

# JUDICIÁRIO INTERVENTIVO, ACESSO À JUSTIÇA E A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

*INTERVENTIVE JUDICIARY, ACCESS TO JUSTICE AND JUDICIALIZATION OF SOCIAL RELATIONS*

**Marcelo Paulo Wacheleski<sup>1</sup>**

Doutorando em Direito pela Universidad de Buenos Aires

**Clayton Gomes de Medeiros<sup>2</sup>**

Mestrando em Direito pela UniBrasil, Curitiba/PR

**RESUMO:** O artigo se destina ao estudo da judicialização das relações sociais como resultado da ampliação do acesso à justiça para efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos. O objetivo geral da pesquisa é identificar a função dos Tribunais na atualidade no que se refere à judicialização das relações sociais e à constante institucionalização das relações privadas. As hipóteses construídas pelas teorias procedimentalistas e substancialistas apontam para a necessidade de delimitação e contenção do processo de intervenção do Poder Judiciário nas relações sociais.

O fundamento teórico é baseado nas obras de Jürgen Habermas e Mauro Cappelletti. O método utilizado será o indutivo por meio da utilização de categorias jurídicas e pesquisa bibliográfica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder Judiciário; acesso à justiça; judicialização das relações sociais.

**ABSTRACT:** *The article is intended to study the judicialization of social relations as a result of increased access to justice for realization of constitutionally guaranteed rights. The overall objective of the research*

<sup>1</sup> Mestre em Ciência Jurídica pela Univali – Universidade do Vale do Itajaí, SC, Pós-Graduado em Filosofia do Direito pela PUCPR, Professor de Direito Constitucional e de Direito Administrativo da Fundação Universidade do Contestado, Campus Mafra, Santa Catarina, Brasil, Pesquisador do Grupo de Pesquisa Cnpq “Jurisdição Constitucional e Administração Pública”.

<sup>2</sup> Professor de Direito Tributário e Ciência Política da Fundação Universidade do Contestado, Campus Mafra, Santa Catarina, Brasil, Pesquisador do Grupo de Pesquisa Cnpq “Jurisdição Constitucional e Administração Pública”.

*is to identify the function of the courts at present regarding the legalization of social relations and the constant institutionalization of private relations. The hypotheses constructed by proceduralists and substantialists theories point to the need for demarcation and containment of intervention of the Judiciary in social relations process. The theoretical foundation is based on the works of Jürgen Habermas and Mauro Cappelletti. The method used is by using the inductive legal categories and literature.*

**KEYWORDS:** *Judiciary; access to justice; judicialization of social relations.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 De uma justiça formal a uma justiça interventiva: a judicialização das relações sociais; 2 Acesso à Justiça: definição e alcance de seu conceito; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 In a formal fairness to an interventional justice: the judicialization of social relations; 2 Access to Justice: definition and scope of its concept; Final Thoughts; References.*

## INTRODUÇÃO

Poucos fenômenos são tão perceptíveis nos últimos anos como a crescente ação interventiva do Estado nas relações sociais e políticas. A instituição do monopólio estatal como único caminho legitimado à solução de conflitos políticos e sociais propiciou um crescente aumento na judicialização de conflitos familiares e trabalhistas decorrentes da complexidade das relações das sociedades atuais.

A jurisdição civil deixou de ser estática e os juízes ganharam maiores poderes interventivos na condução do processo legitimados pelo próprio Texto Constitucional. A par dessas transformações surgiram novos atores sociais e judiciais representando os direitos coletivos relacionados ao meio ambiente, à criança e ao adolescente, entre outros direitos prioritários no Texto Constitucional.

Nesse contexto, divergem as teorias substancialistas<sup>3</sup> e procedimentalistas<sup>4</sup>, que colocam aspectos distintos da relação judicial e estatal no Poder

<sup>3</sup> “Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidencia, inclusive contra maioria eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente.” (STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(n) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 45)

<sup>4</sup> “O paradigma procedimentalista pretende ultrapassar a oposição entre os paradigmas liberal/formal/burguês e o do Estado Social de Direito, utilizando-se, para tanto, da interpretação política e do direito

Judiciário. Trata-se da garantia formal e substancial de acesso ao Poder Judiciário como materialização da própria garantia de acesso à justiça.

O problema desta pesquisa pode ser colocado com a seguinte indagação: Encontra legitimidade constitucional e quais os limites da intervenção do Poder Judiciário nas relações sociais?

O critério metodológico utilizado é o indutivo, partindo-se da identificação de um Texto Constitucional fortemente principiológico e político, com a verificável ampliação dos direitos individuais e coletivos assegurados, propiciando espaço para atuação interventiva do Poder Judiciário nas relações privadas. Subdividiu-se o trabalho em duas etapas distintas: na primeira, por meio da colocação do problema da judicialização das relações sociais e a crescente atuação do Poder Judiciário. No segundo momento, o trabalho analisa os desafios e as implicações do acesso à justiça como meio de efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos, fato gerador da crescente intervenção do Poder Judiciário nas relações sociais.

A hipótese inicialmente sustentada aponta para um crescimento da atuação interventiva do Poder Judiciário nas relações sociais como decorrência da ampliação do acesso à justiça. A segunda hipótese é que o Estado, por meio do Poder Judiciário, atua em constante apropriação das relações privadas no âmbito social. Desse quadro, o estudo proposto, de forma descritiva e não prospectiva, apresenta um panorama geral quanto às dificuldades surgidas para o Poder Judiciário e a necessidade de oferecer respostas adequadas aos conflitos surgidos das relações sociais, garantindo a efetividade do acesso à justiça. O trabalho foi construído com base nas teorias de Jurgen Habermas, Mauro Cappelletti e Atoine Garapon, restrito naquilo que produziram a respeito da efetivação dos direitos pelo Poder Judiciário e a expansão da atuação dos juízes.

## 1 DE UMA JUSTIÇA FORMAL A UMA JUSTIÇA INTERVENTIVA: A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

A expansão da força reguladora do Direito não tem alcançado somente a esfera prioritariamente concedida à política, mas vem cada vez mais se apropriando dos espaços notadamente privados do âmbito familiar, da educação e das relações econômicas, ou seja, áreas propriamente sociais.

---

à luz da teoria do discurso. Parte da idéia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados Sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do Direito." (STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 41/42)

A ampliação se deu sob duas frentes distintas, porém conexas: a assunção de novos direitos decorrentes do Estado Providência/Welfare<sup>5</sup> e também pelo surgimento de novos atores. Nas duas formas, admite-se maior atuação do Poder Judiciário em temas a que antes era chamado a se manifestar somente por exceção. Ao lado deste novo fenômeno, traz-se a constatação da incompetência democrática dos Poderes Executivo e Legislativo de oferecer respostas seguras à demanda social por justiça, o que exige a implementação de direitos assegurados formalmente na Constituição Federal de 1988. Como esclarece Vianna (*et al*):

A emergência do Judiciário corresponderia, portanto, a um contexto em que o social, na ausência do Estado, das ideologias e da religião, e diante de estruturas familiares e associativas continuamente desorganizadas, se identifica com a bandeira do direito, com seus procedimentos e instituições para pleitear as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade.<sup>6</sup>

Outra resposta aceita para o processo de judicialização do social, que não exclui a primeira mas a complementa, é a prevalência dada nos sistemas constitucionais à agenda igualitária, que colocou no palco novos atores sociais – afrodescendentes, ambientalistas etc. –, que cobram maior regulação e normatização de seus direitos de forma a torná-los efetivos jurisdicionalmente.

Também as esferas familiares e do trabalho, áreas estritamente privadas, incorporaram características públicas exigindo maior intervenção do Poder Judiciário e da legislação. No contexto familiar, a legislação tem procurado se adaptar às fortes transformações da instituição que deixou o modelo tradicional, para admitir direitos à concubina, aos parceiros homossexuais, às famílias monoparentais, afetivas etc. No âmbito do direito do trabalho, a complexidade dos meios de produção gerados pelo capitalismo e pelo fenômeno da globalização exigiram maior proteção do trabalhador com aspectos antes desconhecidos, como a fadiga e as patologias mentais decorrentes do excesso de trabalho ou da atribulação da vida diária.

---

<sup>5</sup> “Welfare State (Estado do Bem-Estar Social) representa um modelo de Estado que desenvolve políticas de bem-estar social, com significativa intervenção na economia e na sociedade. A social democracia é a base para a formação do Welfare State e as políticas keynesianas formam, por sua vez, a face econômica do mesmo Estado.” (RAMOS, Flávio. *É possível esquecer o Welfare State e as políticas regulatórias?* In: BOEIRA, Sérgio Luís. *Democracia e Políticas Públicas: diversidade temática dos estudos contemporâneos*. Itajaí: Univali, 2005. p. 51)

<sup>6</sup> VIANNA, Luiz Werneck (*et al.*). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999, p. 149.

Na realidade brasileira, a invasão do direito é resposta não só à substituição das instituições representativas da República pelo Poder Judiciário, mas à expressão da ampliação da igualdade em um ambiente que desconheceu as instituições da liberdade. “Neste sentido, o direito não é ‘substitutivo’ da República, dos partidos e do associativismo – ele apenas ocupa um vazio, pondo-se no lugar deles, e não necessariamente como solução permanente”<sup>7</sup>.

Essa permanente autonomia e expansão em relação à política é vista com preconceito pelas forças republicanas de soberania popular firmadas sob a regra da maioria. A própria absorção, pelo direito, de todos os aspectos da vida social como economia, família, escola e o mundo do trabalho, “[...] é apontada como responsável por uma patológica colonização do mundo da vida que se veria enredado na malha de um processo de juridicização, do que resultaria uma cidadania passiva composta de clientes da ação administrativa do Estado”<sup>8</sup>. Se por um lado a juridicização por meio do ativismo judicial, corrompe a própria soberania popular, em outro, corrói o próprio direito que perderia sua identidade, ao passo que haveria uma contínua dependência da sociedade fortalecendo o aspecto material e decaindo a dimensão formal que lhe é própria.

As contribuições mais lúcidas a respeito da atuação do Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas são fornecidas pelos estudos da sociologia jurídica<sup>9</sup>, especialmente quando combinados seus resultados com a Filosofia, a Antropologia e a Ciência Política. No primeiro quartel do século XX, as visões normativista e substantivista do Direito prevaleceram sobre os estudos sociológicos, como bem apontado por Santos<sup>10</sup>, que se utiliza, no tema que se

<sup>7</sup> VIANNA, Luiz Werneck (et al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999, p. 150.

<sup>8</sup> VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. *Revolução processual do direito e democracia progressiva*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. 2002. p. 340.

<sup>9</sup> “A sociologia do direito só se constituiu em ciência social, na acepção contemporânea do termo, isto é, em ramos especializados da sociologia geral, depois da segunda guerra mundial. Foi então que, mediante o uso de técnicas e métodos de investigação empírica e mediante a teorização própria feita sobre os resultados dessa investigação, a sociologia do direito verdadeiramente construiu sobre o direito um objecto teórico específico, autónomo, quer em relação à dogmática jurídica, quer em relação à filosofia do direito.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 161)

<sup>10</sup> “Uma das ilustrações mais significativas deste peso dos precursores consiste no privilegiamento, sobretudo no período inicial, de uma visão normativista do direito em detrimento de uma visão institucional e organizacional e, dentro daquela, no privilegiamento do direito substantivo em detrimento do direito processual, uma distinção ela própria vinculada a tradições teóricas importadas acriticamente pela sociologia do direito.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 161)

debate, a estruturação apresentada por Ehrlich, como: o direito vivo e a criação judiciária do direito.

A distinção construída por Ehrlich, e resgatada por Santos, entende por direito vivo a tradicional contraposição entre o direito oficialmente estatuído e formalmente vigente e a normatividade emergente das próprias relações sociais pela qual decorrem soluções para os conflitos sociais. A segunda distinção, e a mais importante para o nosso debate, revolve a clássica distinção entre a norma abstrata instituída pelo legislador e a normatividade resultante da decisão do juiz. Esse segundo momento, como apontado por Sousa,

[...] ao deslocar a questão da normatividade do direito dos enunciados abstractos da lei para as decisões particulares do juiz, criou as pré-condições teóricas da transição para uma nova visão sociológica centradas nas dimensões processuais, institucionais e organizacionais do direito.<sup>11</sup>

Também dessa tradição da sociologia jurídica está a compreensão de Weber<sup>12</sup>, que afirma o direito nas sociedades capitalistas como um monopólio estatal conduzido por critérios de racionalidade e por funcionários especializados segundo processos lógicos e burocráticos.

Weber concebe o Direito como aquilo que o legislador, democraticamente ou não, definiu segundo um processo institucionalizado. As ordens estatais modernas, nessa compreensão, são desdobramentos da dominação legal mantidas somente por uma crença na legalidade como legitimidade. Assim, não há qualquer vinculação entre Direito e moral, já que o Direito dispõe de uma racionalidade independente<sup>13</sup>.

A concretização material dos direitos pleiteada frente ao Estado social não tem coerência com a formulação de uma ordem jurídica racional e formal.

<sup>11</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 163.

<sup>12</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 163.

<sup>13</sup> “Isso significa que o direito moderno tem que legitimar o poder exercido conforme o direito, apoiando-se exclusivamente em qualidades formais próprias. E, para fundamentar essa ‘racionalidade’, não se pode apelar para a razão prática de Kant ou de Aristóteles.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. v. II, 2003, p. 193)

A racionalização do direito, nos estudos de Max Weber, contempla a racionalidade dos conceitos e práticas legais (o tipo e grau de racionalidade do direito, o caráter formal ou material dos procedimentos e critérios de decisão utilizados), em direção a um direito racional-formal.<sup>14</sup>

As necessidades de maior intervenção do Estado na realidade social são decorrentes da materialização do direito burguês no Estado social, e não são unicamente decorrências do crescimento das prescrições jurídicas nas sociedades complexas.

O Estado social atendeu aos reclamos por maior justiça e, com isso, partiu estrategicamente para conferir um sistema de compensações e regulamentações. A diferenciação objetiva das esferas jurídicas depende de forma convexa das estruturas técnico-jurídicas, e também de uma estrutura de associação política, fatores que influenciam no desenvolvimento formal do Direito.

Nesse ponto entra em debate a célebre distinção dos conceitos weberianos entre “formal” e “material”, aduzindo que a introdução desse último no ordenamento jurídico destrói sua racionalidade formal.

Weber comprova sua tese, utilizando principalmente exemplos do direito liberal privado, cuja função era garantir, através de leis públicas, abstratas e gerais, a vida, a liberdade e a propriedade e a propriedade dos sujeitos de direitos privados que celebram acordos.<sup>15</sup>

Em outro canto, buscando a materialização de direitos estão nas áreas do direito social, no direito do trabalho, do cartel e da sociedade.

A tendência de materialização do Direito é melhor compreendida quando contraposta à construção formal de seu conteúdo, o que, segundo Habermas, na teoria weberiana é justificada pelo trabalho acadêmico de dogmáticos do Direito. Os três aspectos destacados por Habermas<sup>16</sup> para um direito formal são:

<sup>14</sup> MARTINS, Queila Jaqueline Nunes. Sociologia do direito em Max Weber: processos de racionalização e de juridicização das relações sociais. Produção Científica CEJURPS, 2006/Universidade do Vale do Itajaí - Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2006. p. 33.

<sup>15</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. v. II, 2003, p. 195.

<sup>16</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. v. II, 2003, p. 195/196.

Em primeiro lugar, a estruturação sistemática de um *corpus* de proposições jurídicas claramente analisadas coloca as normas vigentes numa ordem visível e controlável. Em segundo lugar, a forma da lei abstrata e geral, não configurada para contextos particulares especiais, nem dirigida a destinatários determinados, confere ao sistema de direitos uma estrutura uniforme. E, em terceiro lugar, a vinculação da justiça e da administração à lei garante uma implementação confiável dessas leis.

Com esse compasso, a juridicização provocada pelo Estado social suprime a distinção entre direito público e privado, e não esfacela a unidade do direito, inclusive quanto à compreensão da hierarquia normativa. O ponto de inflexão é que um sistema legal de objetivos e programas finalísticos elastecem a clara distinção que existia entre a lei e a administração da justiça, e ainda introduz no ordenamento legal preocupações exteriores de ordem política e moral que não podem ser previstas facilmente<sup>17</sup>.

São essas críticas que fazem Weber colocar o Direito na sua compreensão unicamente formal, entendendo a materialização de direitos advindos do Estado social como uma juridicização que leva o Poder Judiciário a navegar em áreas que não lhe pertencem. Necessário, nessa altura, definir qual a compreensão de Weber sobre racionalidade, o que, para Habermas<sup>18</sup>, pode ser tomado em três aspectos:

*Em primeiro lugar, ele parte de um conceito amplo de técnica, que inclui o sentido de técnica de oração, de pintura, de educação, etc., a fim de mostrar que aquilo que em geral segue uma regra é importante para uma certa racionalidade do agir. Padrões de comportamento confiavelmente reproduzíveis podem ser previstos. E,*

---

<sup>17</sup> “Nesta medida é possível falar, em sentido descritivo, de uma ‘materialização’ do direito. Para atribuir a esta expressão um sentido crítico, Max Weber estabeleceu duas relações esclarecedoras: a) a racionalidade do direito está fundamentada nas suas qualidades formais; b) a materialização configura uma moralização do direito, isto é, a introdução de pontos de vista da justiça material no direito positivo. Disso resultou a afirmação crítica, segundo a qual, o estabelecimento de um nexo interno entre direito e moral destrói a racionalidade que habita o *medium* do direito enquanto tal”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. v. II, 2003, p. 197)

<sup>18</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. v. II, 2003, p. 197/198.



quando se trata de regras técnicas e perfectíveis da dominação da natureza e do material, a *racionalidade geral de regras* assume o significado mais estrito de racionalidade instrumental. *Em segundo lugar*, Weber fala em *racionalidade de fins*, quando não se trata mais de aplicação regulada de meios, mas de seleção de fins, tendo em vista valores dados preliminarmente. [...] *Em terceiro lugar*, Weber também considera racionais os resultados do trabalho intelectual de especialistas, os quais enfrentam analiticamente os sistemas simbólicos tradicionais [...]. Tais realizações doutrinárias são expressão de um pensamento científico-metódico, que tornam o saber ensinável mais complexo e específico.

Tomando em conta a racionalidade das regras e da construção de um sistema jurídico lógico-formal, tem-se um direito moralmente neutro, basicamente orientado pela aplicação de regras e comportamentos, criando um modelo matemático de ações e consequências jurídicas. Como define o próprio Weber<sup>19</sup>:

O trabalho jurídico atual, pelo menos naquilo com que alcançou o mais alto grau de racionalidade lógico-metódica, isto é, a forma criada pela jurisprudência do direito comum, parte dos seguintes postulados: 1) que toda decisão jurídica concreta seja a “aplicação” de uma disposição jurídica abstrata a uma “constelação de fatos” concreta; 2) que para toda constelação de fatos concreta deva ser possível encontrar, com os meios da lógica jurídica, uma decisão a partir das vigentes disposições jurídicas abstratas; 3) que, portanto, o direito objetivo vigente deva constituir um sistema “sem lacunas” de disposições jurídicas ou conter tal sistema em estado latente, ou pelo menos ser tratado como tal par aos fins da aplicação do direito; 4) que aquilo que, do ponto de vista jurídico, não pode ser “construído” de modo racional também não seja relevante para o direito; 5) que a ação social das pessoas seja sempre interpretada

<sup>19</sup> WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 1996, p. 13.

como “aplicação” ou “execução” ou, ao contrário, como “infração” de disposições jurídica [...] isto porque, de modo correspondente à ausência de lacunas no sistema jurídico, também a “situação jurídica ordenada” seria uma categoria básica de todo acontecer social.

Com o processo de judicialização típico do Estado social, esses aspectos formais do Direito são prejudicados e o legislador passa a soterrar a estrutura social com um emaranhado de normas reguladoras e compensadoras que abrem um espaço amplo de decisão do Poder Judiciário. “Os Tribunais têm que trabalhar com cláusulas gerais e, ao mesmo tempo, fazer jus ao maior grau de variação de contextos, bem como à maior interdependência de proposições jurídicas subordinadas”<sup>20</sup>.

Um panorama sobre a construção teórica da sociologia jurídica demonstra, segundo Santos<sup>21</sup>, como, mesmo de forma diversificada, todas essas nuances ocorridas no século XX privilegiaram a vertente normativista e substantivista na análise das célebres dicotomias entre o direito vigente e o direito eficaz, ou na capacidade de contribuição do direito na transformação e desenvolvimento socioeconômico das sociedades tradicionais, esquecendo da importância das questões processuais, institucionais e organizacionais.

Essa conjuntura somente se alterou a partir do início da década de 60, especialmente por três fatores apontados por Santos<sup>22</sup>:

Em primeiro lugar, o desenvolvimento da sociologia das organizações, um ramo da sociologia que tem em Weber um dos principais inspiradores, dedicado em geral ao estudo dos agrupamentos sociais criados de modo mais ou menos deliberado para a obtenção de um fim específico [...]. A segunda condição teórica é constituída pelo desenvolvimento da ciência política e pelo interesse que esta revelou pelos tribunais enquanto instância de decisão e de poder políticos. [...] A terceira condição teórica é constituída pelo desenvolvimento da antropologia do direito ou da etnologia jurídica.

---

<sup>20</sup> MARTINS, Queila Jaqueline Nunes. *Sociologia do direito em Max Weber: processos de racionalização e de juridicização das relações sociais*. 2006, p. 38.

<sup>21</sup> SANTOS Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2006, p. 164.

<sup>22</sup> SANTOS Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2006, p. 164.

Ao lado dessa estruturação teórica propícia, as condições sociais, com o surgimento de novos movimentos a par dos movimentos operários, inseriram a luta da igualdade em outro plano, confrontando-a com a desigualdade advinda da lei. O papel democrático de intermediação entre a sociedade civil e o Estado era realizado pelos partidos políticos, que, no entanto, passam a ser representados por oligarquias que visam atender unicamente seus interesses. Por outro lado, a complexidade das sociedades modernas cria diversos grupos de interesse que precisam de espaço público para escoar suas reivindicações por meio de organizações que facilitem a comunicação de suas vontades<sup>23</sup>.

O recuo das instituições tradicionais de representação da sociedade, como os partidos políticos e sindicatos, fez emergir a partir dos anos 80 grande número de organizações não governamentais buscando a efetivação de direitos básicos.

O papel político dessas organizações tem se afirmado nas várias Conferências e em atuações práticas, como monitoramento de atividades do parlamento, atuação nas eleições através do debate das plataformas dos candidatos, mobilizações para reforma social e desenvolvimento democrático [...].<sup>24</sup>

Esses movimentos produzem grande transformação comunicativa e discursiva nos espaços públicos, e, ainda, na interação com o Estado, não se fixando somente como “[...] um contrapoder, mas um poder de convocação, inovação e experimentação social. A participação assume, assim, formas mobilizatórias, reivindicatórias, de gestão e co-gestão de serviços, ou institucionais e simbólicas, [...]”<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> “A idéia central que defendemos é de que há duas instâncias que podem estar articuladas, porém, com papéis diferenciados, ainda que nem tão dicotomizados como assinala Quere. Na instância mediadora – esfera pública – também se produz visibilidade e as ações e atores devem aparecer, até porque a sociedade como um todo deve conhecer e debater as questões e mobilizar-se para que propostas sejam aceitas pelos agentes do Estado. De igual maneira, na outra instância – espaço público – realizam-se debates, negociações, entre os diversos atores, para que se formulem as propostas a serem apresentadas da esfera pública.” (TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. 3. ed. São Paulo: Cortez; Recife; EQUIP; Salvador: UFBA, 2002, p. 46/47)

<sup>24</sup> “Mais recentemente, vêm-se combinando ações judiciais à ação direta, caso do Movimento Nacional de Aliança dos Povos na Índia (Bangladesh), que procura ocupar terras urbanas vazias e construir habitações, tentando depois legalizá-las pela via administrativa ou judicial [...] Na América Latina, combina-se a implementação de projetos para melhoria de condições de vida, financiados por ONGs e agências internacionais, com amplos debates de questões institucionais e dos direitos humanos [...]” (TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. 2002, p. 96/97)

<sup>25</sup> TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. 2002, p. 98.

A segunda condição social, determinante para esse novo quadro da sociologia jurídica, foi o interesse nas transformações operadas pelo Estado-providência, resposta dada pelas lutas sociais ao Estado liberal, objetivando recuar as desigualdades econômicas que esse provocou. Esse período é marcado pelo início da crise da administração da justiça fenômeno ainda presente. “A consolidação do Estado-Providência significou a expansão dos direitos sociais e, através deles, a integração das classes trabalhadoras nos circuitos do consumo anteriormente fora do seu alcance”<sup>26</sup>.

Se por um lado o Estado-Providência foi um alento na possibilidade de superar as desigualdades sociais, por outro esvaziou a capacidade dos espaços democráticos da política de apresentar propostas que reunissem um consenso sobre o interesse comum, e, ainda, apresentou uma nova sociedade consumidora e operária. Ora, uma sociedade predominantemente formada por operários e com novos direitos sociais garantidos traz a necessidade de que os conflitos advindos de sua relação com o capital sejam dirimidos pelo Judiciário. De outro lado, a inserção maciça da sociedade nos meios fabris incluiu o corpo de trabalho feminino que redimensiona o nível das relações familiares, trazendo a mulher como provedora financeira, alterando radicalmente a relação matrimonial de manutenção do lar ou em medidas como o modo de educar os filhos, resultando em conflituosidade que destrona o patriarcado do direito de família e transfere os conflitos para o Poder Judiciário.

A conflituosidade administrada pela justiça trouxe o congestionamento do Poder Judiciário com grande número de processos e logo demonstrou inevitáveis constatações: o Estado não detinha capacidade financeira para cumprir com as promessas sociais do *Welfare* e uma das consequências foi a incapacidade de investimento na administração da justiça, que se agravou a partir da década de 70, “[...] num período em que a expansão econômica terminava e se iniciava uma recessão, para mais uma recessão com carácter estrutural”<sup>27</sup>.

A ruptura com o modelo liberal de Estado e como consequência do próprio paradigma abstencionista da administração da justiça trouxe à cena novos atores, principalmente dos movimentos operários que resultaram em conquistas públicas por melhores condições de trabalho, ambiente normalmente reservado à privacidade. “O Direito do Trabalho, nascido dos êxitos daquele movimento, conferiu um carácter público a relações da esfera privada, como o contrato de

<sup>26</sup> SANTOS Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2006, p. 165.

<sup>27</sup> SANTOS Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2006, p. 166.

compra e venda da força de trabalho, consistindo em um coroamento de décadas de luta do sindicalismo”<sup>28</sup>.

A imersão das preocupações privadas na esfera pública fez desaparecer os limites que separavam o Estado da sociedade civil. No mesmo passo, o direito do trabalho, ao procurar compensar os menos favorecidos (trabalhadores), transmutou a ordem liberal para trazer à esfera pública uma preocupação com a concretização da igualdade também nas relações privadas e, assim, inseriu na agenda política o tema da justiça social<sup>29</sup>.

A codificação do direito do trabalho dentro da área do direito público significou a aproximação de princípios desta esfera com princípios de direito privado – ou seja, a disponibilidade da força de trabalho com a proteção do economicamente desfavorecido –, a exemplo do que prevê a ideologia do *welfare* quanto à conexão entre a Administração Pública e o mercado.

Se o direito privado clássico se assentava sobre a liberdade individual e sobre o pressuposto da autolimitação dos indivíduos, o fato de ele ter admitido um elemento de justiça, como a proteção do “economicamente desfavorecido” introduzida pelo Direito do Trabalho, emprestou-lhe um novo significado, pondo-o também a serviço da justiça social.<sup>30</sup>

A ideia marcante do *welfare* é a contraposição da compreensão do trabalho na aurora do capitalismo como troca da força produtiva pela remuneração, inserindo uma legislação social protetiva que atravessa nas relações privadas um cunho civilizatório. “Aquele direito penetra as relações privadas, retirando-as dessa esfera de arbítrio onde impera a lei do mais forte”<sup>31</sup>. O redimensionamento

<sup>28</sup> VIANNA, Luiz Werneck (et al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999, p. 15.

<sup>29</sup> “Portanto, na raiz da legislação *welfareana* esteve presente um movimento social que, após se afirmar no terreno da sociedade civil, alcançou, pela mediação dos partidos políticos, a esfera pública. Nos países de organização política liberal, a concretização dos direitos do *welfare* não é, pois, estranha à trajetória clássica da democracia representativa, uma vez que a passagem do paradigma do direito formal burguês, na designação de Habermas, para o direito *welfareano* resultou da manifestação do voto de majorias parlamentares, a partir de uma prévia e favorável sedimentação da opinião no terreno da sociedade civil.” (VIANNA, Luiz Werneck (et al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999, p. 16)

<sup>30</sup> VIANNA, Luiz Werneck (et al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999, p. 16.

<sup>31</sup> CARDOSO, Adalberto Moreira. *Direito do Trabalho e relações de classe no Brasil contemporâneo*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. 2002, p. 510.

das relações trabalhistas insere no debate jurídico a tomada da pessoa humana sob outro ponto de vista –, em sua singularidade, identidade e liberdade.

Desde sua criação na década de 40, a justiça do trabalho está em franco desenvolvimento com o aumento contingencial do número de processos anuais. Enquanto nas décadas de 70 e 80 a média de acréscimo do número de processos era pouco superior a 35 mil por ano, nos anos 90 verificou-se o ingresso de mais de 110 mil processos por ano. É saliente a forte relação entre o crescimento das demandas trabalhistas com o período de maior liberdade de expressão democrática dos organismos de classe na conjuntura política, representando, para Cardoso, maior acesso à justiça, fenômeno que tem seu ápice na década de 90<sup>32</sup>.

As transformações paradigmáticas parecem ter ecoado primeiramente no direito privado, o que se explica em grande parte pela preponderância de seu desenvolvimento colocado sob a Ciência Jurídica e o direito aplicado pelos juízes. No decorrer do século XIX, até o Código Civil de 1900, o direito privado estruturava-se de forma hermética, situação que somente veio se alterar com o movimento constitucionalista democrático. Como assinala Habermas<sup>33</sup>:

Sob a premissa da separação entre Estado e sociedade, a estrutura doutrinária partia da idéia de que o direito privado, ao passar pela organização de uma sociedade econômica despolitizada e subtraída das intromissões do Estado, tinha que garantir o *status negativo* da liberdade de sujeitos de direito e, com isso, o princípio da liberdade jurídica; ao passo que o direito público, dada uma peculiar divisão de trabalho, estaria subordinado à esfera do Estado autoritário, a fim de

<sup>32</sup> “1 – entre 1941 e 1961 o ritmo de acesso à justiça cresce em média 14% ao ano, [...] atingindo 155 mil processos acolhidos nas Juntas de Conciliação e Julgamento [...] ao acréscimo médio de 7.024 processos ao ano no movimento processual. 2 – entre 1962 e 1970 o movimento processual sofre seu primeiro salto importante, com picos em 1963 (ano da turbulência social sob Jango) e 1970, já em meio à repressão do AI-5. [...] o acréscimo médio de 32.532 processos ao ano [...]. 3 – entre 1971 e 1973 o crescimento torna-se negativo, coincidindo com o período mais negro da ditadura. A queda é de mais de 14 mil processos ao ano, em média. 4 – de 1974 a 1987 ocorre novo crescimento vertiginoso [...] Cada ano acrescenta novas 36.293 unidades ao movimento processual. 5 – entre 1988 e 1997 ocorre efetiva explosão nas demandas, com cada ano recebendo 112.489 processos a mais que no ano anterior [...]. 6 – finalmente entre 1998 e 2000 a queda é constante, a uma taxa próxima do acréscimo anterior. MOREIRA, Adalberto. *Direito do Trabalho e relações de classe no Brasil contemporâneo*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. 2002, p. 340.

<sup>33</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. v. II, 2003, p. 132.

manter sob controle a administração que operava sob reserva de intervenção e, ao mesmo tempo, garantir o *status* jurídico *positivo* das pessoas privadas mantendo a proteção do direito individual.

A doutrina civilista, não vendo com bons olhos o que denominou de submissão do direito privado a princípios de direito público disfarçados pela face constitucional, alegou a ruína de um edifício autônomo e unitário, no qual tinha se construído a teoria civilista. Nessa nova situação, a dificuldade do direito civil é trabalhar com a emergência do Estado social e a sobreposição dos critérios de justiça que orientaram sua gestão.

A primeira convicção a esbarrar na ideologia do Estado social foi a autonomia de contratar e a disponibilidade de direitos que direcionavam a doutrina do direito privado, e passam a sofrer interferências com a introdução de princípios éticos que não visavam somente à autodeterminação individual, mas a justiça social. “O ponto de vista da justiça social exige uma interpretação diferenciadora de relações jurídicas formalmente iguais, porém diferentes, do ponto de vista material, sendo que os mesmos institutos jurídicos preenchem funções sociais distintas”<sup>34</sup>.

Ainda que não se tenha verificado nenhuma alteração na compreensão da autonomia privada que permanece sendo o máximo de liberdade de ações subjetivas iguais para todos, o que se altera é o espaço em que se realiza essa autonomia privada. Desmistificando o postulado liberal de que a esfera do mercado e da sociedade econômica são espaços isentos de poder, somente se prevê a concretização da liberdade jurídica após o Estado social com a materialização do direito vigente ou a criação de novos direitos.

Assim, o *welfare*, que já havia garantido a proteção do mercado de trabalho, tem no legislativo um operário constante de uma legislação que redimensiona as relações entre o público e o privado, pondo a própria economia e as relações sociais sob os auspícios da Administração Pública.

Com essa intervenção da justiça social no direito privado, as relações sociais passam a ser mediadas por instituições democráticas e não dependem mais exclusivamente da esfera privada. Essa mediação da macroeconomia pelo direito inclui seus procedimentos em todas as ações do capitalismo que se consolida nesse período.

<sup>34</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. v. II, 2003, p. 134.

A progressiva racionalização [...], na medida em que supõe ação tempestiva, conhecimento específico em matérias de alta especialização e perícia técnica no momento da intervenção, esteve na raiz da ultrapassagem do Legislativo pelo Executivo, em termos de iniciativa das leis e da regulação normativa do *welfare*.<sup>35</sup>

A inflação legislativa de um Estado administrativo e paternalista com forte aspecto burocrático e controle político trouxe como consequência uma cidadania apática e reduzida a ser clientela do Estado.

A própria queda do paradigma do Estado nacional, a partir da década de 80, foi momento decisivo para retirada de campo da participação estatal na economia e sua intervenção com medidas reguladoras e políticas públicas com a abertura do mercado para oferta de serviços como educação, saúde, habitação, energia ou telecomunicações. O Estado reservou-se a comparecer somente em condições adversas provocadas por deturpações climáticas ou sociais. “As novas formas de gestão fariam parte dessa tentativa de contornar a concepção neoliberal de Estado mínimo, mas também de fugir do padrão do estado centralizador e, conseqüentemente, ineficaz para atender demandas sociais multifacetadas”<sup>36</sup>.

## 2 ACESSO À JUSTIÇA: DEFINIÇÃO E ALCANCE DE SEU CONCEITO

Uma das promessas da democratização do acesso aos tribunais é a concretização da garantia do próprio acesso à justiça, não somente jurídico-formal, mas especificamente a equalização de forças processuais capazes de superar as desigualdades socioeconômicas que relacionam o processo civil e a justiça social. Essa nova preocupação do acesso à justiça material e não somente formal é resultante da consolidação dos direitos sociais após a Segunda Guerra Mundial.

A nova compreensão colocou o acesso à justiça como “[...] um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais”<sup>37</sup>. A partir de então, tornou-se necessária a remodelação de toda a justiça civil para transpor seu paradigma

<sup>35</sup> VIANNA, Luiz Werneck (et al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999, p. 19.

<sup>36</sup> RAMOS, Flávio. É possível esquecer o Welfare State e as políticas regulatórias? In: BOEIRA, Sérgio Luís. *Democracia e Políticas Públicas: diversidade temática dos estudos contemporâneos*. 2005, p. 56.

<sup>37</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2006, p. 168.



técnico e formal, socialmente neutra, e dar-lhe uma vocação também social e responsável pelas transformações operadas pelos direitos sociais.

Como assevera Cappelletti, a definição terminológica e jurídica de acesso à justiça é difícil, porém indispensável para nortear as finalidades básicas do sistema jurídico. Em uma perspectiva de amplo acesso como garantia da justiça social, para Cappelletti, a definição deve representar “[...] o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”<sup>38</sup>.

A mudança do paradigma que direciona a compreensão sobre acesso à justiça para incluir o efetivo direito individual e social ocorreu juntamente com as alterações na disciplina do processo civil, marcadamente influenciado pelos liberais burgueses.

Nos auspícios dos séculos XVIII e XIX, o acesso à justiça era tido como direito natural, e estes não requeriam proteção positiva do Estado, mas apenas a garantia formal de que não seria violado o direito individual de acesso à justiça. “O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, *na prática*”<sup>39</sup>. As práticas do sistema jurídico civil aguardam a provocação das partes e se limitam a arbitrar para uma delas o objeto jurídico litigado. Segundo Roesler<sup>40</sup>:

A característica básica da instituição judiciária é a sua capacidade de dirimir os conflitos sociais pela emissão de uma decisão final e inapelável, que deve contar ainda com meios coativos para ser imposta se necessário for. Tal perfil institucional corresponde a um modelo de Sociedade, de papel do poder público e de conflito jurídico. Nesse sentido ele está ligado à concepção liberal clássica, à teoria da separação de poderes e a um conflito que se instaura entre duas

<sup>38</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 8.

<sup>39</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 9: “Esses direitos eram considerados anteriores aos Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros”.

<sup>40</sup> ROESLER, Claudia Rosane. A reforma do processo civil no Brasil e a crise do Poder Judiciário. Disponível em: [www.advocaciapasold.com.br](http://www.advocaciapasold.com.br). Acesso em: 15 fev. 2006.

partes individualmente caracterizadas em torno de um objeto definível e que é adjudicado a uma delas.

Para Roesler<sup>41</sup>, a reforma processual brasileira tem o desafio de adaptar o direito processual às novas posturas colocadas pelo Estado de bem-estar com grande foco na instrumentalidade e efetividade do processo, e flexibilizando a exigência de autonomia e abstração em relação ao direito material, marcas da disciplina nos séculos XIX e XX.

A responsabilidade pela “pobreza no sentido legal”<sup>42</sup> não era pauta das preocupações do Estado. A justiça, no sistema de *laissez faire*, como outros bens economicamente adquiríveis, reservava-se aos que pudessem por ela pagar. O sistema se preocupava eminentemente com o acesso formal à justiça, ainda que não representasse o acesso efetivo.

As alterações na concepção sobre o efetivo acesso à justiça foram reflexo das próprias alterações ocorridas nos sistemas de direito. Com a complexidade adquirida pelas sociedades regidas pelo *laissez faire*, paulatinamente foi se deixando a ação individual para iniciar um movimento coletivo.

Para Cappelletti, exemplo dessa transformação é o preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, que fez a previsão de diversos direitos sociais. A referência política desse período era marcadamente o *welfare state*, que permitiu ingresso nos sistemas constitucionais maiores garantias de acesso à justiça com vistas a “[...] armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos”<sup>43</sup>.

A partir desse momento histórico, o acesso à justiça, em uma visão substancial, tem ocupado lugar especial nas pesquisas dos processualistas e é colocada entre os direitos humanos fundamentais. A nova percepção do processo civil deve levar em consideração a função social nas regras processuais como sistema jurídico não meramente secundário, mas com impacto social. “O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística”<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> ROESLER, Claudia Rosane. A reforma do processo civil no Brasil e a crise do Poder Judiciário. Disponível em: [www.advocaciapasold.com.br](http://www.advocaciapasold.com.br). Acesso em: 15 fev. 2006.

<sup>42</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 9.

<sup>43</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 11.

<sup>44</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 13.

O caminho para concretizar o acesso à justiça, segundo Cappelletti, importa o reconhecimento e a superação dos obstáculos presentes no ordenamento jurídico para a sua presença. O primeiro obstáculo apontado se refere ao alto custo para que se possa litigar em juízo. Ainda que o Estado suporte os gastos com juízes e funcionários, as custas judiciais para ingresso em juízo e, ainda, associadas aos honorários de advogados e a própria sucumbência são fatores que afastam a presença da sociedade nos tribunais com vistas a garantir seus direitos<sup>45</sup>.

Outro entrave ao acesso à justiça está relacionado à desigualdade financeira das partes quando em juízo e a incapacidade de reconhecer um direito e propor uma ação. O processo civil, marcadamente individual, impõe às partes o dever de produzir as provas que demonstrem seus direitos. Se a parte demandada tem maior poder financeiro, poderá, unicamente por aspectos formais, sucumbir o direito da outra por sua insuficiência financeira<sup>46</sup>.

Em outra ponta, a própria formação cultural e o *status* social são fortes impedimentos para o acesso à justiça. As aptidões pessoais dos litigantes em juízo podem ser limitadas pela dificuldade que tenham de reconhecer um direito por falta de conhecimento jurídico básico; a precária informação do modo de se propor uma ação e, por fim, a indisposição psicológica de recorrer aos procedimentos judiciais, mesmo quando tenham conhecimento de profissionais qualificados capazes de orientá-los<sup>47</sup>.

Por fim, uma terceira barreira ao acesso à justiça está na constituição de novos direitos difusos e coletivos. Os entraves na defesa e judicialização das violações desses direitos estão principalmente na dificuldade de organização das partes atingidas. O processo civil ainda não está armado suficientemente de instrumentos processuais para oferecer respostas seguras em demandas coletivas. “Em suma, podemos dizer que, embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à

<sup>45</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 18.

<sup>46</sup> “Julgadores passivos, apesar de suas outras e mais admiráveis características, exacerbam claramente esse problema, por deixarem às partes a tarefa de obter e apresentar as provas, desenvolver e discutir a causa.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 22/23)

<sup>47</sup> “Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos Tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 24)

sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso”<sup>48</sup>.

A análise dos fatores que impedem o efetivo acesso à justiça demonstra, para Cappelletti<sup>49</sup>, maiores dificuldades para os pobres em propor ações individuais contra grupos corporativos e organizacionais. Assim, a adequação do ordenamento jurídico e as exigências de garantias de direitos do Estado de bem-estar demonstram a inadequação da garantia substancial de acesso à justiça, quando em lados opostos estão consumidores e fornecedores, ou a sociedade contra os poluidores etc.

As respostas a essas dificuldades de acesso à justiça promoveram, a partir de 1965, três ondas reformistas que pretendiam dar respostas à falta de efetividade material ao acesso à justiça. A primeira onda foi a *assistência judiciária*, a segunda, denominada de *representação jurídica para os interesses “difusos”*; e a terceira, como *enfoque de acesso à justiça*<sup>50</sup>.

A assistência judiciária, primeira onda de reforma processual para garantir o acesso à justiça, tem conseguido bons resultados ampliando a oferta de orientação técnica jurídica às classes menos favorecidas economicamente. Porém, os advogados públicos normalmente são financiados pelo Estado, e, para garantir a grande demanda social por assistência judiciária, principalmente para apoio na reivindicação de novos direitos, que não aqueles da área de família e criminal, seria necessária a contratação de muitos profissionais, sendo que em economias de mercado encontra impedimento sério nos orçamentos públicos<sup>51</sup>.

A segunda onda de reforma centrou-se principalmente na defesa dos direitos difusos, provocando uma forte reforma na ideia que direcionou o processo civil nos séculos XVIII e início do século XIX. A magistratura, com as novas leis do processo coletivo, teve que redimensionar as noções de litígios de direito público, direito de ser ouvido, representação ou coisa julgada. A proposta de Cappelletti<sup>52</sup> para proteção dos direitos difusos requer uma *solução pluralística*

<sup>48</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 27.

<sup>49</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 28.

<sup>50</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 31.

<sup>51</sup> “Em economias de mercado, como já assinalamos, a realidade diz que, sem remuneração adequada, os serviços jurídicos para os pobres tendem a ser pobres, também. Poucos advogados se interessam em assumi-los, e aqueles que o fazem tendem a desempenhá-los em níveis menos rigorosos.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Fabris, 1988, p. 47/48)

<sup>52</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 66/67.

(*mista*) com a interação de uma assessoria pública, ações de grupos particulares e com ações coletivas que podem tornar-se medidas capazes de garantir certa eficiência para a defesa dos direitos difusos.

A terceira onda do enfoque de acesso à justiça não exclui as duas primeiras apresentadas, mas vai além, prevendo de forma mais complexa o acesso à justiça como a conjunção da presença de advogados públicos para assistência individual e coletiva com a presença de instituições e mecanismos para processar e prevenir o surgimento de novos litígios<sup>53</sup>.

A segunda perspectiva a ser analisada na judicialização das relações sociais refere-se à politização da magistratura, de modo a torná-la mais sensível aos problemas políticos que abalam e corroem o sistema social com desigualdades e injustiças. Esta reflexão se torna importante quando se reconhece o direito como um subsistema político, e, assim, ao revés de influências externas em suas decisões e emitindo decisões que trarão diversas consequências no próprio meio social.

Essa postura de politização da magistratura traz uma tripla crítica à atuação dos juízes quanto à parcialidade, o comportamento contestador da lei e a intromissão em competências que não lhe cabem. As três, no entanto, são, para Campilongo<sup>54</sup>, infundadas e reducionistas. A primeira crítica, referente à necessária imparcialidade do juiz, mormente por ser um terceiro distante das partes com a função de decidir, decai quando se verifica que essa compreensão está fundada em uma visão reducionista da política vinculada unicamente ao mecanismo de partidos.

O segundo equívoco estaria na própria interpretação do que se compreende por submissão do juiz à lei. Hodiernamente, tem-se centrado no controle da discricionariedade e arbitrariedade das decisões judiciais, porém, não se nega

<sup>53</sup> “Inicialmente, como já assinalamos, 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 para profissionais, tanto como juízes 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 dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial. [...] Ademais, esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 71)

<sup>54</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídica e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 57.

a possibilidade de se tomar diversas soluções para o mesmo caso concreto de acordo com a interpretação legislativa adotada.

De outra parte, porém, contesta-se o caráter absoluto de “certeza do direito” ou da univocidade da interpretação da lei. [...] A politização da magistratura é expressão de um aumento das possibilidades de escolha e decisão e não de um processo de contestação ou negação da legalidade.<sup>55</sup>

A terceira crítica contra a politização da magistratura está ligada a sua pretensão de suprir o *deficit* democrático dos sistemas representativos gravemente desgastados pelos níveis de corrupção e ineficácia de suas decisões, sendo constantemente substituídos por organizações da sociedade civil. Nesse contexto, o Judiciário é resgatado como reforço e garante do sistema político. Não se trata, como adverte Campilongo<sup>56</sup>, de partidarizar a magistratura, o que seria desastroso para o sistema democrático, mas de tornar o magistrado aberto às influências que a política lhe impõe, fenômeno inevitável na contemporaneidade, sem, contudo, comprometer sua vinculação ao direito à legalidade e à fundamentação de suas decisões.

O risco dessa operação de acoplamento entre o sistema jurídico e o político, na visão de Campilongo<sup>57</sup>, é que o Judiciário venha a tomar os códigos do sistema político como instrumento de tomada de suas decisões, ou mesmo o

---

<sup>55</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídica e decisão judicial*. 2002, p. 58: “Não existe, na hermenêutica jurídica contemporânea, nem quem defenda a completa liberdade do juiz nem quem encare sua atuação como o resultado de uma irretorquível lógica de aplicação da lei”.

<sup>56</sup> “A função política do magistrado resulta desse paradoxo: o juiz deve, necessariamente, decidir e fundamentar sua decisão em conformidade com o direito vigente; mas deve, igualmente, interpretar, construir, formular novas regras, acomodar a legislação em face das influências do sistema político. Nesse sentido, sem romper com a clausura operativa do sistema (imparcialidade, legalismo e papel constitucional preciso), a magistratura e o sistema jurídico são cognitivamente abertos ao sistema político. Politização da magistratura, nesses precisos termos, é algo inevitável.” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídica e decisão judicial*. 2002, p. 61)

<sup>57</sup> Campilongo, em sua obra faz uma análise preponderantemente sociológica do direito a partir dos textos de Luhmann: “Da perspectiva do direito, elevadas taxas de independência e criatividade não podem representar a substituição das opções oferecidas pela Constituição por uma orientação qualquer – política, econômica, religiosa, etc. – advinda do ambiente externo ao sistema jurídico. Isso caracterizaria uma corrupção dos códigos do direito, ou seja, a utilização de meios de comunicação próprios de outros subsistemas [...]. Essa corrupção de códigos resulta num judiciário que decide com base em critérios exclusivamente políticos (politização da magistratura como a somatória dos três erros aqui referidos: parcialidade, ilegalidade e protagonismo de substituição de papéis) e de uma política judicializada ou que incorpora o ritmo, a lógica e a prática da decisão judiciária em detrimento

inverso, que o político seja tomado pela burocracia do sistema jurídico e esvazie o teor democrático de suas manifestações.

No entanto, ainda que a politização da magistratura seja uma das propostas com maior desenvolvimento após o processo de redemocratização, os próprios membros da magistratura têm dificuldades de reconhecer sua parcela de responsabilidade na crise do Judiciário e na facilitação do acesso à justiça, atribuindo a fatores externos dos quais não tem controle ou possibilidade de reverter.

Mesmo que a maioria dos juízes reconheçam a existência de crise no Poder Judiciário, atribuem essa fraqueza de seu funcionamento às deficiências estruturais e institucionais<sup>58</sup>. A morosidade do Poder Judiciário é atribuída em parte ao grande número de recursos, falta de material adequado e funcionários capacitados. As críticas aos princípios processuais modernos como a imparcialidade nas decisões judiciais ou o afastamento das partes são defendidas pela classe como garantias institucionais que devem ser mantidas.

Notadamente, as transformações operadas pelo *welfare state* dentro do ordenamento jurídico brasileiro, mudando o próprio paradigma da administração da justiça, buscando garantir maior acesso à justiça e a politização da magistratura, trouxeram um inflacionamento de demandas no Poder Judiciário que requer novas técnicas de gestão judiciária.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No breve panorama lançado sobre o acesso à justiça e suas transformações, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, constatam-se os grandes desafios ainda na pauta pela eficácia material dos direitos sociais previstos na Constituição.

Não se pode, por certo, oferecer soluções tradicionais para os novos direitos coletivos e difusos. Por outro lado, é preocupante a crescente intervenção do Estado por meio do Poder Judiciário nas relações sociais.

A intervenção do Estado nas relações sociais tem substituído progressivamente o campo da política e da autonomia da sociedade para solução

---

da decisão política. A tecnocracia pode reduzir a atividade política a um exercício de formalismo judicial" (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídica e decisão judicial*. 2002, p. 63).

<sup>58</sup> "A existência de crise no Judiciário é totalmente admitida por 22,5% e parcialmente por 54,4% dos entrevistados, enquanto 20,5% não reconhecem essa situação." (SADEK, Maria Teresa; ARANTES, Rogério Bastos. *A Crise do Judiciário e a visão dos Juízes*. *Revista da USP*, São Paulo, n. 21, 1994, p. 42.

de seus próprios problemas para transferir a resposta no campo hermético e não democrático do Poder Judiciário. O resultado evidenciado é a crescente apatia social e a dependência dos sujeitos de uma resposta estatal.

Não bastasse, o Poder Judiciário passa por severas dificuldades de responder às expectativas sociais, deixando de concretizar a garantia constitucional de acesso à justiça. A deficiência estatal é expressa por questões estruturais e institucionais, relativas à crescente politização dos membros da magistratura.

Em outro vértice, contribui à violação à garantia do acesso à justiça a dificuldade de o sistema normativo garantir respostas adequadas aos novos conflitos advindos das relações sociais. O sistema jurídico, concebido para regulamentação das questões patrimoniais disponíveis, não tem encontrado espaço para tratamento dos direitos difusos e coletivos, nem mesmo para o correto e adequado tratamento dos novos atores judiciais.

Por fim, é certo que a efetivação das promessas do Estado Social exige forte investimento na estruturação das instituições capazes de garantir a concretização desses direitos, não só judicialmente como também por meio de respostas adequadas para pacificação dos conflitos advindos das relações sociais.

## REFERÊNCIAS

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídica e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, Adalberto Moreira. Direito do Trabalho e relações de classe no Brasil contemporâneo. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. II, 2003.

MARTINS, Queila Jaqueline Nunes. Sociologia do direito em Max Weber: Processos de racionalização e de juridicização das relações sociais. Produção Científica CEJURPS, 2006/Universidade do Vale do Itajaí – Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2006.

RAMOS, Flávio. É possível esquecer o Welfare State e as políticas regulatórias? In: BOEIRA, Sérgio Luís. *Democracia e Políticas Públicas: diversidade temática dos estudos contemporâneos*. Itajaí: Univali, 2005.



ROESLER, Claudia Rosane. A reforma do processo civil no Brasil e a crise do Poder Judiciário. Disponível em: [www.advocaciapasold.com.br](http://www.advocaciapasold.com.br). Acesso em: 15 fev. 2006.

SADEK, Maria Teresa; ARANTES, Rogério Bastos. A Crise do Judiciário e a visão dos Juízes. *Revista da USP*, São Paulo, n. 21, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. 3 ed. São Paulo: Cortez; Recife: EQUIP; Salvador: UFBA, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck (et al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

\_\_\_\_\_; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 11. ed. São Paulo: Pioneira, 1996.

