

**A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E O DIREITO DE
ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA**
(ESTUDO EM HOMENAGEM AOS PROFESSORES CÂNDIDO
RANGEL DINAMARCO E KASUO WATANABE)

Nuno M. M. Santos Coelho
Professor de Direito Constitucional e Introdução ao Estudo do Direito
na Universidade Federal de Ouro Preto

1. INTRODUÇÃO

A partir de uma guinada metodológica que substituiu anterior perspectiva puramente normativa (substantivista) pela crescente preocupação com a problemática processual, institucional e organizacional do Direito, a Sociologia Jurídica do Pós-Guerra passou a empreender importantes estudos sobre a "administração da Justiça, organização dos Tribunais, formação e recrutamento dos magistrados, motivação das sentenças, sobre as ideologias políticas e profissionais de vários setores da administração da Justiça, sobre o custo dos bloqueamentos dos processos e o ritmo do seu andamento em suas várias fases".¹

Tal, decorrente de (persistente) crise do Judiciário, fruto da explosão de litigiosidade à qual o Estado não pôde dar resposta², fez florescer a chamada Sociologia da Administração da Justiça, poderoso instrumento de análise da dinâmica do exercício da Jurisdição e que presta incomensurável contribuição para a elaboração de políticas judiciárias, através do enfrentamento de alguns temas como o acesso à Justiça, o Judiciário como instância política e como prestador de serviço, e a litigiosidade e respectivos meios de resolução existentes na sociedade.

O tema do acesso ao Judiciário avulta a partir da clareza de que os proclamados direitos sociais passam a constituir, somados aos individuais, um núcleo sintético indivisível dos direitos humanos (de modo que a não-garantia daqueles

¹ SOUZA SANTOS, Boaventura de. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. *Revista de Processo* nº 37, p.121-139 e 124.

² O mundo tinha-se transformado completamente desde quando o Estado fora tripartido e aparelhado para, pelo exercício da Jurisdição por um órgão especializado, resolver os litígios juridicamente relevantes com exclusividade e em conformidade com os comandos abstratos e genéricos que edita. Tal transformação não poderá ser esboçada aqui e liga-se fundamentalmente ao problema da superação do modelo puramente liberal, omissivo, por um modelo dito social, intervencionista, de encargos comissivos perante uma nova sociedade, complexa e caracterizada pela permanente mudança.

implica o não-gozo destes na prática)³. Duas ordens de fatores concorrem para a não-aplicação deles todos pelo Judiciário, que a rigor é o mais importante ou pelo menos o último meio de garanti-los: óbices jurídicos e metajurídicos.

Os primeiros dizem respeito ao impedimento do oferecimento da tutela jurisdicional decorrente da própria sistemática processual. Restam assim resíduos não jurisdicionáveis a que o Estado não estende sua função de aplicar o Direito.

Outros, óbices metajurídicos, dizem respeito à condição social, cultural ou econômica daqueles precisados de tutela, que acaba por impedir que exercitem o direito de ação. A pobreza e a ignorância dificultam às pessoas reconhecer um problema que as aflija como jurídico, alienando-se das possibilidades de reparação (ou prevenção) jurídica. Por outro lado, mesmo chegando a reconhecer a natureza jurídica do problema, com mais dificuldade dispõem-se a interpor a ação, "pela situação de dependência e insegurança que produz o temor de represálias se se recorrer aos Tribunais". Em Pasárgada, Boaventura de Souza Santos verificou que forte aversão a acionar a Jurisdição decorria também do temor de chamar a atenção das autoridades públicas para aquela comunidade favelada que possuía ilegalmente a terra. Por último, mesmo arriscando-se a exercitar o direito de ação, "quanto mais baixo é o substrato socioeconômico do cidadão, menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde, como e quando contatar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os Tribunais".⁴

Por outro lado, a análise da administração da justiça como instituição política trouxe à tona análises proficuas sobre o juiz, percebendo seus comportamentos, decisões e motivações como variáveis em função da respectiva formação profissional, idade, proveniência geográfica, familiar e social e ideologia política. Ao passo em que denunciou a falsidade da neutralidade do juiz "apostado em fazer justiça acima e equidistante dos interesses das partes".

E permitiu também discutir o problema da efetividade de suas decisões, problema que está no centro do problema da efetividade da própria Jurisdição e do Processo.

São muito importantes as investigações sociológicas sobre a administração da Justiça como prestação de um serviço especializado. Aqui se evidenciam os óbices que impedem aos sujeitos de um Processo instaurado receberem afinal a plena tutela jurisdicional justa. Verifica-se que a realização do Direito no caso con-

³ MAGALHÃES, José Luiz. Quadros de *Direitos Humanos na Ordem Jurídica Interna*. Belo Horizonte: Intertivos Jurídica de Minas Gerais, 1992.

⁴ SOUZA SANTOS, Boaventura. *Op.cit.* p.127.

rito apresenta resultados práticos na realidade distantes dos pretendidos e precisados pelas partes, seja pela dificuldade em fazer voltar as coisas ao *status quo ante* à violação do direito, seja porque a demora em prestar a tutela jurisdicional dilui a eficácia desses resultados ("se a prestação jurisdicional injusta é amarga, a tardia é azeda"). Pesquisas no mundo inteiro verificam aumento constante na duração média dos processos civis, como dos trabalhistas.

Também realizaram-se estudos profícuos sobre a economicidade do Processo, tendo-se chegado a conclusões desafiadoras: "estes estudos revelam que a Justiça civil é cara para os cidadãos em geral mas revelam sobretudo que é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis".⁵

O Estado pretende o monopólio da produção e da distribuição do Direito. Mas o faz, a toda evidência, a pouco contento.

Verifica-se, em função disso, a existência tanto de ordens jurídicas não estatais como a multiplicação de formas não jurisdicionais de composição dos litígios (ou talvez deva-se dizer formas não estatais de Jurisdição – Jurisdição = dizer o direito). A fuga do Judiciário pode-se considerar mesmo uma tendência, e dá-se em resposta à crise crônica que o envolve. Verifica-se nas diversas camadas sociais, por motivos e por mecanismos diferentes. Os pobres (incluindo a classe média), entre si, resolvem suas querelas cada vez mais em associações comunitárias ou em delegacias. As empresas, cada vez mais, lançam mão do expedito sistema arbitral.

Porém aflitivo, nesse esvaziamento da função de julgar do Estado, passando a composição da lide para meios "alternativos", é perquirir-se da observância de princípios básicos estruturantes do devido processo legal, mormente quando compondo o litígio entre pessoas em grande desigualdade.

Apontaram-se assim, como quem sobrevoa extensa região e só pode perceber-lhe sombreamentos e contornos, algumas das questões que a sociologia jurídica da administração da justiça tem discutido rigorosamente nas últimas décadas, utilizando-nos para tanto principalmente das lições de Boaventura de Souza Santos e José Eduardo Faria.

Porém são problemas de que se apercebem todos, seja porque já tentaram (muito provável que com alguma frustração) obter a tutela do juiz, seja porque o assunto é pauta das preocupações de hoje e ocupa constantemente o espaço jornalístico.

Soluções é o que cumpre procurar. A razão deste escrito é tentar, pelo diálogo com os graduandos, engrossar a fileira daqueles que se esforçam em pensar

⁵ SOUZA SANTOS, Boaventura de. Op. Cit. p.124.

mecanismos tendentes a garantir aos jurisdicionados o acesso à ordem jurídica justa, representada pela plena realização de seus direitos e liberdades. Aí nos, agora, preparemo-nos para ser os reformadores de amanhã.

2. A FASE INSTRUMENTALISTA DO DIREITO PROCESSUAL

O Direito Processual é uma ciência viva.

Diante das considerações científicas que a análise sociológica do exercício da Jurisdição propiciou, ou mais do que isso, frente às denúncias veementes e provenientes de todos os setores sociais em toda parte do mundo sobre a ineficácia do Processo e o prejuízo que acarreta pela não-garantia dos direitos não só de liberdade e propriedade mas sociais, o processualista moderno passou a um novo posicionamento quanto à elaboração, compreensão e manipulação dos institutos jurídicos que constituem o objeto de seu trabalho. Para Dinamarco, "é tempo de integração da ciência processual no quadro das instituições sociais, do poder e do Estado, com a preocupação de definir e medir a operatividade do sistema em face da missão que lhe é reservada".⁶

Vivemos o advento de uma nova fase metodológica no quadro evolutivo da ciência processual, uma fase preocupada com os resultados sociais do exercício da Jurisdição e da realidade do Processo. Antes de discuti-la, vamos delimitar as fases metodológicas anteriores, quais sejam o período sincretista e o período autonomista.⁷

O sincretismo compreende a experiência romana, com suas três fases (*legis actiones* – período dos Reis, *per formulas* – República, *cognitio extraordinaria* – de 294 d.C. até a Codificação Justiliana), toda a Idade Média e o período moderno até meados do século XIX. Durante vinte e oito séculos, o processo foi entendido como parte do Direito Privado, porque simples meio de exercício dos direitos, sendo essa a principal característica do período. "No sincretismo inicial os conhecimentos eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de princípios e sem conceitos próprios. O processo mesmo, como realidade da experiência perante os juízos e tribunais, era visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos, ou seja, era confundido com o mero procedimento quando o definiam como uma sucessão de atos e nada se dizia sobre a relação jurídica entre seus sujeitos."⁸

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ed., 1980, p.3.

⁷ Como adverte Amaral Santos (*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v.1, p.137): "Pela soma de informações que fornece à mais exata inteligência das instituições processuais, faz-se utilíssimo o estudo da sua evolução histórica".

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O Futuro do Direito Processual Civil*. São Paulo: Ed. A, 1997. (Mimeogr.)

Já no período moderno, profícua polêmica envolvendo os romanistas alemães, Windscheid e Muther, focalizou o instituto da *actio romana* e lançou as bases para a construção doutrinária da autonomia do direito processual. Muther distinguia direito subjetivo, de um lado, e ação de outro, dotados de conteúdos próprios. Tal precedeu a obra de Von Büllow, *Teoria dos Pressupostos Processuais e das Exceções Dilatórias* (1868), que, inaugurando a fase autonomista, “proclamou em termos sistemáticos a existência de uma relação jurídica toda especial entre os sujeitos principais do processo – juiz, autor e réu – e que difere da relação jurídico-material litigiosa por seus *sujeitos* (a inclusão do Juiz), por seu *objeto* (os provimentos jurisdicionais) e por seus *pressupostos* (os pressupostos processuais). A sistematização de idéias em torno da relação jurídica processual conduziu às primeiras colocações do direito processual como *ciência*, afirmando seu *método* próprio (distinto do método concernente ao direito privado) e o seu próprio *objeto*. Essas idéias fundamentais abriram caminho para um fecundíssimo florescer de reflexões e obras científicas, especialmente da parte de alemães, austríacos e italianos, e inicialmente voltadas a um dos conceitos fundamentais da ciência processual, a *ação*. Construíram-se ricas e variadas teorias, todas convergindo à afirmação de sua autonomia em face do direito subjetivo substancial. Tomou-se consciência dos elementos identificadores da ação (partes, causa de pedir, pedido), elaborou-se a teoria das *condições da ação* e dos *pressupostos processuais*, formularam-se *princípios*. Os alemães dedicaram-se com particular interesse ao árduo tema do objeto do processo, seja em obras gerais ou monografias, chegando a soluções mais ou menos estabilizadas.”⁹

Tamanha riqueza científica propiciou uma grande reformulação da sistemática processual com base racional.

Mas chegou-se a tal ponto que da afirmação de sua autonomia passou-se a uma concepção autárquica do Processo, apartando-o de conotações éticas e dos objetivos a serem cumpridos no plano social, econômico e político.

O “Conceitualismo” muito bem definira o escopo jurídico do Processo, mas justamente a necessidade de se compreenderem outros objetivos a que se presta o Processo é que levou à necessidade de sua superação por uma nova fase do direito processual, a partir da segunda metade do século vinte, por cientistas provocados pelas denúncias de ineficácia do Processo às quais referimos introdutoriamente.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O Futuro do Direito Processual Civil*. Para acessar tão brilhante constelação de idéias que vieram inaugurar o Processo como ciência, convém ler os autores italianos que tão bem representam aquele momento e cujas obras há tradução para o português. Em especial, a obra de CHIOVENDA.

Preponderara durante o Conceitualismo “a crença de que o Processo fosse mero instrumento do direito material, apenas, sem consciência de seus escopos metajurídicos. Esse modo de encarar o Processo foi superado a partir de alguns estudiosos, notadamente italianos (destaque para Mauro Cappelletti e Vittorio Denti), que lançaram as bases de um método que privilegia a importância dos resultados da experiência processual na vida dos *consumidores* do serviço jurisdicional, o que abriu caminho para o realce hoje dado aos *escopos sociais e políticos* da ordem processual, ao valor do acesso à justiça e, numa palavra, à *instrumentalidade do processo*.¹⁰

O novo método a guiar o labor do processualista moderno privilegia a compreensão do Processo pelo ângulo externo, mandando compatibilizar o rigorismo científico da sistemática processual com a preocupação de obtenção dos resultados a que deve chegar o Processo. O estudo e a aplicação do Processo imbuem-se de uma perspectiva teleológica fundamental.

3. AS ONDAS RENOVATÓRIAS DO PROCESSO

“Tais são os trilhos pelos quais caminham hoje as tendências do processo civil em busca de sua própria legitimação pelos resultados que produz, com aumento da acessibilidade aos meios de tutela, deformalização racional dos procedimentos, aceleração dos meios de defesa e – numa palavra – efetividade da tutela jurisdicional.”¹¹

“A gradativa mudança de atitude veio envolvida, segundo a análise feita com autoridade por Mauro Cappelletti, em três movimentos (iniciados em 1965) que ele denominou *ondas renovatórias*: uma voltada à assistência judiciária aos necessitados; a segunda empenhada na absorção de pretensões à tutela coletiva; a terceira caracterizada pela reforma interna da técnica processual segundo os objetivos do sistema e à luz da consciência de seus pontos sensíveis.”¹²

De alguma maneira, as ondas renovatórias do processo civil procuram responder a aqueles problemas e desafios expostos pela sociologia jurídica da administração da justiça.

E, a toda evidência, convergem no sentido de efetivar o acesso à Justiça, para Cappelletti o mais importante direito fundamental, porque viabiliza todos os outros.¹³

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O Futuro do Direito Processual Civil*.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O Futuro do Direito Processual Civil*.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nasce um novo processo civil*. SP: Ed. A, 1997. (Mimeogr.).

¹³ CAPPELLETTI, Mauro. *Accesso Alla Giustizia Come Programma di Riforma e Come Metodo di Pensiero*. *Rivista de Diritto Processuale*, Padova, 37(2):233-45, Apr./Giu. 1982.

Acesso à Justiça compreende em sentido amplo, não limitado apenas ao acesso aos Tribunais, criando mecanismos pelos quais as partes utilizem plenamente a Jurisdição na composição de seus litígios. Abrange a rapidez, segurança (objetivos em eterna disputa e à espera de conciliação), economicidade (ou gratuidade, nos casos em que a incapacidade para arcar com os custos judiciais afaste o exercício do direito de ação) e efetividade do Processo, sem olvidar da realização de todos os princípios estruturantes do devido processo legal, em que se insere a paridade de armas dentro do Processo, garantindo assim não apenas uma igualdade formal, mas material, superando as desigualdades reais entre as partes. Subsume-se, afinal, ao "acesso à ordem jurídica justa".¹⁴

Nesse sentido a primeira onda renovatória do processo civil dá-se pela estruturação dos serviços de assistência judiciária, a qual também quer significar mais do que à primeira vista parece: "logo se pensa na assistência aos necessitados, aos economicamente mais fracos. É este sem dúvida o primeiro aspecto da assistência judiciária; o mais premente, talvez, mas não o único". "Nessa visão parece necessário rever o antigo conceito de assistência judiciária aos necessitados, porque, de um lado, assistência judiciária não significa apenas assistência processual, e porque, de outro lado, necessitados não são apenas os economicamente pobres, mas todos aqueles que necessitam de tutela jurídica: o réu revel no processo crime, o pequeno litigante nos novos conflitos que surgem numa sociedade de massa, e outros mais que podem emergir em nossas rápidas transformações".¹⁵

Kasuo Watanabe¹⁶ estica ainda mais o conceito: "Na acepção ampla, tem o sentido de assistência jurídica em juízo e fora dele, com ou sem conflito específico, abrangendo inclusive serviço de informação e de orientação, e até mesmo de estudo crítico, por especialistas de várias áreas do saber humano, do ordenamento jurídico existente, buscando soluções para sua aplicação mais justa e eventualmente, sua modificação e inclusive revogação. Mais adequado seria chamar-se serviço de semelhante amplitude de "assistência jurídica", ao invés de "assistência judiciária".

Nos diversos países em que foi tentada, a assistência judiciária estrutura-

¹⁴ Essa expressão deve-se a Kasuo Watanabe que, por meio dela, insere a problemática de que não se pode pretender a plenitude da igualdade jurídica, na experiência concreta, sem um ordenamento jurídico efetivamente igualitário e sem que os interessados tenham acesso à informação plena a respeito do conteúdo das normas jurídicas que o compõem". (Assistência Judiciária como Instrumento de Acesso à Ordem Jurídica Justa. *RPGESP*, n. 22, p.87-89, jan/dez, 1984).

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Assistência Judiciária e Acesso à Justiça. *RPGESP*, n. 22, p.17-26 jan/dez, 1984.

¹⁶ WATANABE, Kasuo. Op. Cit. p.88.

se na tentativa de superar os óbices econômicos, culturais e sociais ao exercício do direito público de ação.

Porém é fato que os mecanismos instituídos não chegam nem a cumprir sua função na dimensão clássica (a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já impunha ao Estado o dever-função de sustentar a assistência judiciária), nem no Brasil nem alhures, quem dirá relativamente aos alargamentos que se hão de fazer em sua dimensão teleológica.

Estamos aqui mais uma vez com quase tudo por fazer. As denúncias ultimadas pela Sociologia da Administração da Justiça – corroboradas pela experiência cotidiana e pelo senso comum – continuam de pé e a exigir respostas de todos os operadores do Direito e das respectivas instituições. Respostas que a nós cumpre, assim, incansavelmente procurar.