

ACESSO À JUSTIÇA, INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E

DESENVOLVIMENTO: limites da aproximação.

ACCESS TO JUSTICE, INSTRUMENTALITY OF THE PROCESS AND

DEVELOPMENT: limits of the approach.

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 JUSTIÇA E “ACESSO À JUSTIÇA”: ALGUMAS QUESTÕES INICIAIS. 3 DA ESTATIZAÇÃO À SOCIALIZAÇÃO PROCESSUAL. 3.1 O Projeto Florença de acesso à justiça: o ápice da socialização processual. 3.2 O acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa: a instrumentalidade do processo. 4. DESENVOLVIMENTO E PROTAGONISMO JUDICIAL 5 CONCLUSÃO.

Adriano Antunes Damasceno¹

RESUMO

O artigo tem por objetivo demonstrar as incompatibilidades teóricas entre o movimento pelo “acesso à justiça”, defendido no Brasil pela instrumentalidade do processo, e a ideia de desenvolvimento. Analisa-se a historicidade em torno do discurso “acesso à justiça” e sua influência na legislação e na doutrina brasileira, sobretudo no Código de Processo Civil de 1939 e na corrente instrumentalista do processo, respectivamente. A ideia de desenvolvimento que se toma como referência tem como fundamento a liberdade enquanto fim primordial e principal meio do desenvolvimento, defendida pelo Nobel de economia Amartya Sen. Demonstra-se que o desenvolvimento pressupõe, dentre outras liberdades, liberdade de participação, o que inclui a possibilidade de fiscalizar as autoridades e de tecer críticas sobre suas decisões.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Instrumentalidade. Desenvolvimento.

¹ Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela UFMA.

ABSTRACT

The paper aims to demonstrate the theoretical incompatibilities between the access to justice movement, defended in Brazil by the instrumentality of the process, and the idea of development. Analyzes the historicity around the discourse of the "access to justice" and its influence on legislation and Brazilian doctrine, especially in the Code of Civil Procedure 1939 and at the doctrine of the instrumentality of the process, respectively. The idea of development taken as reference is based on freedom as primary end and principal means of development advocated by Nobel Prize winning economist Amartya Sen. Demonstrates that development requires, among other freedoms, freedom of participation, which includes the ability to supervise and criticize authorities about their decisions.

Keywords: Access to justice. Instrumentality. Development.

1 INTRODUÇÃO

O que é justiça? Esta é uma indagação a qual muitos já expuseram suas respostas, desde a Antiguidade clássica até os dias atuais, sem que se possa falar, contudo, numa unidade de conteúdo.

Em que pese essa constatação, tem sido comum a utilização da expressão “acesso à justiça”, tanto no plano jurídico quanto em outras searas² do conhecimento. E desse modo, segue a dúvida: o que se quer dizer com “acesso à justiça”?

Interessa aqui uma análise jurídica daquilo que se compreende por “acesso à justiça”, expressão utilizada pelo “Projeto Florença de Acesso à Justiça”, desenvolvido na Itália na década de 70 sob o comando de Mauro Cappelletti a partir da experiência de vários países acerca da solução de litígios.

No Brasil, quando se fala em “acesso à justiça”, as referências a Cappelletti são constantes. Entretanto, limitado é o rigor quanto aos fundamentos teóricos do movimento que tem no Projeto Florença o ápice da transição entre os paradigmas liberal e social no Direito Processual.

² Para uma compreensão sociológica, por exemplo, Cf. SANTOS (2010, pp. 161-177).

Para não incorrer nos mesmos equívocos, essencial é a análise histórica do ciclo que se inicia com a legislação austríaca de 1895, de autoria de Franz Klein, e atinge seu ápice no Projeto Florença na década de 1970.

Assim, analisa-se a historicidade em torno do discurso do chamado “acesso à justiça” e sua influência na legislação e na doutrina brasileira, sobretudo no Código de Processo Civil de 1939 e na chamada corrente instrumentalista do processo, respectivamente.

Perpassada essa reconstrução histórica, o presente artigo propõe-se a avaliar em que medida os postulados teóricos do movimento pelo “acesso à justiça” e sua recepção no Brasil pela instrumentalidade do processo e sua “ordem jurídica justa” se mostram compatíveis ou não com uma perspectiva desenvolvimentista. A análise proposta não pretende ficar limitada a uma visão econômica do desenvolvimento, apesar de não ignorar os efeitos da atuação do Judiciário sobre a economia³.

A ideia de desenvolvimento que se toma como referência principal tem como fundamento a liberdade enquanto fim primordial e principal meio do desenvolvimento, defendida pelo Nobel de economia Amartya Sen.

Nesse passo, demonstra-se que o desenvolvimento pressupõe, dentre outras liberdades, liberdade de participação, o que inclui a possibilidade de fiscalizar as autoridades e de tecer críticas sobre suas decisões, mostrando-se o Processo, enquanto instituição constitucionalizada, fundamental para tanto.

Objetiva-se, assim, expor a incompatibilidade teórica entre aquilo que é defendido pelo movimento pelo “acesso à justiça” e pela instrumentalidade do processo, que têm no protagonismo judicial o ponto central de sua fundamentação, e o desenvolvimento, seja este considerado sob o prisma econômico, seja do ponto de vista do direito humano ao desenvolvimento previsto na Declaração da Organização das Nações Unidas de 1986.

2 JUSTIÇA E “ACESSO À JUSTIÇA”: ALGUMAS QUESTÕES INICIAIS

Embora Perelman (2005, p. 66) já advertisse que a noção de justiça é prestigiosa e ao mesmo tempo confusa, convencionou-se um conceito básico segundo o qual falar de justiça significa falar daquilo que é devido às pessoas (SCHMIDTZ, 2009, p. 9).

Esse conceito, porém, já advertia Kelsen (2001, p. 14), apenas oculta a real indefinição: quais critérios devem ser utilizados para a atribuição segundo o merecimento de cada um?

³ Cf. Köhling (2000).

Tentar responder a essa indagação e tantas outras que giram em torno de critérios universais de justiça ocupou grandes teóricos ao longo do tempo, conforme adverte Nahaas:

Desde a antiguidade, filósofos debruçaram-se sobre o tema sem, no entanto, chegarem a uma conclusão satisfatória (em verdade, as indagações sempre superaram as respostas). Tanto assim, que inúmeras teorias (inacabadas e constantemente refutadas) foram e são, até hoje, elaboradas por estudiosos de diversas áreas do conhecimento humano (filósofos, juristas, sociólogos, economistas etc.) e encontram-se, inexoravelmente, ligadas, não raras vezes, a sentimentos e a valores que exigem certo grau de abstração (tais como afinidade, virtude, alteridade, bondade, caridade etc.). (NAHAAS, 2011, p. 23).

Não interessa aqui uma análise detalhada das teorias da justiça e de sua eventual repercussão no direito processual ou no plano do desenvolvimento. Importa, na verdade, destacar que a dificuldade de se chegar a uma teoria satisfatória acerca da justiça traz-nos um primeiro problema que por si só já não recomendaria o uso do termo “acesso à justiça” no plano processual, tampouco a pretensão de se garantir “acesso à ordem jurídica justa”, como defendido pela instrumentalidade do processo (DINAMARCO, 2009a, p. 362).

Desse modo, há um problema de ordem semântica insuperável na utilização das expressões “acesso à justiça” e “acesso à ordem jurídica justa”, pois como destaca Kelsen (2001, p. 5), a ideia de justiça está atrelada a um juízo valor subjetivo, válido para quem julga e, neste sentido, relativo.

Ante esse problema inicial, deve-se deixar evidenciado o que se pretende tomar como “acesso à justiça” para fins de análise e (im)possível aproximação com uma perspectiva desenvolvimentista.

Assim, pretende-se tomar a ideia de “acesso à justiça” enquanto suposto ponto central da moderna processualística, desenvolvida a partir do Projeto Florença de Acesso à Justiça – ápice do movimento de socialização processual, como se verá adiante – sob o comando de Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 13) e que no Brasil foi plenamente acolhida pela chamada corrente instrumentalista do processo, como se observa em Dinamarco, precursor da instrumentalidade do processo:

Tudo quanto foi dito ao longo da obra volta-se a essa síntese muito generosa que na literatura moderna leva o nome de acesso à justiça. Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo à disposição das pessoas com vista a fazê-las mais felizes. (DINAMARCO, 2009a, p. 359).

Trata-se, portanto, de um “acesso à justiça” de cunho instrumentalista, que alça o juiz à condição de “fundamento pensante da realização de escopos metajurídicos do processo na

realização de um ‘direito justo’” (LEAL, 2009, p. 57), em detrimento de uma processualidade democrática na qual a estrutura dialética é a *ratio distinguendi* (FAZZALARI, 2006, p. 120).

3. DA ESTATIZAÇÃO À SOCIALIZAÇÃO PROCESSUAL

O caráter estatal do processo começa a ser concebido a partir da formação do Estado Moderno. Até então, o processo era visto como manifestação da razão prática e social, que se realizava a partir da colaboração da praxe da doutrina e dos tribunais. A estes era concebido o poder de estabelecer seu próprio modo de atuar, sem a intervenção estatal (PICARDI, 2008, p. 59).

Com a formação do Estado Moderno, apesar da resistência, o soberano reivindica para si o monopólio da legislação processual, surgindo já no século XVII os dois primeiros códigos de processo, o saxão e o francês, com efeito ab-rogativo da praxe vigente (PICARDI, 2008, p. 60).

Esse movimento rumo à estatização decorre em parte da desordem na administração da justiça que imperava nos séculos XVII e XVIII, especialmente marcada pela delonga dos litígios (CAPPELLETTI, 2008, p. 316). Dentre as causas da “crise”, Picardi destaca o abuso da tradição dialética:

Entre as múltiplas e complexas causas da crise da justiça, existia, sem dúvida, o abuso da tradição dialética. Pense-se na lógica da relevância que, através do mecanismo das questões incidentais, comportava a ramificação do processo. Acrescente-se o abuso da argumentação que terminava muitas vezes por transformar a dialética em estereis jogos de palavras e, então, em “heurística”. (PICARDI, 2008, p. 58).

Na Europa Central, a partir do século XVIII, abandona-se o caráter extraestatal do processo e passa-se a reconhecer de modo definitivo a intervenção do Estado na matéria, já se destacando o discurso em prol da necessidade de um sistema mais eficiente. Nesse contexto, o juiz perdia a função de simples controlador e tutor para assumir a direção do processo, o que demarcava uma alteração significativa em seu papel, ao mesmo tempo em que se difundia a desconfiança em relação ao caráter dialético que imperava no período extraestatal.

Tem-se, assim, na seara processual, a passagem de uma ordem isonômica para uma ordem assimétrica, baseada esta na autoridade, na hierarquia e na lógica burocrática (PICARDI, 2008, p. 66, 2011, p. 16). Dois pontos dessa transição são fundamentais para a compreensão do presente trabalho:

O processo é reduzido à mera técnica, a um conjunto de regras funcionais unicamente para a resolução das controvérsias, com uma consequente desvalorização da sua originária marca de ofertar garantias.

Definitivamente, na época moderna, a legitimidade da decisão foi confiada à mera observância das regras formais. Ficaram, ao contrário, muito menos claras as ideias sobre as técnicas de raciocínio do juiz, sobre a coerência interna das suas argumentações, sobre a razoabilidade e sobre a averiguação intersubjetiva das suas decisões. (PICARDI, 2011, p. 16).

Com a modificação substancial da função do juiz, agora funcionário da jurisdição estatal, alterava-se, por óbvio, o papel das partes e dos advogados, germinando, assim, a ideia da atividade destes como mera cooperação com o saber privilegiado do juiz, que ganharia corpo com a sistematização feita por Bülow (2008, p. 23-24) acerca do processo enquanto relação jurídica.

No campo legislativo, as sucessivas alterações verificadas ao longo dos séculos XVII e XVIII culminaram na *Prozess-Ordnung* prussiana de 1781, que segundo Picardi (2008, p. 66) configurava um “modelo de processo constituído sob o princípio da investigação da verdade pelo juiz (*Offizialprinzip*)”.

No século XIX, o austríaco Anton Menger, um dos principais teóricos do socialismo⁴ jurídico (FERREIRA, 2009, p. 52; DENTI, 2004, p. 26), propõe alterações no sistema de administração da justiça civil, destacando-se o reforço das funções do juiz, que passaria a assumir o papel de educador, extraprocessualmente; e de representante dos pobres, endoprocessualmente (NUNES, 2011, p. 80).

Segundo Menger (1904, p. 216-217), as legislações até então vigentes distinguem o processo civil do processo penal e do processo administrativo. Enquanto nestes predominava o caráter publicístico, marcado pela presença da autoridade estatal na condução do processo, naquele o caráter disponível dos direitos, deixados à iniciativa individual, terminava por criar um sistema apartado do direito estatal.

Entendia Menger (1998, p. 135-148) que a legislação civil tende a tratar, a partir de uma perspectiva formal, situações materialmente distintas, o que resultaria em graves prejuízos à classe proletária. A mudança desse paradigma só poderia ser alcançada com a modificação da visão privatística que imperava no processo civil. Caberia ao juiz, julgando com base nas peculiaridades do caso concreto, reverter a parcialidade expressa na lei em favor das classes menos favorecidas.

⁴Não marxista, como destaca Denti (2004, p. 26), já que Marx rejeitava a necessidade de uma reforma jurídica para o socialismo, considerando decisiva somente a reforma econômica.

Sob a influência de Menger, surge a primeira legislação tipicamente socializadora, a Ordenança Processual Civil do Império Austro-Húngaro, de 1895, obra de seu aluno, Franz Klein (NUNES, 2011, p. 81; SPRUNG, 1980, p. 149).

A partir da ideia de um juiz capaz de compensar as desigualdades materiais entre as partes, a jurisdição estatal e o juiz, a corporificação daquela, assumem de vez o protagonismo no que diz respeito à solução dos litígios.

Com efeito, a legislação elaborada por Klein reestrutura o processo civil a partir de uma concepção publicística (SPRUNG, 1980, p. 149), que terminou por implicar uma profunda modificação no papel das partes e do juiz no *iter* processual. O processo passaria a ter uma função social, dependente de um modelo técnico de procedimento oral centrado no reforço dos poderes do juiz, a quem caberia a direção e, sobretudo, influir diretamente no accertamento dos fatos. Novas técnicas legislativas, com recorrência frequente a conceitos indeterminados dariam suporte à postura proativa defendida por Klein:

Com tal técnica, a legislação se contenta com metade do trabalho e joga a outra metade sobre os ombros do juiz, que tem de escolher, dentre o grande número de possibilidades que estão subordinadas, ao conceito em si e para si, aquela para a qual a norma jurídica deve valer dentro do espírito da lei. As linhas borradas de tais indícios fáticos deixam considerável espaço para o pensamento original, que é próprio apenas dele, do juiz. A jurisdição se torna tanto mais pessoal, já que nos determinados casos-limite, pode o juiz, em um, ter que se submeter ao conceito legal e, em outros, eliminá-los sem que seu dever venha a ferir qualquer um desses casos limite, pois é justamente apenas em seu saber que cada um vê, pensa e julga. (KLEIN apud NUNES, 2011, p. 85).

Para Cappelletti, a grande inovação da legislação de Klein foi a acentuação do papel ativo do juiz, seja para assegurar rapidez, seja para equilibrar as desigualdades entre as partes:

As duas pedras fundamentais neste movimento de reforma foram o Código de Processo Civil Alemão de 1877 e também – mais rico em influência no plano internacional e mais radicalmente inovador – o Código Austríaco de 1895. A grande inovação trazida pelo Código Austríaco foi representada pelo aumento da função ativa do juiz, uma função entendida, seja para assegurar ordem e rapidez do procedimento, seja para promover a finalidade social da efetiva igualdade das partes, no processo. (CAPPELLETTI, 2008, p. 322).

Firma-se, assim, a partir do modelo legislativo proposto por Klein, amparado por uma suposta função assistencial do juiz, o discurso do protagonismo judicial (NUNES, 2011, p. 86), que iria influenciar em seguida diversas legislações processuais, inclusive as dos regimes autoritários.

Com efeito, a ZPO alemã foi a primeira legislação processual a assimilar elementos da legislação de Klein (NUNES, 2011, p. 88), merecendo destaque a reforma de 1924, cuja marca é o reforço dos poderes do juiz.

Em menor escala, a legislação italiana da primeira metade do século XX também irá sofrer a influência da legislação austríaca (NUNES, 2011, p. 94) e do já consolidado discurso do protagonismo judicial.

Justamente a partir da influência italiana, especialmente de Chiovenda⁵, que o protagonismo judicial difundido pelo movimento iniciado anteriormente irá se radicar no Brasil, encontrando no autoritarismo do Estado Novo (1937-1945) um campo fértil.

A empatia entre o regime autoritário de Vargas e as bases do movimento de socialização processual outrora iniciado fica evidenciada na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939:

O regime instituído em 10 de novembro de 1937 consistiu na restauração da autoridade e do caráter popular do Estado. 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. (CAMPOS, 1939)

Mais claro ainda fica o pilar do novo modelo processual que viria a se consolidar no Brasil:

O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribui ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; a êste não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que êste atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto fôr necessária ao conhecimento da verdade. (CAMPOS, 1939).

⁵“Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo. **Foi o mérito dessa doutrina, a propósito da qual deve ser lembrado o nome de Giuseppe Chiovenda, o ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é a atuação da vontade da lei num caso determinado.** Tal concepção nos dá, a um tempo, não só o caráter público do direito processual, como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária em que avulta a figura do julgador. O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico de fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica”. (grifou-se) (CAMPOS, 1939). Denti (2004, p. 31) afirma que Chiovenda tinha em mente a necessidade de restauração do poder do Estado, o que significava, no processo, o reforço dos poderes do juiz em prejuízo do poder dispositivo das partes.

Desse modo, consolidava-se no Brasil um modelo de processo baseado na intervenção ativa do Estado no campo processual através do protagonismo exercido pelo juiz. Este, aliás, o único aspecto da socialização a implementar-se no modelo brasileiro (NUNES, 2011, p. 98). A oralidade, tão difundida por Klein, por exemplo, teve pouca ou restrita aceitação na prática, tanto no processo civil quanto no processo penal. E em que pese a legislação determinar a oralidade e a concentração⁶, no cotidiano forense o que se continua a ver é a predominância da forma escrita e do fracionamento das audiências⁷.

3.1 O projeto Florença de acesso à justiça: o ápice da socialização processual

O ápice da socialização processual ocorre com a idealização de um projeto de pesquisa de grandes proporções patrocinado pela Fundação Ford em conjunto com o Conselho Nacional de Pesquisa da Itália: o “Projeto Florença de Acesso à Justiça”.

O projeto foi capitaneado pelo jurista italiano Mauro Cappelletti entre 1973 e 1978. Envolveu 23 países⁸, que apresentaram problemas e possíveis soluções técnicas para a solução de litígios. O compartilhamento de informações serviu de base para o movimento pelo “acesso à justiça” e as ondas de reforma que se seguiram mundo afora (NUNES, 2011, p. 115), inclusive no Brasil.

Influenciado pelo modelo de Klein, o movimento, além de sustentar a necessidade de procedimentos orais e o aumento da ingerência do juiz no processo, idealizava ondas de reforma que, segundo Cappelletti e Garth (1988, p. 31), desenvolviam-se cronologicamente.

A primeira delas, iniciada em 1965, correspondia à assistência judiciária. A segunda dizia respeito à representação adequada dos direitos difusos, especialmente em áreas como direito do consumidor e ambiental. Por fim, a terceira onda, a mais relevante para o movimento, abarcando as anteriores, corresponde àquilo que Cappelletti e Garth denominam de “enfoque de acesso à justiça” (1988, p. 31), cuja finalidade seria atacar as barreiras impeditivas do “acesso efetivo”.

Enquanto pesquisa quantitativa e qualitativa, o Projeto Florença e o movimento pelo acesso à justiça dele decorrente constituem uma bem sucedida empreitada, sobretudo por

⁶ Tome-se como exemplo o artigo 403 do CPP com a redação dada pela Lei 11.719/2008: “Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença”. (BRASIL, 1941)

⁷ Neste sentido, ao comentar a reforma operada em 2008 no CPP, Coutinho afirma: “[...] lição histórica: no Brasil, a história das audiências únicas nos processos (de todos os tipos) sempre foi aquela de seu fracasso”. (COUTINHO, 2009a, p. 97).

⁸ Não incluiu o Brasil.

tentar reaproximar, como afirmam Cappelletti e Garth, os estudiosos do direito das reais preocupações da maioria das pessoas (1988, p. 10).

Apesar disso, os problemas começam a surgir quando se pretende lançar, ainda hoje, o “acesso à justiça” – embora não haja clareza quanto à definição da expressão – como o “ponto central da moderna processualística” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13). Isto porque a ideia de “acesso à justiça” difundida a partir do Projeto Florença baseia-se na concepção de uma jurisdição salvadora e na função social da técnica processual (a serviço da jurisdição).

Com efeito, a partir da década de 70 do século passado, o processo perde ainda mais de seu caráter dialético. A advocacia passa a ser vista como custo e a “acessibilidade geral” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 100) depende, necessariamente, da eliminação deste entrave em algumas situações⁹. O juiz, por sua vez, materializa-se como o ser iluminado, capaz de ajustar os pesos da balança em prol da parte menos favorecida:

[...] desde o início do século, tem havido esforços importantes no sentido de melhorar e modernizar os tribunais e seus procedimentos. No continente europeu, por exemplo, podemos apontar os bem sucedidos movimentos de reforma que foram agrupados sob a designação de “oralidade” e ocuparam-se essencialmente com a “livre apreciação da prova”, a “concentração” do procedimento e o contato “imediato” entre juízes, partes e testemunhas, bem como com a utilização dos juízos de instrução para investigar a verdade e auxiliar a colocar as partes em pé de igualdade. Quando levada a efeito, na Áustria, pela pioneira Zivilprozessordnung de 1895, tais reformas, no dizer do notável processualista Franz Klein, contribuíram para tornar o processo civil simples, rápido, barato e acessível aos pobres.

[...]. Atualmente admite-se em geral que a utilização de um juiz mais ativo pode ser um apoio, não um obstáculo, num sistema de justiça basicamente contraditório, uma vez que, mesmo em litígios que envolvam exclusivamente duas partes, ele maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes. (o destaque em negrito é nosso) (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, pp. 76-77).

Das vantagens prometidas pelo movimento, poucas chegaram a países de capitalismo tardio como o Brasil. Ficaram o protagonismo judicial, baseado na crença de uma jurisdição salvadora, capaz de aplacar as mazelas sociais, e o mito da capacidade desta mesma jurisdição de descortinar a verdade através da técnica processual, ainda que ao custo da imparcialidade do julgador.

A oralidade, a concentração do procedimento – embora previstos na legislação – e tudo mais que poderia gerar grandes expectativas hoje gera grandes frustrações, eternizando-se, assim, o que há muito se convencionou chamar de “crise”.

⁹ Vide a experiência dos Juizados Especiais no Brasil.

3.2 O “acesso à justiça” como acesso à ordem jurídica justa: a instrumentalidade do processo

A influência da socialização processual no Brasil através do movimento pelo “acesso à justiça” iniciado com o Projeto Florença se manifesta já no início da década de 80 do século passado, especialmente no que diz respeito às discussões acerca da legitimidade para a proteção de interesses difusos e coletivos, não deixando de passar, porém, pelo aumento da discricionariedade jurisdicional (ARANTES, 2002, p. 57).

A partir de então, numa nova roupagem, dava-se continuidade à tentativa de aplicação – no plano ideológico (NUNES, 2011, p. 141) – social do direito.

Enquanto no âmbito legislativo o foco centrava-se na discussão acerca da abertura do processo civil à sociedade organizada (ARANTES, 2002, p. 57), no doutrinário o que se consolidava de vez era a crença numa jurisdição salvadora, agora sustentada teoricamente pela corrente instrumentalista do processo.

Apesar da pretensão de novidade, o instrumentalismo processual busca sintetizar as teorias que se iniciaram desde Anton Menger e Franz Klein ainda no século XIX, assim

[...] dando seguimento ao discurso da centralidade da jurisdição para a teoria do processo, da defesa de uma instrumentalidade positiva, com um processo predisposto para a realização de escopos metajurídicos (sociais, políticos e econômicos) mediante a intervenção do juiz, repetindo, todavia, as mesmas finalidades já sustentadas por Franz Klein em sua célebre preleção em Dresen, em 1901. (NUNES, 2011, p. 142).

No instrumentalismo, fortemente influenciado pela teoria do processo enquanto relação jurídica, tenta-se traçar limites que possam levar a uma distinção entre processo e jurisdição, com a preponderância desta sobre aquele.

Deixa-se claro que a jurisdição representa o poder estatal, que nesta esfera se manifesta de duas formas. A primeira, através do caráter substitutivo, pelo qual o Estado se propõe a solucionar, através de seus agentes, as controvérsias entre os indivíduos de modo imperativo, tornando a autotutela a exceção. Além disto, a jurisdição é utilizada pelo Estado para a realização de seus escopos (sociais, políticos e econômicos) (DINAMARCO, 2009b, p. 317). Nesse contexto, a jurisdição é considerada “instrumento para a imposição de diretrizes estatais”. (DINAMARCO, 2009a, p. 181).

Assim, para a corrente instrumentalista, é em torno da jurisdição que devem gravitar os institutos do direito processual civil (DINAMARCO, 2009a, p. 91), inclusive o processo, já

que este “não é fonte substancial de emanção e alvo de convergência de ideias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual”. (DINAMARCO, 2009a, p. 93).

A jurisdição e o processo, segundo Dinamarco (2009a, p. 95), estariam conectados pelo “fio da instrumentalidade”, servindo o processo como meio para a persecução dos fins a serem perseguidos pelo Estado através da jurisdição:

“[...] o que justifica a própria ordem processual como um todo é a sua função de proporcionar ao Estado meios para o cumprimento de seus próprios fins, sendo que é mediante o exercício do poder que estes são perseguidos (e a ação, a defesa e o processo constituem o contorno da disciplina da jurisdição”. (DINAMARCO, 2009a, p. 95-96).

A garantia de uma jurisdição salvadora, que, através do processo, cumpriria os fins do Estado, encontra no juiz um de seus principais elementos, já que a ele é atribuída a função de identificar os valores a serem preservados. Desse modo, cabe ao juiz, enquanto agente estatal e intérprete maior e definitivo da ordem jurídica (DINAMARCO, 2009a, p. 351), descortinar a “ordem jurídica justa”, garantindo às partes o “acesso à justiça”:

Na preparação do exame substancial da pretensão, é indispensável que as partes sejam tratadas com igualdade e admitidas a participar, não se omitindo da participação também o juiz, de quem é a responsabilidade principal pela condução do processo e correto julgamento da causa. Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade. (DINAMARCO, 2009b, p. 118).

Assim, para o instrumentalismo, caberia ao juiz, quase que de forma oracular e divina, identificar, numa sociedade plural, valores homogêneos, que, coincidentemente, seriam os mesmos do Estado:

Como a todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que contém no momento presente”. (DINAMARCO, 2009a, p. 348).

Apesar de reconhecer que o “valor justiça” é cambiável no espaço e no tempo (DINAMARCO, 2009a, p. 185), para a proposta instrumentalista a identificação de valores comuns pode e deve se concretizar numa perspectiva solipsista, ainda que contrária aos valores estabelecidos democraticamente através de uma construção comum e discursiva:

Nunca é dispensável a interpretação dos textos legais no sistema da própria ordem jurídica positiva em consonância com os princípios e garantias constitucionais (interpretação sistemática) e **sobretudo** à luz dos valores aceitos (interpretação sociológica, axiológica). Tal é em substância, o pensamento inerente ao *uso*

alternativo do direito. (destaque em negrito é nosso). (DINAMARCO, 2009a, p. 348).

Ideias semelhantes já haviam sido defendidas no século XIX pela chamada Escola do Direito Livre, que tem em Oskar Bülow um de seus maiores precursores, como se observa nas afirmações de Larenz:

Na ciência do direito afirmou-se essa contra-corrente, nos começos do século XX, com o chamado ‘Movimento do Direito Livre’, de que pode se considerar precursor o escrito de OSKAR BÜLOW, aparecido em 1885, intitulado *Gesetz und Richteramt* (Lei e função judicial).

A idéia básica deste escrito, a tanta atenção se prestou, é a de que cada decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma atividade criadora do direito. A lei não logra criar logo o Direito; é ‘somente uma preparação, uma tentativa de realização de uma ordem jurídica’ (pág. 45). Cada litígio jurídico ‘põe um particular problema jurídico para que não existe ainda pronta na lei a determinação jurídica oportuna..., determinação que também não é possível inferir-se, com a absoluta segurança de uma conclusão lógica necessária, das determinações da lei’ (pág. 32). Sob o ‘véu ilusório da mesma palavra lei’ oculta-se uma pluralidade de significações, cabendo ao juiz a escolha da determinação que lhe pareça ser ‘em média a mais justa’ (pág. 36). Não diz Bülow segundo que critérios deve o juiz proceder a essa escolha, se segundo um critério objectivo e, em certa medida, controlável, como o fim da lei, a ‘natureza das coisas’ ou a concordância com um princípio, se segundo um mero critério subjectivo, porventura o do seu sentimento jurídico pessoal. Por isso, as suas afirmações tanto podem interpretar-se no sentido de uma interpretação leleológica da lei, como no sentido da ‘teoria do Direito livre’ – e foram-no, relamente, tanto num como noutra sentido. (LARENZ, 1997, p. 78).

Os riscos desse “uso alternativo” ou “livre” do direito¹⁰ são reconhecidos pelo instrumentalismo, mas a sua superação estaria assegurada pelas garantias que sustentam o exercício da função jurisdicional, bem como pelo modo de recrutamento da magistratura:

Aos temores quanto ao comprometimento do juiz, poder-se-ia responder que a formação profissional o põe, com razoável teor de segurança, a salvo dos possíveis deslizos; resta por demonstrar que o juiz recrutado por modo idôneo, cercado de garantias e integrante de um Poder Judiciário bem estruturado seja assim tão susceptível a tantas fraquezas. O princípio da demanda e o dispositivo têm o seu inegável valor, mas não são suficientes em si mesmos, para infirmar as tendências que advêm da ligação do sistema processual aos fins do Estado. (DINAMARCO, 2009a, p. 195).

Não há nesse pensar, embora se tente provar o contrário, uma perspectiva democrática do processo, enquanto elemento capaz de garantir a participação das partes em simétrica paridade (FAZZALARI, 2006, p. 119; GONÇALVES, 1992, p. 115) na construção da decisão judicial perante um órgão imparcial. Nas palavras de Leal:

¹⁰ Em contrapartida, Warat afirma: “Agora parece-me óbvio, que o que não pode ser dito pela lei, nunca será dito enquanto ela for ignorada. Ignorada é deixar exposto o indizível aos oportunistas de toda cor. Não existe compromisso com o outro sem a lei. Haveria somente um retorno ao estado de orda. O homem tem que assumir um compromisso com a lei para poder comprometer-se com o outro”. (WARAT, 1994, pp. 85).

[...] a decisão, nesse conceito, como resultante necessária de um alardeado “acesso à justiça”, cumpriria o nobre desiderato luhmaniano de oferenda pública de um Poder Judiciário agrupador de um colegiado de guardiães-mosqueteiros dos sistemas jurídico, social e econômico, que, com proficiência egressa da sensibilidade e da rara agilidade mental dos seus integrantes, seria distribuidor de célere paz social e eticidade formal na solução dos conflitos. A racionalidade sistêmica aqui supriria e curaria as lacunas e a dolosidade dos planos enganosos dos governos, bem como levaria a uma justiça farmacológica aos desafortunados pelo abandono e opressão estatais. (LEAL, 2002, p. 105).

A síntese de Leal, ora tomada como síntese parcial da análise que se propõe, resume bem as consequências geradas a partir da ideia de “acesso à justiça” e de sua crença numa jurisdição salvadora.

Adiante, observar-se-á que o “uso alternativo do direito” proposto pela instrumentalidade do processo se mostra incompatível com a ideia de desenvolvimento, seja ela ligada a uma concepção que toma a liberdade enquanto ponto de partida seja ela ligada a uma visão economicista. No primeiro caso porque retira das partes a capacidade de participar ativamente da conformação de seus destinos e de fiscalizar a atividade daquele que é responsável pela elaboração do provimento judicial, já que a este é atribuído um saber que pode ir até mesmo contra a lei enquanto resultado do exercício democrático. No segundo, porque na medida em que se confere a possibilidade de um “uso alternativo do direito”, acaba-se com qualquer perspectiva de previsibilidade das decisões judiciais e de segurança jurídica, postulados básicos da análise econômica do direito (FORGIONI, 2006, p. 423).

4 DESENVOLVIMENTO E PROTAGONISMO JUDICIAL

Assim como em relação à justiça, um consenso acerca do conceito de desenvolvimento não é uma tarefa simples. Trata-se, como afirma Barral (2005, p. 31), de uma palavra de conteúdo vago, à qual muitas vezes são acrescentados significados distintos e, por vezes, contraditórios. A própria modificação de seu sentido no decorrer da história denota a dificuldade inicial de conceituá-la.

Desde a virada do Século XVI, quando ligada ao poder do Estado, perpassando pelas teorias de Adam Smith e David Ricardo sobre o poder econômico, a definição de desenvolvimento assimilou variáveis diversas (BARRAL, 2005, p. 32).

Ao longo do Século XX, a palavra desenvolvimento esteve particularmente ligada à ideia de crescimento econômico (BARRAL, 2005, p. 32), o que nos leva a constatar ser impossível ignorar a presença constante do fator econômico em sua definição, ainda que seja

fundamental transcender as limitações teóricas dessa vinculação. Em suma, o conceito deve abranger a análise econômica, mas não ficar a ela restrito.

Entretanto, o grande desafio parece ser transpor os enunciados do conceito do campo teórico e abranger propostas passíveis de concretização (BARRAL, 2005, p. 32), ou seja, capazes de modificar a vida das pessoas.

Segundo Sousa (2011, p. 141-142), um grande passo nesse sentido foi dado com a Declaração de 1986 da Organização das Nações Unidas, que em seu artigo 1º assegura o desenvolvimento como um direito humano inalienável:

Artigo 1º

1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.
2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos de autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável de soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais.

Resta claro, como dito, que uma noção revisitada do desenvolvimento não pode ficar adstrita à questão econômica. Não se trata de afastá-la, mas sim de destacar a importância da efetivação dos direitos humanos no processo de desenvolvimento (SOUSA, 2011, p. 149).

Nesse passo, seguindo a direção normativa dada pela Declaração de 1986, é preciso caminhar para um conceito de desenvolvimento no qual as liberdades individuais possam ser necessariamente asseguradas (SOUSA, 2011, p. 156).

Chega-se, assim, a uma perspectiva de desenvolvimento enquanto liberdade (SEN, 2000, p. 52), na qual esta é não apenas o fim primordial, mas também o principal meio de se garantir o desenvolvimento enquanto direito humano.

Assim, o processo de desenvolvimento envolve fundamentalmente a eliminação de privações, sejam aquelas mais elementares, como as que dizem respeito à alimentação, educação, etc., sejam aquelas relativas à capacidade de participação democrática.

Embora a eliminação do primeiro grupo de privações seja fundamental, interessa-nos aqui o segundo grupo, não porque seja mais relevante, pois como ressalta Sen (2000, p. 71), a inter-relação entre os instrumentos capazes de garantir a liberdade humana é que assegura o processo de desenvolvimento.

O interesse no segundo grupo para fins do presente estudo está relacionado à necessidade de participação e dissenso político. Não se pode falar em desenvolvimento sem

que seja assegurada livre capacidade de expressão e de participação democrática nos processos de tomada de decisão, sejam eles legislativos, judiciais, administrativos, etc.

Além disso, a aproximação entre direito e desenvolvimento recomenda a definição de um modelo sobre a importância que as instituições desempenham para uma perspectiva desenvolvimentista (BARRAL, 2005, p. 33).

Desse modo, o Processo, enquanto instituição constitucionalizada¹¹ (LEAL, 2011), é de fundamental importância para o desenvolvimento. Não se trata, pois, do processo enquanto instrumento de uma jurisdição salvadora, capaz de assegurar a justiça social através do saber privilegiado do juiz, como defendem as correntes socializantes antes mencionadas.

No viés aqui adotado, o Processo, como instituição fundamental para o desenvolvimento de uma democracia enquanto projeto permanente é essencial para a concretização do desenvolvimento enquanto liberdade defendido por Amartya Sen, já que:

Os fins e os meios do desenvolvimento exigem que a perspectiva da liberdade seja colocada no centro do palco. Nessa perspectiva, as pessoas têm de ser vistas como ativamente envolvidas – dada a oportunidade – na conformação do seu próprio destino, e não apenas como beneficiárias passivas dos frutos de engenhosos programas de desenvolvimento. (SEN, 2000, p. 71).

Ademais, assimilando elementos desta perspectiva de desenvolvimento, mas indo além, o caráter comunicativo que deve permear as instituições, inclusive o Processo, não apenas pode exercer grande influência sobre a formação dos valores que orientam uma sociedade (SEN, 2000, p. 310), mas é vital para tanto. Não há, pois, sob este ponto de vista, como se sustentar um processo de identificação solitária de valores homogêneos numa sociedade plural.

Ao destacar os elementos de uma ordem jurídica que devem ser implementados ou reforçados para que esta não se torne um empecilho ao desenvolvimento, Barral, na mesma linha afirma:

Outra característica que deve ser ressaltada é a necessidade de participação democrática, não apenas no processo de criação normativa, mas também ao longo de sua implementação e fiscalização. As garantias de transparência, asseguradas paralelamente à implementação da norma, servem para reduzir a corrupção, trazer credibilidade e legitimidade, e para evitar que as decisões se tornem personalísticas. Além disso, a garantia de debate democrático permite que as normas resultantes

¹¹ [...] conjunto de princípios e (institutos) jurídicos reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação jurídica de devido processo, cuja característica é assegurar, pelos institutos do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados. (LEAL, 2011, p. 71).

sejam mais coerentes com a realidade que pretendem regulamentar, o que facilita seu cumprimento voluntário. (BARRAL, 2005, p. 51).

Ainda que se adote um ponto de vista eminentemente econômico acerca do desenvolvimento, o protagonismo judicial e o processo enquanto instrumento a serviço da jurisdição que se expandiram a partir da segunda metade do Século XX com o chamado movimento pelo “acesso à justiça” mostram incompatibilidades teóricas evidentes, haja vista que para esse modelo de desenvolvimento cabe ao judiciário a garantia dos contratos e do direito de propriedade, traduzida como necessidade de segurança jurídica. Neste sentido, Pinheiro afirma:

De fato, um bom judiciário é importante para o adequado funcionamento de qualquer economia, mais ainda o é para uma que acaba de passar pelas reformas que foram adotadas no Brasil e na maior parte do mundo não desenvolvido na última década. Isto porque, com a privatização, o fim dos monopólios e controles de preços e a abertura comercial muitas transações antes realizadas dentro do aparelho de Estado, ou coordenadas por ele, passaram a ser feitas no mercado. Sem o apoio de um bom judiciário, essas transações podem simplesmente não ocorrer, ou se dar de forma ineficiente, exigindo que as reformas sejam revertidas.

Assim, o judiciário é uma das instituições mais fundamentais para o sucesso do novo modelo de desenvolvimento que vem sendo adotado no Brasil e na maior parte da América Latina, pelo seu papel em garantir direitos de propriedade e fazer cumprir contratos. (PINHEIRO, 2008, p. 20-21).

Por óbvio, a segurança jurídica exige critérios mínimos de racionalidade na aplicação do direito por parte do Judiciário. Como afirma Forgioni, a análise econômica do direito traz dentre seus postulados – ainda que esta ideia não tenha com ela se originado – a impossibilidade de aplicação dos textos normativos sob a influência de considerações “desestabilizadoras e não-uniformes, tal como a busca do ideal de *justiça*” (2006, p. 423).

Embora não se faça aqui uma defesa dos postulados da análise econômica do direito, mas sim do resgate dos espaços públicos de discussão – dentre estes, do Processo, enquanto instituição constitucionalizada –, não se pode deixar de levar em conta que uma pretensa preocupação social tem permeado o ordenamento jurídico de incoerências que, como não poderia deixar de ser, repercutem nas mais diversas searas, inclusive na econômica, e, por vezes, com resultados contrários àqueles desejados pela jurisdição salvadora proposta pelos movimentos tratados linhas atrás. Tome-se como exemplo, os efeitos que decisões “justas” podem ter sobre o aumento desmedido dos preços dos aluguéis e sobre as possibilidades de financiamento de imóveis. Nestes casos, embora a intenção, presume-se, seja das melhores, é justamente a parcela mais pobre da população que é penalizada com “prêmios de risco” (PINHEIRO, 2005, p. 270).

No mercado de crédito imobiliário, a modificação dos contratos de financiamento é exaltada por Dinamarco como um dos casos exitosos da apreensão por parte do julgador das escolhas axiológicas da sociedade:

Sem tanta conotação de rebeldia à lei, souberam os tribunais brasileiros também conduzir a atualização dos créditos em caso de dívidas de valor, especialmente nas indenizações por ilícitos, em que dos dispositivos legais preexistentes extraíram a exigência de indenização por valor atualizado. Houve também os conhecidos casos de mutuários do Sistema Financeiro de Habitação, a quem foi judicialmente reconhecido o direito à limitação dos reajustes nas prestações que pagam, tendo-se em conta a chamada *equivalência salarial*. (DINAMARCO, 2009a, p. 231-232).

Em que pese a importância dessas decisões num dado momento histórico, não se pode olvidar que atualmente “o mercado de crédito imobiliário ilustra um caso em que os riscos e custos de transação introduzidos pela forma de atuação do judiciário são tão altos que praticamente levam à inexistência do mercado” (PINHEIRO, 2008, p. 29), situação que afeta justamente os menos abastados, ou seja, aqueles que se buscava proteger através do protagonismo judicial.

Desse modo, pode-se afirmar que a não-neutralidade defendida através do movimento pelo “acesso à justiça” e pela instrumentalidade do processo tem prejudicado justamente as pessoas que, em tese, deveriam ser beneficiadas com o “uso alternativo” do direito. Ao discorrer sobre a não-neutralidade do órgão responsável pela decisão judicial, Pinheiro afirma:

A não-neutralidade do magistrado tem duas consequências negativas importantes do ponto de vista da economia. Primeiro, os contratos se tornam mais incertos, pois podem ou não ser respeitados pelos magistrados, dependendo da forma com que ele encare a não-neutralidade e a posição relativa das partes. Isso significa que as transações econômicas ficam mais arriscadas, já que não necessariamente ‘vale o escrito’, o que faz com que se introduza prêmios de risco que reduzem salários e aumentam juros, aluguéis e preços em geral.

Segundo, ainda que, como colocado na pesquisa de Vianna *et alli* (1996), a magistratura não esteja ‘comprometida com a representação de interesses’, a não-neutralidade do magistrado significa que este se alinha claramente com os segmentos sociais menos privilegiados da população: entre o inquilino e o senhorio, ele se inclina a favor do primeiro; entre o banco e o devedor, ele tende a ficar com o último, e assim por diante. Isso faz com que, nos casos em que essa não-neutralidade é clara e sistemática, esses segmentos menos privilegiados sejam particularmente penalizados com prêmios de risco (isto é) preços mais altos. (PINHEIRO, 2008, p. 44).

Não bastasse essa constatação, não há como se garantir que o “uso alternativo do direito” se dará em prol dos hipossuficientes e não em seu prejuízo. Vide, por exemplo, os

litígios referentes à questão possessória, nos quais a “função social da propriedade”, apesar do caráter normativo, continua a ser solenemente ignorada¹².

Nada obstante, a questão da não-neutralidade e do protagonismo judicial não pode ficar restrita a uma perspectiva meramente econômica do desenvolvimento, sob pena de se manter a discussão enclausurada nos paradigmas do Estado liberal e do Estado de bem estar social, cujos problemas e a necessidade de superação são destacados por Habermas:

Os dois paradigmas compartilham a imagem produtivista de uma sociedade econômica apoiada no capitalismo industrial, cujo funcionamento, segundo uma das interpretações, preenche a expectativa de justiça social através da defesa autônoma e privada de interesses próprios; segundo a outra interpretação isso acarreta a destituição da expectativa de justiça social. Os dois paradigmas concentram-se nas implicações normativas do funcionamento social de um status negativo protegido pelo direito e procuram saber se é suficiente garantir a autonomia privada através de direitos à liberdade ou se a *emergência* ou surgimento da autonomia privada tem que ser assegurada através da garantia de prestações sociais. Em ambos os casos, perde-se de vista o nexo interno que existe entre autonomia privada e autonomia do cidadão – e, com isso, o sentido democrático da auto-organização de uma comunidade jurídica. Entretanto, a disputa entre os dois paradigmas, que ainda perdura, limita-se à determinação dos pressupostos fáticos para o status de pessoas do direito em seu papel de destinatários da ordem jurídica. Todavia, elas somente serão autônomas na medida em que puderem se entender também como autoras do direito, ao qual se submetem enquanto destinatárias. (HABERMAS, 2003, p. 145-146).

Não se trata, portanto, de adotar alguns dos postulados da análise econômica do direito, mesmo porque questões como previsibilidade, imparcialidade, segurança jurídica não podem ser tidas como aspectos inovadores trazidos pela Escola de Chicago¹³ (FORGIONI, 2006, p. 421).

Tampouco se trata de assumir uma postura individualista, como aquela defendida pelo modelo neoliberal (WAINWRIGHT, 1994, p. 52), em detrimento da efetivação de direitos sociais hoje constitucionalmente assegurados.

¹² “O deferimento da proteção possessória, a partir da Constituição Federal de 1988, passou pela observação do cumprimento da função social da propriedade, e nessa perspectiva afronta a Carta Magna, o deferimento reintegratório ao titular do domínio que, descumprindo a função social da propriedade, deixando-a abandonada e improdutiva, sem observâncias das normas protetivas do meio ambiente, quer proteger o que a Constituição não resguarda”. (FACHIN, 2000, p. 290).

¹³ “Um dos pilares sobre os quais se funda a AED liga-se à verificação de que o incremento do grau de segurança e de previsibilidade proporcionado pelo sistema jurídico leva ao azeiteamento do fluxo de relações econômicas.

[...]

Não há nada de original nessa assertiva, que tampouco é exclusiva da AED. ‘O comércio para medrar e desenvolver-se necessita, além de seu mecanismo especial, o transporte e inteligente distribuição das mercadorias, de segurança, estabilidade e confiança’, era, há muito, a lição de José da Silva Lisboa, o Visconde de CAIRU”. (FORGIONI, 2006, p. 421).

Ao se tomar o Processo como instituição constitucionalizada, na qual o debate em torno dos argumentos trazidos pelas partes será imprescindivelmente levado em conta, o que se tem em mente é a necessidade de recomposição do nexos existente entre a autonomia pública e a autonomia privada dos cidadãos, fundamental para a concretização de um novo paradigma, necessário à concretização do desenvolvimento enquanto direito humano:

[...] o substrato social, necessário para a realização do sistema dos direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados pelo poder comunicativo dos processos democráticos. (HABERMAS, 2003, p. 186).

Nessa perspectiva, o juiz guardião ideológico da sociedade deve ceder à neutralidade, entendida esta não como um atributo, como adverte Warat (1994, p. 86-87), mas como uma possibilidade (desejada) de que quem julga possa controlar seus sentimentos.

De outra banda, o Processo não pode ser encarado mais como instrumento da jurisdição a serviço do Estado, como defendido pela corrente instrumentalista do processo, mesmo porque, como já demonstrado pela história, a vagueza de sentido dos “fins sociais” do Estado já deu margem a muitos horrores.

5. CONCLUSÃO

Através da reconstrução histórica do chamado movimento de socialização processual, procurou-se demonstrar os fundamentos teóricos do Projeto Florença de Acesso à Justiça e da corrente instrumentalista do processo.

Como se pôde observar, a pretensão de alçar o juiz à condição de fundamento pensante do processo foi útil tanto a pretensões que buscavam melhorar a vida das pessoas – embora seus resultados sejam duvidosos –, quanto aos mais diversos regimes autoritários.

Além disso, constatou-se que a não-neutralidade defendida pelas correntes socializantes do processo termina por prejudicar em larga escala justamente aqueles que se quer beneficiar com uma atuação social do direito através do processo.

Confrontadas com uma perspectiva de desenvolvimento enquanto liberdade, a não-neutralidade e o protagonismo judicial defendidos a partir de Anton Menger e Franz Klein mostram incompatibilidades teóricas evidentes, pois privam os cidadãos da capacidade de interferir na conformação do próprio destino.

Fundamental, portanto, para a concretização de um direito humano ao desenvolvimento permitir às pessoas, através do Processo (legislativo, judicial, etc.) a mais ampla participação democrática.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e Política no Brasil**. São Paulo: Sumaré/Educ, 2002. 327 p.

BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. In: _____. (Org.). **Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Singular, 2005. pp. 31-60

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. p. 16699. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>> . Acesso em: 14 jan. 2013.

BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Rosas Lichtschein. Lima: Peru, 2008. 293p.

CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos. In: BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de Setembro de 1939. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1939. p. 24441. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. 168 p.

_____. **Juízes legisladores?**. Tradução Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999. 134p.

_____. Aspectos sociais e políticos do processo civil. In: _____. **Processo, ideologias e sociedade**. Vol. I. Tradução Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Fabris, 2008. pp. 311-377.

_____. Reformas parciais do processo penal: breves apontamentos críticos. In: BRASIL. Ministério da Justiça. **Reforma infraconstitucional: processo penal**. Brasília: 2009. p. 85-98.

DENTI, Vitorio. **La giustizia civile**: lezioni introduttive. Nuova edizione. Bologna: Il Mulino, 2004. 241p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009a. 400p.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009b. v. 1.

FACHIN, Luiz Edson. A justiça dos conflitos no Brasil. In: STROZAKE, Juvelino José. **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: RT, 2000. p. 277-291.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. 780 p.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito: paranoia ou mistificação?. In: COUTINHO, Jacinto Nelson; LIMA, Martonio Mont'Alverne B. **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 419-442.

FERREIRA, Adriano de Assis. **Questão de classes: direito, estado e capitalismo em Menger, Stutchka e Pachukanis**. São Paulo: Alfa Ômega, 2009. 123p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. 219 p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2ª ed. Tradução Flávio Beno Siembeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2v.

KELSEN, Hans. O que é justiça? In: _____. **O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. 3ª ed. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. pp. 1-25.

KÖHLING, Wolfgang K. C.. The economic consequences of a weak judiciary. Center for Development Research. University of Bonn, 2000. Disponível em: <<http://ideas.repec.org/p/wpa/wuwple/0212001.html>. Acesso em: out. 2012.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 727 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. 1ª. ed. São Paulo: Landy, 2002. 206p .

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 293 p.

NAHAAS, Aline de Souza Lima Dias. **Os mecanismos de facilitação do “acesso à justiça” como óbice à construção do Estado Democrático de Direito**. 2011. 117f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2008. 281 p.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. 2ª ed. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 721p.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organização, rev. trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 155p.

_____. Apresentação. In: NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2008. pp. 13-19.

PINHEIRO, Armando Castellar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e Economia**: análise econômica do Direito e das organizações. São Paulo: Campus-Elsevier, 2005. p. 244- 283.

_____. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & economia**. 2ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 19-47.

SANTOS, Boaventura de Souza. A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça. In: _____. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 13ª ed. São Paulo: Cortez, 2010. cap. 7. p. 161-186.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. 409p.

SOUSA, Monica Teresa Costa. A importância das instituições de justiça para a afirmação do direito ao desenvolvimento. In: **Revista do curso de direito da UFMA**, São Luís, v. 1, n. 1, jan./jul., 2011. p. 141-158.

SCHMIDTZ, David. **Os elementos da justiça**. Tradução Willian Lagos. Revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 363 p.

SPRUNG, Reiner. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17, jan./mar. 1980. pp. 138-149.

WAINWRIGHT, Hilary. **Uma resposta ao neoliberalismo**: argumentos para uma nova esquerda. Tradução Angela Melim. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. 151p.

WARAT, Luis Alberto. **O outro lado da dogmática jurídica**. In: ROCHA, Leonel Severo. Teoria do direito e do Estado. Porto Alegre: Fabris, 1994. pp. 81-95.