lacônica, ou a percepção do Judiciário como possível via de resgate da legitimidade democrática pelo restabelecimento do contato com os grupos marginalizados não é nenhuma novidade. Depois do *boom* regulatório das legislações sociais<sup>265</sup>, o Judiciário ficou mais exposto aos conflitos de interesses, cada vez mais genéricos e volumosos<sup>266</sup>, o que inevitavelmente o aproximou da comunidade política, forçando o juiz a intervir para igualar, tutelar, corrigir.

Desde então o cânone da neutralidade teria cedido espaço ao da representatividade “jurídica”<sup>267</sup>. De qualquer modo, é inegável que a ampliação dos instrumentos judiciais propicia às lideranças sociais mais um espaço de ação na agenda das instituições políticas. Mas se cabe reconhecer que o Judiciário enfrenta hoje um desafio político, certamente ele não reside em criar possibilidades de compensação sistêmica das disfuncionalidades dos outros poderes<sup>268</sup>. A exacerbação no exercício da função judicante com a sobreposição das instituições

---

<sup>265</sup> Ou após, como preferem outros, as “transformações constitucionais pós-88, que permitiram o maior protagonismo dos tribunais em virtude da ampliação dos instrumentos de proteção judicial, e que teriam sido descobertas por minorias parlamentares, governos estaduais, associações civis e profissionais (...)”. KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. Cit.

<sup>266</sup> “Especialmente em face da ampliação da agenda do sistema jurisdicional brasileiro, sabe-se que não é possível, na atualidade, esquecer que a ciência jurídica (e processual) precisa lidar, de modo a viabilizar uma aplicação legítima e eficiente, com **três tipos de litigiosidade**: a) **individual ou “de varejo”**: sobre a qual o estudo e dogmática foram tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo lesões e ameaças a direito isoladas; b) a litigiosidade **coletiva**: envolvendo direitos coletivos e difusos, nos quais se utilizam procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (órgãos de execução do MP, associações representativas etc); e c) **em massa ou de alta intensidade**: que dá margem a propositura de ações repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa”. Nunes, Dierle José Coelho. *Política do Judiciário no Direito Comparado – Algumas considerações*. in MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (coord). *Constituição e Processo: Entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011, p. 39-40.

<sup>267</sup> Como explica Garapon “A explosão dos contenciosos transformou silenciosamente o acto de julgar, a tal ponto que já não se sabe muito bem qual foi o mais determinante, se o desafio quantitativo ou o desafio qualitativo. Este novo modelo de justiça vai buscar a sua origem tanto a uma nova razão jurídica como à racionalização de escolhas orçamentais. Esta transformação do papel da justiça não está, com efeito, desligada da crise financeira do Estado-providência. A política descentralizada é mais necessária agora que os recursos dos nossos Estados estão limitados. É necessário administrar já não sob o horizonte livre de um enriquecimento permanente como durante os “Trinta Gloriosos”, mas pelo contrário sob o de uma penúria endêmica que não é aliás própria da justiça. O horizonte está assim obstruído” GARAPON, Antoine. *O juiz e a Democracia: O guardião das promessas*. Cit. p. 255.

<sup>268</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Política do Judiciário no direito comparado - algumas considerações*. Cit. p. 35.

representativas pelo sistema judicial é uma alternativa tão indesejável aos critérios democráticos quanto a invocação do minimalismo judicial. Como, então, conviver com este dilema permanente?

Nas palavras de Garapon,

As relações entre justiça e democracia tomam corpo nesta contradição maior: *necessidade de um terceiro, impossibilidade de um terceiro*. (...) A democracia reclama simultaneamente a prova e a contestação desta função que não pode ser completamente terceira e deste julgamento que não pode ser inteiramente racionalizável. Não podendo pretender uma independência radical, o juiz não pode ter numa democracia senão o estatuto de **terceiro incluído, sempre responsável pelos seus julgamentos perante a comunidade política**. Conceber um novo local para a justiça obriga a repensar os nossos arranjos institucionais como um jogo de *checks and balances* sofisticados, para lá de uma adulação sem comedimento ou de uma suspeita infundada perante o juiz<sup>269</sup>. (destacamos).

Traduzindo a questão em termos mais específicos, questiona-se até que ponto assiste razão aos que defendem uma ligação natural entre a pró-atividade do Judiciário com a ampliação e democratização do acesso à justiça, em face da expectativa difusa de que para dar cumprimento aos princípios constitucionais, para exercer sua função legitimamente, para ser atento ao direito de acesso do cidadão o magistrado há de comportar-se “dinamicamente”.

Nessa linha de ideias, Felipe Dezorzi Borge afirma que

O Poder Judiciário, como expressão da sociedade ativa, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralidade de sua atividade; pelo contrário, o juiz e os demais operadores do direito encontram-se vinculados à concretização de direitos individuais ou coletivos. **Essa ampliação da postura ativa do Poder Judiciário, então denominado *ativismo jurídico*, não representa qualquer incompatibilidade com o atual regime democrático, mas, sim, efetiva renovação democrática do acesso à justiça pelo exercício de uma cidadania ativa**<sup>270</sup>. (destacamos).

---

<sup>269</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a Democracia: O guardião das promessas*. Cit. p. 260.

<sup>270</sup> BORGE, Felipe Dezorzi. *Ativismo jurídico: expressão do acesso à Justiça e da cidadania ativa*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13794/ativismo-juridico-expressao-do-acesso-a-justica-e-da-cidadania-ativa/2>. Acesso em: 10 jan. 2012.

Também o Desembargador paulista José Renato Nalini em obra intitulada “O Juiz e o Acesso à Justiça” defende sob o viés protagônico a erradicação do passivismo judicial como saída para a crise no acesso à justiça. Em termos:

O juiz, órgão atuante do direito, não pode ser uma pura máquina, uma figura dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes (...) O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico dos fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica<sup>271</sup>.

Os exemplos de associações desta espécie na literatura jurídica são inúmeros, mas raríssimas as pesquisas que enfrentam o tema para além das generalizações. Em pouquíssimos casos oferta-se um modelo explicativo consistente, que confronte dados da transformação institucional do Judiciário (ou da sua “revolução criativa”) com resultados empíricos nos planos internos e externos ao sistema de justiça, quais seriam os ganhos em termos de melhoria das condições de trabalho e pesquisa para o juiz ou de desobstrução da rotina nos cartórios; cabe discutir se tal postura institucional propagandeada transforma as opiniões e expectativas dos atores em conflito, e o quanto mais próximo o jurisdicionado se sente de seus direitos, o quanto menos inconveniente ou inútil se acreditam os encontros com a justiça.

É claro que a investigação sobre a pertinência do discurso que associa a proatividade do juiz com a melhoria do acesso à justiça é um empreendimento metodológico difícil. Tanto em função da complexidade do tema, que desafia o cruzamento empírico de planos analíticos tão variados<sup>272</sup> como pela dificuldade que há em decifrar quais os segmentos estratégicos interessados nessa mudança atitudinal, e que contrapartida levam do Estado ou do Judiciário pelo investimento nesse projeto.

---

<sup>271</sup> Nalini, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 81-82.

<sup>272</sup> e.g, organizacionais, corporativos, intra-poderes e com a sociedade civil.



Uma leitura pragmática como esta permitiria discutir o acerto do decantado hábito intelectual de atribuir à iniciativa/criatividade/engajamento judicial os sucessos e fracassos no caminho da democratização do acesso à justiça<sup>273</sup>. O que se insiste em saber é qual a real **capacidade normativa** dessa fórmula para liberar o acesso de pessoas e grupos à justiça e à orgânica constitucional.

Não se trata apenas de reconhecer os limites das ferramentas à disposição do Judiciário para a reorganização estrutural do Estado, mas, sobretudo, de observar nas contradições do estatuto do juiz em nosso sistema de justiça uma advertência para o perigo latente de instrumentalização do direito (e do discurso sobre o “ativismo engajado”) para o uso estratégico do poder jurisdicional<sup>274</sup>.

Se a suspeita de que os discursos articulados em torno da necessidade de uma atuação judicial mais enfática nem sempre se voltam para o *enforcement* dos direitos fundamentais for fundada, a festejada hipótese de que o protagonismo judicial atende ao acesso à justiça será irremediavelmente falsa. Se o “ativismo” puder servir a dois senhores, igualmente à concretização de direitos e à instrumentalização do Judiciário para os projetos estatais ou do sistema econômico, é claro que a tese não passa de uma especulação inconsequente, que e a respeito do acesso à justiça só aproveita o apelo, e que pouco ou nada diz sobre o lugar do juiz na democracia.

Imunizados ao menos contra a tentação (e decepções) de toda solução redentora, estaríamos prontos a questionar: afinal, o que leva a criatividade do decisor ser tão incentivada (se for para produzir, flexibilizar os sentidos da lei, adaptar procedimentos) e tão reprimida (pela padronização decisória, pela filtragem de litígios de massa, pela vinculação sumular)? Por que razão o rigor pretoriano com

---

<sup>273</sup> Segundo esta crença, o juiz é “naturalizado” por uma antropologia que aparece em socorro de uma teoria do direito incapaz de fundamentar a sua legitimidade. Evitemos venerar o juiz com a mesma ingenuidade com que o positivismo celebrava ontem a regra. Agitar o espantinho do governo dos juizes é tão estéril como invocar de maneira incantatória a independência da justiça. Aproximando a distância entre o juiz e a comunidade política, expomo-nos ao arbitrário, mas se a negarmos, estamos a condená-la da mesma maneira, talvez ainda mais” GARAPON, Antoine. *O juiz e a Democracia: O guardião das promessas*. Cit. p. 259.

<sup>274</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1 Cit. p. 212.

a dinâmica da separação entre os poderes varia tanto conforme o grau de Jurisdição? O que nos faz interpretar o arrojo judicial como cautela em questões tributárias e como incoseqüência em questões de saúde pública?

Há que se reconhecer, com Santos, que muito do protagonismo dos tribunais emerge do modelo de desenvolvimento neoliberal, que estimula, a fim de que os negócios tenham estabilidade, um Judiciário rápido, eficaz, independente. Entretanto, nessa fase da globalização não são todos os campos que reclamam por um Judiciário nesses moldes, e por isso as reformas do sistema judiciário por todo o mundo “se centram, muito selectivamente, nos sectores que melhor servem a economia, deixando de fora todos os outros”<sup>275</sup>.

É claro que a percepção da incidência cada vez maior de temáticas como, por exemplo, ações afirmativas, direitos das minorias homossexuais e indígenas, controle de legalidade de atos administrativos, e, ainda, nas tutelas de saúde (individuais e coletivas) comprovam presença do Judiciário na cena política<sup>276/277</sup>. Não lhe cabe simplesmente a arbitragem de disputas, mas em virtude da natureza desses direitos, a intervenção judicial é reivindicada para a “transformação estrutural de instituições estatais com respeito aos direitos e princípios democráticos consagrados na Constituição”<sup>278</sup>. É esta, a propósito, a ideia que a *litigância de*

---

<sup>275</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 23-24.

<sup>276</sup> “A nova ordem constitucional reforçou o papel do Judiciário na arena política, definindo-o como uma instância superior de resolução de conflitos entre o Legislativo e o Executivo, e destes poderes com os particulares que se julguem atingidos por decisões que firam direitos e garantias consagrados na Constituição. O protagonismo político do Judiciário está inscrito em suas atribuições e no modelo institucional. As atribuições não apenas foram aumentadas com a incorporação de um extenso catálogo de direitos e garantias individuais e coletivos como alargaram-se os temas sobre os quais o Judiciário, quando provocado, deve se pronunciar”. SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Revista Opinião Pública*. Campinas, v. 10 n. 1. Mai. 2004.

<sup>277</sup> “Ao lado dessas modificações, também foram ampliados instrumentos jurídicos, responsáveis por obrigações constitucionais. Destacam-se, entre eles: o habeas corpus, o mandado de segurança, individual ou coletivo (partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe ou associações civis); o mandado de injunção; o habeas data; a ação popular; a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; a inconstitucionalidade por omissão”. *Ibidem*.

<sup>278</sup> BERGALLO, Paola. *Cit.*

*interesse público*<sup>279</sup> veicula: um novo tipo de relacionamento judicial (especialmente) com a administração pública<sup>280</sup>.

Como lembram Antoine Garapon e Ioannis Papadopoulos,

No final dos anos 1960 e início de 1970, ocorreu nos Estados Unidos uma pequena revolução legal que **transformou duradoura e profundamente a estrutura do processo e a função de julgar**. Este fenômeno foi chamado de “direito de interesse público” (litígio de direito público). Os tribunais federais têm gradualmente sido chamados não só para decidir controvérsias convencionais (contratuais e extracontratuais) entre os indivíduos, mas para gerir ações coletivas ou supervisionar as reformas estruturais em certas administrações<sup>281</sup>. (tradução livre)

Mas a Litigância de Interesse Público (LIP) não significa apenas a transformação da estrutura processual e do ato de julgar. Ela é muito representativa da diluição das fronteiras entre os Poderes do Estado e do realce político do Judiciário. Muito embora este novo tipo de litígio busque uma reforma organizacional com a reparação das violações a direitos constitucionais perpetrados por agentes públicos<sup>282</sup>, é possível visualizar que em alguns casos este tipo de interferência é aproveitado como uma oportunidade para judicializar *determinadas* demandas.

---

<sup>279</sup> Como ressalta Nunes, o trabalho de 1976 do Professor Abram Chayes da *Harvard Law School* é um marco da Litigância de Interesse Público. O autor “se referia à prática dos advogados nos Estados Unidos que procuravam precipitar a mudança social através da propositura de demandas que envolviam a reestruturação de instituições importantes do governo, incluindo escolas públicas, hospitais de saúde mental, postos de saúde e prisões, afetando milhares de pessoas”. Nunes, Dierle José Coelho. *Politização do Judiciário no Direito Comparado – Algumas considerações*. Cit. p. 44.

<sup>280</sup> BERGALLO, Paola. Cit.

<sup>281</sup> No original: “Vers la fin des années 1960 et le début des années 1970, se produisit aux États-Unis une petite révolution juridique qui changea profondément et durablement à la fois la structure du procès et la fonction de juger. Ce phénomène fut baptisé <<droit d'intérêt public>> (public interest law) ou <<contentieux de droit public>> (public law litigation). Les cours fédérales ont été progressivement appelées, non plus seulement à trancher des controverses classiques (contractuelles et extracontractuelles) entre particuliers, mais à gérer en profondeur de lourdes actions collectives ou à superviser les réformes structurelles de certaines administrations”. GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Juger en Amérique et en France*. Paris, Odile Jacob, 2003, p. 230, *apud* ALVES, Cleber Francisco. Cit. p. 61.

<sup>282</sup> “A interferência judicial ao contratar profissionais médicos, a definição de um alcance de um tratamento e instruções para o fornecimento de medicamentos, a remoção residencial das famílias para uma outra área ou a descentralização dos hospitais públicos, por exemplo, podem ser re-interpretados como formas incipientes – e mais limitadas do que as equivalentes nos Estados Unidos – de determinações judiciais que buscam o ajuste dos agentes administrativos e de hospitais para que cumpram com o mandato constitucional de fornecer serviços de saúde adequados”. BERGALLO, Paola. Cit.

Trata-se da tentativa de infiltração dos outros sistemas no espaço de credibilidade/isenção judicial como “atalho” para a legitimação material de medidas dificilmente ordenáveis pelas vias democráticas tradicionais<sup>283</sup>.

Nesse sentido é a ressalva de Nunes, que percebe a necessidade de uma discussão criteriosa da LIP em nosso país, “uma vez que para além de sua utilização contramajoritária pelos marginalizados não podemos nos olvidar da utilização de uma judicialização em favor dos **grupos políticos e econômicos hegemônicos**, que já possuem acesso privilegiado às arenas políticas e vêm consolidando seu poder no campo judicial”<sup>284</sup>.

Outro aspecto da Litigância de Interesse Público é que ao envolver o Judiciário nessas “injunções estruturais”<sup>285</sup>, ela instala a tendência de que as que as soluções judiciais sejam mais fundadas em “critérios de conveniência política que em virtude de sua eventual compatibilidade com o ordenamento vigente”<sup>286</sup>. Isso passa a valer não somente para as decisões que determinem políticas públicas, mas abre, na generalidade das causas, o horizonte argumentativo para justificativas de caráter político<sup>287</sup>, fato que obviamente perturba o tipo de tratamento aos direitos fundamentais que o acesso qualitativo reclama.

---

<sup>283</sup> Como percebe Garapon, **a progressão da justiça não se dá de forma homogênea**: “se certos contenciosos explodiram, outros caem em desuso, novos delitos surgem e outros desaparecem. Este movimento é, posteriormente, paradoxal: ao mesmo tempo que se enaltecem os méritos da desregulamentação, proliferam regulamentos de toda a espécie. Por fim, esta vigorosa ascensão da justiça esconde dois fenómenos aparentemente bastante diferentes – e até mesmo contraditórios – cujos efeitos convergem e se reforçam: o enfraquecimento do Estado sobre a pressão do mercado, por um lado, e o desmoroamento simbólico do homem e da sociedade democráticos, por outro”. GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Cit. p. 22.

<sup>284</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Politização do Judiciário no Direito Comparado* – Algumas considerações. Cit. p. 44.

<sup>285</sup> BERGALLO, Paola. Cit.

<sup>286</sup> FARIA, José Eduardo. Legalidade e legitimidade: O Executivo como legislador. Brasília, *Revista de Informação Legislativa*. ano 22, n. 86 abr./jun. 1985, p. 103.

<sup>287</sup> Um **argumento de política** (*policy*) é identificado como aquele que promove o bem comum, que busca alcançar uma meta coletiva, sobrepondo-se a interesses individuais. Diante de um hard case, o juízo que orienta as políticas corresponde a uma ponderação de valores, ou seja, a uma escolha daquele interesse que atende ao maior número de pessoas possível, **mesmo que isso signifique desrespeitar o direito fundamental de um único cidadão ou de uma minoria deles**. Assim, a fundamentação fundada em argumentos de uma política (*policy*) identifica o direito como **algo negociável**. Desse modo, a lógica jurídica não é a de se um direito é devido ou não, mas sim a de se é ou não conveniente a sua aplicação no caso concreto em face da repercussão que tal decisão pode

É necessário deixar claro que todas essas críticas não objetivam minimizar a importância da magistratura como “autoridade democraticamente legitimada”<sup>288</sup>, nem se omita o modo como o litígio de direito público pode contribuir com o processo democrático ao “romper as organizações em larga escala ou as áreas entendidas da prática social que continuam fechadas aos efeitos desestabilizadores do conflito comum e assim sustentam hierarquias insuladas de poder e vantagem”<sup>289</sup>.

Hoje parece inegável a relevância dos atores do Judiciário no contexto democrático vigente. Parte-se do pressuposto de que a judicialização indica e cataliza a formação de uma cidadania ativa no âmbito da sociedade civil, mas não deixa de abrir a porta dos fundos para subministração de uma racionalidade finalística, própria da ação política, no campo do direito.

O estágio de discussões onde se quer chegar é o seguinte: se o enfoque de acesso à justiça aqui adotado é o qualitativo, isto é, a respeito do nível de reconhecimento, de diálogo e de permeabilidade que o sistema de justiça oferece aos indivíduos e grupos jurisdicionados, não há como deixar de enfrentar as questões de fundo relacionadas à postura do juiz e o papel político do Judiciário<sup>290</sup>, porque estas questões dizem respeito à ordem jurídica a que se pleiteia o acesso.

Em outras palavras, se o sistema de justiça não funcionar de modo a revitalizar o modelo democrático constitucional, se ele não favorecer a dinamicidade com que a periferia e os centros de poder se alternam<sup>291</sup>, se retirar do alcance do

---

gerar no restante do corpo social”. MACHADO, Felipe. *Principle versus Policy – Uma Crítica à Relação entre Política Criminal e Direitos Fundamentais a partir de Ronald Dworkin* In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (coord.). *Constituição e Processo: Entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 57.

<sup>288</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 125.

<sup>289</sup> Trata-se do “efeito desestabilizador” de que fala o professor Mangabeira Unger. BERGALLO, Paola. Cit.

<sup>290</sup> Como fazem Bernardo Gonçalves Fernandes e Flávio Quinaud Pedron em “O Poder Judiciário e(m) Crise”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

<sup>291</sup> “A democracia, portanto, diferentemente de ser a mera conservação de direitos, é a criação ininterrupta de novos direitos, a subversão permanente do estabelecido” MOTTA, Luiz Eduardo. *Acesso à Justiça, Cidadania e Judicialização no Brasil*. p. 20.

cidadão a oportunidade de influir na estruturação das normas e decisões que lhe vinculam, não fará sentido prosseguir com a pesquisa sobre as formas de aprofundamento do acesso à justiça, eis que nem o mais generoso orçamento, nem o mais responsável e numeroso quadro de profissionais será capaz de dotar o sujeito<sup>292</sup> de poderes de influência na mecânica de formação do consenso. Todas essas tentativas serão inúteis se o Judiciário estiver “engajado em fazer política”<sup>293</sup>, porque esse engajamento quase sempre se traduz na perda de autonomia, de comprometimento com os direitos fundamentais em benefício de fins coletivos ou “razões de Estado”.

Como lembra Felipe Machado,

(...) o uso da política para fins outros que não a defesa dos direitos dos cidadãos, como, por exemplo, para objetivos de propaganda política ou de afirmação de programas governamentais que acabam por violar determinados direitos fundamentais, demonstra a atual cisão da relação entre direito e política. Neste ciclo vicioso, o próprio direito é visto como instrumento da política na consecução de seus projetos coletivos, muitas vezes violando materialmente seus próprios limites, ou seja, os direitos fundamentais<sup>294</sup>.

Talvez uma adequada compreensão da relação entre direito e política<sup>295</sup> induza ao entendimento de que o papel político do juiz não está em substituir

---

<sup>292</sup> Cumpre esclarecer ao leitor que a aproximação entre o “jurisdicionado” e o “cidadão”, muito notável neste capítulo não é fruto de uma confusão, mas de uma associação proposital, afinal, como disse Garapon, “**o justiciável é o cidadão**”: se o seu lugar na democracia é substituído, é o indivíduo que sai diminuído, na sua dupla capacidade de justiciável e de cidadão. “O verdadeiro paradoxo, colocado pela situação presente, tanto a nível político quanto a nível judicial, reside no facto de a responsabilidade ser simultaneamente o postulado de qualquer defesa da democracia e, por repercussão, de qualquer refreamento da jurisdição crescente, e o objectivo visado por qualquer tentativa de reconstrução da relação social”. Cf. RICOEUR, Paul. Prefácio. *In*: GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Cit. p. 12.

<sup>293</sup> EISENBERG, Jose. Cit. p. 57.

<sup>294</sup> MACHADO, Felipe. Cit. p. 64.

<sup>295</sup> (...) embora a Constituição articule, de forma complexa, questões políticas – éticas, morais e pragmáticas – a questões jurídicas, deve-se **corretamente compreender tal articulação de um ponto de vista normativo**, constitucionalmente adequado ao Estado Democrático de Direito, **de tal modo que a proteção de direitos não fique prejudicada por razões de Estado**. Contudo, o Judiciário, para isso, não deve ou necessita, por um lado, assumir erroneamente o papel do poder constituinte permanente, ou, pelo menos, de um legislativo concorrente de segundo grau, ao confundir argumentos de princípio com argumentos de política (Dworkin), normas com valores (Habermas); nem deve ou necessita, por outro lado, abdicar do seu lugar de autoridade democraticamente legitimada, quer cedendo à vontade política dos demais poderes, quer rendendo-

funcionalmente as distorções do sistema representativo ou em forjar o consenso nacional numa “ordem jurídica formada por direitos constituídos e compartilhados por todos os cidadãos”<sup>296</sup>, mas em colocar, como ensina Garapon, o elo democrático entre representantes e representados em contínua pressão graças ao direito<sup>297</sup>.

Há que se zelar pela vocação própria da justiça, “que consiste em conferir legitimidade a reivindicações independente do número”<sup>298</sup>, e isso só se faz se o Judiciário se mantiver capaz de intervir para “dar voz a grupos ou forças políticas cuja importância não se determina nem de forma aritmética, como no caso da representação eleitoral, nem através da demonstração de força na rua”<sup>299</sup>, mas de modo independente das paixões e das negociações políticas.

Ainda que fosse possível creditar a “revolução democrática da justiça”<sup>300</sup> à mobilização política do Judiciário, remanesceria ainda uma controversa questão: como depositar na figura do juiz as esperanças e responsabilidades pela determinação da qualidade ou da presteza que serão oferecidas, se o próprio uso contra-hegemônico<sup>301</sup> dos litígios, da liberdade criativa, da influência política, é variável conforme padrões de seletividade que se subtraem à vontade de qualquer magistrado?

Torna-se cada vez mais claro o fato de que o projeto neoliberal (e todos os seus protagonistas a exemplo do Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, as agências internacionais de ajuda ao desenvolvimento e o próprio Executivo<sup>302</sup>) arvora-se do discurso pelo envolvimento do Judiciário em uma política moderada, capaz de trabalhar para evitar que a falta de políticas públicas cause maiores

---

se, de modo não mediatizado institucionalmente, a uma formação da opinião pública informal. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, política e filosofia*. Cit. p. 125.

<sup>296</sup> EISENBERG, Jose. Cit. p. 45.

<sup>297</sup> GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. Cit. p. 39.

<sup>298</sup> *Ibidem*.

<sup>299</sup> GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. Cit. p. 111.

<sup>300</sup> Na expressão de SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

<sup>301</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>302</sup> *Ibidem*.

reações sociais, mas amputada de poderes para levar à frente transformações mais profundas.

Não basta a proposição dogmática ou legislativa de regimentos posturais se não for possível controlar, ou ao menos fazer menos turva, toda essa complexa articulação dentro da qual se processa a escolha das causas, e em benefício de quem os juízes são autorizados a assumir essa atitude moral mais ousada. Se a seleção das áreas autorizadas do protagonismo permanece fora do alcance de todos os mecanismos de controle (ativismo seletivo), é claro que disso resulta, paradoxalmente, um Judiciário mais vulnerável, menos independente e capaz de ação contramajoritária.

Resta saber, diante da indispensabilidade da atuação do Judiciário na “concretização dos direitos da cidadania”<sup>303</sup>, como pensar em um protagonismo “compatível com as bases do constitucionalismo democrático”<sup>304</sup>? Como evitar a violação dos limites normativos da soberania popular<sup>305</sup> que o processo de judicialização da política ensaia?

Em primeiro lugar, cumpre abdicar ao vício mental de associar o ativismo com emancipação, altruísmo, justiça social. Como visto, nem sempre são estes os objetivos que movimentam a agenda de reformas nesse sentido<sup>306</sup>. A alusão ao acesso à justiça como fundamento para reformas procedimentais ou discursos que enfatizem a virtude criativa do decisor só será justa se, reconhecendo no ativismo um trunfo e um risco, uma via de reconhecimento, mas também de novas exclusões, se estiver preparado para a tematização realista das ferramentas de manejo (e controle democrático) dessa liberdade<sup>307</sup>.

---

<sup>303</sup> CITTADINO, Gisele. Cit. p. 18.

<sup>304</sup> Ibidem.

<sup>305</sup> Ibidem.

<sup>306</sup> Ademais, a tutelarização do indivíduo não é capaz de remediar o acesso desigual dos sujeitos sociais aos meios de dominação. A atitude substitutiva se traduz, isto sim, em apagamento do político, e por via de consequência o afastamento do cidadão do acesso aos mecanismos de formação do consenso, de exercício do poder.

<sup>307</sup> Tenha-se em conta que “[A]s garantias actuais não protegem totalmente contra os excessos do activismo jurisdiccional. Concebê-las não é, certamente, coisa fácil, visto que isso exige pensar mais



Algumas iniciativas no campo da Litigância de Interesse Público começaram a ser tomadas. Como ressalta Nunes,

Esta atuação processual sofreu uma mudança brutal ao longo das últimas três décadas, uma vez que para além da aposta em uma proposta ativista (da magistratura) de imposição coercitiva e consequencialista de comandos geradores de impactos orçamentários e conseqüências nefastas pelo Poder Judiciário, vem se apostando numa abordagem experimentalista e participativa de oitiva plena dos interessados em renovada aplicação do princípio do contraditório, na qual todos os potenciais interessados deveriam ser ouvidos e convidados a participar<sup>308</sup>.

O *modelo experimentalista de reparação* proposto por Bergallo a respeito do controle judicial dos atos de agentes públicos<sup>309</sup> na Argentina é um exemplo dessas tentativas. Trata-se de um método de intervenção muito diferente do modelo tradicional de litígio bipolar, em que o papel das partes tende a ser ofuscado pela centralidade do juiz. O objetivo é trazer para dentro do processo, mediante ferramentas processuais complexas, a ampla participação de todos os possíveis envolvidos no litígio, abrindo novas possibilidades de diálogo e troca de informações entre ramos e com a sociedade civil. Essas medidas de caráter participativo encerrariam um potencial inclusivo e legitimante das decisões judiciais no controverso campo da Litigância de Interesse Público.

Como esclarece a autora,

O modelo experimentalista de determinações estruturais [corresponde a] um modelo deliberativo no qual os querelantes e oficiais da administração pública negociam a melhor solução possível sob condições de provisoriedade e transparência, e sob a arbitrariedade de um juiz ou seus nomeados oficiais. Deste modo, juízes não precisam ter a última palavra no planejamento das medidas de reparação. Em troca, as partes e os oficiais do governo

---

no equilíbrio do que na separação, mais na dependência legítima do que na independência radical, na justa distância entre o privilégio aristocrático e a colusão populista". GARAPON, Antoine. *O juiz e a Democracia: O guardião das promessas*. Cit. p. 260.

<sup>308</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Precedentes, Padronização decisória preventiva e Coletivização – Paradoxos do sistema jurídico Brasileiro: Uma abordagem Constitucional democrática*. Cit.

<sup>309</sup> Como a própria autora declara, "o litígio envolvendo questões de saúde pode ser um ponto de partida, mas áreas como a administração de presídios ou o controle de serviços públicos podem também providenciar campos interessantes de exploração". BERGALLO, Paola. Cit.

têm a oportunidade de modelar as medidas e participar com voz ativa e votos, reforçando a legitimidade democrática da intervenção judicial em ações contra a administração que originaram no âmbito do litígio de direito público. Na medida em que esta deliberação é possível, o modelo experimentalista também reconhece as interações complexas entre os poderes e os limites de sua legitimidade, características que os opositores da legitimidade da interferência tendem a evitar<sup>310</sup>.

Não se trata da tentativa de mimetizar, sob as aparências deliberativas, os métodos de legitimação popular tradicionais. Aqui a abertura participativa deve existir com a finalidade de preservar justamente aquilo que a luta política pela via judicial tem de especial: o vocabulário da imparcialidade, da transparência, da ética, do contraditório. A presença de legisladores, advogados, oficiais administrativos e judiciais, sociedade civil nesses diálogos não se deve prestar, portanto, à negociação de um consenso, mas antes enriquecer o debate com informações, estimular o senso de responsabilidade dos envolvidos e advertir, ao menos simbolicamente, o Judiciário do seu dever permanente de ser acessível a seus interlocutores.

De todo modo, estas são soluções incompletas, provisórias, mas que desafiam o pensamento teórico à criação de meios de controle e transparência de um Judiciário que não tem legitimidade para determinar sozinho a leitura das necessidades sociais, mas que já não se satisfaz com a função paliativa<sup>311</sup> das desigualdades sociais produzidas pelo modelo vigente.

Na presente seção foram abordados alguns aspectos dos movimentos de juridificação e judicialização, a fim de demonstrar que a tendência da expansão do poder dos tribunais e o aumento da influência política do juiz nos processos de transformação social apontam para a formação de um espaço público muito importante para o reconhecimento das minorias e para o aprofundamento da democracia. Sucede, entretanto, que o papel político do Judiciário, a atuação mais arrojada do magistrado são motes propagandeados por inúmeros atores

---

<sup>310</sup> Ibidem.

<sup>311</sup> EISENBERG, Jose. Cit. p. 45.

(corporações transnacionais, o Banco Mundial e até pelo Executivo) não necessariamente interessados na democratização do acesso à justiça, fato que acende o alerta para o uso instrumental e seletivo do discurso sobre o ativismo.

Além disso, se o Judiciário entende essas novas responsabilidades como uma autorização para “fazer política” no sentido mais original do termo, instala-se o risco de que os direitos e garantias passem a ser interpretados segundo uma linguagem política. É dizer: o Judiciário tende a priorizar, através do uso político do direito, as soluções socialmente mais oportunas, obscurecendo o sentido deontológico das garantias que o acesso à justiça qualitativo reclama, afinal, elas são a única segurança de que o jurisdicionado continuará a ser tratado como um sujeito de direitos, digno de ser ouvido ainda que *contra* as conveniências políticas.

No presente tópico foram abordados alguns aspectos do movimento de *expansão* do Judiciário. A seguir, passa-se a analisar, a respeito da “*desjuridificação*”<sup>312</sup>, a tendência de utilização de mecanismos alternativos de resolução de litígios, procurando analisar os impactos desta política em nosso sistema de justiça, questionando qual a capacidade das políticas de informalização para estimular o consenso e a solidariedade social no contexto brasileiro.

## 2.2 Acesso à justiça e crise do formalismo

Em primeiro lugar, é prudente situar os movimentos reformistas corporificados na “*informalização*”<sup>313</sup> e no processo de “*desjudicialização*”<sup>314</sup> na ambiência de um

---

<sup>312</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. O Direito e a Comunidade: As transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 10 dez. 1982.

<sup>313</sup> Sob o signo da “*informalização*” ou “*desformalização*” designa-se um conjunto de reformas tendentes a possuir as seguintes características: 1) Ênfase em resultados mutuamente acordados, em vez da estrita obediência normativa; 2) Preferência por decisões obtidas por mediação ou conciliação, em vez de decisões obtidas por adjudicação (vencedor/vencido), 3) Reconhecimento da competência das partes para proteger os seus próprios interesses e conduzir a sua própria defesa num contexto institucional desprofissionalizado e através de um processo conduzido em linguagem comum; 4) Escolha de um não-jurista como terceira parte (ainda que com alguma experiência jurídica) eleito ou não pela comunidade ou grupo cujos litígios se pretendem resolver; 5) Diminuto ou quase nulo o poder de coerção que a instituição pode mobilizar em seu próprio nome. SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Direito e a Comunidade: As transformações recentes da natureza do poder*

direito profundamente transformado pela *crise* da normatividade social. Essas tendências atacam o formalismo, a resolução adjudicada dos conflitos, incentivam a emergência de “novas juridicidades” e um amplo conjunto de reformas pensadas com o objetivo de superar os dilemas da exaustão da capacidade de regulação jurídica.

A partir do marco do paradigma de bem-estar, como visto<sup>315</sup>, os processos de “juridificação”<sup>316</sup> do direito positivo moderno se expandiram a um limite quase redundante com a presença do direito em todos os domínios da vida econômica e social<sup>317</sup>. Esse fenômeno resultou, relativamente ao nosso objeto de interesse, no aparecimento de um número excessivo de demandas, claramente incompatíveis com as rotinas e recursos dos tribunais.

As limitações da regulação jurídica atual<sup>318</sup>, entretanto, não se revelaram apenas em um excesso de demandas, ou, na expressão de Galanter, no “direito em abundância”<sup>319</sup> seguido da incapacidade de resposta do sistema judicial. A ambiciosa pretensão regulatória da vida e dos conflitos pelo direito se acreditou

do Estado nos países capitalistas avançados. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. n. 10 dez. 1982, p. 17.

<sup>314</sup> “O conceito de **desjudicialização**, por seu turno, é concebido no quadro do direito estadual e do sistema judicial como resposta à incapacidade de resposta dos tribunais à procura (aumento de pendências), ao excesso de formalismo, ao custo, à “irrazoável” duração dos processos e ao difícil acesso à justiça. Os processos de desjudicialização têm consistido essencialmente, por um lado, na simplificação processual, recurso dos tribunais a meios informais e a “não-juristas” para a resolução de alguns litígios. Por outro lado, desenvolve-se através da transferência da competência da resolução de um litígio do tribunal para instâncias não judiciais ou para o âmbito de acção das “velhas” ou “novas” profissões de gestão e de resolução de conflitos”. PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. *Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Centro de Estudos Sociais. Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra. Novembro de 2001, p. 33.

<sup>315</sup> Cf. 1.3 *supra*.

<sup>316</sup> “Habermas emprega o conceito de juridificação (*Verrechtlichung*) no sentido da tendência de ampliação do direito escrito tanto na dimensão da extensão das matérias regulamentáveis como na de especificidade de matérias globais em várias matérias particulares”. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e Racionalidade Comunicativa: A Teoria Discursiva do Direito no Pensamento de Jürgen Habermas*. Cit. p. 82.

<sup>317</sup> PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. Cit. p. 14.

<sup>318</sup> *Ibidem*.

<sup>319</sup> *Ibidem*.

capaz de substituir, com padrões legais, as formas espontâneas de produção de solidariedade<sup>320</sup> e autocomposição social fora do direito e dos processos estatais.

A deficiência do direito abstrato para submeter legitimamente situações e identidades concretas logo se tornou explícita, fato que certamente repercutiu na crise de legitimidade experimentada pelo Judiciário, até hoje visto como uma via de resolução de conflitos tão caduca quanto inevitável<sup>321</sup>, especialmente nos países de *civil law*, fortemente apegados à cultura do formalismo e da resolução adjudicada (oficial) dos conflitos.

Nestes termos, é possível perceber, no levante da “terceira onda” de reformas, uma outra compreensão de acesso à justiça, em que se dá vazão a (nem tão) novos modelos de autocomposição social<sup>322</sup> e se explora o potencial legitimante dos mecanismos alternativos de solução das controvérsias<sup>323</sup>. De um modo

---

<sup>320</sup> Como escreve Simioni, “A juridificação de relações sociais transforma essas relações em relações formalmente organizadas. A juridificação subtrai essas relações sociais de motivos éticos pela tradição no “mundo vivido”, e organiza as relações sociais na forma de estruturas sistêmicas de controle. E neutralizando a eticidade nas relações sociais, a juridificação acaba organizando formalmente relações sociais onde a ação comunicativa se torna desnecessária. Sob a onipresença do direito, os membros de uma sociedade não precisam alcançar um consenso por meios comunicativos. Já que eles dispõem de um âmbito de ação formalmente regulado pelo direito positivo, uma ação comunicativa orientada para o entendimento cooperativo se torna dispensável. Substitui-se a mediação linguística do “mundo vivido” pela colonização sistêmica do “mundo vivido”, mediada pela organização formal das relações sociais através do direito. (...) É o próprio direito, pois, que violenta as estruturas comunicativas do “mundo vivido” pré-estruturado intersubjetivamente”. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e Racionalidade Comunicativa: A Teoria Discursiva do Direito no Pensamento de Jürgen Habermas*. Cit. p. 83-84.

<sup>321</sup> De acordo com Garapon, “O juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. O sujeito, privado das referências que lhe dão uma identidade e que estruturam sua personalidade, procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior. Em face da decomposição do político, é então ao juiz que se recorre para a salvação”. GARAPON, Antoine. *O juiz e a Democracia: O guardião das promessas*. Cit. p. 26-27.

<sup>322</sup> VERONESE, Alexandre. Projetos Judiciários de Acesso à Justiça: Entre Assistência Social e Serviços Legais. *Revista Direito GV*, v. 3 n. 1. Jan./Jun., 2007, p. 13-34.

<sup>323</sup> Como percebe Boaventura Santos, “(...) a análise da crise financeira torna-se muito mais persuasiva quando acoplada a um segundo argumento, ou seja, ao argumento de que as reformas em análise permitem suavizar o impacto da possível perda de legitimidade do Estado capitalista resultante dos cortes nas despesas públicas (...). Confrontado com uma crise de legitimação, o Estado recorre às reformas da informalização e da comunitarização da justiça (e aos cortes de gastos públicos que elas eventualmente permitem) porque elas apelam para a participação popular, a auto-gestão da vida colectiva, o renascimento das comunidades reais, a vida social consensual, e a luta contra a burocracia e, por essa via, podem **compensar a nível ideológico ou simbólico a perda da legitimação** resultante de cortes nas despesas públicas”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Direito*

específico, o presente trabalho buscará compreender o que motiva a progressiva incorporação desses modelos gestados fora da esfera estatal na estrutura do Judiciário, questionando se a absorção pelos tribunais desses discursos e modelos, que originalmente lhe são atípicos,<sup>324</sup> é indutiva de uma distribuição mais equilibrada e inclusiva da justiça.

Os sistemas alternativos de resolução de conflitos surgiram inicialmente como uma alternativa ao sistema judicial. Segundo Alexandre Veronese, os meios alternativos de resolução de conflitos partem de duas origens: “a primeira é o estabelecimento de uma Jurisdição comunitária por meio da conciliação e mediação dos conflitos, realizada entre partícipes do mesmo grupo social”<sup>325</sup>, ou seja, este primeiro motor dos sistemas alternativos encontra inspiração em um aspecto cultural, surgido da mobilização da sociedade civil em busca de uma justiça comunitária, descentralizada, participativa e não oficial.

A segunda origem desses movimentos teria partido do “crescimento da negociação internacional, por meio de arbitragem e mediação, entre os conflitos de empresas, especialmente no campo internacional”<sup>326</sup>, é dizer, outros motivos, que não culturais, mas igualmente contundentes, também impulsionaram o “mundo privado a fomentar espaços de autogestão de seus conflitos, nas ondas do neoliberalismo de mercado, para além das limitações impostas pelos contingentes Estados nacionais”<sup>327/328</sup>.

---

*e a Comunidade: As transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados.* Cit. p. 25.

<sup>324</sup> VERONESE, Alexandre. Cit. p. 19.

<sup>325</sup> “No caso das jurisdições comunitárias, existe uma apropriação conceitual da superação de jurisdições baseadas nos conflitos para o encaminhamento em direção às jurisdições focadas na concórdia. Nos Estados Unidos, a construção de clínicas de mediação e conciliação de conflitos foi adotada tanto como uma forma de diminuir o volume processual dos tribunais quanto na pressuposição de que criariam esferas mais justas de resolução das disputas. Assim, Norbert Rouland formula a seguinte pergunta: “como, *a priori*, não simpatizar com os objetivos que as justiças alternativas dizem perseguir? Elas são portadoras da esperança de um direito mais humano, aquele de que procuram dotar-se as sociedades pós-industriais”. *Ibidem*.

<sup>326</sup> *Ibidem*.

<sup>327</sup> REBOUÇAS, Gabriela Maia. Cit. p. 133.

<sup>328</sup> Sobre essa “origem difusa” do movimento, Laura Nader diz que “A ADR engloba programas que enfatizam meios não judiciais para lidar com disputas. O enfoque, geralmente, volta-se para a

Segundo João Pedroso *et all*, em estudo<sup>329</sup> elaborado no âmbito do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OPJ), as alternativas aos tribunais judiciais não se limitam simplesmente a uma atualização nas técnicas de administração dos conflitos, mas representam

[U]ma corrente de pensamento aparecida nos anos 60/70. Os movimentos comunitários e/ou religiosos pretendem, com o desenvolvimento destas alternativas a justiça, um meio de promover um novo modelo de justiça, menos conflitual e mais consensual, que permite à comunidade reapropriar-se da gestão dos conflitos com a intervenção de não profissionais. Estes movimentos desenvolvem sobretudo experiências de mediação em matéria penal, de vizinhança e mesmo escolar, com a formação de mediadores pertencentes a diferentes comunidades. No entanto, no movimento ADR não encontramos uma ideologia, mas uma pluralidade de ideologias, o desenvolvimento deste fenómeno em todos os domínios da vida social, da família à escola, passando pelo bairro, sem esquecer a prisão, parece traduzir a emergência de novos modelos de regulação social, fundados na descentralização, na desprofissionalização, e na desjudicialização. Esta concepção repousa sobre a hipótese que a diversidade e a complexidade da vida social encorajam o desenvolvimento de modos descentralizados de resolução de litígios, permitindo assim aos cidadãos reapropriarem-se dos meios de gestão/resolução dos conflitos. Este modelo de regulação traduz não somente as mudanças na distribuição e organização do poder, mas também uma redefinição das relações entre o que chamamos a sociedade civil e o Estado, e, mais particularmente, na atribuição de legitimidade a quem pode resolver litígios<sup>330</sup>.

Geralmente, quando se fala em meios alternativos de composição de litígios, o exemplo americano é a primeira referência. No entanto, existe uma diferença substancial no modo como essas atividades são tendencialmente desenvolvidas na experiência americana e brasileira. Lá, como ressalta Veronese, as iniciativas são

---

mediação e a arbitragem. Esta veio a ser conhecida como justiça informal. Uma justiça que promoveu o acordo, mais que vencer ou perder, que substituiu o confronto pela harmonia e pelo consenso, a guerra pela paz, as soluções vencer ou vencer. Atraiu parceiros muito inesperados - políticos de direita preocupados com o sucesso das pautas de direitos, comunidades religiosas, grupos de psicoterapia, firmas cansadas de pagar altas quantias por honorários advocatícios, administradores e mesmo ativistas da década de 60". NADER, Laura. *Harmonia coerciva: A economia política dos modelos jurídicos*. Trad. Cláudia Fleith. Conferência proferida na XIX Reunião da Associação Brasileira de Antropologia. Mar. 1994.

<sup>329</sup> PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. Cit.

<sup>330</sup> *Ibidem*, p. 39-40.

predominante<sup>331</sup> desenvolvidas por entidades da sociedade civil (como clínicas de conciliação social)<sup>332</sup>. No Brasil, todavia, cada vez mais estas atividades (por exemplo, a conciliação extrajudicial) vêm sendo absorvidas pelos próprios tribunais, que, a fim de atender estas novas funções, se socorrem dos recursos advindos de outras searas estatais (o Ministério da Justiça, em especial). “O paradoxo é que a resolução alternativa de conflitos, que é marcada na experiência americana como uma tentativa de diminuir a presença dos tribunais na vida das pessoas, no Brasil está sendo desenvolvida principalmente por tribunais”<sup>333/334</sup>.

Esta última informação sugere as seguintes questões: a) a permeabilidade do Judiciário a tais modelos alternativos de resolução de disputas estaria a sinalizar a intenção renovatória de uma justiça de todo menos burocrática e mais próxima do jurisdicionado? b) trata-se de um desvio na lógica centralizadora e uniformizante que há muito domina o sistema de justiça ou, paradoxalmente, o apelo aos recursos alternativos<sup>335</sup> corrobora com a reprodução de um modelo ainda mais focado nas idéias de eficácia, atuação estratégica e segurança?<sup>336</sup>

---

<sup>331</sup> Predominantemente, Frize-se. Segundo os estudos de Jerold Auerbach sobre o desenvolvimento dos métodos alternativos nos EUA, a partir da década de 1960, o empoderamento das comunidades passou a ser um ponto de destaque na reforma política do Judiciário. “Foram criados os *Neighborhood Justice Centers*, centros instalados nas comunidades locais com a finalidade de desenvolver formas de resolução de disputas de acordo com suas necessidades. Embora tais centros representassem em teoria uma forma alternativa de resolução de disputas, muitos deles foram rapidamente incorporados aos tribunais sob o pretexto de preencher as lacunas e tornar mais eficiente a prestação jurisdicional Além disso, apesar dos métodos alternativos em sua origem destinarem-se indistintamente a todas as classes sociais, verificou-se que a linha da pobreza era o fator determinante de sua clientela”. AUERBACH, *Jerold S. Justice without law?* Resenha de Vilson Marcelo Malchow Verdana. In: AZEVEDO, André Gomma; BARBOSA, Ivan Machado (orgs). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. v. 4. Brasília: Grupos de Pesquisa UnB, 2007, p. 439-61.

<sup>332</sup> VERONESE, Alexandre. Cit. p. 25.

<sup>333</sup> Ibidem.

<sup>334</sup> “Esta agenda vem se desenvolvendo velozmente no Brasil. Enquanto em outros países ela vem avançando junto ao mundo corporativo, no caso brasileiro, os tribunais vêm investindo nesta modalidade de resolução de conflitos para dirimir a sua grande carga de trabalho processual. Um exemplo foi a realização do “Dia Nacional da Conciliação”, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, que tinha por objetivo difundir entre os tribunais a cultura da realização de acordos entre as partes para extinguir demandas judiciais, principalmente nos juizados especiais”. Ibidem.

<sup>335</sup> Como percebe Rebouças, “(...) especialmente no direito, o movimento pelo direito alternativo é um movimento de contra ordem, de subversão da ordem mesma, gestado em período autoritário. Neste espaço, ser alternativo é pregar democracia, liberdade e, sobretudo, igualdade de condições de vida digna. Mas, implementada a democracia com a nova ordem jurídica, a partir de 1988, falar em alternativo significou novamente um choque de significados, porque não significava ser contra a



Assumindo, portanto, que os recentes movimentos reformistas investiram na captação desses sistemas (inicialmente privados) de resolução das controvérsias pelo aparato Judiciário, e voltando o foco de análise a este aspecto singular do fenômeno da “informalização” da justiça, passa-se à discussão dos potenciais avanços que essa “alteração qualitativa”<sup>337</sup> nos esquemas de funcionamento da instituição judiciária pode ocasionar.

#### Segundo Santos, esse tipo de reformas

Caracteriza-se pela elaboração de alternativas ao modelo centralizado, formal e profissionalizado que tem dominado a administração da justiça sobretudo nos últimos duzentos anos. Estas alternativas, vária e genericamente designadas por <<informalização da justiça>>, <<deslegalização>>, <<justiça comunitária>>, <<resolução de conflitos>> e <<processamento de litígios>>, consistem, em geral, na criação de processos, instâncias e instituições relativamente descentralizados, informais e desprofissionalizados, que substituam ou complementem, em áreas determinadas, a administração tradicional da justiça e a tornem em geral, mais rápida, mais barata e mais acessível.<sup>338</sup>

Embora este modelo teórico seja também baseado na racionalização de custos<sup>339</sup>, ele é especialmente desenhado para o resgate da legitimidade do Judiciário<sup>340</sup>. Opta-se por uma “ética de tratamento” voltada para a obtenção de um

ordem normativa estabelecida, mas contra a ideologia autoritária que ainda subsistia nas interpretações e discursos jurídicos, a despeito dos avanços democráticos significativos que a Constituição permitia. Passados mais de vinte anos deste momento de transição política e acompanhado certamente uma percepção de esvaziamento das tensões políticas em nome de uma imaginária sociedade pacífica, esvaziamento este que é aquele que reduz a condição de povo àquela de cidadão, como já dito, juridicamente tutelado, muito provavelmente o termo alternativo não traga mais toda aquela carga ideológica de outrora”. REBOUÇAS, Gabriela Maia. Cit.

<sup>336</sup> Segundo Laura Nader, em pesquisa embasada em estudos etnográficos, estaríamos a vivenciar, a respeito da informalização judiciária, o avanço de uma ideologia da harmonia e o abandono gradual da cultura da litigiosidade. NADER, Laura. *The life of the law: anthropological projects*. Berkeley: University of California Press, 1999.

<sup>337</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Direito e a Comunidade: As transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados*. Cit. p. 10.

<sup>338</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>339</sup> Para alguns autores, normalmente cientistas sociais e administradores ligados ao sistema judicial, a solução para a crise de acessibilidade reside na melhoria da gestão dos recursos financeiros, técnicos, profissionais e organizacionais já disponíveis. Sobre esse tipo de reformas, Cf. 2.3 *infra*.

<sup>340</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Direito e a Comunidade: As transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados*. Cit. p. 25.

“consenso terapêutico”<sup>341</sup>, integrativo, em que a “obtenção de resultados mutuamente satisfatórios”<sup>342</sup> se sobrepõe à estrita observância normativa.

E prossegue o mesmo autor:

Confrontado com uma crise de legitimação, o Estado recorre às reformas da informalização e da comunitarização da justiça (e aos cortes de gastos públicos que elas eventualmente permitem) porque elas apelam para a participação popular, a auto-gestão da vida social consensual, e a luta contra a burocracia e, por essa via, podem compensar a nível ideológico ou simbólico a perda da legitimação resultante de cortes nas despesas públicas.<sup>343</sup>

Uma vez levadas a efeito, Santos resente-se que estas reformas podem transformar definitivamente as estruturas jurídicas no âmbito em que incidirem, de modo que a informalização perigosamente se traduza em um “mecanismo de dispersão do tipo trivialização e neutralização”<sup>344</sup>, significando, afinal, nada além de um instrumento pacificatório pelo “desarme e desmobilização”<sup>345</sup>.

Essas previsões derivam da suposição de que este modelo “híbrido” permite a distribuição assimétrica dos recursos jurídicos com que se reivindicam direitos e espaço na agenda política. Essa seletividade, portanto, seria produzida por uma desigual “distribuição geopolítica dos componentes elementares da juridicidade capitalista”, que são a retórica, a burocracia e a violência<sup>346</sup>, ou seja, para o sociólogo a legalidade, em sociedades complexas, é constituída por essas três componentes, que se articulam de formas variadas, e cada uma delas reporta uma específica forma de comunicação e uma estratégia de tomada de decisão.<sup>347</sup>

A retórica baseia-se na produção de persuasão e adesão voluntária através da mobilização do potencial argumentativo de sequências e

---

<sup>341</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>342</sup> Ibidem.

<sup>343</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>344</sup> Ibidem.

<sup>345</sup> Ibidem.

<sup>346</sup> Esses três elementos da legalidade se articulam em diferentes arranjos, fragmentados e assimétricos no espaço e no tempo, e cada componente tem a sua própria estrutura e discurso, e representa uma peculiar estratégia de tomada de decisão. Ibidem, p. 12.

<sup>347</sup> Ibidem.

artefactos verbais e não verbais, socialmente aceites. A burocracia baseia-se na imposição autoritária através da mobilização do potencial demonstrativo do conhecimento profissional, das regras formais gerais, e dos procedimentos hierarquicamente organizados. A violência baseia-se no uso ou ameaça da força física.<sup>348</sup>

Parte-se, portanto, da premissa de que a dominação jurídico-política não se distribui uniformemente pelo universo de relações sociais. Nas áreas em que o Estado concentra sua dominação (núcleo central da dominação), “Estado e não-Estado são claramente distintos. Nas restantes áreas (a periferia da dominação) o Estado recorre a meios mais difusos de dominação política”<sup>349</sup>, e a distinção entre Estado e não-Estado nessas áreas costuma ser nebulosa.

A distribuição assimétrica da dominação política reproduz-se no <<sistema>> jurídico que, por isso, também é desigualmente distribuído pelo universo das relações sociais. A minha hipótese de trabalho é que a retórica tende a dominar na periferia da dominação jurídica enquanto a burocracia e a violência tendem a dominar no seu núcleo central.<sup>350</sup>

A combinação e, conseguintemente, a distribuição geopolítica dos três componentes elementares da juridicidade capitalista pelos diferentes campos jurídicos permite-nos elaborar um mapa cognitivo das respectivas adequações desses componentes às duas áreas de dominação política (núcleo central e periferia) – como se tratasse de um sistema de zoneamento.

A hipótese de Santos é a de que

[A] burocracia e a violência estão a ser concentradas naqueles campos jurídicos que correspondem ao núcleo central da dominação política, onde o objectivo principal consiste em definir o inimigo como inimigo (não necessariamente como inimigo de classe) e dispersá-lo através de mecanismos de neutralização, repressão e exclusão (área de actuação do <<modelo da justiça>>), ao passo que a retórica se está a expandir nos campos jurídicos que correspondem à periferia da dominação política, onde o objectivo principal consiste em definir o inimigo como não inimigo e dispersá-lo através de mecanismos de

---

<sup>348</sup> Ibidem, p. 12-13.

<sup>349</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>350</sup> Ibidem.

socialização, integração e trivialização (área de actuação da <<informalização da justiça>>).<sup>351</sup>

(...) [A] informalização da justiça acarretará sempre a redução ou eliminação do poder coercitivo ao seu dispor e por esta via ajudará a estabilizar as relações sociais, pois nenhuma mudança dramática nestas pode ser esperada de instituições ou contextos de decisão que **por causa dos limites estritos dos poderes ao seu dispor, têm forçosamente de se orientar para a obtenção do consenso e da harmonia** (através de instrumentos de mediação, negociação, conciliação, arbitragem, etc).<sup>352</sup> (destacamos).

A percepção dessa articulação estrutural ilumina a abordagem da questão do acesso ao direito em suas variadas nuances, pois o problema deixa de ser considerado “em termos monolíticos precisamente porque o acesso varia segundo as diferentes combinações entre as três estruturas”.<sup>353</sup>

Por exemplo, a ampliação do acesso num campo jurídico dominado pela retórica, pode ser acompanhada, seguida, ou compensada pela redução do acesso num campo político dominado pela burocracia ou pela violência. E se o último campo corresponder ao núcleo central da dominação política, terá de se concluir que, em termos globais, a **ampliação do acesso redundante, de facto, numa redução do acesso**.<sup>354</sup> (destacamos).

Esta foi, aliás, a constatação de Jerold Auerbach, ao estudar o desenvolvimento dos métodos alternativos de resolução de conflitos nos Estados Unidos e a incorporação destes na estrutura dos tribunais. Assim relata Vilson Verdana, resenhando a obra *Justice without law?* daquele autor:

**A medida em que determinados grupos, notadamente os hipossuficientes e as minorias étnicas, eram encaminhados a instituições informais, maiores eram as possibilidades de que eles fossem privados do acesso à jurisdição estatal.** Quanto maior o alcance dos métodos informais, maior a possibilidade de que certas disputas fossem excluídas da apreciação pelos tribunais. O sistema judiciário passou a ser a “comunidade” mais beneficiada pelas novas formas de resolução de disputas, pois a aplicação dos métodos alternativos significava uma redução dos casos encaminhados ao sistema jurídico tradicional e uma conseqüente

---

<sup>351</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>352</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>353</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>354</sup> Ibidem.

redução da responsabilidade desse sistema por eventuais insatisfações<sup>355</sup>. (destacamos).

É importante esclarecer que não se dirige uma crítica apressada a todos os mecanismos de informalização da justiça<sup>356</sup> que se apresentem como uma possível ferramenta, seja para otimizar o sistema judicial ou para incentivar a participação da sociedade nos problemas que lhes afetam diretamente. Insurge-se apenas contra a parcialidade de todo discurso que festeja as virtudes redentoras do fenômeno sem ressaltar suas ambigüidades e riscos.

Cumprido notar, no enredo dessas transformações, algo mais significativo que a abertura institucional do Judiciário aos impulsos contextuais. A própria opção pelos recursos e procedimentos informalizantes, e, especialmente, a seleção de quais as áreas contempladas revela uma escolha artificiosa. Mais precisamente, não se pode subestimar a capacidade, por exemplo, que um “filtro da litigiosidade”<sup>357</sup> possui para subministrar, na triagem de causas de maior/menor importância, com/sem repercussão, repetitivas/singulares, de alta/baixa intensidade etc verdadeiras opções políticas, nem sempre democráticas.

Outro aspecto da informalização corresponde, ao contrário do que possa parecer à superfície dos acontecimentos, não à retração da presença do Estado no

---

<sup>355</sup> AUERBACH, Jerold S. *Justice without law?* Resenha de Vilson Marcelo Malchow Verdana. Cit. p. 440.

<sup>356</sup> Cujo maior exemplo entre nós são os Juizados Especiais Cíveis e Criminais instituídos pela Lei 9099/95. “A criação dos Juizados Especiais partiu do Ministério da Desburocratização na década de 80, com a Lei nº 7.244/84, a qual definiu os princípios norteadores de seus procedimentos. Os Juizados passaram a fazer parte da estrutura do Poder Judiciário com o advento da Constituição de 1988 (artigo 98, inciso I). Sua regulamentação veio com a Lei nº 9.099/95, passando a abranger a esfera cível e criminal, em causas de até quarenta salários mínimos e crimes de pequeno potencial ofensivo. Com esta nova sistemática, o Poder Judiciário focou o atendimento do cidadão comum com relação às suas demandas oriundas de conflitos de seu dia-a-dia. A estratégia fundamental é a facilitação do acesso à justiça”. TORRES, Vivian de Almeida Gregori. *Acesso à Justiça. Instrumentos do Processo de Democratização da Tutela Jurisdicional*. Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo: 2007. p. 107.

<sup>357</sup> Como sugere Kazuo Watanabe, uma política pública judiciária de tratamento adequado dos conflitos se concretizaria com a adoção de um **filtro da litigiosidade**, capaz de selecionar as causas propensas à resolução consensual. Com isso, se estaria a assegurar ao Judiciário a redução de conflitos reais e potenciais; ao jurisdicionado, o acesso à ordem jurídica justa; e à sociedade o amadurecimento de uma “nova cultura” da pacificação. WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br/EstruturaOrganizacional/SegundaInstancia/OrgaosJulgadores/SecaoDireitoPrivado/Doutrina/Doutrina.aspx?Id=1011>. Acesso em: 10 set. 2011.

domínio social pelo compartilhamento<sup>358</sup> de competências entre os tribunais e organizações civis<sup>359</sup>, mas à sua expansão sob uma forma de controle social mais palatável<sup>360</sup> que aquela veiculada pelos meios coercitivos tradicionais. É o que ensina Santos:

Na medida em que o Estado consegue, por esta via, controlar acções e relações sociais dificilmente reguláveis por processos jurídicos formais e integrar todo o universo social dos litígios decorrentes dessas acções e relações no processamento informal, o Estado está de facto a expandir-se. E expande-se através de um processo que na superfície da estrutura social surge como um processo de retracção. O que parece ser deslegalização é na verdade relegalização. Por outras palavras, o Estado está a se expandir sob forma de sociedade civil. E se assim for, a dicotomia Estado/sociedade civil deixa de ter utilidade teórica, se é que alguma vez teve. E porque o Estado se expande na forma de sociedade civil, o controlo social pode ser executado sob a forma de participação social, a violência, sob a forma de consenso, a dominação de classe, sob a forma de acção comunitária<sup>361</sup>.

Essa forma de controle social “suavizada” não representaria, de início, restrição às liberdades se não viesse acompanhada de um quase automático fechamento institucional, encoberto pela onipresença virtual do Judiciário e pela sensação de acesso à justiça e legitimidade a que este modelo conduz<sup>362</sup>. Isto se dá

---

<sup>358</sup> Ao contrário do que declara boa parte dos juristas, como a Ministra do STJ Fátima Nancy Andrichi: “Ouso dizer, salientando que é pensamento pessoal, que é preferível ao juiz não deter o monopólio do ato de julgar a tê-lo e prestar um serviço jurisdicional ineficiente e extemporâneo. (...) Urge afastar a nossa formação romanista, baseada na convicção de que só o juiz investido das funções jurisdicionais é detentor do **poder de julgar**”. ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Formas Alternativas de solução de conflitos*. Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/587/Formas Alternativas Solu%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=4](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/587/Formas%20Alternativas%20Solu%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=4). Acesso em: 7 set. 2011.

<sup>359</sup> Na prática, para que isto fosse viável, o Judiciário teria (o que é improvável) de reconhecer a impossibilidade de manutenção do papel tradicional da judicatura sem perdas (de competência, prestígio, influência etc). VERONESE, Alexandre. Cit. p. 30.

<sup>360</sup> Em outras palavras, “(...) o poder do Estado expande-se através de um <<governo indirecto>>. Desta maneira, os processos <<nativos>> da sociedade civil, as interações, os contextos e ambiências que constituem o tecido da acção social são integrados na estratégia global da dominação política capitalista. A superfície das reformas no domínio da informalização da justiça tal integração é negada (escondida) pela subcodificação possibilitada pelo uso extensivo da retórica jurídica, a qual, como é sabido, mobiliza o conhecimento do senso comum e a linguagem ordinária”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Direito e a Comunidade: As transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados*. Cit. p. 29.

<sup>361</sup> *Ibidem*, p. 28-29.

<sup>362</sup> “As mudanças culturais contemporâneas vêm permitindo a inserção social e política do Poder Judiciário de variadas formas. O que está em jogo é a busca por legitimidade social por parte destes

porque a legitimidade do Estado não se recupera só “através da expansão material (pela produção de bens e serviços) como através da **expansão simbólica** (pela produção de símbolos e ideais que tornam impossível ou irrelevante a concepção de uma vida social radicalmente diferente)”<sup>363</sup>.

Como pondera Santos, dificilmente a expansão simbólica caminha em paralelo com a expansão material. Ao contrário, o que se verifica é que a primeira escamoteia a progressiva retração da segunda:

Impossibilitada, pela crise financeira, a expansão material, o Estado pode vir a privilegiar a expansão simbólica, recorrendo a reformas que apelam para valores solidamente enraizados e largamente partilhados no imaginário social. Se estas reformas indicam uma tendência geral, ela vai no sentido de uma inflexão da estratégia de legitimação, nos termos da qual o Estado do capitalismo tardio sobreviverá e se expandirá nas próximas décadas muito mais através da produção de símbolos que da produção de bens e serviços<sup>364</sup>.

Como se vê, em tempos de crise estrutural, os movimentos de “flexibilização”, “informalização”, “deslegalização”, são aliados estratégicos para o controle dos níveis de dissenso<sup>365</sup> e de desaprovação social do Judiciário<sup>366</sup>, contribuindo de modo surpreendente com a manutenção de suas competências habituais, sem tantos gastos e responsabilidades.

tribunais. Ou seja, é a visão de que estas esferas devem demonstrar claramente suas funções e atrair simpatia para justificarem-se. Primeiramente, pode-se considerar que houve uma expansão da jurisdição e da exigência de direitos por parte da população. Posteriormente, pode-se inferir que a função social dos tribunais, referente ao sistema estatal (Legislativo e Executivo), e as relações cotidianas entre os indivíduos vêm mudando. Assim como a busca de legitimidade é intrínseca à manutenção das prerrogativas institucionalizadas – ou seja, das funções reconhecidas às instituições –, a busca de espaço social dos tribunais, no futuro, passará cada vez mais pela inserção em espaços ocupados, tradicionalmente, pelas organizações da sociedade civil”. VERONESE, Alexandre. Cit. p. 33.

<sup>363</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Direito e a Comunidade: As transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados*. Cit. p. 29-30.

<sup>364</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>365</sup> Estabelecendo válvulas de escape, ainda que alternativas, para os conflitos latentes no âmbito social.

<sup>366</sup> Reconquistando a simpatia do jurisdicionado, “justificando ideologicamente o desmantelamento das instituições”. *Ibidem*.

Nesse sentido, Veronese considera possível que os tribunais estejam a emprestar a retórica da responsabilidade social e da ação comunitária em suas múltiplas formas não como sinal de desapego a uma lógica centralista e burocrática, mas em defesa da velha e familiar Jurisdição tradicional:

Ao passo que os agentes dos tribunais investem na ampliação de sua proximidade com a população, eles podem ter um esclarecimento maior sobre as suas próprias funções. Assim, atuando para diminuir a distância entre os palácios e os casebres, a jurisdição tradicional fica bem mais fácil de ser aceita. O mesmo raciocínio pode ser aplicado para os demais serviços judiciais, como registro (cartórios, etc.). Juridicamente, seria parte de uma luta em “defesa das suas competências”, que vêm sendo ameaçadas cotidianamente pela atuação de outros organismos. Como é impossível negar que há um afastamento da jurisdição tradicional, é melhor adaptar-se para continuar sendo o estuário dos serviços de resolução dos conflitos, cooptando-os a partir do aumento de legitimidade social a partir de outros espaços<sup>367</sup>.

Marcelo de Mello e Delton Meirelles aduzem como exemplo prático dessas afirmativas os problemas mais recentemente verificados a respeito do funcionamento dos Juizados Especiais no Brasil. Para os autores, observa-se no processo de implementação dos Juizados um movimento crescente de (re)formalização dos procedimentos, de congestionamento e distanciamento das intenções democratizantes dos constituintes, que acenavam com a esperança de experimentos judiciais mais comunitaristas e civilistas<sup>368</sup>.

[O]s Juizados Especiais, desde a sua concepção original, gestada nos trabalhos constituintes de 1987-88, passando por sua regulamentação com a lei 9099/95 e posteriores leis de âmbito estadual, experimentaram um progressivo desvirtuamento dos ideais de sua criação como um tipo de justiça não estatal, mais informal e próxima dos princípios comunitaristas de justiça, transformando-se, ao invés disso, em um **braço estendido do poder Judiciário**.<sup>369</sup> (destacamos).

---

<sup>367</sup> VERONESE, Alexandre. Cit. p. 32.

<sup>368</sup> MELLO, Marcelo Pereira de; MEIRELLES, Delton R. Soares. *Juizados Especiais: entre a legalidade e a legitimidade* – análise prospectiva dos juizados especiais na comarca de Niterói. São Paulo, 1997-2005. *Revista de Direito GV*. v. 6, n. 2. Dez. 2010.

<sup>369</sup> *Ibidem*.



Os pesquisadores dizem que houve um esvaziamento do conteúdo cívico dos Juizados Especiais, e que isso resultou na “neutralização das possibilidades de desenvolvimento de experiências inovadoras de justiça, alternativas ao Estado e à sua carga opressiva e repressiva, mobilizada por grupos instalados nas suas instituições e seus *lobbies* usuais”<sup>370</sup>. Com uma atuação cada vez mais burocrática e padronizada, os Juizados Especiais mais se assemelham a “balcões de triagem de causas que devem ou não ser apreciadas pela justiça estatal “comum” e aquelas que ficarão simplesmente como um registro de reclamações do pequeno consumidor diante de grandes litigantes”.<sup>371</sup>

A constatação de que o peso da justiça estatal, burocrática como sempre, começa a se abater sobre os juizados reacende a dúvida sobre o alcance (e as intenções) dessas políticas judiciárias: por mais que as iniciativas apregoem a emancipação de “forças sociais represadas”<sup>372</sup>, a promoção do “bem comum”, a libertação da litigiosidade contida<sup>373</sup> no meio social, elas deixam entrever um Judiciário menos preocupado com o jurisdicionado e com o acesso à justiça em si

---

<sup>370</sup> Ibidem.

<sup>371</sup> Obviamente, a pesquisa sobre a natureza das ações que se avolumam com maior frequência nos Juizados Especiais (por exemplo, contra concessionárias de serviço público) diz muito sobre os *critérios* que norteiam essa “triagem”. Eles podem significar inclusive a desincumbência do Estado da atuação em determinadas áreas. Para os autores, “É possível imaginar que sem ações contra as operadoras de telefonia e eletricidade, por exemplo, caso as agências reguladoras assumissem a integridade das suas funções fiscalizadoras, e não apenas reguladoras, o montante dos serviços apresentados à sociedade pelos Juizados Especiais se reduziriam em cerca de 80% anuais. (...) Em nosso ponto de vista, a redução dessa demanda possibilitaria aos Juizados Especiais experimentar com mais intensidade todas as possibilidades de resolução de conflitos que foram originalmente oferecidas pela lei que os criou. (...) O mais grave é a ausência de um debate maior sobre as causas do acúmulo de processos, pois a política judiciária vem se pautando pela eficiência na eliminação dos feitos judiciais. Estatisticamente, como vimos, muitas das demandas provêm de litigantes habituais, os quais deveriam ser fiscalizados e sancionados extrajudicialmente por órgãos estatais administrativos (agências reguladoras, Banco Central etc.), ou outros meios alternativos de resolução de conflitos. (...) o pior a ocorrer será a extensão dos demais problemas da justiça comum aos juizados especiais, quais sejam, aqueles que obstam o acesso dos cidadãos mais pobres à apreciação arbitral, o que mataria definitivamente os objetivos centrais para os quais os juizados especiais foram criados”. Ibidem.

<sup>372</sup> VERONESE, Alexandre. Cit. p. 29.

<sup>373</sup> Expressão cunhada por Kazuo Watanabe. Para Antônio Carlos Marcatto, “o fenômeno da litigiosidade contida [é] extremamente perigoso para a estabilidade social, na medida em que, a par de representar um ingrediente a mais para a “panela de pressão” social, também por vezes acabam impondo soluções inadequadas, eventualmente à margem da ordem jurídica estabelecida”. MARCATTO, Antônio Carlos. *Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3350/consideracoes-sobre-a-tutela-jurisdicional-diferenciada>. Acesso em: 14 set. 2011.

que em contornar o congestionamento da Justiça, aliviando as críticas por uma performance inquestionavelmente deficitária.

Outro resultado dessas reformas, não menos preocupante, é o apontado a seguir por Gabriela Maia Rebouças:

Quando Auerbach analisa as possibilidades de uma justiça sem direito, diagnostica com precisão este paradoxo de um discurso que o próprio sistema judicial encampa em prol de sistemas mais informais e menos onerosos como exercício de uma autonomia dos sujeitos, apontando como um certo cinismo do Estado e uma visível tendência de elitização do litígio, submetendo as causas de pequeno valor a procedimentos menos rigorosos.<sup>374</sup>

Em outras palavras, é possível que o ônus da “desformalização” se faça sentir com maior rigor pela parcela menos abastada dos jurisdicionados<sup>375</sup>. É relativamente a este nicho de causas que o abandono da fiança judicial aos direitos<sup>376</sup> revela sua face mais impiedosa. A consequência mais próxima disso tudo é, mais uma vez, o

---

<sup>374</sup> REBOUÇAS, Gabriela Maia. Cit. p. 135.

<sup>375</sup> E mesmo diante dessas formas especiais de tutela, as diferenças sociais verificadas entre autores/réus repetem as contradições do modelo antagônico tradicional. “Los intentos de acercar la justicia a la población, a través, por ejemplo, de los juzgados especiales civiles y penales, no siempre dan buenos resultados. (...) los ricos demandan más y los pobres son los más procesados incluso em una instancia que sería, por definición, destinada a la democratización de la justicia. Ello nos remite a dos importantes aspectos de la sociología del derecho: el primero señala que la justicia difícilmente constituye un bien equitativamente distribuido; el segundo discute la existencia de culturas jurídicas diferenciadas entre pobres y ricos, entre los más educados y los menos educados, lo que explica el uso diferenciado que pobres y ricos hacen de los tribunales. (D’ Araujo, 1996)”. JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Brasil: *obstáculos en el camino hacia una justicia total*. Texto elaborado para o seminário “Las Transformaciones del Derecho y de la Cultura Jurídica em América Latina y em la Europa Mediterránea”. Stanford, set. 1999.

<sup>376</sup> Como bem observa Dimitri Dimoulis, “Ao contrário da globalização, principalmente ideológica, o neoliberalismo constitui uma realidade tangível. Relaciona-se com o deslocamento da fronteira externa entre o privado e o público, a favor do primeiro. As instituições públicas recuam para deixar espaço ao mercado. **O Estado abandona parte de suas funções, diminui as prestações aos necessitados e “desregulamenta” a economia, deixando as camadas populares ainda mais expostas ao poder privado dos capitalistas.** Esta evolução mundial é exprimida com termos elegantes (modernização, flexibilidade, liberalização, nova economia). Todas indicam aquilo que Rosa de Luxemburg qualificou de liberdade da raposa livre no galinheiro livre”. DIMOULIS, Dimitri. *Sociedade civil, direitos fundamentais e emancipação*. Reflexões a partir da obra de Alessandro Baratta. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Verso e Reverso do Controle Penal. Desaprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Boitempo, 2002, p. 48.

aprofundamento da desigualdade na distribuição dos instrumentos de acesso à orgânica constitucional<sup>377</sup>.

Em recente artigo, Kazuo Watanabe protesta pela necessidade do estabelecimento de uma política pública nacional apta a dar o “tratamento adequado aos conflitos de interesses”. A instituição de semelhante política pública<sup>378</sup> estimularia o nascimento de uma *nova cultura*, “não somente entre os profissionais do direito, como também entre os próprios jurisdicionados, de solução negociada e amigável dos conflitos”<sup>379</sup>. Essa cultura resultaria em maior coesão social e em mudanças importantes na organização da sociedade pela substituição da “cultura da sentença” pela “cultura da pacificação”<sup>380/381</sup>.

Não é recente a percepção da utilidade do modelo legal da harmonia como técnica de pacificação<sup>382</sup>. O interesse sazonal pelos estilos conciliatórios como fundamento de uma política pública judiciária certamente não deriva do fato de que

---

<sup>377</sup> Não é sem motivo que Laura Nader, ao comentar a implantação dos modelos legais de harmonia nos Estados Unidos da década de 1970, repara nos movimentos contra o contencioso a tentativa de “controlar aqueles que foram privados dos direitos civis”. NADER, Laura. *Harmonia coerciva: A economia política dos modelos jurídicos*. Cit.

<sup>378</sup> Para citar um exemplo, o “Projeto Pacificar”, do Ministério da Justiça, “tem como objetivo principal implantar, fortalecer e divulgar a mediação, composição e outros meios alternativos de solução de conflitos, no âmbito das Faculdades de Direito, como instrumentos à ampliação do acesso e maior efetividade da Justiça, através do apoio a criação e fortalecimento de projetos nas áreas de ensino e extensão, que contribuam para difundir a cultura de resolução não violenta de conflitos”. Disponível em:

<http://portal.mj.gov.br/sde/data/Pages/MJDA9EC2A8ITEMID6E99517B14514451AB562CBFBB12F702PTBRIE.htm>. Acesso em: 14 set. 2011.

<sup>379</sup> WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Cit.

<sup>380</sup> “E assistiremos, com toda a certeza, à profunda transformação do nosso país, que substituirá a atual “cultura da sentença” pela “cultura da pacificação”, disso nascendo, como produto de suma relevância, a maior coesão social”. Ibidem.

<sup>381</sup> Também nesse sentido, Cláudio Souto: “interações sociais de competição, de conflito ou de hierarquização (todas implicando a preponderância da idéia de dessemelhança entre os interagentes), são, em si mesmas, processos de afastamento no espaço social. Assim, nelas não se forma clima favorável ao direito – a não ser quando essas interações previnam afastamento ainda maior (que passaria a existir sem elas). Já as interações sociais onde prepondera a idéia de semelhança e, pois, a aproximação entre os pólos interagentes (a exemplo das interações de cooperação), são sempre favoráveis ao jurídico.” SOUTO, Cláudio. *Tempo do Direito Alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 49.

<sup>382</sup> NADER, Laura. *Harmonia coerciva: A economia política dos modelos jurídicos*. Cit.

essa ideologia da harmonia seja considerada benigna<sup>383</sup>. O que muda de tempos em tempos é a tolerância aos conflitos: “a história das condições que determinam as preferências na solução das disputas são "compromissos móveis" geralmente envolvendo desequilíbrios no poder”<sup>384</sup>, diz Laura Nader ao notar que a oscilação entre o modelo da harmonia e o modelo do conflito acompanha a estratégia estatal mais conveniente para abrandar os ânimos em um determinado contexto.

Como expõe Eliane Junqueira, o Brasil ingressou na terceira onda do movimento de acesso à justiça com a informalização do Poder Judiciário antes mesmo de experienciar a redemocratização. “Os tribunais de pequenas causas [foram] criados nos anos oitenta, buscando justificação na litigiosidade potencial. No discurso dos militares, a justiça deveria ser informal, rápida, oral e desburocratizada para evitar a convulsão social”<sup>385/386/387</sup>. É necessário resistir à crítica fácil de quem diz ser este o intento das políticas judiciárias mais recentes. Aparentemente, o inimigo da estabilidade social é bem outro, já que o discurso sobre a paz fundada em uma pretensa homogeneidade nacional é hoje um anacronismo de utilidade meramente histórica.

---

<sup>383</sup> “Comecei a coletar palavras-chave: a ADR estava associada a paz, enquanto a solução mediante disputa judicial era relacionada a guerra. Uma é antagônica, a outra não-antagônica. Em uma há confronto, insensibilidade, destruição da confiança e da cooperação e apenas perdedores, enquanto na outra a cura suave e sensível dos conflitos humanos produz apenas vencedores. As alternativas estavam associadas à qualidade de ser moderno: "criando hoje o tribunal de amanhã." Ibidem.

<sup>384</sup> Ibidem.

<sup>385</sup> No original: “Siguiendo la tendencia internacional indicada por Cappelletti y Garth, Brasil también ingresa en la tercera ola del movimiento de acceso a la justicia, con la informalización del Poder Judicial. Los tribunales de causas menores son creados en los años ochenta, hallando su justificación en la litigiosidad potencial. En el discurso de los militares, la justicia debería ser informal, rápida, oral y desburocratizada para evitar la convulsión social”. JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Brasil: obstáculos en el camino hacia una justicia total*. Cit.

<sup>386</sup> É claro que se tinha conhecimento de que “os elementos de controle são muito mais difusos que o alcance direto do controle do Estado. Uma intolerância pelo conflito impregnou a cultura para evitar, não as causas da discórdia, mas sua manifestação, e, a qualquer preço, criar consenso, homogeneidade, concórdia. Como em O admirável Mundo Novo, de Aldous Huxley, o modelo da harmonia produz uma espécie de soma cultural com um efeito tranquilizador”. NADER, Laura. *Harmonia coerciva: A economia política dos modelos jurídicos*. Cit.

<sup>387</sup> Não é outra, aliás a ideia que transparece no seguinte trecho de Dinamarco: “O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, **estando o bem-estar turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada.** (...) A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno de pacificação social constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo em sua conceituação e endereçamento social e político”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. Cit. p. 65.

Outras condições sócio-políticas, como a pressão por um sistema estatisticamente eficiente, ou o interesse de que certas questões sejam entregues a uma Jurisdição menos presente estimulam o desvio das soluções antagônicas<sup>388</sup>. Talvez não sejam estes os motivos da consensualidade no futuro. É necessário observar, como faz Nader, que

[A]s ideologias de solução de disputas são um mecanismo usado há muito tempo para se realizar a transmissão de idéias hegemônicas. Os processos de disputa não podem ser explicados como um reflexo de algum conjunto pré-determinado de condições sociais. Eles refletem, mais exatamente, os processos de construção cultural que podem ser uma resposta à necessidade, um produto dos interesses preponderantes ou um resultado do conflito de classes. A harmonia como concepção geral de vida deveria ser investigada minuciosamente no que se refere à construção das leis, tal como o conflito foi investigado minuciosamente no que se refere ao desenvolvimento da lei. Os dois deveriam ser examinados com respeito às noções de um mundo novo, para que possamos diferenciar um mundo de justiça de um mundo de estabilidade<sup>389</sup>.

Sem pretender analisar as componentes culturais do direito<sup>390</sup>, ou investigar a extensão dessa influência recíproca<sup>391</sup>, é possível partir do pressuposto muito

---

<sup>388</sup> Segundo Mattei, o recurso aos meios alternativos de solução dos litígios é uma forma de adestramento social, em que se evitam as discussões sobre as reais origens dos conflitos em sociedade para dar estabilidade aos programas do governo, servindo também para preparar nos países em desenvolvimento um ambiente propício ao investimento externo. Para o autor, “the (...) alternative dispute resolution (ADR), which is always presented as a cure for the emergency created by the so-called “litigation explosion”, a spectacularly exaggerated condition of adjudication in current times. **Grounded in this state of emergency, ADR systematically favors the stronger economic and political interests against the weaker ones while at the same time effectively taming social dissent and silencing the demand for justice.** The emergency here is the impossibility of delivering ordinary public access to justice and the consequent beneficial nature of any kind of private alternative”. MATTEI, Ugo. *Emergency-Based Predatory Capitalism: The Rule of Law, Alternative Dispute Resolution and Development*. 2009. Disponível em: [http://works.bepress.com/ugo\\_mattei/36](http://works.bepress.com/ugo_mattei/36). Acesso em: 28 fev. 2012.

<sup>388</sup> REBOUÇAS, Gabriela Maia. Cit. p. 136.

<sup>389</sup> Ibidem.

<sup>390</sup> Lawrence Friedman, quien entiende legal culture como “ideas, valores, expectativas y actitudes en relación con la ley y las instituciones jurídicas que el público, o parte del público tiene”. Sin embargo, reconozco, también con Lawrence Friedman, que se trata de un concepto extremadamente impreciso, con significados diversos según los contextos. La definición de Friedman, por tanto, como toda definición no se halla exenta de problemas, quizá porque el término puede, efectivamente, indicar una pluralidad de fenómenos. El Dictionnaire Encyclopédique de Sociologie et Théorie du Droit, por ejemplo, apunta cuatro definiciones de cultura jurídica: a) las técnicas de exposición y de interpretación utilizadas por los operadores del derecho y el conjunto de ideologías en el que esas técnicas jurídicas se traducen; b) el conjunto de opiniones del público sobre el sistema jurídico

simples de que uma cultura não se institui “por decreto”. Jerold Auerbach considera o contexto social e as escolhas políticas variáveis fundamentais para determinar se as instituições alternativas serão capazes de melhorar o acesso à justiça. O autor critica veementemente a *imposição* dos meios alternativos, que se associam aos valores comunitários de harmonia, confiança e reciprocidade, quando não são estes os valores cultivados pela sociedade norte-americana. Sendo assim, nenhuma outra alternativa às instituições judiciais pode ser eficiente naquele ambiente, já que a própria cultura legalista, impregnada dos ideais materialistas e individualistas, restringe o espaço para o desenvolvimento dos métodos alternativos e informais.

Para que o papel da lei fosse menos influente, continua, seria necessário que os norte americanos moderassem “a sua liberdade expansiva de competir, de adquirir e de possuir, e elevar, simultaneamente, a responsabilidade compartilhada sobre os direitos individuais. Até que isso ocorra, a busca por uma justiça sem o direito parecerá sempre algo lesivo ao conceito equidade”<sup>392</sup>.

A implantação de semelhante política no Brasil não será possível se as ambições do projeto atropelarem a dimensão cultural e a tradição jurídica com a ansiedade de eliminar as disputas, ou melhor, os entraves à governabilidade, à produtividade, ao capital internacional<sup>393</sup>, à boa fama do Judiciário. Não se esqueça,

---

positivo; c) el conjunto de valores, principios, ideologias sobre el derecho y de conocimientos vinculados al vocabulario propio de los operadores del derecho, y d) el conjunto de las diferencias nacionales y locales em el pensamiento y la práctica del derecho. JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Brasil: obstáculos en el camino hacia una justicia total*. Cit.

<sup>391</sup> Essa discussão remonta o debate conceitual formulado no século XIX por Savigny e Bentham e ainda tão polêmico na antropologia jurídica: “¿Son las transformaciones del derecho una consecuencia de los cambios sociales o, por el contrario, son dichos cambios los que han sido inducidos por el derecho? En la presente reedición de la discusión decimonónica, la pregunta se formula así: ¿es la cultura jurídica el resultado de las transformaciones del derecho o, por el contrario, puede la cultura jurídica de los operadores del derecho mayores posibilidades de provocar cambios en la esfera jurídica?, ¿o se corresponden esos cambios con las transformaciones de la cultura jurídica general?”. Ibidem.

<sup>392</sup> AUERBACH, Jerold S. Justice without law? Resenha de Vilson Marcelo Malchow Verdana. Cit.

<sup>393</sup> Observe-se ainda com José Eduardo Faria que “No decorrer da década de 90, à medida que a era econômica declinante, a do pós-guerra, aproximou-se do ponto de inter cruzamento com a era ascendente, a da economia globalizada, (...) [passou-se a exigir] a adoção de ambiciosos projetos de flexibilização, desformalização, desburocratização, desregulação, deslegalização e desconstitucionalização formulados como condição necessária (porém não suficiente) para a execução dos não menos ambiciosos programas de privatização dos monopólios públicos em áreas

ademais, que o conflito é a realidade própria, e não sua enfermidade<sup>394</sup>. O modo como eles são encaminhados em uma comunidade política diz muito sobre o tipo de tratamento dedicado ao jurisdicionado, afinal, “harmonia coerciva” não é senão violência<sup>395</sup> e silenciamento.

Com Ralf Dahrendorf, chama-se a atenção para o fato de que

[A] atitude negativa ante os conflitos sociais traz um duplo erro de graves consequências: quem considera o conflito como uma enfermidade não entende em absoluto a idiosincrasia das sociedades históricas; quem atribui a culpa dos conflitos, em primeiro lugar, aos “outros”, querendo indicar com isto que crê na possibilidade de sociedades sadias sem conflitos, em primeiro lugar, entrega a realidade e sua análise em mãos de sonhos utópicos. Toda sociedade “sã”, autoconsciente e dinâmica conhece e reconhece conflitos em sua estrutura; pois sua denegação tem consequências tão graves para a sociedade como a clausura de conflitos anímicos para o indivíduo. Não é quem fala do conflito, mas quem o trata de dissimular, está em perigo de perder toda segurança<sup>396</sup>. (tradução livre).

A seguir, aborda-se a crise não mais a propósito do esgotamento do modelo de regulação formal, mas a partir da necessidade de reformar o sistema de administração e gestão do Judiciário para adequá-lo aos planos de modernização

até então consideradas estratégicas do ponto de vista da soberania nacional”. FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 111.

<sup>394</sup> DAHRENDORF, Ralf. *Elementos para una teoría del conflicto social*. En J. J. Sánchez de horcajo y O. Uña (comp). *La sociología. Textos fundamentales*. Madrid: Libertarias/Prodhufl, 1996, p. 331-54.

<sup>395</sup> No sentido referido por José Vicente Santos: “[A] violência configura-se como um dispositivo de controle, aberto e contínuo. A violência seria a relação social, caracterizada pelo uso real ou virtual da força ou da coerção. A violência seria a relação social de excesso de poder que impede o reconhecimento do outro - pessoa, classe, gênero ou raça, provocando algum tipo de dano, configurando o oposto das possibilidades da sociedade democrática contemporânea”. SANTOS, José Vicente. *Violências e conflitualidades*. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2009, p. 46.

<sup>396</sup> No original: “En la actual sociedad dirigida “desde fuera”, se considera poco elegante la lucha para implantar los propios intereses. De ahí que muchos consideren preferentemente en el conflicto no la realidad propia, sino la enfermedad de los demás. Pero em esta actitud negativa ante los conflictos sociales hay um doble error de graves consecuencias; quien considera el conflicto como una enfermedad no entiende em absoluto la idiosincrasia de las sociedades históricas; quien echa la culpa de los conflictos, en primer lugar, a “los otros”, queriendo indicar com ello que cree posibles sãs sociedades sin conflictos, entrega la realidad y su analisis en manos de sueños utópicos. Toda sociedad “sana” autoconsciente y dinamica conoce y reconoce conflictos en su estructura; pues su denegación tiene consecuencias tan graves para la sociedad como el arrinconamiento de conflictos anímicos para el individuo. No quien habla del conflicto, sino quien trata de disimularlo, está en peligro de perder por él toda seguridad”. DAHRENDORF, Ralf. *Elementos para una teoría del conflicto social*. Cit. p. 53.

que pressionaram os Estados acometidos pela crise fiscal, já generalizada nos países ocidentais no final dos anos 1980.

### 2.3 A crise da justiça e a reforma gerencial

Em recente relatório, o professor de Turim Ugo Mattei publicou os resultados de uma pesquisa comparativa que coordenou em dezesseis países<sup>397</sup>. O objetivo foi perceber se o acesso à justiça pode ser considerado um assunto social e político nos contextos analisados, e diagnosticar o estado do tema no *background* cultural e institucional dos respectivos países trinta anos após a edição do Projeto Florença.

Na percepção de Mattei, o trabalho entusiástico de Cappelletti está inserido em um contexto em que o “Estado-Providência era visto como um ponto de chegada da civilização”<sup>398</sup>, sendo o acesso à justiça um meio através do qual as comunidades seriam providas da lei como um bem público, assim como de cuidados com a saúde, abrigo e educação para os necessitados. Nessa linha, a socialização processual, típica dos Estados sociais, apontava para a reestruturação do processo e a adaptação dos poderes judiciais para a justiciabilidade dos direitos, especialmente os sociais. Sem embargo, o significado de acesso à justiça naquele contexto estava fortemente atrelado à capacidade do Judiciário em trabalhar pelo sucesso dos programas estatais de bem-estar.

Ainda que o nosso Estado Desenvolvimentista não seja ideologicamente equiparável aos Estados Sociais que se tornavam dominantes nos países desenvolvidos após a Segunda Guerra Mundial<sup>399</sup>, é possível identificar uma confluência de métodos e estruturas ali presentes com o “constitucionalismo da efetividade”<sup>400</sup> implementado no Brasil pela Constituição de 1988<sup>401</sup>. Este fato torna

---

<sup>397</sup> Em ordem alfabética: Alemanha, Bélgica, Chile, China, Espanha, Estados Unidos, França, Grécia, Holanda, Índia, Irã, Itália, Japão, Mali, Polônia e Suécia.

<sup>398</sup> MATTEI, Ugo. *Access to Justice. A Renewed Global Issue?* ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW vol 11.3 December 2007. Disponível em: <http://www.ejcl.org/113/article113-14.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2011.

<sup>399</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Democracia, Estado Social e Reforma Gerencial*. São Paulo, ERA. v. 50 n.1 jan./mar. 2010. p. 112-16.

<sup>400</sup> Para Luís Roberto Barroso, a preocupação com a efetivação dos comandos constitucionais - o “**constitucionalismo da efetividade**”- foi incorporada à vivência jurídica após 1988. “a doutrina da



comparáveis os fenômenos de explosão da litigiosidade nos países do Estado-Providência nos anos 1970 e o a crise fiscal deflagrada no Brasil no fim dos anos 1980.

### 2.3.1 A crise do Estado e a reforma gerencial

A consolidação do Estado-Providência representou “a expansão dos direitos sociais e, através deles, a integração das classes trabalhadoras nos circuitos do consumo anteriormente fora do seu alcance”<sup>402</sup>. Essa integração logo se traduziu em novos conflitos a serem dirimidos pelos tribunais. De tudo isso resultou, segundo Boaventura Santos,

[U]ma explosão de litigiosidade à qual a administração da justiça dificilmente poderia dar resposta. Acresce que esta explosão veio a agravar-se no início da década de 70, ou seja, num período em que a expansão econômica terminava e se iniciava uma recessão, para mais uma recessão com carácter estrutural. Daí resultou a redução progressiva dos recursos financeiros do Estado e a sua crescente incapacidade para dar cumprimento aos compromissos assistenciais e providenciais assumidos para com as classes populares na década anterior.<sup>403</sup>

---

efetividade se desenvolveu e foi sistematizada no período que antecedeu a convocação da Assembléia Constituinte que viria a elaborar a Constituição de 1988. (...) O movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No *plano* jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais”. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 295-96.

<sup>401</sup> Gilberto Bercofci reconhece a influência do Estado Social europeu no Estado desenvolvimentista brasileiro, mas afirma que somente com a Constituição de 88 e a ampliação dos investimentos nos sistemas de assistência e seguridade social o Brasil se aproxima politicamente de um verdadeiro Estado social. BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 55.

<sup>402</sup> A esse fator, some-se a integração da mulher no mercado de trabalho, as mudanças nos padrões de comportamento familiar e na própria aceitabilidade social dos conflitos familiares. Nesse sentido, Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Cit. p. 165-66.

<sup>403</sup> *Ibidem*, p. 166.

Analogamente, no Brasil os direitos sociais da redemocratização se converteram em demandas, e também em despesas públicas insuprimíveis de acordo com a disponibilidade orçamentária, sob o risco da credibilidade do sistema político. Os serviços se “expandir[am] numa velocidade acima do suportável pela estrutura econômica”<sup>404</sup>, e assim se instalou a crise fiscal dos anos 80, acompanhada pela crise da governabilidade<sup>405</sup> e da justiça.

Como pontua Ranieri,

A crise do Estado intervencionista (crise de identidade) é a causa fundamental da “grande crise econômica dos anos 80”, afirma Bresser Pereira (1997), é a crise que reduziu a taxa de crescimento dos países centrais à metade do que fora nos vinte anos posteriores à Segunda Guerra Mundial; estagnou a renda dos habitantes dos países em desenvolvimento por quinze anos; e provocou o colapso dos regimes do bloco soviético. Em todos esses cenários está implícito que a crise do Estado se associa ao caráter cíclico da intervenção estatal e ao processo de globalização que reduziu a autonomia das políticas econômicas e sociais dos Estados nacionais<sup>406</sup>.

Uma década mais tarde, o projeto da Reforma do Aparelho do Estado, apresentado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado em novembro de 1995 sugere a redução das tarefas do Estado e a sua adequação aos “moldes gerenciais, baseados na economia de mercado, com o objetivo de alcançar maior eficácia, numa perspectiva “social-liberal”<sup>407</sup>. Segundo Luiz Carlos Bresser Pereira, artífice da reforma gerencial brasileira, tratava-se da necessidade de modernizar a burocracia estatal, armando o Estado contra a ofensiva da ideologia neoliberal surgida na Grã-Bretanha da segunda metade dos anos 1980.

---

<sup>404</sup> RANIERI, Nina Beatriz. Cit. p. 154.

<sup>405</sup> Crise da governabilidade pois o Estado, obrigado a diminuir os investimentos públicos em desenvolvimento e a transferir às vias tributárias boa parte desses encargos tornou-se alvo das “mais variadas e contraditórias pressões setoriais na composição do orçamento, reclamando prioridades em termos de investimentos produtivos ou gastos em programas sociais”. Ibidem.

<sup>406</sup> Ibidem.

<sup>407</sup> “social porque continuará a proteger os direitos sociais e a promover o desenvolvimento econômico; liberal, porque o fará usando mais os controles do mercado e menos os controles administrativos, porque realizará seus serviços sociais e científicos principalmente através de organizações públicas não-estatais competitivas, porque tornará os mercados de trabalho mais flexíveis, porque promoverá a capacitação dos seus recursos humanos e de suas empresas para a inovação e a competição internacional” Ibidem, p. 135-61.

Diante desse quadro conjuntural, tanto aqueles que concebem a Reforma Gerencial como uma concessão do Estado aos imperativos do mercado quanto aqueles – como Bresser Pereira – que a compreendem em termos defensivos do Estado Social, reconhecem que a transição da administração burocrática para a gerencial foi uma resposta à necessidade de maior eficiência, ou menor custo, dos novos serviços sociais e compromissos que o Estado assumira<sup>408</sup>.

A Reforma da Gestão Pública se inspirou nas estratégias de gestão das empresas privadas, buscando tornar os administradores públicos mais autônomos e responsáveis, e as agências executoras dos serviços sociais mais descentralizadas<sup>409</sup>. A palavra de ordem “efetividade”, que no Estado social norteava a administração burocrática, cedeu lugar à “eficiência”<sup>410</sup>, mote da administração gerencial.

É claro que a centralidade da “eficiência” repercutirá não só no modo como o Estado administra a oferta dos serviços. Novamente, será possível perceber uma alteração substancial no sentido de direito subjetivo, nos padrões de aferição de aceitabilidade/racionalidade das decisões e no próprio sentido da locução “acesso à justiça”.

### **2.3.2 A reforma gerencial chega ao Judiciário**

No início dos anos oitenta, destaca Mattei, políticas neo-liberais inauguradas pela primeira-ministra Thatcher na Grã-Bretanha e “importadas em um fundo institucional muito mais fraco na América de Reagan, foram baseados na suposição primária de que o Estado de bem-estar era simplesmente muito caro”<sup>411</sup>. Como

---

<sup>408</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Cit. p. 112-16.

<sup>409</sup> Ibidem.

<sup>410</sup> “O Estado Social implica tornar coletiva ou pública a oferta dos serviços de educação, saúde e previdência social; e tornar coletivo, ao invés de individual, seu consumo. Para que esses serviços gratuitos e iguais para todos fossem viáveis, era preciso que o Estado fosse capaz de oferecê-los de forma não apenas efetiva, mas também eficiente. A administração burocrática já se havia revelado efetiva; tornou-se, entretanto, claro que, na medida em que a dimensão dos serviços sociais do Estado aumentava, a efetividade não era suficiente. Era preciso controlar o custo dos serviços realizados diretamente por servidores públicos”. Ibidem.

<sup>411</sup> No original: “Beginning in the early eighties, the global ideological picture had changed. Neo-liberal policies, inaugurated by prime minister Thatcher in Great Britain, the crib of the welfare state, and

resultado, se nem a distribuição de direitos sociais como habitação e saúde continuariam estruturalmente sustentados, menor ainda seria, como foi, o comprometimento com a promoção da educação e da justiça, cuja importância existencial geralmente é considerada secundária.

A essa altura, o Poder Público já não podia, nem potencialmente, prover o acesso a todos indefinidamente. Se é que isso ocorreu em algum momento, os programas sociais destinados à distribuição da justiça (como distribuição de bens e serviços sociais) perdem a função legitimatória própria das políticas públicas no contexto do Estado-providência. Talvez a este fato se deva um silêncio acadêmico de quase vinte anos que seguiu desde os estudos de Cappelletti e seus contemporâneos<sup>412</sup>.

Como expõe Mattei,

Só muito recentemente alguns estudiosos tomaram conhecimento do fato, nos anos de agonia do *Welfare State*, que o acesso à justiça havia sido transformado em um não-assunto (como testemunhado pelo desaparecimento de toda a literatura acadêmica), e substituído pelo problema quase contrário e certamente “inventado”: o da “explosão da litigância”<sup>413</sup>. (tradução livre).

Dos escombros de uma responsabilidade estatal abandonada, a temática ressurgue sob a insígnia da “crise de eficiência”, a ser combatida solidariamente pelo Estado e pela sociedade. Não dificulta visualizar que essa retomada se dá num contexto em que coincidem quase sincronicamente, local e globalmente<sup>414</sup>, a crise

imported on a much weaker institutional background in Reagan's America, were based on the very basic assumption that the welfare state was simply too expensive. (...) At the “end of history”, redistributive practices, both direct and indirect, could not be structurally afforded in the domain of shelter and health, let alone in those, secondary in survival importance, of education and justice”. MATTEI, Ugo. *Access to Justice. A Renewed Global Issue?* Cit.

<sup>412</sup> Por todos, Laura Nader; H. Todd; Harry M. Scoble; Laurie Wiseberg, segundo MATTEI, Ugo. *Access to Justice. A Renewed Global Issue?* Cit.

<sup>413</sup> No original: “Only in very recent times have some scholars become aware of the fact, in the years of the demise of the Welfare State, that access to justice had been transformed into a non-issue (as witnessed by the disappearance of all the scholarly literature) and substituted by a quite opposite and almost certainly “invented” problem, that of “litigation explosion”. Ibidem.

<sup>414</sup> Com isso, não se pretende afirmar a existência de uma crise de causas globais com manifestações particularizadas. Ocorre que uma mesma “crise de identidade” acomete simultaneamente a diferentes paradigmas, decorrendo daí a generalização. Segundo Ranieri, “são

do Estado<sup>415</sup> e suas instituições. Aqui identificamos a crise da justiça<sup>416</sup> não como um fenômeno isolado, mas como mais um foco de tensão, mais um vetor a movimentar a agenda de reformas do Estado e, de modo particular, da organização do Judiciário e do processo jurisdicional nas duas últimas décadas.

Boaventura Santos também percebe a repercussão da crise financeira do Estado na administração da justiça:

Uma situação que dá pelo nome de crise financeira do Estado e que se foi manifestando nas mais diversas áreas de actividade estatal e que, por isso, se repercutiu também na incapacidade do Estado para expandir os serviços de administração da justiça de modo a criar uma oferta de justiça compatível com a procura entretanto verificada. Daqui resultou um factor adicional da crise da administração da justiça. A visibilidade social que lhe foi dada pelos meios de comunicação social e a vulnerabilidade política que ela engendrou para as elites dirigentes esteve na base da criação de um novo e vasto campo de estudos sociológicos sobre a administração da justiça, sobre a organização dos tribunais, sobre a formação e o recrutamento dos magistrados, sobre as motivações das sentenças, sobre as ideologias políticas e profissionais dos vários sectores da administração da justiça, sobre o custo da justiça, sobre os bloqueamentos dos processos e sobre o ritmo do seu andamento em suas várias fases.<sup>417</sup>

No Brasil, a análise dos documentos legais relacionados à Reforma do Judiciário deixa visível a infiltração da racionalidade gerencial no sistema de

paradigmas da crise de identidade a crise do “Welfare State” nos países industrializados; a crise no Estado desenvolvimentista e protecionista nos países em desenvolvimento; a crise do estatismo nos países comunistas”. RANIERI, Nina Beatriz. Cit. p. 135-61.

<sup>415</sup> Como afirma Ranieri, “[A] crise do Estado não é um conceito vago. Reflete a exaustão de modelos de Estado que mal ou bem vinham funcionando, devido a crises que se manifestam no plano fiscal, no econômico, no executivo, no administrativo, no institucional, no dos valores etc, gerando ingovernabilidade conjuntural e/ou estrutural”. Ibidem.

<sup>416</sup> Como ressalta Cláudia Dantas da Silva, a crise do Judiciário é fenômeno complexo que envolve muitas variáveis. “Essa crise constitui reflexo de uma crise mais abrangente, qual seja, a do Estado contemporâneo. As estruturas e funções estatais não evoluem no mesmo passo das mudanças que se operam na sociedade. A crise é sentida quando as adaptações são insuficientes para atender as novas necessidades. (...) Nesse sentido, a crise do Judiciário é sobretudo a crise das estruturas e do funcionamento do Estado no cumprimento do seu poder-dever de administrar a Justiça e realizar a paz social. Os problemas estruturais, nesse sentido, extrapolam as estruturas próprias do Poder Judiciário”. SILVA, Claudia Dantas Ferreira da. *Administração judiciária: planejamento estratégico e a reforma do Judiciário brasileiro*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8062/administracao-judiciaria>. Acesso em: 14 ago. 2011.

<sup>417</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Cit. p. 166.

justiça<sup>418</sup> como forma de solucionar a crise de eficiência e acessibilidade. A Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004, impôs um novo modelo de gestão para o Poder Judiciário, com a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>419</sup>.

Esses movimentos de reforma refletem de maneira inequívoca a aproximação do direito com as ciências gerenciais. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

É necessário que a organização dos serviços da Justiça se faça segundo os preceitos técnicos da ciência da administração e com o emprego dos meios e recursos tecnológicos disponíveis. Não serão, como é intuitivo, as simples reformas das leis de procedimento que irão tornar realidade, entre nós, as garantias cívicas fundamentais de acesso à justiça e de efetividade do processo. (...) Cabe, agora, à sociedade do século XXI, exigir dos responsáveis pela Justiça brasileira que a façam 'passar pela mesma revolução tecnológica por que estão passando as modernas administrações públicas e privadas, sob o impacto do planejamento, coordenação, controles, estatística, economia, ciência da administração, teoria das comunicações, informática, cibernética, processamento de dados, etc. É preciso que os juristas tenham a humildade e a sabedoria de reconhecer que a modernização e aperfeiçoamento da Justiça não é tarefa que eles sozinhos possam executar.<sup>420</sup>

Sob a ótica da administração judiciária, Claudia Dantas considera a criação do CNJ um fato de importância ímpar,

porque se constitui órgão plural, composto por representantes de todos os segmentos da magistratura, representantes dos advogados, do Ministério Público e da sociedade, e, por isso, órgão superior, que

---

<sup>418</sup> ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. *Gerenciamento de Processos Judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 86.

<sup>419</sup> A EC/45 inseriu o Artigo 103-B na Constituição Federal de 1988, criando o Conselho Nacional de Justiça, que passou a funcionar em 2005. Constatam expressamente entre as competências constitucionais do CNJ: zelar pela autonomia do Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, expedindo atos normativos e recomendações; definir o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário; receber reclamações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados; julgar processos disciplinares, assegurada ampla defesa, podendo determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas; e elaborar e publicar semestralmente relatório estatístico sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o país.

<sup>420</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>. Acesso em: 1 ago. 2011.

tem condições de coordenar e conformar a formulação das estratégias e políticas de gestão que possibilitem a resolução dos graves problemas de que padece o sistema judiciário. (...) Com a criação do Conselho, contudo, as iniciativas e ações de gestão administrativa, que eram operadas de maneira difusa e divergente, passam agora a contar com um órgão de centralização e de articulação.<sup>421</sup>

A missão declarada do CNJ é “contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade, em benefício da Sociedade”<sup>422</sup>. Suas diretrizes compreendem o “planejamento estratégico e a proposição de políticas judiciárias; a modernização tecnológica do Judiciário, a ampliação do acesso à justiça, pacificação e responsabilidade social”<sup>423</sup>.

Especialmente após a Resolução n.º. 70, de 18 de março de 2009<sup>424</sup>, que instituiu o Planejamento Estratégico do Poder Judiciário, o tema do acesso volta à ordem do dia, mas completamente renovado pela gramática da “eficiência operacional” do sistema de justiça<sup>425</sup>. A ideia é que o CNJ determine as diretrizes que irão nortear a atuação institucional do Judiciário, buscando o alinhamento de todos os órgãos à sua política de acesso.

A preocupação com a modernização da administração judiciária e com o desenvolvimento de habilidades e atitudes dos servidores e magistrados para a melhoria do serviço é clara, mas é ingênuo pensar que os objetivos estratégicos

<sup>421</sup> SILVA, Claudia Dantas Ferreira da. Cit.

<sup>422</sup> CNJ. *Missão*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj>. Acesso em: 15 ago. 2011.

<sup>423</sup> Idem.

<sup>424</sup> CNJ. *Resolução N.º 70, de 18 de março de 2009*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/resolucao-n-70>. Acesso em: 15 ago. 2011.

<sup>425</sup> O Planejamento Estratégico do Poder Judiciário elege os **15 (quinze) objetivos estratégicos** a seguir: 1) Garantir a agilidade nos trâmites judiciais e administrativos; 2) Buscar a excelência na gestão de custos operacionais; 3) Facilitar o acesso à Justiça; 4) Promover a efetividade no cumprimento das decisões; 5) Promover a cidadania; 6) Garantir o alinhamento estratégico em todas as unidades do Judiciário; 7) Fomentar a interação e a troca de experiências entre Tribunais nos planos nacional e internacional; 8) Fortalecer e harmonizar as relações entre os Poderes, setores e instituições; 9) Disseminar valores éticos e morais por meio de atuação institucional efetiva; 10) Aprimorar a comunicação com públicos externos; 11) Desenvolver conhecimentos, habilidades e atitudes dos magistrados e servidores; 12) Motivar e comprometer magistrados e servidores com a execução da Estratégia; 13) Garantir a infraestrutura apropriada às atividades administrativas e judiciais; 14) Garantir a disponibilidade de sistemas essenciais de tecnologia de informação; 15) Assegurar recursos orçamentários necessários à execução da estratégia. (Art. 1º, IV, Resolução n. 70 do CNJ, de 18 de março de 2009). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/resolucao-n-70>. Acesso em: 15 ago. 2011.

parem por aí. Nas entrelinhas das ações, metas e ameaças de correição permanece intocada uma contradição entre objetivos e métodos. Do ponto de vista simbólico, propugna-se por uma justiça mais protetora, democrática, acessível, “enquanto a prática resta conduzida por uma razão instrumental que exige metas, números e estatísticas de julgamentos”<sup>426</sup> não como um meio, mas como um fim.

Em outras palavras, a obsessão pelo resgate da credibilidade do Judiciário não permite compreender o reconhecimento social<sup>427</sup> como consequência de um salto qualitativo no reconhecimento de direitos, ou do aumento da capilaridade do sistema para todos os tipos de demanda (advindas de todos os segmentos sociais). Sem dúvida, o projeto acredita muito mais na reengenharia dos Poderes, em políticas públicas pouco ortodoxas<sup>428</sup>, na racionalidade gerencial como meios para a restauração de sua imagem, sem atentar para o quanto essas ferramentas possam se revelar excludentes.

Surpreendentemente, a contradição entre esses meios e o fim declarado (de uma justiça mais protetora, democrática, acessível a todos) é eliminada não pela reavaliação dos meios, mas pela alteração dos fins! A atualização do conceito de “acesso à justiça”, levada a efeito pela Resolução n.º. 125, de 29 de novembro de 2010 do CNJ é sintomática desses movimentos, que querem convencer que o acesso à “ordem jurídica justa” pode se dar ainda que o acesso ao Judiciário não seja possível para todos.

---

<sup>426</sup> REBOUÇAS, Gabriela Maia. Cit. p. 135.

<sup>427</sup> Assim é descrita a missão do CNJ “contribuir para a efetividade da prestação jurisdicional para obter o reconhecimento da Sociedade”. Cf. [http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/rescnj\\_70\\_planocnj.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_70_planocnj.pdf). Acesso em: 15 ago. 2011

<sup>428</sup> Termo utilizado pelo Ministro Cezar Peluso em seu discurso de posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal para aludir à necessidade de incentivar a adoção de remédios jurídicos facultativos. “(...) Ora, as rápidas transformações por que vem passando, sobretudo nas últimas décadas, a sociedade brasileira, tem agravado um quadro lastimável, em virtude da simultânea e natural expansão da conflituosidade de interesses que, desaguando no Poder Judiciário, o confronta com sobrecarga insuportável de processos, em todas as latitudes do seu aparato burocrático. E uma das causas proeminentes desse fenômeno está, como bem acentua o Des. Kazuo Watanabe, na falta de uma política pública menos ortodoxa do Poder Judiciário em relação ao tratamento dos conflitos de interesses”. WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br/EstruturaOrganizacional/SegundaInstancia/OrgaosJulgadores/SecaoDireitoPrivado/Doutrina/Doutrina.aspx?Id=1011>. Acesso em: 14 ago. 2011.



Essa mesma resolução instituiu a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”<sup>429</sup>, cujo principal objetivo é fazer do Judiciário (na verdade, parte dele) um espaço menos desburocratizado e mais consensual. O recurso ao modelo alternativo (ADR)<sup>430</sup> como forma de “desafogar” os tribunais não é recente<sup>431</sup>, mas no Brasil é nova a tentativa de agregar aqueles meios no *conceito* de acesso, sugerindo que a satisfação desse direito possa ser alcançada com um tratamento adequado do litígio (“para as causas de pequeno valor, a via consensual é a adequada”), ainda que a “velha solução adjudicada” esteja cada vez mais distante.

É o que se depreende do trecho de Kazuo Watanabe, para quem o inciso XXXV do art. 5º da Constituição federal deve ser interpretado

(...) não apenas como garantia de mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas como garantia de acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada. Daí a conclusão de que cabe ao Poder Judiciário, pelo CNJ, organizar os serviços de tratamento de conflitos por todos os meios adequados, e não apenas por meio da adjudicação de solução estatal em processos contencioso, cabendo-lhe em especial institucionalizar, em caráter permanente, os meios consensuais de solução de conflitos de interesses, como a mediação e a conciliação<sup>432</sup>.

Entretanto, nessa tentativa não há senão uma tentativa de “aliviar as críticas por um acesso à justiça demasiadamente insuficiente”. Segundo Gabriela Rebouças,

O apelo (...) aos sistemas privados é propagandeado como recurso para desafogar o Judiciário. E, nos últimos anos, ouvimos esse bordão em uníssono. Mas, é evidente que a preocupação em

---

<sup>429</sup> Instituída pela Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010 do CNJ. Segundo o Des. Kazuo Watanabe, “por meio dessa **política pública judiciária**, que proporciona aos jurisdicionados uma solução mais adequada dos conflitos, o Judiciário Nacional estará adotando um importante **filtro da litigiosidade**, que ao contrário de barrar o acesso à justiça, assegurará aos jurisdicionados o **acesso à ordem jurídica justa**, e além disso atuará de modo importante na redução da quantidade de conflitos a serem ajuizados e também, em relação aos conflitos judicializados ou que venham a ser judicializados, a sua solução pelos mecanismos de solução consensual dos conflitos, o que certamente determinará a redução substancial da quantidade de sentenças, de recursos e de execuções judiciais”. *Ibidem*.

<sup>430</sup> *Alternative Dispute Resolution*. Para mais, *Cf. 2.2 supra*.

<sup>431</sup> *Cf. 2.2 supra*.

<sup>432</sup> *Ibidem*.

otimizar o sistema judicial não pertence àquele que busca outros sistemas de resolução. O raciocínio “devo procurar um outro meio de resolução para não sobrecarregar mais o juiz” não faz sentido algum, a não ser se provém do próprio sistema, que emite um comando para que a sua procura seja cometida ou ponderada por alternativas.<sup>433</sup>

O fato mais preocupante é que a institucionalização da “cultura da pacificação”<sup>434</sup> caminha no sentido oposto à sua virtude mais emancipadora: aquela de ser uma escolha das partes. A institucionalização desses espaços, se deformada pelo sistema judicial, não produzirá um espaço de espontaneidade e participação, mas de coação, em que o economicamente débil se vê “constrito a renunciar ao direito ou a se submeter a transações iníquas ou abusivas”<sup>435</sup>, sob a ameaça de um provimento desfavorável.

A “ampliação do acesso” nesses termos é uma ofensa um pouco menos grave aos que estão no alto da escala social. A diversidade, a complexidade e o valor das causas afetas a esses sujeitos continuam a lhes permitir a escolha e o trânsito entre várias “categorias da justiça”, enquanto nos estratos sociais mais baixos a “consensualidade coativa” engloba quase que a totalidade dos conflitos. Esse fato repercute decisivamente no sentido de cidadania desses sujeitos e no modo como suas reivindicações são recebidas nos núcleos de decisão. O resultado, obviamente, é mais próximo da segmentação que da democratização do acesso à justiça.

---

<sup>433</sup> REBOUÇAS, Gabriela Maia. Cit. p. 135.

<sup>434</sup> Nesse sentido também o movimento “conciliar é legal”, encabeçado pelo Supremo Tribunal Federal desde 26/08/2006 na presidência da Ministra Ellen Gracie. Em agosto de 2010 o CNJ lançou o “Prêmio Conciliar é Legal”, a fim de que magistrados e tribunais apresentem suas práticas de conciliação individuais ou em grupos. A medida premia e dissemina práticas que contribuam para a pacificação de conflitos, modernização, rapidez e eficiência da justiça brasileira. Disponível em: [www.cnj.jus.br/.../9689-cnjlanca-i-premio-conciliar-e-legal](http://www.cnj.jus.br/.../9689-cnjlanca-i-premio-conciliar-e-legal). Acesso em: 8 ago. 2011.

<sup>435</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Cit. p. 173. “A ocorrência de uma conciliação endoprocessual deve resultar de um fluxo discursivo que respeite a autonomia privada das partes, e não de uma imposição que gerará um possível resultado: acordos inexecutáveis e anti-sociais que busquem tão-somente a obtenção de um dado no plano estatísticos de casos “resolvidos” ou que ofereçam uma falsa sensação apaziguadora e de adequação constitucional. Todas essas situações não guardam nenhuma vinculação com uma efetiva socialização e, nem mesmo, com a aqui defendida democratização processual. Somente se ajustam a uma lógica funcionalista e perversa, que, certamente, deve ser problematizada discursiva e incessantemente”. *Ibidem*, p. 174-75.

### 2.3.3 Duas perspectivas de eficiência

O discurso do “acesso à ordem justa” também se apropria da relação mais que evidente, e agora expressa, entre acesso à justiça e duração do processo<sup>436</sup>. É claro que desde os estudos de Marc Galanter na década de 1970<sup>437</sup>, ou mesmo antes<sup>438</sup>, o caráter excludente da morosidade é indiscutível, e sem dúvida é este um dos maiores e mais nefastos obstáculos ao acesso, ainda por superar.

Esses movimentos, no entanto, promovem uma associação muito singular entre “celeridade e justiça”. Se é possível aceitar a afirmativa de que “bater recordes é garantir direitos”<sup>439/440</sup>, a celeridade transforma-se em um argumento autossuficiente para o combate à impunidade e à insegurança, e assim se acaba novamente por confundir finalidade e consequência.

Como enfatiza Rebouças,

Se pensarmos em acesso à justiça, a finalidade não seria desafogar, mas garantir direitos, resolver conflitos. (...) Se o Judiciário consegue dar respostas com qualidade em um tempo adequado, um tempo em que cada vez mais se otimiza a prestação jurisdicional, a celeridade faz do desafogar uma consequência. Mas parece que na ânsia de atingir números, desafogar torna-se a própria finalidade<sup>441</sup>

---

<sup>436</sup> A EC 45 incluiu no art. 5º da CF o inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

<sup>437</sup> Galanter percebeu, através da comparação entre dois tipos paradigmáticos de litigantes - os usuários habituais (*repeat-players*) e os eventuais do sistema de justiça (*one-shotters*), que a morosidade do sistema beneficia aos litigantes habituais, que usariam o processo não como meio de solução do conflito, mas como estratégia de litigância em busca de um benefício futuro. Cf. ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Cit. p. 30.

<sup>438</sup> No início do século passado disse o insigne Rui Barbosa: “Justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

<sup>439</sup> Slogan da campanha meta 2 do CNJ: “julgar todos os processos de conhecimento distribuídos (em 1º grau, 2º grau e tribunais superiores) até 31 de dezembro de 2006 e, quanto aos processos trabalhistas, eleitorais, militares e da competência do tribunal do Júri, até 31 de dezembro de 2007.

<sup>440</sup> A propósito dos “números da Justiça” o Banco Mundial também possui um documento acerca do funcionamento do setor judiciário brasileiro, cujo título é bastante provocativo: “**Fazendo com que a Justiça conte: Medindo e Aprimorando o Desempenho do Judiciário no Brasil**”. Relatório no 32789-BR de 2004. Disponível em: [www.amb.com.br/docs/bancomundial.pdf](http://www.amb.com.br/docs/bancomundial.pdf). Acesso em: 27 jan. 2011.

<sup>441</sup> REBOUÇAS, Gabriela Maia. Cit. p. 134.

Acaso se privilegie apenas a perspectiva “quantitativa” de eficiência, a equação entre tempo e quantidade há de significar necessariamente a perda da qualidade. Se as medidas visam exclusivamente “ampliar a quantidade de conflitos resolvidos judicialmente no menor tempo possível, no tempo que afaste impunidade e amplie eficácia, não se pode esperar do Judiciário um aprofundamento das questões, ou pelo menos em todas as questões, o que o obriga a ser seletivo”.<sup>442</sup>

Para Nunes e Bahia,

Segundo Taruffo, há dois tipos de “eficiência” no sistema processual: uma primeira perspectiva de eficiência, “**quantitativa**”, se redefiniria em termos de velocidade dos procedimentos e redução de custos, na qual tanto mais barata e rápida a resolução dos conflitos, maior a eficiência seria obtida, sendo a qualidade do sistema processual e de suas decisões um fator de menor importância.

Uma segunda perspectiva de eficiência (**qualitativa**) seria aquela na qual um dos elementos principais de sua implementação passaria a ser a qualidade das decisões e de sua fundamentação e que conduziria à necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equânimes e, complementaríamos, democráticas para aplicação do direito<sup>443</sup>. (destacamos).

A razão gerencial, guiada pela eficiência realmente permite isso: a equivalência entre “justiça” e celeridade como “valores ponderáveis”<sup>444</sup>. É o que observam Fernandes e Pedron ao criticar a concepção de eficiência de Marinoni:

Mais uma vez, percebemos a filiação de Marinoni ao paradigma do Estado social, na medida em que o mesmo faz uma opção pela racionalidade instrumental de adequação de meios a fins, na qual o juiz se coloca como senhor das decisões e centro do processo (...) A solução viria, então, por um raciocínio verificado caso a caso da **proporcionalidade entre celeridade e justiça**, como se a justiça – ou, como preferimos chamar, legitimidade da decisão – fosse mais

---

<sup>442</sup> Ibidem.

<sup>443</sup> NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, V. IV. Periódico da Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Processual da UERJ. p. 233. Disponível em: [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br). Acesso em: 22 ago. 2011.

<sup>444</sup> Cf. 3.2 *infra*.

um valor posto à baila para ser ponderado pelo magistrado a partir de seus critérios de preferência(...) <sup>445</sup>. (destacamos).

Sobre as transformações que esse paradigma imprime diretamente nos padrões de argumentação e decisão encarrega-se outro capítulo. Por ora importa comentar, em um panorama mais amplo, que a chamada crise da justiça e seus reflexos no cenário político, cultural e econômico fizeram com que o tema extrapolasse a esfera do Judiciário, exortando os demais Poderes e a sociedade civil a buscarem uma solução conjunta e interdisciplinar.

Marco desses esforços foi a assinatura do II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo, pelos representantes dos Três Poderes da República em 13 de abril de 2009. O Pacto também colocou a eficiência da “prestação jurisdicional” no cerne das discussões, como objetivo a ser alcançado “mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção dos conflitos” <sup>446</sup>.

No âmbito do Poder Executivo, foi criada em 2003 a Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ), órgão do Ministério da Justiça destinado a atuar na “interlocução do Executivo com outros Poderes, além de articular e consolidar o debate em torno do assunto” <sup>447</sup>. A SRJ atua a partir de quatro frentes <sup>448</sup>: modernização; prevenção de

---

<sup>445</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Cit. p. 160-61.

<sup>446</sup> II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo. Disponível em: [http://www.abdir.com.br/legislacao/legislacao\\_abdir\\_26\\_5\\_09\\_1.pdf](http://www.abdir.com.br/legislacao/legislacao_abdir_26_5_09_1.pdf). Acesso em: 15 ago. 2011.

<sup>447</sup> Revista "Reforma do Judiciário", publicada pelo Ministério da Justiça, 2005.

<sup>448</sup> De acordo com o Secretário de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, Marivaldo Pereira, para que o país continue avançando na melhoria do sistema de Justiça quatro elementos são fundamentais: **Modernização**: ações voltadas para o aprimoramento da gestão, como a elaboração de estudos e diagnósticos, oferta de cursos de gestão para operadores do direito, reformulação de procedimentos administrativos, adoção de ferramentas de informatização e de aumento da transparência, disseminação do uso de meios alternativos para a solução de conflitos e a modernização e universalização dos serviços notariais e de registros. **Prevenção de conflitos**: ações que visam a criação de espaços, no âmbito da administração pública, para a adequação de procedimentos, de maneira a evitar a proliferação de demandas judiciais fundadas na atuação ou omissão da própria administração. Também estão inseridas nesse eixo, as ações voltadas para a disseminação de mecanismos administrativos de solução de conflitos entre cidadãos e a administração pública, tais como as demandas por medicamentos ou indenização por danos causados por servidores no exercício da função. **Democratização do acesso à Justiça**: ações de enfrentamento aos principais obstáculos ao acesso à Justiça, como a desinformação e o déficit na oferta de assistência jurídica gratuita e de qualidade aos mais necessitados. Nesse eixo, estão

conflitos; democratização do acesso e reforma infraconstitucional, buscando interligar as iniciativas do acesso à Justiça e da modernização dos procedimentos judiciais existentes às políticas de desenvolvimento social e redução das desigualdades, tudo isso para “promover a redução da litigiosidade em todo o país”<sup>449</sup>. A instalação da Secretaria se deu sob fortes protestos dos integrantes do Poder Judiciário<sup>450</sup>, pelo receio de que a medida pudesse desfavorecer sua independência.

Hoje parece certo que o problema do acesso à justiça, posicionado nos termos de uma racionalidade gerencial sempre carente da atenção e das medidas integrativas de todos esses segmentos (agora não só estatais), repropõe as delicadas questões: a) sobre que níveis de ingerência pode o Judiciário suportar sem perda substancial de sua independência externa; b) sobre que níveis de responsabilidade o Judiciário deve ter pelas consequências sociais, políticas e econômicas de sua atuação, sem que a – salutar, até certo ponto – tensão entre Jurisdição e administração seja completamente desfeita.

De todo modo, qualquer proposta de solução da crise do Judiciário e todas as prognoses que se pretendem sinceras não podem omitir o fato de que a adoção de um sistema de justiça ancorado em moldes gerenciais é por si mesma significativa, e que não se cuida apenas de uma tecnologia modernizante, de *know-how*, ou de um feixe de procedimentos neutros, capazes de corrigir as rotinas cartorárias, acertando enfim o tempo do processo.

---

incluídas as seguintes ações: fortalecimento das Defensorias Públicas; disseminação de conhecimentos sobre direitos básicos e cidadania nas escolas; implementação de novos núcleos de mediação comunitária, dirigidos por lideranças locais; viabilização do atendimento aos presos e seus familiares, por meio de núcleos especializados; efetivação do acesso à Justiça para a população em situação de rua; e criação de novos núcleos de prevenção e combate à violência doméstica e familiar. **Reformas infraconstitucionais:** projetos de lei destinados à melhoria dos procedimentos, do acesso e da organização do sistema de Justiça. Além dos projetos integrantes do segundo "Pacto Republicano", esse eixo contém propostas capazes de enfrentar os obstáculos existentes no sistema de Justiça para o desenvolvimento de políticas públicas essenciais, como é o caso da implementação de obras de infraestrutura e das ações de inclusão social. GIFFONI, Luzia Cristina. *Secretaria de Reforma do Judiciário quer ampliar o acesso à Justiça em 2011*. Disponível em: <http://anadef.jusbrasil.com.br/noticias/2522908/secretaria-de-reforma-do-judiciario-quer-ampliar-o-acesso-a-justica-em-2011>. Acesso em: 16 ago. 2011.

<sup>449</sup> Ibidem

<sup>450</sup> Cf. SILVA, Claudia Dantas Ferreira da. Cit.

Como ressalta Alves da Silva, quando falamos de gerenciamento do processo (ou da justiça), estamos a tratar não somente de técnica, mas de uma racionalidade<sup>451</sup>. Esta racionalidade, no entanto, está muito menos interessada na sugestão de um novo método de trabalho aos juízes que na redefinição de suas funções e prerrogativas. A pretensão final, como se verá, é transformar a cultura jurídica, a opinião pública e o auto-entendimento do Judiciário como corresponsável pelo projeto de desenvolvimento nacional e como agente catalisador das condições de governabilidade<sup>452</sup>.

Alves da Silva acredita que até mesmo as práticas informais de gerenciamento processual a que os juízes vem recorrendo para “estancar a hemorragia de um sistema saturado”<sup>453</sup> sinalizam a existência de um fenômeno bem mais amplo, que envolve:

A incorporação de uma racionalidade organizacional por todos os atores do sistema (juízes, advogados, servidores e dirigentes dos tribunais), a desformalização da legislação processual e dos escopos da jurisdição e, do ponto de vista da sociedade, a renovação da formação jurídica e a difusão de mecanismos comunitários de resolução de conflito, integrados e efetivados pelo aparato judicial. Nas capilaridades desta rede, o juiz é o agente que gerencia os processos e a estrutura judiciária de forma a irrigar os cidadãos com pequenas doses do acesso que, coletivamente, democratiza a justiça<sup>454</sup>.

---

<sup>451</sup> ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Cit. p. 86.

<sup>452</sup> Não admira, a essa altura, a publicação de estudos como o do Desembargador Federal aposentado Vladimir Passos de Freitas, em seu “**Os dez mandamentos do juiz administrador**”: Para o autor, “1. O juiz nas funções de administrador (...) deve saber que a liderança moderna se exerce com base na habilidade de conquistar as pessoas e não mais em razão do cargo (...) 2. Ao administrar, cumpre-lhe deixar a toga de lado devendo: a) obrigação à lei e não à jurisprudência; b) inteirar-se das técnicas modernas de administração pública e empresarial; c) adaptar-se aos recursos tecnológicos; d) decidir de maneira ágil e direta, sem a burocracia dos processos judiciais; d) manter o bom e corrigir o ruim; e) delegar, se tiver confiança; f) atender a imprensa; g) lembrar que não existe unidade judiciária ruim, mas sim mal administrada”(...). FREITAS, Vladimir Passos. *Os dez mandamentos do juiz administrador*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-ago-01/segunda-leitura-10-mandamentos-juiz-administrador-seguir>. Acesso em: 31 jan. 2012.

<sup>453</sup> ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Cit. p. 154.

<sup>454</sup> Ibidem.

É preciso registrar que não se ignora a distinção taxionômica entre política judiciária<sup>455</sup>, administração judiciária<sup>456</sup> e administração judicial<sup>457</sup> (ou jurisdicional). No entanto, as expressões foram empregadas mais ou menos indistintamente pelo crescente estado de aproximação entre todas essas “atividades administrativas” pela reorientação gerencial da justiça das recentes reformas.

Por exemplo, se há pouco tempo assuntos como o amortecimento das tensões sociais<sup>458</sup> pelo Judiciário ou o grau de proteção das garantias constitucionais eram assuntos discutíveis prioritariamente no recinto da política judiciária, agora toda decisão que se reserve de ponderar direitos e garantias com

---

<sup>455</sup> Para Cláudia Dantas, a **política judiciária** está inserida no conceito de administração judiciária (em sentido amplo). A política judiciária está compreendida nas opções dos agentes políticos na escolha das estruturas e competências judiciárias de um determinado Estado. Ela abrange, portanto, a “atuação legislativa na elaboração de normas pertinentes ao sistema judiciário em geral, em especial das normas processuais e, no âmbito de atuação do Judiciário, a jurisprudência em matéria processual construída sob o fundamento último, ainda que não explícito, de tornar mais funcional o sistema judicial. Os atos de política judiciária se efetivam em várias esferas de poder e em vários níveis: em nível constitucional, pelo poder constituinte derivado; em nível legal, por processo legislativo; nos Tribunais, por construção jurisprudencial ou pela normatividade constante de seus regimentos internos. São, assim, exemplos de ações de política judiciária as Emendas Constitucionais n<sup>os</sup> 3, 22 e 45; as leis processuais, que definem e redefinem instrumentos garantidores de direitos; e a regulamentação da forma de processamento dos feitos nos Tribunais por seus respectivos regimentos internos”. Cf. SILVA, Claudia Dantas Ferreira da. Cit.

<sup>456</sup> “O sentido mais usual para **administração judiciária** (em sentido estrito) é aquele que a considera como a atividade exteriorizada nas ações de planejamento, organização, direção e controle dos serviços administrativos necessários à operacionalizar a prestação jurisdicional. Esses serviços são usualmente denominados atividades-meio e sua administração é, normalmente, delegada a um administrador, o diretor-geral, secretário-geral, diretor de secretaria, diretor da vara ou chefe de gabinete”. Ibidem.

<sup>457</sup> “Como uma espécie do gênero administração judiciária (...) podemos apreender como **administração jurisdicional** a administração das atividades-fim, ou seja, das atividades próprias dos operadores do sistema judiciário, por eles mesmos executada. Ou seja, é a administração dos meios necessários ou mais adequados à realização do Direito, no âmbito de atuação de determinado operador do direito. Disso é exemplo a administração dos magistrados de sua própria jurisdição, que envolve as estratégias pessoais por eles formuladas para a realização dos julgamentos de sua competência. Essas estratégias envolvem, por exemplo, decisões sobre a conveniência ou não de se delegar atividades, a definição da rotina e da divisão de trabalho no órgão de sua jurisdição”. Ibidem.

<sup>458</sup> Ludmila Ribeiro relata essa transformação, dizendo que “a partir do início da década de 1990, várias foram as legislações que procuraram dotar o sistema judicial brasileiro de requisitos que o permitissem atuar como órgão calibrador de tensões sociais, solucionando conflitos de maneira ágil, menos complexa e mais transparente. Em conseqüência, houve mudanças nos escopos da ação, do processo e da jurisdição, no intuito de que o judiciário se consubstanciasse em uma instituição apta a mediar conflitos de interesses e tensões sociais. Dentre as principais mudanças introduzidas no funcionamento do sistema judicial brasileiro nos últimos anos tem-se a criação dos juizados cíveis e criminais; a publicação da Emenda Constitucional n. 22, a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar e a Emenda Constitucional 45”. RIBEIRO, Ludmila. A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. *Revista de Direito GV*. São Paulo, v. 4 n. 2 jul./dez. 2008, p. 3-4.



políticas e valores em benefício de uma justiça célere e eficaz é censurável como injusta (não apenas como ineficiente).

O reconhecimento de uma certa crise no modelo judicial de resolução de conflitos vai obrigar a se pensar em mecanismos de modernização da máquina, em uma certa reengenharia dos poderes com a rediscussão do papel do juiz. No capítulo seguinte procura-se analisar que tipo de exigência esse modelo de justiça focado nas ideias eficácia, desenvolvimento<sup>459</sup> e atuação estratégica impõe nos domínios da argumentação judicial para lograr julgamentos úteis, eficientes e seguros.

---

<sup>459</sup> Sobre a **retórica do desenvolvimento**, difundida e subministrada em todos os espaços atingidos por esses ajustes estruturais, vale a pena transcrever o trecho de Mattei: “The rhetoric of development today, like Frankenstein’s creation, escapes the control of its creator. It does not alienate only the “underdeveloped” states but also “us”. Transformed into a faithful ideology of the predatory logic of a privatization and therefore intellectually sponsored, as in the rule of law or ADR, by the strong powers and by the corporate media, **today, development is mere deeply bipartisan propaganda in the hands of the winners in the processes of global transformation. In its name, what triumphs is the hubris of the Tower of Babel, the delirium of omnipotence, a triumph of quantity over quality**, a psychosis for which the saving of half an hour on a train trip justifies any and all environmental destruction. The rhetoric of development blindly drags us through the logic of the very short period, determined by corporate three-month reports to the shareholders, in which triumphs in the plunder and squandering of natural resources are not seen as destruction and waste, but as constant, desirable, necessary, and infinite growth and progress”. MATTEI, Ugo. *Emergency-Based Predatory Capitalism: The Rule of Law, Alternative Dispute Resolution and Development*. Cit.

### 3 ACESSO À JUSTIÇA E DECISÃO

*Deslizem, mortais, não se apoiem, o gelo sob seus passos é frágil.*

*Pierre-Yves Narvor*

Qual a origem dos padrões comportamentais, de todo o conjunto de símbolos e representações que acompanham o discurso sobre o acesso à justiça? Por que razão os juízes sentem-se vinculados aos ditames da eficiência, dos escopos da Jurisdição, da instrumentalidade do processo? O que induz os especialistas e a opinião pública à convicção de que um “bom juiz” há de se ater àqueles cânones? O presente capítulo é dedicado à demonstração da existência de um *sensu comum teórico*<sup>460</sup> sobre o acesso à justiça, hipoteticamente capaz de disciplinar a produção de conhecimentos e de condicionar a prática cotidiana dos especialistas do direito em uma “normalização” determinante, ainda que tácita.

Uma pesquisa dessa natureza justifica-se diante da proliferação de estudos<sup>461</sup> – paralelamente aos que priorizam o tema do acesso à justiça como um programa de reformas estruturais – acerca da necessidade de transformação do “espírito jurídico” e do alinhamento da atividade judicante com este ideário. Nesse sentido são as considerações do juiz federal Giovanni Bigolin:

---

<sup>460</sup> “Metaforicamente, caracterizamos o *sensu comum teórico* como a voz “off” do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais, podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam”. WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e *sensu comum teórico* dos juristas. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 5, jun. 1982, p. 54.

<sup>461</sup> Os exemplos são incontáveis. Colacionamos, a título de argumentação, mais um: “Pareceu-me relevante iniciar a análise perquirindo que reflexões estratégicas passaram a ser exigidas do Poder Judiciário com a aludida reestruturação [administrativa da justiça], a fim de que, identificadas, possa-se analisar como as escolas judiciais podem contribuir para que sejam atingidos os objetivos estratégicos. **Buscarei discutir que tipo de juiz o novo modelo demanda** e, a partir dele, **que saberes, habilidades e atitudes lhe serão exigidos** e como podem as escolas contribuir para que o adquiram”. KOURY, Suzy Cavalcante. *Planejamento Estratégico do Poder Judiciário: o papel das escolas judiciais*. Disponível em: <http://www.enamat.gov.br>. Acesso em: 14 ago. 2011.

O literato José Saramago, no livro *Ensaio sobre a Cegueira*, fala sobre a “responsabilidade dos que tem olhos perante os outros que os perderam”. O Judiciário, no contexto do acesso à justiça, na qualidade de Poder que mais conhece em matéria de aplicação do Direito, pois profere a última palavra em termos do que é justo, também precisa assumir sua parcela de responsabilidade sobre a implantação dessas políticas públicas<sup>462</sup>.

O discurso dogmático sobre o acesso à justiça, como na passagem acima, geralmente encaminha uma visão tutelar ou clientelista do jurisdicionado. O juiz, acreditando-se peça fundamental na a construção de uma sociedade mais igualitária, é incentivado a intervir para amparar, socorrer aos que “perderam a visão”, ignorando que o discurso do acesso, cooptado pela ideologia neoliberal<sup>463</sup>, percebe na tutelarização do indivíduo mais uma oportunidade de desmobilização, de indução do sujeito à aceitação da inevitabilidade de suas circunstâncias como um acidente quase-natural. O cidadão é transformado, assim, em objeto de poder, e o juiz em alvo de uma violência estrutural, veiculada pela extorsão de seu consentimento em cooperar com um projeto que dificilmente subscreveria voluntariamente<sup>464</sup>.

Mas não é só a violência à autonomia do indivíduo pela sua “infantilização” que o “discurso do acesso à justiça” sugere. Ao constranger o magistrado a assimilar as necessidades da política, do mercado e até da opinião pública em sua prática, ele promove a infiltração de argumentos estratégico-funcionais no universo normativo e na linguagem cotidiana de modo natural e inquestionado.<sup>465</sup>

---

<sup>462</sup> BIGOLIN, Giovanni. *O Acesso à Justiça visto como serviço público e os novos desafios impostos pelo processo eletrônico*. Disponível em: [http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg\\_Giovani%20Bigolin.pdf](http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg_Giovani%20Bigolin.pdf). Acesso em: 28 fev. 2012.

<sup>463</sup> Segundo Tércio Ferraz Jr, a ideologia atravessa a Dogmática Jurídica em vários planos. “Este caráter ideológico da Dogmática faz com que seu discurso não se confunda com as sistematizações e regularidades empíricas do comportamento, nem com generalizações dessas regularidades, nem, ainda, com um conjunto de regras de natureza lógico-formal. Ao contrário, por ser ideológico, ele atua como elemento calibrador do próprio Direito, enquanto uma estrutura de controle de comportamentos: um sistema em que cada agente age de certo modo porque os demais agentes estão legitimamente seguros de poder esperar dele um tal comportamento”. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 186-88.

<sup>464</sup> Neste capítulo, portanto, o juiz é tomado não tanto como sujeito, mas como objeto de dominação.

<sup>465</sup> Essa infiltração, como se verá, não violenta somente a razão comunicativa que guia o sentido teórico-discursivo das instituições do Estado de Direito. O próprio teor deontológico dos direitos e garantias é depredado pela naturalização da racionalidade instrumental na prática cotidiana.

Com a penetração dessa racionalidade e dos mecanismos de integração do “dinheiro” e do “poder” nas instituições culturais, pontua Bárbara Freitag, “[a]s galerias de arte, as feiras de livros, as universidades e academias, para mencionar somente alguns poucos exemplos, deixam nesse caso de funcionar segundo o princípio da verdade, normatividade e expressividade”, fazendo com que os princípios do *lucro* e do *poder* ocupem, “como tropas invasoras, os espaços privilegiados da razão comunicativa, substituindo-a pela razão instrumental”.<sup>466</sup>

O raciocínio a ser atingido com essas considerações é o seguinte: se a busca declarada ao longo de todo o trabalho é por um acesso à justiça que implique igualmente em escuta e emancipação, será necessário renunciar à sedução do discurso dominante<sup>467</sup> sobre o acesso à justiça, que omite, por detrás das (nunca cumpridas) promessas distributivas, a inevitável dependência teórica de um cidadão *reificado* e apolítico.

Nisso a crítica ao “poder do discurso e seus saberes”<sup>468</sup> cumpre uma tarefa importantíssima, afinal – como disse o próprio Habermas<sup>469</sup> – o modelo normativo de democracia não deve descurar da investigação de todos os mecanismos de

---

<sup>466</sup> FREITAG, Bárbara. Habermas e a Teoria da Modernidade. *Cad. CRH*. Salvador, n. 22. Jan./jun. 1995. p. 145-46.

<sup>467</sup> Afinal, como coloca Streck, “[o] sentido comum teórico “coisifica” o mundo e compensa as lacunas da ciência jurídica. Interioriza – ideologicamente – convenções lingüísticas acerca do Direito e da sociedade. Refere-se à produção, à circulação e à “consumação” de verdades nas diversas práticas de enunciação e de escritura do Direito, designando o conjunto das representações, crenças e ficções que influenciam, despercebidamente, os operadores do Direito. Traduz-se em uma “paralinguagem”, situada depois dos significantes e dos sistemas de significação dominantes, que ele serve de forma sutil, para estabelecer a “realidade” jurídica dominante. É o local dos “segredos”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Cit. p 67.

<sup>468</sup> Aqui se faz alusão à “semiologia do poder” de Luiz A. Warat. Segundo Wolkmer, aquele autor “desenvolve uma “semiologia do poder” que se propõe a reconhecer a “dimensão ideológica e política das palavras, vendo-as como um lugar de poder” e denunciando o poder dos discursos e seus saberes, porquanto tal “(...) semiologia do poder apresenta-se, simultaneamente, como programa desmistificador das distintas práticas discursivas do Direito e do saber que as legitima, como também visa a destruição de vários mitos organizadores do saber jurídico”. WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. Cit. p. 79.

<sup>469</sup> “[L]a transformación teórico-discursiva del sentido democrático de las instituciones del Estado de derecho debe ser completada por la **investigación crítica de los mecanismos de alienación de los ciudadanos respecto al proceso político**, mecanismos que funcionan eficazmente en las democracias de masas del Estado social”. HABERMAS, Jürgen. *Historia y crítica de la opinión pública: La transformación estructural de la vida pública*. Barcelona: Gráficas, 2002, p. 30.

*alienação* que contaminem ou subvertam a espontaneidade da comunicação e a liberdade da formação da opinião no meio social<sup>470</sup>.

É claro que uma justiça volúvel às razões do capital e do poder não depositará a pretensão de validade de seus provimentos na discursividade, mas na capacidade de reprodução daqueles imperativos. Este modo de ver o direito só se legitima, só continua a convencer, porque está ancorado na ficção de solidariedade que o discurso dominante, *v.g.*, sobre o acesso à justiça, é capaz de manter.

Assim é que, por interiorizar *uma certa* concepção ideológica acerca do direito e da sociedade, o senso comum teórico sobre o acesso à justiça e seu repertório fazem da “democratização do acesso à justiça” uma realidade cada vez mais fugidia e menos possível. Se considerarmos com O’Donell<sup>471</sup> que a “democraticidade” não é apenas um atributo do regime, mas também uma característica do Estado, de suas instituições e do contexto social, qualquer proposta que subtraia a capacidade do sujeito de agir com autonomia (em qualquer instância) será sempre lesiva à racionalidade democrática<sup>472</sup>.

A seguir, procura-se demonstrar que o “acesso à justiça como método de pensamento”, tal como idealizado por Mauro Cappelletti, é tributário de um modo utilitarista de entender o direito, obviamente incompatível com o acesso à justiça qualitativo. Na sequência, a análise volta-se para a detecção dessa mesma racionalidade nas técnicas de decisão e na prática cotidiana dos especialistas.

---

<sup>470</sup>E isso inclui a ideia de justiça e correção que se cultiva nos corredores das academias e fóruns.

<sup>471</sup>O’Donell, Guillermo. Teoria democrática e política comparada. Dados – *Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: v. 42, n° 4, 1999, p. 577-654.

<sup>472</sup>Ao comentar os estudos de Fábio Reis e Mônica Castro, Maria Alice Rezende de Carvalho comenta que para os autores “a racionalidade democrática requer que o agente seja capaz de perseguir autonomamente objetivos que extrapolam o contexto imediato de sua ação, objetivos remotos que foram condicionados pela modelagem social da sua identidade e que, afinal, expressam um ideal de vida que lhe importa realizar. Nesse caso, a racionalidade bem compreendida, ao contrário do cálculo míope, requereria do agente a **capacidade de reflexividade**, isto é, a capacidade de incluir na deliberação sobre a eficiência de sua ação política as considerações relativas aos valores e normas, ao ambiente moral, enfim, no qual se encontra inserido (...)”. CARVALHO, Maria Alice Rezende. *Cultura política, capital social e a questão do déficit democrático no Brasil*. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A Democracia e os três Poderes no Brasil*. Cit. p. 301.

### 3.1 Acesso à justiça como método de pensamento

Ao Movimento Mundial de Acesso à Justiça e aos programas de reforma corporificados nas três “ondas” do projeto florentino sobreveio, na década de 1980, outra série de especulações de Cappelletti, em que o problema do acesso deixa de ser apenas o objeto de um programa social reformista com ambições continentais para se investir em padrão metodológico com a pretensão de justificar e guiar a tutela jurisdicional, prescrevendo-lhe objetivos e inscrevendo aos sujeitos do processo novos compromissos e códigos posturais. Assim é que, disse Cappelletti, “o mais recente movimento em prol do acesso ao direito e à justiça “deu a volta” sobre todos os métodos precedentes”<sup>473</sup>.

Tratar-se-ia, então, de um tipo novo de estudo do direito que partiria não mais do contexto dos “produtores do sistema jurídico”<sup>474</sup>, mas do contexto em que as “demandas dos consumidores” são gestadas, tudo isso com vistas a proscreever

A velha perspectiva (...) “imperial” ou “oficial” herdeira de – e que ainda pode-se dizer prevalente – todos os sistemas jurídicos modernos, consistente em concentrar a pesquisa e fazer convergir as normas, os princípios e as soluções, sobre *rulers, governors, and other officials*; essa foi, essencialmente, a perspectiva dos *processors*, ou seja, daqueles que chamaríamos os **produtores do sistema**; enquanto, ao contrário, o nosso ponto de vista é aquele dos *consumers of Law and government*. Mas é, precisamente, esta nova perspectiva a que melhor convém, obviamente, a uma sociedade democrática, aberta, que deve pretender que os seus *official processors* assumam sua função não numa visão “ptolomaica” do direito e do Estado, mas em vista do bem-estar dos **consumidores** que é como dizer que o **direito e o Estado** devem, finalmente, ser vistos por aquilo que são: como simples **instrumentos** a serviço dos cidadãos e de suas necessidades, e não vice-versa.<sup>475</sup>(destacamos).

Uma reflexão inicial nos encaminha a enfrentar uma questão terminológica. Se assentarmos o conceito de “método” (*methodos, met’ hodos*) como *proceder*, como “caminho para chegar a um fim”; e metodologia como a *razão* que guia o

---

<sup>473</sup>CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. v. 1. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 392.

<sup>474</sup>Em Cappelletti, leia-se: os juízes, legisladores, e os administradores. *Ibidem*.

<sup>475</sup>*Ibidem*, p. 393.

proceder, sua intencionalidade, entendemos, onde se lê: “acesso como *método* de pensamento”, mais esclarecedor considerá-lo como “*metodologia* de pensamento”, já que tudo indica se tratar não apenas de uma técnica de ordenação de procedimentos e artifícios com aptidão para lograr o acesso, mas de um esforço mais amplo de programação da Jurisdição e do processo para determinado(s) fim(ns). Como observa Castanheira Neves, método e metodologia não são entidades de mesma grandeza, pois “uma coisa é o caminhar-para, outra coisa o temático pensamento desse caminhar”.<sup>476</sup>

O pensamento metodológico revela-se sempre como uma “entidade culturalmente histórica”<sup>477</sup>, pois sofre a contingência das diferentes concepções do direito e dos “objectivos práticos específicos por que ele se orienta em cada época e nos diversos sistemas jurídicos”.<sup>478</sup> Sendo assim, cada tempo, cada perplexidade jurídica postula a própria metodologia, colorida por sua peculiar “intencionalidade” e específicos “pressupostos constitutivos”.<sup>479</sup>

O pensar em uma nova metodologia para o “acesso” está situado em um contexto mais amplo de transformação da teoria geral do direito, que é chamada a resolver uma série de problemas que se tornaram visíveis, entretanto insuperáveis, por uma abordagem tradicionalista do ponto de vista da estrutura formal do direito. Diante das aporias que surgem sobre o papel do jurista, o problema das fontes e da função do direito, sobreleva a importância do diálogo do direito com as ciências sociais, e nessa abertura e suas decorrências ergue-se essa nova metodologia, que procura mudar a perspectiva de análise do direito, de um ponto de vista interno, estrutural, “sem maiores elaborações sobre as suas funções em relação aos destinatários das normas”<sup>480</sup>, para outra, externa, funcional, que estende o seu olhar para os problemas da realização do direito.

---

<sup>476</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Cit. p. 12.

<sup>477</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>478</sup> Ibidem.

<sup>479</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>480</sup> Ibidem, p. 25.

E é justamente a visibilidade de novos problemas, sem a clareza das soluções que justifica a tematização de *uma outra* metodologia. Para Castanheira Neves, vivemos um momento histórico-cultural de investigação metodológica porque o pensamento jurídico está em crise, e só na crise do direito “o problema metodológico da sua realização se autonomiza numa exigência crítica de compreensão refundamentante da juridicidade realizanda e do *actus* que a cumpra. A dizer- nos isto que uma **metodologia** será afinal também uma **crítica**”.<sup>481</sup>

As considerações de Cappelletti sobre o “acesso à justiça como novo método de pensamento” pressupõem a passagem do Estado liberal para o “Estado promocional”<sup>482</sup>, a modificação das relações entre Estado e sociedade vigentes no Estado *gendarme*, a assunção de um papel político pelo Judiciário, e, no limite, a ruína do “normativismo legislativo”<sup>483</sup> assentado em bases formalistas, dogmáticas e conceituais próprias normativismo moderno<sup>484</sup>.

Nesses termos, ele insiste que o movimento em prol do acesso à justiça promoveu transformações não somente no “terreno da ação”<sup>485</sup>, senão também no plano do pensamento, transformando “completamente os temas e modos da análise científica do jurista moderno”<sup>486</sup>. Se o movimento inscreve um novo modo de entender, aplicar e interagir com o direito, ou se essa inversão de perspectiva é típica da análise *funcional* do direito veremos.

---

<sup>481</sup>“Ora, sempre a problemática exigem para que emerja como tal, uma certa situação de crise: quando surgem as aporias (<<dificuldades ou ausência do caminho>>) o que até então era natural e, portanto, se resolvia naturalmente (acriticamente), torna-se ou explicita-se como problema que exige uma crítica (uma reflexão crítica)”. *Ibidem*, p. 24.

<sup>482</sup>Segundo Cappelletti: “(...) o *welfare state* – tipicamente, faz amplo uso daquela que foi definida como legislação “promocional”. Na verdade, uma outra definição de tal Estado é aquela de “Estado promocional” (*stato promozionale*)”. CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Cit. p. 9.

<sup>483</sup>“Do ponto de vista das fontes do direito, o positivismo considera a legislação como fonte principal do direito, reduzindo ao mínimo a relevância do costume (teoria do normativismo legislativo)”. LOSANO, Mario G. *O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito*. Prefácio à edição brasileira de BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

<sup>484</sup>CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Cit. p. 25.

<sup>485</sup>CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Cit. p. 391.

<sup>486</sup>*Ibidem*.



A reconstrução que se segue – da análise **estrutural** do direito para a **funcional**<sup>487</sup> – justifica-se não por tentar fazer coincidir eventuais censuras ao acesso *como método* com as contundentes críticas à abordagem funcionalista, que de tão ampla pode comportar teorias contraditórias; mas por revelar que a teoria do acesso como método de pensamento **subentende a narrativa funcionalista**, o que pode trazer para a ciência processual alguns problemas parasitários daquele modo de entender o direito (afinal, a caracterização do processo pelos seus fins pode ser tão problemática quanto a caracterização do direito por uma pretensa finalidade particular).

De qualquer forma, a proposta central dessa nova metodologia (tanto em um campo mais vasto quanto na ciência processual) aponta para a superação do “formalismo atávico” e a adaptação do direito para o atendimento de novas finalidades sociais. Uma primeira ordem de causas para essa transição diz respeito a uma “crise do sentido da ciência e da sua prática”<sup>488</sup>.

Entre inúmeros fatores, a crise da ciência jurídica é debitável à constatação de que, após o giro lingüístico-pragmático, o esquema de aplicação lógico-dedutivo se revelara insustentável. A afirmativa de que o “direito afirmado na decisão concreta é mera reprodução do direito abstrato”<sup>489</sup> nos anos 30 já era um anacronismo imperdoável, e esse fato inaugurou a desestruturação do mito até então cultivado do juiz “boca da lei” e sua neutralidade, ilusão que só durou (ou deveria durar) enquanto o “platonismo de regras”<sup>490</sup> se manteve de pé.

---

<sup>487</sup> Aqui nos valeremos da distinção proposta por Norberto Bobbio especialmente na obra “Da estrutura à função” entre o que ele chamou “teoria estrutural” do Direito em oposição a uma teoria “funcionalista”. Não se trata de duas teorias opostas, mas de enfoques distintos para o fenômeno jurídico em que prepondera ora um, ora outro aspecto. No enfoque estrutural prevalecem as questões formais de sistematização dos ordenamentos conforme a tradição dogmática clássica. No enfoque funcionalista os olhares se voltam para a análise de situações, confronto de avaliações, formulação de regras. No enfoque funcionalista a relação meio/fim passa a constituir o cerne da análise. Cf. FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *In*: BOBBIO, Norberto. *Da norma jurídica ao ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, 6. ed., p. 16.

<sup>488</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Cit*, p. 25.

<sup>489</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>490</sup> Segundo esse postulado, “as prescrições jurídicas seriam, por um lado, **entidades atu-significantes** ou conteriam como que num <<em si>> a sua significação (como dizia WITTGENSTEIN no *Tractatus*, 4.0222: <<a proposição mostra o seu sentido>>; e no pensamento

Um segundo golpe contra aquela metodologia de pensamento vitimizou o “dualismo funcional e metodológico”<sup>491</sup> típico do positivismo formalista, que reconhecia uma “intenção prático-material do direito” apenas no momento da criação legislativa<sup>492</sup>, e pretendia a “apolitização” no momento de aplicação desse direito politicamente criado. Assim, se a criação do direito material era declaradamente política, a tarefa do jurista (enquanto tão-só jurista) teria sempre conteúdo puramente jurídico, “o seu objectivo metodológico seria exclusivamente cognitivo”<sup>493</sup>.

Com efeito, atualmente a compreensão de que não há normatividade “a priori” tornou-se corrente. “o direito não o é antes de sua realização, pois só na sua realização adquire a sua autêntica existência e vem à sua própria realidade”<sup>494</sup>. Hoje já não se pode postular a coincidência entre direito e lei, nem ignorar que o direito carece de mediação construtiva, e que essa atividade *faz parte* do direito.

A aceitação de uma certa força normativa da jurisprudência também acabou por alterar o modo de conceber a ciência jurídica no seguinte sentido:

A crítica (e a superação) metodológica de <<o método jurídico>> [do positivismo, que se acreditava como método em si] através de todos os movimentos metodológico-jurídicos de orientação prática, desde a última década do séc. XIX até praticamente os nossos dias (...), se repunha a compreensão do direito como um regulativo material e materialmente comprometido com valores, fins e interesses – **também convocava o pensamento jurídico**, no seu momento judicativamente jurisprudencial, **a uma intencionalidade prático-normativa, especificamente axiológico-normativa e normativo-teleológica**. Confluindo-se assim, que o direito não era afinal só

---

jurídico foi também essa uma das características do positivismo jurídico em geral, pois este postulava a <<teoria da imanência do sentido no direito positivo>>. Ibidem, p. 19.

<sup>491</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>492</sup> Tal é o “normativismo legislativo” denunciado por Bobbio em “Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito”. Cit.

<sup>493</sup> Tanto era assim, que Kelsen “distinguia o direito, por um lado, da ciência do direito, por outro lado”. Ele “falava de “norma jurídica” (*Rechtsnorm*) no primeiro caso e de “proposição jurídica” (*Rechtssatz*) no segundo”, deixando bem claro que o caráter prescritivo advinha unicamente das normas<sup>493</sup>, sendo a tarefa do jurista um engenho meramente descritivo. Cf. LOSANO, Mario G. *In*: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito*. Cit. p. xxiv.

<sup>494</sup> E isso já foi dito desde Ihering, para quem “O direito existe para se realizar. A realização do direito é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito. O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e sobre o papel, não é mais que um fantasma de direito, não são senão palavras. Ao contrário, o que se realiza como direito é o direito”. IHERING, R. *L’ésprit Du droit romain*, trad. franc., *apud* CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Cit. p. 25

forma, mas *intenção material*, e que a índole do pensamento jurídico não era simplesmente cognitivo-analítica e lógico-dedutiva, mas prático-normativa e normativo-teleologicamente *constitutiva*.<sup>495</sup> (destacamos).

A ciência jurídica passa, então, a conviver com novas exigências, como a de Michel Mialle, contra aquela concepção descritiva e fugidia à realidade.

Em definitivo, trata-se de saber por que é que dada regra jurídica, e não dada outra, rege dada sociedade, em dado momento. Se a ciência jurídica apenas nos pode dizer como essa regra funciona, ela encontra-se reduzida a uma tecnologia jurídica perfeitamente insatisfatória. Temos direito de exigir mais dessa ciência, ou melhor, de exigir coisa diversa de uma simples descrição de mecanismos<sup>496</sup>.

Contra aquela concepção “formalista” do direito, começa a se destacar outra concepção de ciência contraposta ao normativismo estruturalista clássico. Norberto Bobbio observa que a cada uma dessas duas concepções antagônicas de ciência corresponde uma imagem típico-ideal de jurista:

No que diz respeito à ciência jurídica, creio ser possível distinguir duas **imagens típico-ideais da função do jurista, as quais influenciam os diversos modos de conceber a própria ciência jurídica**: o jurista como conservador e transmissor de um corpo de regras já dadas, de que é o depositário e o guardião; e o jurista criador, ele mesmo, de regras que transformam – a ele integrando-se e inovando-o – o sistema dado, do qual não é mais apenas receptor, mas também colaborador ativo e, quando necessário, crítico. A atividade principal pela qual se executa a primeira função é a *interpretação* do direito; a atividade principal pela qual se exerce a segunda é a *pesquisa* do direito.<sup>497</sup> (destacamos).

A oposição entre uma e outra concepção sobre o papel do jurista “repercute sobre o distinto modo de identificar e delimitar o objeto da *ciência* jurídica”.<sup>498</sup>

De acordo com a primeira concepção, o **objeto da ciência jurídica é o conjunto de regras postas** e transmitidas que, em um determinado momento histórico, são aplicáveis pelo juiz. Essas

---

<sup>495</sup> Ibidem, p. 29.

<sup>496</sup> MIALLE, Michel. *Introdução crítica do direito*. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989, p. 23.

<sup>497</sup> BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do direito. Cit. p. 37-38.

<sup>498</sup> Ibidem, p. 37.

regras são entendidas como proposições cujo significado é necessário estabelecer com a máxima precisão. Como se vê, a tarefa do jurista nesta situação não é dar vida a regras novas, mas, sim, indicar as regras existentes e interpretá-las. Nessa situação, é compreensível que assumam importância particular e preliminar a determinação do jurista das fontes do direito, isto é, dos critérios com base nos quais é possível distinguir as regras pertencentes ao sistema (ou válidas), e, portanto, aplicáveis ao juiz, e as regras que não pertencem a ele. Pela determinação das fontes do direito, o jurista estabelece, ademais, o âmbito da própria pesquisa, isto é, delimita o próprio objeto. Uma vez delimitado o objeto, a pesquisa consiste em uma série de operações intelectuais, designadas pelo nome clássico de interpretação. Com esse termo, inclusive em seu sentido mais amplo, pretende-se denotar, mais uma vez, uma atividade também criativa ou crítica.<sup>499</sup> (destacamos).

A segunda concepção sobre a função do jurista aponta para um direito que não se resume “um sistema de regras já postas e transmitidas, mas um conjunto de regras em movimento, a serem postas e repropostas continuamente”.<sup>500</sup>

[O] objeto da ciência jurídica deve ser não tanto as regras, isto é, as valorações dos fatos sociais nas quais as regras consistem, mas **os próprios fatos sociais dos quais as regras jurídicas são valorações**. “Objeto da investigação e da exposição do jurista – escrevia Rumpf, em 1922 – não são as normas, mas a vida social enquanto sujeita às normas”. Por “fatos sociais”, entende-se, no sentido mais geral, os fatos de relação interindividual ou relações sociais (em especial econômicas) que constituem a matéria das regras jurídicas, os interesses dos indivíduos ou grupos antagônicos, os quais a regra jurídica tem a tarefa de valorar, a fim de resolver os possíveis conflitos, ou os fatos culturais, como os valores sociais dominantes ou dos grupos dominantes, as opiniões morais difusas (moral positiva ou social), os princípios de justiça, de modo mais geral, as ideologias políticas, das quais as regras jurídicas, uma vez que contêm uma determinada valoração dos interesses em jogo, são a expressão. **Nessa perspectiva, a principal atividade do jurista não é mais a interpretação de um direito já construído, mas a pesquisa de um direito a ser construído, *in fieri*, não tanto a convalidação, com base em uma análise das fontes formais do**

---

<sup>499</sup> “Pertencem à atividade de reconhecimento do sistema dado as quatro atividades seguintes: a) determinação do significado das regras (interpretação em sentido estrito); b) conciliação das regras aparentemente incompatíveis; c) integração das lacunas (entendidas aqui como as lacunas técnicas, e não ideológicas); d) elaboração sistemática do conteúdo das regras, assim interpretadas, conciliadas, integradas. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do direito. Cit. p. 39-40.

<sup>500</sup> *Ibidem*, p. 39.

**direito que é, mas a legitimação, com base em princípios materiais de justiça, do direito que deve ser.**<sup>501</sup> (destacamos).

A difusão dessa concepção de ciência inclusive nos países de direito codificado, relatada por Bobbio, permitiu que as teorias realistas ganhassem espaço, voltando “sua atenção mais à efetividade que à validade formal das normas jurídicas”<sup>502</sup>, deslocando as atenções da “auto-suficiência do sistema jurídico, [para as] inter-relações entre sistema jurídico e sistema social como um todo”<sup>503</sup>.

O que distingue a situação presente são exatamente aquelas condições que consideramos particularmente favoráveis à formação de uma **ciência** do direito antitradicionalista, que busca o próprio **objeto**, em última instância, não tanto nas regras do sistema dado, mas na **análise das relações e dos valores sociais a partir dos quais se extraem as regras do sistema** e que, longe de se considerar, como por muito tempo foi, uma ciência autônoma e pura, busca, cada vez mais, a aliança com as ciências sociais, a ponto de considerar a si própria como um **ramo da ciência geral da sociedade**.<sup>504</sup> (destacamos).

Mauro Cappelletti investe nesses avanços para bem situar seus ensinamentos sobre um direito processual mais lúcido e menos departamentalizado:

Em outras palavras, o direito é visto não como um sistema separado, autônomo, auto-suficiente, ‘autopoiético’, mas como parte integrante de um mais complexo ordenamento social, onde isto não se pode fazer artificialmente isolado da economia, da moral, da política: se afirma, assim, aquilo que foi chamada a **Concessão ‘Contextual’ do direito**. Para dar um exemplo, não há mais sentido estudar, ou conceber ou ensinar o direito processual exclusivamente em seus aspectos normativos: estes vão integrar, afirmo, na visão de alguns destes atores (partes, juiz, testemunhas etc), das instituições e dos procedimentos examinados sob os aspectos sociais, éticos, culturais,

---

<sup>501</sup> “As sucessivas operações dessa pesquisa são: a) a análise da situação para a qual se quer encontrar a regra ou as regras apropriadas, mediante as técnicas de pesquisa elaboradas e praticadas pelas ciências sociais; b) a análise e o confronto dos diversos critérios de valoração com base nos quais a situação pode ser regulada (fique claro que, entre esses critérios de valoração estão, também, as regras postas ou transmitidas); c) a escolha da valoração e a formulação da regra”. Ibidem, p. 40-41.

<sup>502</sup> Ibidem, p. 40

<sup>503</sup> Ibidem.

<sup>504</sup> Ibidem, p. 46.

econômicos, a 'acessibilidade', em suma, do fenômeno processual ao indivíduo, aos grupos, e à sociedade<sup>505</sup>. (destacamos).

Um segundo conjunto de fatores, agora relacionados com a mudança nas atribuições do Estado e da legislação nas sociedades industriais modernas conduziram a transformação funcional do direito e o alardeamento da teoria tradicional como insuficiente.

Na passagem do **Estado de direito para o administrativo**, a **função distributiva** do direito cresceu enormemente, tanto que é impossível não se aperceber dela. E cresceu precisamente na medida em que faltou a não-ingerência do Estado na esfera das relações econômicas, e a distribuição dos recursos (e não somente dos recursos econômicos) foi, em grande parte, subtraída ao antagonismo dos interesses privados, tendo sido assumida pelos órgãos do poder público. Essa transformação das tarefas do Estado explica, além de tudo isso, um outro fenômeno para o qual se chamou a atenção nessas últimas décadas: o aumento, como foi mencionado, do "consumo jurídico", que produz e ao mesmo tempo reflete o fenômeno igualmente vistoso da inflação legislativa.<sup>506</sup>

Para Habermas, as transformações do sistema jurídico surgidas com o Estado social foram mais que decisivas para a crise interna do formalismo jurídico:

O próprio Weber chamara a atenção para o direito regulador do Estado social. Esse direito é instrumentalizado para as tarefas estruturadoras de um legislador que pretende preencher as exigências de justiça social, lançando mão de compensações, de regulamentações estabilizadoras e de intervenções transformadoras: "Com o despertar dos modernos problemas de classes, uma das partes interessadas no direito (a saber, a classe operária) formula exigências materiais ao direito, **enquanto a outra parte, formada pelos ideólogos do direito exige um direito social na base de postulados éticos patéticos ("justiça, "dignidade humana")**. Isso, porém, coloca basicamente em questão o formalismo do direito".<sup>507</sup> (destacamos).

---

<sup>505</sup> CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de processo*. São Paulo, n. 61, p. 146.

<sup>506</sup> BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. *Novos estudos de teoria do direito*. Cit. p. 98-99.

<sup>507</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Cit. p. 195.

À medida que o Estado social avançava, suas tarefas aumentaram e se diversificaram<sup>508</sup>. Não há dúvida de que o Estado “cresceu para além de sua função protetora-repressora, aparecendo até muito mais como produtor de serviços de consumo social, regulamentador da economia e produtor de mercadorias”<sup>509</sup>, e com isso se verificou uma inflação legislativa sem precedentes, montada em um complexo sistema normativo cuja técnica mais recorrida foi o “direito promocional”.

Para Cappelletti,

(...) Esta **legislação promocional** – que, por outro tanto, frequentemente exprime ou integra-se mediante intervenções da Administração Pública – consiste em preceitos amiúde redigidos em termos assaz gerais, que desenham planos, inevitavelmente, mais ou menos vagos de desenvolvimento e transformações, para serem gradualmente promovidos no futuro. Onde, significativamente, várias vezes os direitos “sociais” e os direitos “coletivos” e “difusos”, típicas criaturas da legislação do *welfare*, para a sua atuação requerem uma ativa intervenção, que tantas vezes protraí-se no tempo, por parte do Estado. (...) Pois bem! Este tipo de **normativismo social**, que se limita a traçar, em linhas gerais, os fins e princípios pretendidos para modelar, progressivamente, o futuro, inevitavelmente, deixa aos juízes, que são chamados a aplicá-los, um âmbito de discricionariedade e, portanto, um papel criativo na determinação e concretização desse mesmo futuro. Ao menos, para não ignorar e frustrar a finalidade da legislação social, como, não raramente, as Cortes do nosso e de outros Países fizeram, o **Judiciário é chamado, portanto, a dar uma contribuição criativa à sua atuação**.<sup>510</sup> (destacamos).

Como percebe Nunes, a ciência processual teve de se alinhar com a produção legislativa que nesse contexto ia acelerada. Ao contrário do que possa parecer, o aumento das atribuições do legislador e do aparato administrativo não atrofiou, mas pressionou o incremento dos poderes do juiz<sup>511</sup>. Em clara

---

<sup>508</sup>Fenômeno que, segundo Bobbio com base em Spencer, foi ainda mais notável nas sociedades em que o processo de industrialização ocorreu por meio de Estados que têm as características das organizações militares. Cf. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito*. Cit. p. 15.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito*. Cit. p. 5.

<sup>509</sup>FERRAZ JR. Tércio Sampaio. In: BOBBIO, Norberto. *Da norma jurídica ao ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. 6. ed, p. 12.

<sup>510</sup>CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Cit. p. 9.

<sup>511</sup>Como salienta Nicola Picardi, “a característica da chamada “inflação legislativa” não consiste somente na multiplicação das leis, mas também na desvalorização da lei. (...) multiplicação das

contraposição ao período liberal, em que vigorava grande desconfiança no Judiciário<sup>512</sup>, o “terceiro gigante”<sup>513</sup> passa a ser a nova aposta funcional para viabilizar a atuação dos projetos políticos que se anunciavam.

### É o que observa Cappelletti

Nesta época, o papel criativo dos juizes longe de ser diminuído cresceu paralelamente ao acrescido “ativismo” legislativo e administrativo. E, como pretendo demonstrar, cresceu não a despeito, mas propriamente por causa das aumentadas intervenções dos “ramos” (em sentido estrito) “políticos”.<sup>514</sup>

José Eduardo Faria, em seu “O direito na economia globalizada”, comenta que esse tipo de “normativismo social” exige, para a instrumentalização de todas essas atribuições assumidas pelo Estado-nação, um paradigma muito diferente daquele forjado pela dogmática jurídica tradicional (da ordem unitária, completa, fechada, harmônica, segura etc). O tipo de direito em questão se vale não apenas de seus conteúdos para neutralizar os riscos de fraturas sociais decorrentes da exclusão e minimizar os riscos de explosão de litigiosidade e anomia da sociedade.

O que muda, ademais, é toda a estrutura do direito e seus procedimentos. “Acima de tudo, **mudam suas estratégias hermenêuticas**, passando a encarar a

disposições legislativas, não somente quantitativa, mas, sobretudo, qualitativa. (...) o aumento do número de regras comporta, então, um desenvolvimento exponencial das possibilidades de combinação: mais regras existindo, maiores serão as possibilidades de antinomias, de contradições internas do ordenamento. Além disso, a aceleração progressiva do *ius superveniens* termina por transferir à jurisprudência atribuições consideradas próprias da legislação: da determinação dos efeitos da lei no tempo (abrogativos e retroativos) à mesma organização das fontes do direito”. PICARDI, *La vocazione de nostro tempo per la iurisdizione. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 44-45, *apud* NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Cit. p. 105-06.

<sup>512</sup> Alexandre Bahia descreve esse ânimo como “reminiscência de uma época em que este agia como simples *longa manus* dos reis e nobres. Por isso a interpretação judicial das leis deveria se restringir ao esclarecimento de algum ponto onde houvesse obscuridade (*in claris cessat interpretatio*). O Judiciário, para afirmar sua autonomia, se manteve hermético em frente da sociedade exterior, com uma linguagem técnica; esse fechamento passará a ser um problema, principalmente durante o Estado de Bem.Estar”. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Cit. p. 251.

<sup>513</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Cit. p. 10.

<sup>514</sup> *Ibidem*, p. 8.



“questão da justiça” não em termos de *princípios últimos* ou *valor-fonte*, porém em termos mais pragmáticos e eminentemente sociológicos”.<sup>515</sup>

Como bem observa o mesmo autor, baseado em François Ewald, esse modelo distributivo não limita seu âmbito de interferência a campos restritos como o trabalho e a seguridade social.

Esse direito “não pode ser definido pelos objetos de que trata, mas antes por aquilo que fez com que tais objetos se tivessem tornado suscetíveis de um tratamento jurídico; **direito social designa uma certa técnica, uma certa maneira de dizer o direito, articulada com um certo tipo de racionalidade jurídica, um certo tipo de jurisdição**”.<sup>516</sup> (destacamos).

Como consequência verificou-se trasladação nos *requisitos de legitimação decisória*. “Aplicar judicialmente leis com propósitos “sociais” passa a ser, desta maneira, uma estratégia para viabilizar a realização política de *determinados objetivos e determinados valores*”<sup>517</sup>, de modo que o provimento desviante dessa específica pauta não será bem avaliado, para dizer o mínimo. Mas é este o tipo de exigência defendida por Cappelletti em seu método de pensamento:

A análise do jurista torna-se, desta forma, extremamente mais complexa, mas também mais fascinante e infinitamente mais realística; essa não se limita mais a acertar, por exemplo, que para promover o início de um processo ou para levantar uma impugnação, se devam observar certos procedimentos formais, mais implica, em outras palavras, em uma análise do ‘tempo’, necessário para obter o resultado desejado, dos ‘custos’ a afrontar, das ‘dificuldades’ também psicológicas a superar, dos ‘benefícios’ obtidos, etc.<sup>518</sup>

---

<sup>515</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 269.

<sup>516</sup> Segundo José Eduardo Faria, esse direito “designa, também, uma determinada “maneira de pensar a questão das fontes do direito, as relações entre o fato e o direito e a questão da juridicidade”. Por esse motivo, diz Ewald em outro importante texto, o “direito social não deve ser compreendido como um complemento do direito privado; pelo contrário, ele o esvazia na medida em que implica a substituição da adjudicação tradicional pela promoção de acordos baseados em sacrifícios e concessões mútuas, que são obrigadas a se renovar continuamente; antes de se preocupar com a certeza jurídica, o “direito social” enfatiza a solidariedade como um compromisso em torno do qual os comportamentos são socialmente aceitos”. FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. Cit. p. 274.

<sup>517</sup> *Ibidem*, p. 275.

<sup>518</sup> CAPPELLETTI, Mauro *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. Cit. p. 146.

Outra interessante característica dessas leis, observa Faria, é o modo como elas refletem a prática de interpretação e aplicação normativa:

[A]s leis “sociais”, uma vez promulgadas, exigem uma **inversão do raciocínio jurídico**. Para os operadores do direito, este já não é apenas e tão somente a regra geral e abstrata no marco da qual as forças sociais podem confrontar-se livremente. Ele atua, também, como instrumento de consecução de equilíbrios e de mudanças sociais. Portanto, o desafio interposto aos operadores do direito não é mais “pensar uma situação em função das categorias jurídicas abstratas do direito civil”, nem, muito menos, interpretar o conteúdo de suas normas a partir de critérios rigorosamente lógico-formais, ou seja, desprovidos de sensibilidade, liberando-se do condicionamento da estrita legalidade e do horizonte exclusivamente retrospectivo por ela imposto. É, isto sim, pensar essa situação em função das suas características concretas; deste modo, o “sujeito de direito cede seu lugar ao assalariado, ao consumidor, ao profissional; (e) a noção de contrato se estilhaça numa multiplicidade de tipos de contrato susceptíveis de ser, cada um deles, regido por uma regulamentação particular”, **o que, por consequência, termina acarretando “o problema de uma racionalidade jurídica cujas categorias já não seriam definíveis a priori, mas tão-só a posteriori”**.<sup>519</sup> (destacamos).

Retomando, pois, as considerações iniciais de Cappelletti sobre o “acesso à justiça como novo método de pensamento”, e confrontando-as com todas essas considerações, acredita-se que há uma margem suficientemente segura para afirmar

---

<sup>519</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. Cit. p. 274. “Entre os diferentes traços característicos dessas leis, três, por causa de sua interconexão, merecem especial destaque. Em primeiro lugar, elas não têm uma dimensão exclusivamente normativa, na perspectiva de um a priori formal; uma vez que exigem a implementação e execução de determinadas políticas públicas, conforme já foi dito, essas leis têm uma dimensão basicamente promocional. Por essa razão, elas, em segundo lugar, **alteram o horizonte temporal do judiciário: em vez de aplicar tais regras gerais, abstratas e impessoais a fatos anteriormente ocorridos entre partes formalmente iguais perante a lei, os magistrados são condicionados por uma visão prospectiva dos casos “subjudice”**; não se trata mais de julgar uma conduta tal como efetivamente ocorreu, porém como ela irá ser realizada; não se trata de responsabilizar as partes pelo que deixaram de fazer ou pelo que fizeram de certo ou errado nos termos da ordem jurídica vigente, mas de induzir uma delas a tomar uma dada iniciativa em face de sua “hiper-suficiência” econômica ou de suas “obrigações sociais”; não se trata de penalizar e de obrigar a dar, entregar ou receber algo, porém de assegurar as condições de realizabilidade de determinadas pretensões da parte considerada materialmente débil. Em terceiro lugar, como essas leis se caracterizam pela titularidade, reivindicação e exequibilidade coletivas, dirigindo-se não só a entidades privadas, mas também ao Estado, e **demandando uma postura ativa por parte dos poderes públicos, quanto mais rápida é sua expansão, maiores são as responsabilidades exigidas tanto do Executivo quanto do Judiciário, compelindo-os a enfrentar os problemas da redistribuição dos recursos comuns da sociedade e da redução das diferenças de riqueza, poder de consumo e oportunidades**”. Ibidem, p. 275-76.

que a sua proposta ou método de estudo do direito (que parte contexto das “demandas dos consumidores” e não mais do contexto dos “produtores do sistema jurídico”) **não é senão o reflexo das exigências operacionais da normativa social, que, em uma de suas faces incentiva um calculado equilíbrio substantivo entre “incluídos” e “excluídos”<sup>520</sup> capaz de abrandar o dissenso; e por outra mobiliza as estruturas de pensamento e decisão na direção dos fins e estratégias do mercado ou da administração<sup>521</sup>.**

Este horizonte metodológico calha, quanto ao modelo de decisão concreta, com uma certa versão jurídica das “teorias racionais da decisão”<sup>522</sup>, emprestadas das ciências sociais em geral e referidas por Castanheira Neves como aquelas que tentam definir “regras e modelos estratégicos de decisão”<sup>523</sup> para que seja possível otimizar uma decisão segundo critérios “funcionalmente e tecnologicamente calculáveis”<sup>524</sup>. Todas essas teorias teriam como uma de suas características constantes o fato de se regularem por uma

<<racionalidade finalística>>, [que] ao ter-se especificado sobretudo nos pensamentos econômico e político como racionalidade estratégica, foi a base e mesmo o princípio regulativo das <<teorias racionais da decisão>> (rational choice *theories*, teorias do *decision making*) ou teorias empírico-analíticas da decisão prática. O comportamento racionalizado segundo os esquemas função/efeitos ou meio/fim converte-se em comportamento racional estratégico quando a <<função>> ou <<meio>> se especificam em diversas possibilidades de acção entre os quais se opta em termos hipotético-condicionados pelos efeitos e segundo pontos de vista orientadores ou regras que visam otimizar com essas possibilidades a prossecução do <<fim>> ou do objectivo. A <<racionalidade

---

<sup>520</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. Cit. p. 271.

<sup>521</sup> Não obstante, é este o marco teórico que avaliza as seguintes considerações de Dinamarco sobre a moderna tendência da processualística brasileira: “O ciclo doutrinário desta fase instrumentalista já fez o que lhe cumpria e este estudo mesmo é uma síntese do que a respeito foi construído com muito brilho e criatividade pelos processualistas da escola contemporânea. Agora, mãos à obra: é preciso, (a) de um lado, dotar o sistema de instrumental bastante ágil e rente à realidade e (b) de outro, **influir no espírito dos operadores do sistema**, para que empreguem o novo instrumental e também o velho, com mentalidade nova. Sem mentalidade instrumentalista nos juízes, advogados e promotores de justiça, não há reforma que seja capaz de alguma utilidade”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. Cit. p. 320.

<sup>522</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Cit. p. 38 *et seq.*

<sup>523</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>524</sup> *Ibidem*, p. 40.

estratégica>> - que neste sentido estrito se deverá opor à <<racionalidade discursiva>>, sendo que esta se cumpre num discurso de concludência comunicativa (...) traduzir-se-á, pois, na justificação da escolha entre diversas possíveis acções por certos critérios ou regras determinadas por um *princípio de optimização* na realização de um certo objectivo.<sup>525</sup>

Em um sentido específico, o professor de Coimbra se refere a um modelo (definido por Wälde e Kilian) que resultou da aproximação dessas teorias com o campo da decisão jurídica, e que acreditamos da maior pertinência.

Começa-se aí por observar que o tradicional método dogmático-normativo não seria na realidade o determinante das soluções-decisões concretas, que não passaria esse método de uma forma de justificação ou legitimação *a posteriori* dessas decisões, obtidas na verdade por pragmáticas ponderações teleológicas aferidas pelos efeitos (...) E o próprio sistema jurídico actual justificaria essa substituição, com a sua contínua <<passagem de leis conservadoras e orientadas por regras para leis de sentido evolutivo e orientadas pelos efeitos>> (Wälde), com <<avanço de leis orientadas planificado-funcionalmente e o recuo de leis constituídas clássico-condicionalmente>> (Kilian). (...) [Para] saber se um determinado conceito jurídico pode ser ou não considerado como preenchido, e a resposta afirmativa ou negativa resultaria de saber que efeitos uma ou outra dessas respostas provocaria e se esses efeitos, referidos ao fim da norma e segundo a perspectiva do decidente (já que <<ele tem o poder de dar uma interpretação autêntica ao conceito>>), seriam ou não desejáveis.<sup>526</sup>

Como constata Jürgen Habermas, a aparição do “direito regulador” é mais um argumento a confirmar as premonições weberianas relativas à “desformalização do direito”<sup>527</sup>. Este fenómeno significou sobretudo uma alteração na

---

<sup>525</sup> Ibidem, p. 38-39.

<sup>526</sup> Ibidem, p. 58.

<sup>527</sup> Habermas diz que o fenómeno da “desformalização do direito” é colocado como objeto da crítica do direito sob o item pejorativo da “juridificação”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Cit. p. 206.

<sup>528</sup> “Por “juridicização”, ou “judicialização” e, ainda, “juridificação”, entenda-se o fenómeno descrito por diversos autores e perspectivas teóricas e que gira em torno da crescente importância do poder Judiciário e do sistema jurídico na mediação das relações sociais, políticas e económicas”. (...) “A juridicização não significa simplesmente um crescimento do Direito, mas designa um processo pelo qual o Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) engendra um tipo jurídico novo: o Direito Regulatório”. MELLO, Marcelo Pereira. *Sociologias do Direito: historicismo, subjetivismo e teoria sistêmica*. Revista de Sociologia e Política. Curitiba, n. 25, nov. 2005.

“autocompreensão liberal do direito formal” e na “prática dos especialistas do direito”<sup>529</sup>.

O conceito do direito “regulador” revela que nós entendemos a tendência de juridificação no Estado social como instrumentalização do direito para fins do legislador político. Com isso, porém, atribui-se às intenções dos autores aquilo que eles freqüentemente realizam mais ou menos inconscientemente enquanto agentes de um aparelho estatal cada vez mais complexo ou sob a pressão dos imperativos sistêmicos de uma economia, ao mesmo tempo independente e carente de estabilização. Na própria jurisprudência existem pontos de vista normativos subordinados “às razões de uma política da ordem”, aos imperativos de manutenção de instituições estatais ou aos imperativos de regulação de mercados. **Na concorrência entre direitos, de um lado, e bens coletivos, de outro, conseguem impor-se exigências funcionais de subsistemas regulados pelo dinheiro e pelo poder, os quais não se integram mais através de normas e valores.**<sup>530</sup> (destacamos).

Para finalizar o tópico, resta observar que o método proposto não se instala sem dificuldades (e renúncias) importantes. Primeiro, porque ensina o decisor a pensar em termos de uma racionalidade finalística que dificilmente obedecerá aos princípios e aos direitos fundamentais, haja vista que o critério de avaliação da decisão jurídica, com o aval dessa metodologia, se distancia do ideal de correção normativa para priorizar a “eficiência”, a utilidade, a pacificação.

A seguir, procura-se demonstrar como a racionalidade finalística que passa a guiar a interpretação e o processo decisório infiltra-se inclusive nas **técnicas** de decisão. Essa influência fica bastante clara, é este o objeto da próxima seção, com a difusão acadêmica e institucional de uma estranha e inovadora teoria axiológica dos direitos fundamentais<sup>531</sup> aplicada ao campo processual.

---

<sup>529</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v 2. Cit. p. 204.

<sup>530</sup> *Ibidem*, p. 205.

<sup>531</sup> Teoria muito difundida na Alemanha, cujo principal representante é Robert Alexy, para quem a tarefa de aplicação dos princípios é considerada “uma atividade de balanceamento de valores concorrentes, passíveis de tratamento metodológico e sujeitos a hierarquização. Direitos, entendidos como interesses, devem assim ser sacrificados de acordo com seu grau de relevância, e os princípios ensejam múltiplas possibilidades de decisão correta disponíveis à discricionariedade do aplicador”. *Ibidem*, p.120.

O risco debatido, adiante-se, é que, com a adoção dessa pretensa “ponderação processual” se passe a admitir uma aplicação flexível, gradual, deficiente, dos direitos fundamentais processuais, submetendo a lei procedimental a uma lógica utilitarista em que o sentido genuíno de garantia dissolve-se em meio aos humores políticos e à volubilidade da opinião pública.

### 3.2 Acesso à justiça e colisão de princípios processuais

Em dezembro de 2003, o ex Ministro do STJ Nilson Naves declarou em entrevista o que considera ser o maior obstáculo ao acesso à justiça: a morosidade. Até aí o diagnóstico não surpreende, no entanto a saída sugerida por ele para contornar as deficiências do sistema judicial marca bem a recente tendência de alteração nos procedimentos e técnicas de interpretação da lei processual *em nome* do acesso à justiça.

Naves acredita que para a superação da crise é necessária uma mudança de mentalidade dos aplicadores da lei. Para ele, “se o formalismo processual deve ser respeitado, seu *contrapeso* há de ser o princípio da economia processual, que deverá servir de referência quando da interpretação da norma estabelecida pela lei”. Ele acredita que harmonizando esses dois preceitos haveria uma “constante relação de proporcionalidade entre as iniciativas das partes e os poderes oficiosos atribuídos ao juiz, tudo com vistas à administração da justiça de modo ativo, rápido e profícuo”<sup>532</sup>.

As declarações do Ministro refletem uma prática cada vez mais freqüente, que é a invocação da proporcionalidade e da ponderação de princípios constitucionais como parâmetro não só para remediar os impasses da decidibilidade, mas preocupantemente como *meio de flexibilizar a aplicabilidade da lei procedimental*. Como percebe Dhenis Madeira, “em prática equivocada, muitas vezes, os princípios informativos da economia e da celeridade processual são utilizados como

---

<sup>532</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Notícia Disponível em: [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.estilo=0&tmp.area=368&tmp.texto=73894](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.estilo=0&tmp.area=368&tmp.texto=73894). Acesso em: 2 mar. 2011.

argumentos justificadores da supressão dos Princípios institutivos do processo”<sup>533</sup>. Os exemplos da literatura<sup>534</sup> não param de se multiplicar.

É este, por exemplo, o entendimento de Marcelo Bonício:

Se a flexibilização de regras é possível no direito material, é evidente que também no direito processual permitimos ao juiz a adoção de soluções que não estão propriamente na lei, tanto que a jurisprudência tem reconhecido, cada vez mais, a possibilidade de o juiz adotar soluções em sentido contrário àquelas determinadas pela lei, tal como ocorre, por exemplo, na recente (e forte) tendência de relativização da coisa julgada, com a quebra de dogmas até então intangíveis, em prol dos resultados que o sistema processual pode apresentar<sup>535</sup>.

(...) A crescente valorização do princípio da proporcionalidade, espelhada no presente trabalho, é mais um sintoma da “crise do Direito”, mencionada por Miguel Reale, na medida em que demonstra claramente o descrédito das soluções previstas em lei, e, em contrapartida, permite o aumento dos poderes do juiz, cujas balizas estão amparadas, sem sombra de dúvida, no próprio princípio da proporcionalidade<sup>536</sup>.

E de José Eduardo Aguirre, para quem

(...) A *ratio essendi* do poder instrutório do juiz é a efetividade do processo. A interferência na igualdade das partes é mera conseqüência do seu exercício. Daí que o poder instrutório judicial envolve o confronto entre os princípios constitucionais da efetividade e os da igualdade das partes, exigindo o balanceamento entre eles e o estabelecimento de limites a serem observados.

Mais uma vez, no campo do processo, coloca-se a questão da tensão entre os princípios constitucionais, a ser solucionada com o

---

<sup>533</sup> MADEIRA, Dhenis Cruz. *Da Impossibilidade de Supressão dos Princípios Institutivos do Processo*. In: TAVARES, Fernando Horta (coord.). *Constituição, Direito e Processo: Princípios Constitucionais do Processo*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 123.

<sup>534</sup> Por todos: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003; QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. *O princípio da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000; GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004; AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005; CAMPOS, Hamini Haddad. *O devido processo proporcional*. São Paulo: Lejus, 2001.

<sup>535</sup> BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e Processo: A Garantia Constitucional da Proporcionalidade, a Legitimação do Processo Civil e o Controle das Decisões Judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 16.

<sup>536</sup> *Ibidem*, p. 19-20.

prevalhecimento de um deles e sem afronta ao núcleo essencial do outro<sup>537</sup>.

Ao fazer a revisão da literatura brasileira sobre o acesso à Justiça, Fernandes e Pedron observaram também nos escritos do professor Luiz Guilherme Marinoni a forte influência do projeto axiológico e da jurisprudência de valores alemã:

Em texto publicado em 2007, intitulado “A Legitimidade da Atuação do Juiz a partir do Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva”, Marinoni afirma, contundentemente, que a concretização das normas processuais tem que levar em conta as necessidades de direito material reveladas nos casos concretos e que devem decorrer (sempre) do que ele chama de “direito fundamental à tutela efetiva”. Caberia ao magistrado, então, mediante argumentação própria, individualizar a técnica processual capaz de permitir a efetiva tutela do direito. Mas como realizar tal empreitada? Ora, segundo o professor, a escolha da técnica adequada para garantir a efetividade do direito à luz de normas processuais que ele chama de “abertas” poderia ser feita a partir de “duas subregras” (para alguns autores subprincípios) da proporcionalidade, isto é, das regras da adequação e da necessidade. Nesse sentido, essa escolha (do magistrado) seria uma garantia (de legitimidade para Marinoni) tanto para o autor quanto para o réu.<sup>538</sup>

À medida que a doutrina da “ponderação processual” ganha adeptos, ela também sofre distorções. Se nem para Robert Alexy a máxima da proporcionalidade é classificável como princípio (por não descrever um objetivo a ser alcançado)<sup>539</sup>, para alguns autores a regra parece ganhar uma suficiência ôntica capaz de instituir obrigações normativas<sup>540</sup> e de estabelecer *orientações para a atividade interpretativa*. É o que se depreende dos fragmentos a seguir:

---

<sup>537</sup> AGUIRRE, José Eduardo Suppioni. Cit. p. 215.

<sup>538</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Cit. p. 165-66.

<sup>539</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Interpretação, Argumentação e Decisão Jurídica em Robert Alexy. IV Seminário da disciplina da Interpretação e da Decisão Jurídica, do Programa de Mestrado da FDSM.* Pouso Alegre, Maio de 2010, p. 38.

<sup>540</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso.* Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 535.



Para Luciana Vieira Silva

Pode-se dizer que o princípio do devido processo legal permite o controle da razoabilidade das leis - que seria o próprio princípio do devido processo legal substancial - bem como é lícito afirmar que o **princípio da proporcionalidade serve como justa medida para a atuação do princípio do devido processo legal**, restringindo alguns direitos, na situação concreta.<sup>541</sup>(destacamos).

Gisele Góes chega a relatar a existência uma “nova vertente do direito processual” fundamentada na proporcionalidade:

A atividade jurisdicional estará em desarmonia com o acesso à justiça se não se valer da **influência da proporcionalidade** nas suas decisões. Os interesses em jogo devem constantemente ser contrabalanceados e o equilíbrio somente é alcançado por meio do princípio da proporcionalidade.

Deve-se buscar hoje, o que Amini Haddad Campos denomina nova vertente do direito processual: o **devido processo proporcional**.

O papel da criatividade judicial está inserido na solução jurídica construída no caso concreto, e a partir dos hard cases, a qual é erigida em princípios, notadamente o princípio da proporcionalidade<sup>542</sup>. (destacamos).

O objetivo de todas essas transcrições é demonstrar o modo como a ponderação de princípios atrelados ao devido processo legal inculca na ciência processual uma interpretação *fraca* das garantias fundamentais, como se elas fossem “simples opções valorativas”<sup>543</sup> à disposição do aplicador.

Ignora-se, com tal procedimento, que cada norma processual representa um compromisso democrático, gerando as condições que o Estado Democrático de Direito impõe a toda interpretação. Excepcionar uma garantia em face de necessidades como eficiência, celeridade, significa afastar tudo aquilo que

---

<sup>541</sup> VIEIRA SILVA, Luciana. *Prova ilícita no processo civil à luz do princípio da proporcionalidade* Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8997/prova-ilicita-no-processo-civil-a-luz-do-principio-da-proporcionalidade>>. Acesso em: 1 mar. 2011.

<sup>542</sup> GÓES, Gisele Santos Fernandes. Cit. p. 115-16.

<sup>543</sup> CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.12.

condiciona o exercício do poder, tudo aquilo que oferece “legitimidade para a normatividade assim instituída”<sup>544</sup>.

Também é este o posicionamento de Madeira:

Por tudo isso, com inquietação, pode-se dizer que a atividade cognitivo-processual (análise dos instrumentos de provas e argumentos) não pode sofrer nenhuma restrição quanto aos princípios institutivos do processo (contraditório, isonomia e ampla defesa) a não ser que se queira obter somente um rito, uma forma, uma ilusória aparência de processo. Portanto, caso o juiz (ou qualquer outro agente governativo) suplante ou reduza um dos princípios institutivos do processo quando da atividade cognitiva está cometendo ilegalidade que culminará na anulação do provimento exarado, porquanto ilegítimo e inconstitucional.

(...) Nesse sentido, no que tange especificamente aos princípios institutivos do processo, não há que se falar, nem mesmo, nos mandados (ou comandos) de otimização desenhados por Robert Alexy, pois a supressão ou diminuição de tais princípios institutivos redundaria no desrespeito da coisa julgada constitucional, resultando, ainda, na perda da legitimidade e nulidade do provimento exarado<sup>545</sup>.

O que se deve ter em mente é que o princípio do contraditório e a *virtude* do devido processo legal (como prefere Dworkin), são marcos da compreensão institucional do direito<sup>546</sup> e sustentam normativamente o processo, por isso merecem um respeito imponderável. Devem iluminar todos os atos processuais, e serem determinantes para que os poderes oficiosos do magistrado não sejam compreendidos como expressão de uma faculdade, mas como exercício de uma responsabilidade.

Não se trata de defender o formalismo a todo custo, mas de entender, com Carvalho Netto que:

Vivemos um momento em que sabemos que forma e matéria são equiprimordiais, que a materialização, conquanto importante, deve

---

<sup>544</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Cit. p. 537.

<sup>545</sup> MADEIRA, Dhenis Cruz. *Da Impossibilidade de Supressão dos Princípios Institutivos do Processo*. Cit. p. 134-35.

<sup>546</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Cit. p. 515.

resultar do próprio processo de afirmação dos sujeitos constitucionais e contar com garantias processuais (formais) de participação e de controle por parte dos afetados pelas medidas adotadas em seu nome, e, pelo menos retoricamente, visando o seu bem-estar, sob pena de se institucionalizar o oposto do que se pretendia ou se afirmara pretender.<sup>547</sup>

O risco que se corre é que, com a difusão (e distorção) acadêmica e institucional da teoria axiológica dos direitos fundamentais se permita uma aplicação também gradual ou deficiente das garantias processuais fundamentais. Se um princípio pode ser entendido como “mandado de otimização”<sup>548</sup>, realizável à medida do possível, sua concretização andarà sempre à sombra do economicamente viável<sup>549</sup>, do politicamente negociável, é dizer, a extensão do contraditório, da ampla defesa variará conforme as pressões da política judiciária por eficiência, por produtividade, por números<sup>550/551</sup>.

---

<sup>547</sup>CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. Cit. p.109.

<sup>548</sup>Segundo Robert Alexy, “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, **mandamentos de otimização**, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

<sup>549</sup>Como afirma Simioni, à tese alexyana subjaz um “suposto implícito e não questionado que vem da comunicação do sistema econômico da sociedade, qual seja, a comunicação da escassez, que **transforma o conteúdo normativo dos princípios jurídicos em uma questão econômica** de concorrência entre necessidades de satisfação no melhor grau possível. Quer dizer, os princípios passam a ser concebidos como se fossem necessidades econômicas que, diante da escassez de recursos fáticos, devem ser equilibradas e distribuídas equitativamente, ou melhor: distribuídas de modo otimizado, de modo a se garantir uma eficiência na alocação de recursos para satisfação ótima de todas as necessidades principiológicas”. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Interpretação, Argumentação e Decisão Jurídica em Robert Alexy*. Cit. p. 41-42.

<sup>550</sup>“A solução viria, então, por um raciocínio verificado caso a caso da proporcionalidade entre celeridade e justiça, como se a justiça – ou, como preferimos chamar, legitimidade da decisão – fosse mais um valor posto à baila para ser ponderado pelo magistrado” a partir de seus critérios de preferência solipsista. Mais uma vez, temos que comentar que com essa postura os poderes do juiz são cada vez mais incrementados (aumentados)”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Cit p. 161.

<sup>551</sup>Também é o que consideram autores como Grunwald, Hassemer, Wolter ou Amelung, que vêm pondo em evidência que a doutrina da ponderação, com o sentido e alcance sumariamente assinalados, para além de colidir com princípios basilares da organização e funcionamento do Estado de direito, só seria possível em nome duma compreensão do direito extremamente orientado para as conseqüências. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1992, apud GONÇALVES DA SILVA, Bruno César. *Do aproveitamento da prova obtida por meio ilícito: a tese da ponderação versus senso de adequabilidade normativa*. Disponível

Sobre a possibilidade de “relaxamento do grau de exigência de um princípio”<sup>552</sup> que essa concepção induz, Simioni alerta:

Realmente, essa concepção de princípio permite isso. Permite transformar a concepção de princípio jurídico em uma concepção de **objetivos políticos submetidos a condições de escassez econômica** em seus meios, para serem, assim, otimizados, ponderados. Transforma princípios em finalidades, cujo cumprimento depende agora de condições jurídicas e fáticas. Uma condição jurídica – uma regra ou outro princípio – pode restringir o alcance de um princípio. As condições fáticas – como as condições de escassez econômica nos recursos, as condições de vontade política do governo, as condições técnicas e científicas e todas as demais condições fáticas – podem também restringir o alcance dos princípios. A decisão jurídica então se transforma em uma decisão administrativa, uma decisão que planeja politicamente o que deve e o que não pode ser realizado<sup>553</sup> (destacamos).

Outro problema que se afigura irremediável na analítica Alexyana é a persistência do subjetivismo na escolha dos “valores” que nortearão a decisão jurídica. Como observam Fernandes e Pedron,

Nunca é demais lembrar que a teoria axiológica, ora criticada, busca **fugir da discricionariedade**, mas acaba por se **afundar** ainda mais na mesma. Isto ocorre na medida em que, se as **normas são tratadas como valores**, elas viram **questões de preferência** (o que é preferível ao invés do que seja devido), ficando atreladas a uma **racionalidade** meramente INSTRUMENTAL. Portanto, a **fundamentação das decisões judiciais** pautada em argumentos jurídico-normativos (com vistas a um “acesso à Justiça” qualitativo) cai por terra, já que **questões políticas** (ou éticas, ou morais ou pragmáticas) podem **sobrepôr-se** a **questões jurídicas**, no momento da aplicação do direito.<sup>554</sup> (destaques no original).

Além de degradar direitos “ao nível de objetivos, políticas e valores”<sup>555</sup>, além de os expor ao risco de uma avaliação “arbitrária ou irrefletida”<sup>556</sup> do juiz, a jurisprudência de valores ainda levanta o problema da legitimidade. Habermas

em: [www.brunoadvocacia.com.br/do\\_aproveitamento\\_da\\_prova\\_obtida\\_por\\_meio\\_ilicito.pdf](http://www.brunoadvocacia.com.br/do_aproveitamento_da_prova_obtida_por_meio_ilicito.pdf). Acesso em: 1 mar. 2011.

<sup>552</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Cit p. 63.

<sup>553</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>554</sup> Ibidem, p. 168.

<sup>555</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v 1. Cit. p. 321.

<sup>556</sup> Ibidem.

explica, tomando por referência a prática do Tribunal Constitucional Federal alemão, que ao estabelecer uma transitividade de valores, a jurisprudência constitucional acaba por se colocar na condição de legisladora concorrente<sup>557</sup>.

Se a preocupação vale para a prática de decisão da corte em direitos fundamentais, ela deve ser ainda mais extrema em casos como o presente, em que um juiz, a propósito do acesso à justiça, da efetividade, sente-se autorizado a “delimitar o espaço de discussão processual”<sup>558</sup>, desfigurando a norma processual (norma sobre norma) que lhe prescreve o modo *como* decidir.

O “perigo dos juízos irracionais”<sup>559</sup> assim passa a ser duplo, não somente pela possibilidade da prevalência de argumentos funcionais sobre os normativos de que fala Habermas, mas também pela possibilidade que se abre ao magistrado para que ele revogue os limites do seu próprio proceder consubstanciados nas garantias processuais.<sup>560</sup>

A vedação a que o juiz “adapte discricionariamente o procedimento”<sup>561</sup> ou divise caso a caso a técnica que reputar mais adequada para a aplicação do direito

---

<sup>557</sup> Afinal, não cabe à corte, mas à comunidade política a determinação dos valores importantes para o direito. *Ibidem*, p. 320.

<sup>558</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Cit p. 160.

<sup>559</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v 1. Cit. p. 322.

<sup>560</sup> Habermas compreende que a estrutura das normas processuais destina-se a “compensar as condições comunicativas, garantindo a formação de um provimento (legislativo, administrativo ou jurisdicional legítimo. (...) A exigência normativa de imparcialidade, então, pode-se despersonalizar através de uma separação entre discursos de justificação normativa e discursos de aplicação do Direito”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Cit. p. 274.

<sup>561</sup> A propósito, segundo Streck esta é aposta feita por Boaventura de Sousa Santos, que prega um maior poder discricionário em favor dos juizes no âmbito penal, “ao comentar a lentidão da justiça e o uso de “medidas dilatórias” pela defesa: o juiz deveria ter mais autonomia para dizer: “não aceito esta diligência porque não me parece que seja útil para que se faça justiça”. Mais ainda, acentuou que os juizes devem poder ter “um papel mais activo e discricionário no sentido de recusarem algumas diligências ou arrolamentos de mais testemunhas”. A toda evidência, não é possível concordar com a tese de Sousa Santos. Qual é o fundamento de, em plena democracia e de produção democrática do direito, delegar para o juiz esse poder discricionário? E o que é isto, “fazer justiça”? Mais: **o cumprimento estrito das regras processuais – que, nas constituições contemporâneas estão inscritas como direitos fundamentais – implica “privilégios” processuais ou “injustiças”? E o juiz teria que ter o poder de fazer essas “correções”?** Mas, se o devido processo legal é uma garantia constitucional, de que modo o juiz poderia se contrapor a essa aplicação? Veja-se o eterno retorno ao problema do solipsismo, o que, paradoxalmente, aproxima as teses de Sousa Santos com aquelas defendidas por Menger, Klein, Couture, Bedaque, Dinamarco e tantos outros”. STRECK,

deriva da quebra que tal ideia representaria ao círculo de legitimação da atuação dos poderes, assim refletido por Ingeborg Maus:

Em nenhum nível do processo de decisão o poder político pode simplesmente legitimar-se pelo direito que ele mesmo normatizou. O legislador legitima-se, seja através da observância das normas processuais da Constituição, seja através da vontade popular atual que o procede; porém nunca através de leis simples, elaboradas por ele mesmo. **Somente as instâncias que aplicam o direito legitimam-se pelo simples direito; isso, porém, impede que elas mesmas o normatizem.** Tal estrutura proporciona, ao mesmo tempo, um desconhecimento matizado de destinatários de decisão concretos no complexo de instâncias do Estado de direito<sup>562</sup>. (destacamos).

Declaradamente, o que se pretende combater é a visão estrita daqueles processualistas que tematizam a colisão de princípios processuais sob a ótica do antagonismo entre forma e conteúdo, entre formalismo e justiça material. Ao aceitar essa contradição, isto é, ao admitir que em alguns casos os princípios processuais estão sujeitos a limitações, subestima-se aquilo que Konrad Hesse denominou a “força irradiadora dos princípios”<sup>563</sup>.

Como ensinam Carvalho Netto *et all*, não é suficiente que os direitos sejam tratados como limites apenas. É necessário que todos os direitos sejam levados a sério, que todos eles possam exercer essa força irradiadora, que todos “sejam considerados como condição de possibilidade da liberdade”<sup>564</sup>. Em uma situação de contrariedade entre duas normas, é preciso permitir que o significado de uma possa delimitar, conformar e matizar o significado da outra, “de tal sorte que uma [seja] recíproca e inafastavelmente constitutiva do sentido constitucional da outra”<sup>565</sup>.

---

Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 40-41.

<sup>562</sup> MAUS, Ingeborg, *apud* HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v 1. Cit. p. 324.

<sup>563</sup> CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. Cit. p. 128.

<sup>564</sup> *Ibidem*.

<sup>565</sup> *Ibidem*.

Pensando a contrariedade entre princípios processuais dessa forma, talvez a “colisão” (garantias vs. efetividade/celeridade)<sup>566</sup> levante uma necessidade apenas *aparente* de ponderação se considerarmos que a efetividade do processo não se pode afirmar senão à sombra de um processo de feições democráticas. A efetividade será vazia se só puder servir a uma lógica de produtividade, e não importará em um provimento legítimo se suplantará o respeito e o lugar argumentativo das partes.

Assim ensina o professor Calmon de Passos:

(...) Efetividade do processo ou efetividade da tutela jurídica não se equipara à efetividade da sentença, enquanto ato de poder, mas da sentença que atenda ao nome de quem se institucionaliza numa ordem política democrática. Temos dito reiteradamente que se alguma característica é ineliminável, quando se pretende conceituar democracia, ela será o postulado de que todos os homens são substancial e originariamente iguais, por natureza, pelo que ninguém se pode atribuir a condição de senhor ou soberano do outro. Conseqüência disso é também o princípio, igualmente essencial, de que em uma organização democrática o poder só é legítimo quando exercitado em termos de serviço e nos precisos limites em que foi outorgado, vale dizer, no estrito espaço da competência previamente definida e formalizada no pacto político básico que é a Constituição<sup>567</sup>.

Realmente, não há falar em efetividade fora dessa lógica. Se os princípios hoje são mais que uma idealidade inspiradora, mais que valores destinados a colmatar lacunas e superar a indiferença das formas, é indispensável que eles sejam entendidos como parâmetros que delineiam o perfil específico<sup>568</sup> do Estado Democrático de Direito e instituem a índole do processo. E é em razão desses

---

<sup>566</sup> Dicotomia que já seria falsa, não custa dizer, já em face do previsto no Art 5º LXXVIII da Constituição, que prevê a razoável duração do processo também como uma garantia processual ao lado das demais.

<sup>567</sup> CALMON DE PASSOS, J. J. (1999). *apud* NUNES, Dierle José Coelho; BARROS, Flaviane de Magalhães. *Estudo sobre o movimento das reformas processuais macroestruturais: a necessidade de adequação ao Devido Processo Legislativo*. Disponível em: [www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3482.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3482.pdf). Acesso em: 15 fev. 2011.

<sup>568</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1992, *apud* GONÇALVES DA SILVA, Bruno César. *Do aproveitamento da prova obtida por meio ilícito: a tese da ponderação versus senso de adequabilidade normativa*. Disponível em: [WWW.brunoadvocacia.com.br/do\\_aproveitamento\\_da\\_prova\\_obtida\\_por\\_meio\\_ilicito.pdf](http://WWW.brunoadvocacia.com.br/do_aproveitamento_da_prova_obtida_por_meio_ilicito.pdf). Acesso em: 1 mar. 2011.

direitos que o Estado Democrático de Direito pode inscrever suas conquistas institucionais na proibição imanente de se colocar em jogo tudo aquilo que lhe possa representar retrocesso<sup>569</sup>. Resumindo: nem tudo cabe na matemática da ponderação<sup>570</sup>.

---

<sup>569</sup>O exemplo emprestado do direito penal é emblemático. ANDRADE afirma que a ponderação “camufla” uma área extensa em que os direitos individuais poderão ser sacrificados em nome da prevenção e repressão da criminalidade, especialmente nos casos de criminalidade grave. E identifica uma tendência na jurisprudência alemã em utilizar um conjunto de fórmulas imprecisas como “justiça funcionalmente capaz”, para realizar uma “luta eficaz contra o crime”, etc para justificar a violação aos direitos do acusado. Façamos um paralelo entre o argumento de política criminal e o argumento de política presente no discurso do “movimento pelo acesso à justiça”. Certamente os direitos não são negociáveis como valores de qualquer natureza. *Ibidem*.

<sup>570</sup>“A partir desses pressupostos teóricos é que podemos fazer a crítica, não só à teoria de Alexy – bem como a de Marinoni e de outros seguidores –, como a toda a tradição da jurisprudência de valores, que, ao equiparar normas (princípios) com valores, perde de vista a natureza deontológica das primeiras e acaba por desnaturar a racionalidade comunicativa, substituindo-a por uma racionalidade instrumental (cálculo utilitarista, vide métodos da proporcionalidade) e, com isso, caindo numa perspectiva irracionalista, carente de legitimidade. Mais uma vez, devemos lembrar com Dworkin que ao magistrado não é aberta a possibilidade de decidir conforme valores. Logo, é impensável através de uma perspectiva democrática tomá-lo, como faz Dinamarco e Marinoni, como o portador e o salvador taumaturgo da axiologia de uma dada sociedade, ainda mais quando esta atividade de “proteção” se dá de maneira solipsista e vinculada a uma única consciência individual. O espaço procedimental (e, principalmente, o processual, quando presente o contraditório) não autoriza decisões utilitaristas e muito menos unilaterais, que excluem a possibilidade de participação em simétrica paridade dos destinatários do provimento”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *Cit p. 242*.



## CONCLUSÃO

A dissertação, como advertido ao início, não se pautou na sugestão de um modelo específico de reformas, procedimentos ou políticas públicas que possam melhorar a qualidade do acesso à justiça. Também não se prendeu à denúncia das insuficiências das políticas públicas/judiciárias de promoção desse direito. O que se procurou ao longo do trabalho foi saber o que se delibera e se decide *em nome* do acesso à justiça, que variabilidade de conteúdos ele pode assumir para polir, antes de expor a público, a fustigada imagem do Judiciário, que tipo de comportamentos ele fomenta, que marcas o uso seletivo dessa reserva persuasória imprime nas estruturas do processo e na prática cotidiana.

Sendo assim, buscou-se detectar o uso dessa expressão, aparentemente trivial, para finalidades científicas e institucionais que escapam à apreciação da vasta maioria das pessoas, em um discurso intransparente que faz da promessa de ampliação do acesso à justiça uma ficção oportuna, capaz de unificar em um só empreendimento Poderes, sistemas e sociedade civil, fenômeno que deixa menos nítida a função contramajoritária do Judiciário (agora cooperador de um escopo maior) e o valor intrínseco de um processo de garantias (agora um entrave) como meio de valorização jurídica da subjetividade.

A reconstrução conceitual do acesso à justiça nos três paradigmas do constitucionalismo moderno serviu para demonstrar como a atribuição de significados nunca é fruto do acaso, mas antes de uma acirrada disputa política pelos imperceptíveis, mas determinantes sistemas simbólicos.

O primeiro sentido de acesso à justiça emergido no paradigma liberal e referia-se apenas ao direito de ingresso em juízo (*input*). Sustentava-se no direito ou poder de exercício da ação, alheio a qualquer conteúdo sócio-político. Essa compreensão representou uma fase em que toda a atividade judicial era considerada sob o prisma eminentemente formal e descritivo. Acesso à justiça

significava o mero exercício do direito de ação. As inibições ao acesso à justiça correspondiam a fenômenos puramente técnicos do direito ou poder de exercitar a ação<sup>571</sup>.

É só a partir da erosão da supremacia liberal e da inclusão de novas exigências de fundamentação e legitimação *material* do direito e do exercício do poder estatal que o problema do acesso à justiça ganhará autonomia científica. Essa segunda concepção de acesso à justiça, consolidada no paradigma social, é erguida em uma racionalidade instrumental, que conclama o juiz a assumir o projeto estatal distributivo, de modo que lhe caiba equacionar a desigualdade socioeconômica com compensações jurídico-formais.

Deste paradigma em diante os processualistas começam a se preocupar com a adequação da técnica a esse ideário, construindo procedimentos em que os poderes de cognição e decisão do juiz são aumentados e a possibilidade de intervenção das partes é substancialmente minorada<sup>572</sup>, tendência que se faz sentir até o presente. *v.g.*, nas reformas do processo civil a partir da década de 1990.

É esta, aliás, a gramática da maioria dos estudos sobre a crise do Judiciário e sobre os obstáculos ao acesso à justiça: instrumentalidade do processo, pacificação social, solidariedade, consensualidade, engajamento, como se a esperança da solução da crise pudesse estar em um Judiciário ativo, capaz de colocar em prática todas essas intenções<sup>573</sup>.

Até mesmo os estudos mais críticos se limitam a contestar as reformas como se o problema redundasse na emergência de um juiz militante, voluntarioso, habilitado a aplicar lei e política, expondo a risco a estabilidade do sistema jurídico e as garantias fundamentais do cidadão/jurisdicionado.

Ambas as perspectivas de análise parecem subestimar fenômenos massivos e permanentes que estão sob e além do arbítrio ou das boas intenções do decisor. A

---

<sup>571</sup> Cf. item 1.1 *supra*.

<sup>572</sup> Cf. item 1.2 *supra*.

<sup>573</sup> Cf. item 3.1 *supra*.

expansão da racionalidade instrumental – típica dos imperativos funcionais dos sistemas administrativo, econômico e político – permite o uso seletivo dos recursos argumentativos e institutos advindos de ambos os lados das grandes dicotomias: privatismo – estatismo; formalismo – consensualismo; liberdade – igualdade; *civil – common Law*; ativismo – minimalismo; dever-ser – ser, até um nível de complexidade que se torna impossível, ou pelo menos inseguro, fazer uso desses contrastes para fincar uma proposta construtiva (ou uma crítica) sobre o assunto.

É este cuidado com o reducionismo maniqueísta que se procurou ter em mente quando da apreciação da crise de representatividade e a expansão do poder dos tribunais. O acesso à justiça ali foi apontado como uma nova possibilidade de acesso à cidadania, aos mecanismos de reconhecimento social. Se de um lado é inegável que a ampliação da presença judicial na arena política propicia às lideranças sociais e aos grupos minoritários mais um espaço de participação, não se acredita que o fenômeno maciço da “jurisdição da vida política” sempre resulte em aprofundamento da democracia.

Como disse Garapon, a *substituição* da virtude pública pelo Judiciário está longe de ser a cura para os males de uma sociedade à beira da implosão de um *mundo em comum*. Ao mesmo tempo que a justiça reage à ameaça de desintegração (remendando a virtude política), ela também contribui para essa desintegração (pois a substituição se traduz em apagamento do político)<sup>574</sup>.

A defesa de uma *nova* cidadania pelas vias judiciais carrega em si, portanto, uma contradição fundamental: ela é tão necessária quanto impossível, e um Judiciário ativo e engajado em questões políticas poderá ser tão útil quanto nocivo para o aprofundamento da democracia inclusiva. Em vista de tudo isso, só pode ser reducionista a ligação – muito comum no discurso dos especialistas sobre o acesso à justiça – entre a pró-atividade do Judiciário e o aprofundamento da cidadania democrática.

---

<sup>574</sup> Cf. item 2.1 *supra*.

Quanto à crise do formalismo, a proposta foi avaliar a tendência de utilização de mecanismos alternativos de resolução de litígios, especialmente dentro do sistema de justiça brasileiro. Constatou-se que no Brasil o recurso aos instrumentos informais possui uma peculiaridade: ao invés de diminuir a presença do Judiciário na vida das pessoas, o que se verifica é a absorção da retórica da informalidade pelos próprios tribunais (até por não levar a sério o uso das técnicas *v.g.*, conciliação e mediação).

Este fato leva a crer que a desformalização aqui não resulta no compartilhamento de competências do Estado com a sociedade, mas na precarização do acesso à justiça de uma parcela muito considerável da população. A tendência, portanto, não é quebra do monopólio do Judiciário no tratamento da conflituosidade social, mas a administração das controvérsias (causas relevantes *vs.* desimportantes) em uma economia política da justiça ainda mais excludente, que se traduz afinal em desarme e desmobilização. Mais uma vez questionou-se a sinceridade do discurso sobre o acesso à justiça quando prega a automática associação de ideias como “desformalização”, “desburocratização”, com o desejo de inclusão social.

Um outro obstáculo ao acesso à justiça muito comentado liga-se à crise fiscal e administrativa do Estado interventivo, que atinge de forma parasitária o Judiciário, pressionando-o a colaborar com a estabilidade e segurança das relações econômicas, a dar respostas em um prazo bem mais curto, a oferecer serviços de forma mais eficiente e menos onerosa. Todavia, a reforma “gerencial da justiça” não significou apenas a aproximação do direito com as ciências e os métodos da administração privada. A adoção de um sistema de justiça ancorado em moldes gerenciais significou a infiltração de uma racionalidade capaz de reprogramar a cultura jurídica, a opinião pública e até mesmo os padrões de aferição de aceitabilidade/racionalidade das decisões.

Com isso, teme-se que o modelo neoliberal de justiça, focado na ideia de eficácia, atuação estratégica e segurança vulgarize a interpretação dos direitos sob um viés utilitarista. Nesta oportunidade, questionou-se a respeito da própria qualidade da ordem jurídica a que se pleiteia o acesso, apontando para a ofensa aos

direitos fundamentais que existe quando o pensamento judicial é convocado para o atendimento das soluções mais eficazes, úteis, convenientes, ao invés das mais corretas, coerentes e legítimas.

No último capítulo a análise esteve voltada para a demonstração de que o discurso sobre o acesso à justiça influi decisivamente na prática dos especialistas do direito, seja pela sugestão de um específico “método de pensamento”, de determinados códigos posturais ou até mesmo do uso de técnicas como a esdrúxula “ponderação processual”. Com isso, constatou-se, a racionalidade finalística passa a guiar o consenso acadêmico e institucional sobre o que significa um “bem julgar”. No limite dessas ideias, como visto, a administração dos conflitos assume-se como o verdadeiro projeto, em que a produção de sensações – de acessibilidade, de eficiência, de segurança – empalidecem o sentido dos direitos e garantias fundamentais.

Como resta claro a esta altura, o trabalho assumiu um viés muito mais crítico que propositivo. Nem por isso se descuidou da necessidade de escapar à censura imprudente e vazia. Assumindo a dificuldade e a delicadeza que há na intromissão crítica em um assunto de tamanho apelo emocional, e correndo o risco da apreciação do trabalho como retrógrado ou conservador, o que se procurou demonstrar é a necessidade da (re)construção do acesso à justiça à luz de uma teoria do direito adequada, em que a responsabilidade do sujeito de direitos (e o jurisdicionado) nunca seja dispensada.

Só assim, é o que se acredita, passaremos de uma perspectiva de acesso à justiça em que o jurisdicionado é tratado como sujeito de piedade, como cliente, para outra centrada no sujeito político, autor e destinatário das decisões que afetam o seu destino. Tal é a ideia que se procurou veicular através da expressão “acesso à justiça qualitativo”. Todas as políticas públicas, todos os “métodos de pensamento”, todas as técnicas processuais que se dispuserem a melhorar o acesso deverão pressupor essa estrutura procedimental democrática sem a qual não há respeito ao indivíduo e suas garantias.

Em uma palavra, a ideia de *inclusão* não se limita na habilitação a participar, na absorção do jurisdicionado por um sistema de direitos já dado, sendo ineliminável o poder que lhe é dado para dialogar, contestar e ter preferências acatadas. A aderência do trabalho com a área de concentração do Mestrado em Constitucionalismo e Democracia, portanto, não esteve em repisar a fundamentalidade do direito de acesso à justiça, mas na reflexão sobre a *democratização* do acesso à justiça, que não se pode completar fora da órbita das instituições e de um processo também democrático, disponível a todos, mas capaz de manter aberto o caminho por onde se manifesta a cidadania, se alternam as prioridades, se condiciona e legitima o exercício do poder.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio F. de Abreu. *Violência, justiça penal e organização social do crime*. Seminário Lei e Liberdade. Rio de Janeiro, ano 15, n. 47, 1996.

AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Cléber Lúcio. *A legitimação das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito*. Disponível em: [direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/prof/14\\_Artigo%20prof%20Cleber.pdf](http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/prof/14_Artigo%20prof%20Cleber.pdf).

Acesso em: 19 fev. 2011.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Teoria crítica do Direito e o acesso à Justiça como novo método de pensamento. MP MG Jurídico. *Publicação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Ano 5, n. 19. Jan./mar. 2010.

ALVES, Cleber Francisco. *A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio em Dezembro de 2005.

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. *Gerenciamento de Processos Judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALVES, Eliana Calmon. *A crise do Poder Judiciário*. Correio Braziliense, Brasília, 18 abr. 1994. Caderno Direito e Justiça, n. 11.310.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Verso e Reverso do Controle Penal*. Desaprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Boitempo, 2002.

ARGUELLES, Diego Werneck. *Deuses pragmáticos, mortais formalistas: a justificação consequencialista das decisões judiciais*. Dissertação de mestrado

apresentada ao Programa de Pós-Graduação em direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, 2006.

ARGUELLES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégia e implicações*. In: Daniel Sarmiento (coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARIENTE, Eduardo Altomare (coord.). *Fronteiras do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Diretório Acadêmico João Mendes Júnior, 2002.

ARY, Bruna Malveira; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. *Reformas do Judiciário, desigualdades e formalismo: obstáculos à efetividade do acesso à Justiça*. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em fortaleza – CE nos dias 9 a 12 de junho de 2010.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (org.). *Justiça: promessa e realidade: acesso à Justiça em países iberoamericanos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

AZEVEDO, André Gomma; BARBOSA, Ivan Machado (orgs). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. v. 4, Brasília: Grupos de Pesquisa UnB, 2007, p. 439-61.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Formas Alternativas de solução de conflitos*. Disponível em:

[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/587/Formas\\_Alternativas\\_Solu%ca7%ca3o.pdf?sequence=4](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/587/Formas_Alternativas_Solu%ca7%ca3o.pdf?sequence=4). Acesso em: 7 set. 2011.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães; CARVALHO, Marius Fernando Cunha de; GUIMARÃES, Natália Chernicharo. O princípio da ampla defesa- Uma reconstrução a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica*. Disponível em:

[http://conpedi.org/manaus////arquivos/Anais/Flaviane%20Magalhaes\\_Marius%20Fernando%20e%20Natalia%20Chernicharo.PDF](http://conpedi.org/manaus////arquivos/Anais/Flaviane%20Magalhaes_Marius%20Fernando%20e%20Natalia%20Chernicharo.PDF)> Acesso em: 23 abr. 2011.



BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: [http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial\\_11032010.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf). Acesso em: 1 out. 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BERGALLO, Paola. *Justice and Experimentalism: Judicial Remedies in Public Law Litigation in Argentina*. SELA 2005 Panel 4: The Lawyer's Role. Disponível em: [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Justice\\_and\\_Experimentalism.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Justice_and_Experimentalism.pdf). Acesso em: 11 jan. 2012. Trad. livre de Renata Gomes Nascimento.

BERIZONCE, Roberto Omar. Model Laws and National Traditions: General Report. Argentina, La Plata. *Civil Procedure Review*, v.2, Special Edition: 3-62, June., 2011.

BIGOLIN, Giovani. *O Acesso à Justiça visto como serviço público e os novos desafios impostos pelo processo eletrônico*. Disponível em: [http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg\\_Giovani%20Bigolin.pdf](http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg_Giovani%20Bigolin.pdf). Acesso em: 28 fev. 2012.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: UnB, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Da norma jurídica ao ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito*. Trad. de Daniela Beccaria Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e Processo: A Garantia Constitucional da Proporcionalidade, a Legitimação do Processo Civil e o Controle das Decisões Judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.

BORGE, Felipe Dezorzi. *Ativismo jurídico: expressão do acesso à Justiça e da cidadania ativa*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13794/ativismo-juridico-expressao-do-acesso-a-justica-e-da-cidadania-ativa/2>. Acesso em: 10 jan 2012.

BOURDIEU, Pierre. *A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico*. In: O Poder Simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Democracia, Estado Social e Reforma Gerencial*. ERA. São Paulo, v. 50 n.1 jan./mar. 2010, p. 112-16.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Cidadania e efetividade do processo*. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil, Porto Alegre, ano 1, v.1, set./out. 1999.

\_\_\_\_\_. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. *Revista Diálogo Jurídico*, Ano 1, v.1, n. 1, abr. 2001.

CAMPOS, Hamini Haddad. *O devido processo proporcional*. São Paulo: Lejus, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal e acesso à justiça. *Revista de Processo* n. 60, p. 110-17, out./dez. 1990.

\_\_\_\_\_. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de processo*: São Paulo, n. 61. Jan./mar. 1991.

\_\_\_\_\_. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

\_\_\_\_\_. *Processo, ideologias e sociedade*. v.1. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania: tipos e percursos*. Estudos Históricas. Rio de Janeiro, v. 9. n. 18, 1996.

\_\_\_\_\_. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2005.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito*. RVPGE, 1999.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia Jurídica: Problemas fundamentais*. Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

\_\_\_\_\_. (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

\_\_\_\_\_. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAVALCANTE, Priscila: *A Singularidade do Princípio do Contraditório no Pluralismo Judicial*. Disponível em: [www.facs.br/revistajuridica/edicao\\_marco2008/docente/corpodocente.htm](http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_marco2008/docente/corpodocente.htm). Acesso em: 11 jan. 2011.

CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Nova Cidadania*. Lua Nova. n. 28/29. São Paulo, CEDEC, 1993, p. 85-86.

COSTA, Alexandre Araújo. *Hermenêutica Jurídica*. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/>. Acesso em: 1 ago. 2011. p. 161-175.

DAGNINO, Evelina. Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando? In Daniel Mato (coord.), *Políticas de ciudadanía y sociedad civil em tiempos de globalización*. Caracas: FACES, Universidad Central de Venezuela, 2004. p. 95-110.

DAHL, Robert. *Democratização e oposição pública*. São Paulo: USP, 2005. (clássico 9) p. 25-50.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v 1. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord). *Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECO, Umberto. *A obra aberta*. São Paulo: Perspectiva, 1981.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FALCÃO, Joaquim. *1ª Sessão: o judiciário e o acesso à justiça*. In SADEK, Maria Tereza (org.). *O judiciário em debate*. São Paulo: Idesp. Sumaré, 1995.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas*. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1995.

\_\_\_\_\_. *Legalidade e legitimidade: O Executivo como legislador*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 22, n. 86 abr./jun. 1985.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) Crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário e suas implicações: *Systemas Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*. Ano 1, n. 2.

FREIRE, Ricardo Maurício. *Devido processo legal: uma visão pós-moderna*. Salvador: JusPodivm, 2008.

FREITAG, Bárbara. *Habermas e a Teoria da Modernidade*. Cad. CRH., Salvador, n. 22. Jan./jun. 1995. p. 138-63.

\_\_\_\_\_. *Itinerários de Antígona: a questão da moralidade*. 3. ed. Campinas, Papyrus, 2002.

FREITAS, Vladimir Passos. *Os dez mandamentos do juiz administrador*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-ago-01/segunda-leitura-10-mandamentos-juiz-administrador-seguir> . Acesso em: 31 jan. 2012.

GALANTER, Marc. *Direito em abundância: a actividade legislativa no Atlântico Norte*. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 36, fev. p. 103-145, 1993.

GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. *Os Juízes na Mundialização: a nova revolução do direito*. Trad. Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a Democracia: O guardião das promessas*. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARRIDO DA SILVA, Alexandre. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. *Revista de Direito do Estado* 12:107, 2009.

GIFFONI, Luzia Cristina. *Secretaria de Reforma do Judiciário quer ampliar o acesso à Justiça em 2011*. Disponível em: <http://anadef.jusbrasil.com.br/noticias/2522908/secretaria-de-reforma-do-judiciario-quer-ampliar-o-acesso-a-justica-em-2011>. Acesso em: 16 ago. 2011

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito e Filosofia nos Estados Unidos*. Disponível em: [http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/direito\\_e\\_filosofia\\_nos\\_eua.html](http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/direito_e_filosofia_nos_eua.html). Acesso em: 8 set. 2011.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GONÇALVES DA SILVA, Bruno César. *Do aproveitamento da prova obtida por meio ilícito: a tese da ponderação versus senso de adequabilidade normativa*. Disponível em: [www.brunoadvocacia.com.br/do\\_aproveitamento\\_da\\_prova\\_obtida\\_por\\_meio\\_ilicito.pdf](http://www.brunoadvocacia.com.br/do_aproveitamento_da_prova_obtida_por_meio_ilicito.pdf). Acesso em: 1 mar. 2011.

Günther, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. A Nova Intransparência: A crise do Estado de Bem-Estar Social e o Esgotamento das Energias Utópicas. Trad. Carlos Alberto Marques Novaes. *Revista Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 18, set. 1987.

\_\_\_\_\_. *Uma conversa sobre questões da teoria política*. Entrevista a Mikael Carlehedem e René Gabriels. Trad. de Marcos Nobre e Sérgio Costa. *Revista Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 47, mar. 1997.

\_\_\_\_\_. *Historia y crítica de la opinión pública: La transformacioón estructural de la vida pública*. Barcelona: Gráficas 92, 2002.

- \_\_\_\_\_. *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1, v. 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e justificação: estudos filosóficos*. Trad. de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.
- HERRERO, Francisco Javier. *O Homem como ser de linguagem: um capítulo de antropologia filosófica*. In: *Cristianismo e História*. São Paulo: Loyola, 1982.
- HERTEL, Daniel Roberto. *Reflexos do Princípio da Isonomia no Direito Processual*. Disponível em: [www.jus.uol/doutrina.reflexosdoprincipiodaisionomia.aspx](http://www.jus.uol/doutrina.reflexosdoprincipiodaisionomia.aspx). Acesso em: 15 ago. 2011.
- IDESP – Relatório de Pesquisa “Justiça e Economia”. São Paulo, 2000.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. *Revista de Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, n. 18, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Brasil: obstáculos en el camino hacia una justicia total*. Texto elaborado para o seminário “Las Transformaciones del Derecho y de la Cultura Jurídica em América Latina y em la Europa Mediterránea”. Stanford, set. 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, São Paulo, n. 57, 2002. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S01024452002000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01024452002000200006&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 11 jan. 2012.
- KOURY, Suzy Cavalcante. *Planejamento Estratégico do Poder Judiciário: o papel das escolas judiciais*. Disponível em: <http://www.enamat.gov.br>. Acesso em: 14 ago. 2011.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LYRA, Roberto. *Como julgar, como defender, como acusar*. Rio de Janeiro: Científica, 1975.

MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (coord.). *Constituição e Processo: Entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARCATTO, Antônio Carlos. Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3350/consideracoes-sobre-a-tutela-jurisdicional-diferenciada> Acesso em: 14 set. 11.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Pedro Baptista. *A defesa do anteprojecto de código de processo civil. Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

MATOS, Larissa Lopes. *O Novo CPC e o dilema do direito a razoável duração do processo*. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2278> Acesso em: 1 out. 2011.

MATTEI, Ugo. *Access to Justice. A Renewed Global Issue?* v. 11 n.3 Electronic Journal of comparative Law. Dec. 2007. Disponível em <http://www.ejcl.org/113/article113-14.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. *Emergency-Based Predatory Capitalism: The Rule of Law, Alternative Dispute Resolution and Development*. 2009. Disponível em: [http://works.bepress.com/ugo\\_mattei/36](http://works.bepress.com/ugo_mattei/36). Acesso em: 28 fev. 2012.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*. v. 58. São Paulo, novembro de 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



MELLO, Marcelo Pereira. Sociologias do Direito: historicismo, subjetivismo e teoria sistêmica. Curitiba, *Revista de Sociologia e Política*, n. 25, nov. 2005.

MELLO, Marcelo Pereira; MEIRELLES, Delton R. Soares. *Juizados Especiais: entre a legalidade e a legitimidade* – análise prospectiva dos juizados especiais na comarca de Niterói, 1997-2005. São Paulo, *Revista de Direito GV*. v. 6, n. 2. dez. 2010.

MENDONÇA Jr., Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica do direito*. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo: temas de direito processual* - Quarta série (do mesmo autor: José Carlos Barbosa Moreira). São Paulo: Saraiva, 1989.

MOTTA, Luiz Eduardo. *Acesso à Justiça, cidadania e judicialização no Brasil*. Disponível em [http://www.achegas.net/numero/36/eduardo\\_36.pdf](http://www.achegas.net/numero/36/eduardo_36.pdf). Acesso em: 23 dez. 2011.

NADER, Laura. *The life of the law: anthropological projects*. Berkeley: University of California Press, 1999.

\_\_\_\_\_. Harmonia coerciva: A economia política dos modelos jurídicos. Trad. Cláudia Fleith. *Conferência proferida na XIX Reunião da Associação Brasileira de Antropologia*. Mar.1994.

Nalini, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia* - ESA/MG, v. 1, jan./jul. 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 4. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em: [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br). Acesso em: 22 ago. 2011.

NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual*. Revista de Processo. Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP: Ano 34, n. 168, fev. 2009.

NUNES, Dierle. et al. *Curso de Direito Processual Civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho; BARROS, Flaviane de Magalhães. *Estudo sobre o movimento das reformas processuais macroestruturais: a necessidade de adequação ao Devido Processo Legislativo*. Disponível em: [www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3482.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3482.pdf). Acesso em: 15 fev. 2011.

O'DONELL, Guillermo. *Uma outra institucionalização: America Latina e alhures*. Lua Nova. 1996, v. 37, n. 4, p. 577-64.

\_\_\_\_\_. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. Lua Nova, n. 44, 1998, p. 27-54.

\_\_\_\_\_. *Teoria democrática e política comparada. Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: v. 42, n. 4, 1999, p. 577-654.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.

OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez*. Trad. Isabel Lifante. Vidal. *DOXA - Cuadernos de Filosofia*, n. 14, 1993, p. 169-194.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. *Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa.

Centro de Estudos Sociais. Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra. Novembro de 2001.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático. Controle e Participação como Elementos Fundantes e Garantidores da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PONCIANO, Vera Lúcia Feil. *Reforma do Poder Judiciário: limites e desafios*. Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: Fevereiro de 2009.

PORTANOVA, RUI. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PORTO, Júlia Pinto Ferreira. *Acesso à Justiça: Projeto Florença e Banco Mundial*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2009. p. 30.

POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. *O princípio da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

RANIERI, Nina Beatriz. Do Estado Liberal ao Estado contemporâneo: Notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 36, ano 9, jul./set. 2001. p. 135-161.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. Situação atual. São Paulo: Saraiva, 5. Ed., 1994.

REBOUÇAS, Gabriela Maia. *Reflexões sobre esgotamentos e perspectivas de um direito judicialmente organizado: ampliando o acesso à justiça*. Trab. publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE nos dias 9 a 12 de jun. 2010.

REPOLÊS, María Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão. *Processualidade jurídica: uma abordagem principiológica a partir dos ensinamentos de Ronald Dworkin*. Disponível em: <http://www.artigonal.com/direito-artigos/processualidade-juridica-uma-abordagem-principiologica-a-partir-dos-ensinamentos-de-ronald-dworkin-346725.html>. Acesso em: 23 jun. 2011.

RIBEIRO, Ludmila. A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 4 n. 2 jul/dez. 2008.

RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. Trad. e apresentação de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

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

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Revista Opinião Pública*. Campinas, v 10 n. 1. Mai. 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. (coord.) *Constituição e crise política*. Belo. Horizonte: Del Rey, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Direito e a Comunidade: As transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. *Revista Crítica de Ciências Sociais* n. 10 dez. 1982.

\_\_\_\_\_. Introdução à sociologia da administração da justiça, *Revista de Processo*. n. 37 nov. 1986.

\_\_\_\_\_. *A Sociologia dos Tribunais e a democratização da Justiça*. São Paulo: Cortez, 1995.

\_\_\_\_\_. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

\_\_\_\_\_. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, José Vicente. *Violências e conflitualidades*. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2009.

SEN, Amartya *Desigualdade Reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2008.

\_\_\_\_\_. *Desenvolvimento como Liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Claudia Dantas Ferreira da. *Administração judiciária: planejamento estratégico e a reforma do Judiciário brasileiro*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8062/administracao-judiciaria>. Acesso em: 14 ago. 2011.

SILVA, Larissa Tenfen. Cidadania e acesso à justiça: a experiência florianopolitana do juizado especial cível itinerante. Florianópolis, *Revista Sequência*, n. 48, jul. 2004, p. 73-89.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e Racionalidade Comunicativa: A Teoria Discursiva do Direito no Pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e Decisão Jurídica em Ronald Dworkin*. V Seminário da disciplina Teorias da Interpretação e da Decisão Jurídica do Programa de Mestrado da FDSM, maio de 2010.

\_\_\_\_\_. *Interpretação, Argumentação e Decisão Jurídica em Robert Alexy*. IV Seminário da disciplina da Interpretação e da Decisão Jurídica do Programa de Mestrado da FDSM. Pouso Alegre, maio de 2010.

SOUTO, Cláudio. *Tempo do Direito Alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TAKOI, Sérgio Massaru. *O princípio constitucional da razoável duração do processo Art 5º LXXVIII e sua aplicação no direito civil*. Dissertação de Mestrado apresentada à banca da FADISP, 2007. Disponível em: [http://www.fadisp.com.br/download/Sergio\\_Takoi.pdf](http://www.fadisp.com.br/download/Sergio_Takoi.pdf). Acesso em: 1 mar. 2011.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. O espaço público e as relações entre os poderes instituídos e os da sociedade civil. *Revista Direito Estado e Sociedade*, n. 7 (versão online). [s.d]. Disponível em: [www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista). Acesso em: 23 abr. 2011.

TAVARES, Fernando Horta (coord.). *Constituição, Direito e Processo: Princípios Constitucionais do Processo*. Curitiba: Juruá, 2007.

TEIXEIRA, Welington Luzia. *A instrumentalidade técnica do processo*. Disponível em: [http://www.iamg.org.br/site/revista/pdfs/iamg\\_p275-301.pdf](http://www.iamg.org.br/site/revista/pdfs/iamg_p275-301.pdf). Acesso em:

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>. Acesso em: 1 ago. 2011.

TORRES, Vivian de Almeida Gregori. *Acesso à Justiça. Instrumentos do Processo de Democratização da Tutela Jurisdicional*. Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo: 2007.

VERONESE, Alexandre. Projetos Judiciários de Acesso à Justiça: entre Assistência Social e Serviços Legais. *Revista Direito GV*, v. 3 n. 1 Jan./Jun. 2007, p. 13-34.

VIANNA, Luiz Werneck. *A Democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck. et al. *Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n. 2.

VIEIRA SILVA, Luciana. *Prova ilícita no processo civil à luz do princípio da proporcionalidade* Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8997/prova-ilicita-no-processo-civil-a-luz-do-principio-da-proporcionalidade>. Acesso em: 1 mar. 2011.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Sequência*. Florianópolis, n. 5, jun. 1982, p. 48-57.

\_\_\_\_\_. *O Direito e sua Linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

\_\_\_\_\_. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br/EstruturaOrganizacional/SegundaInstancia/OrgaosJulgadores/SecaoDireitoPrivado/Doutrina/Doutrina.aspx?Id=1011>. Acesso em: 14 ago. 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAFFARONNI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.