

Primeiras linhas para acesso ao processo

FIRST LINES FOR ACCESS TO PROCESS

* Flaviane Magalhães Barros

** Warlen Soares Teodoro

*** Amanda Monique de Souza Aguiar Maia

Resumo: É possível ter “Acesso à Justiça” e não ter Acesso ao Processo? Embora aparentemente contraditório o questionamento, sua compreensão passa pela revisitação da perspectiva do Estado Social, na linha do Projeto de Florença e de uma quarta onda renovatória, para enfim buscar bases teóricas condizentes com o marco constitucional de 1988, o paradigma de Estado Democrático de Direito. Para tanto, imprescindível abandonar a teoria da relação jurídica do processo estruturada em torno da jurisdição, colocando-se como contraponto a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, como primeiro passo. Na linha democrática deve-se assegurar que o destinatário do ato estatal se veja como coautor na construção deste ato, na perspectiva de Habermas, condição que não é atingida ao adotar a teoria relacionista.

Palavras-chave: Acesso ao processo; Reconstrução teórica.

Abstract: You can have “ access to justice “ and not have access to the process ? Although seemingly contradictory questioning , their understanding requires the revisiting the perspective of the welfare state , in line with the design of Florence and a fourth wave renewals , to finally get consistent theoretical basis with the constitutional March 1988 , the paradigm of democratic state . To do so , leaving the essential theory of the legal relationship of the process structured around the court , standing as a counterpoint to the theory of the process as adversarial procedure completed as a first step . In democratic line must ensure that the recipient of the state act is seen as co-author in the construction of this act , from the perspective of Habermas, a condition that is not met by adopting the relationist theory.

Keyword: Access to Justice; Reconstruction theory.

* Doutora e mestre em direito processual – PUC Minas. Pós-Doutora (CAPES) junto a Università Deglistudi di Roma TRE. Professora adjunta da PUC Minas, no curso de graduação e pós-graduação em Direito. Professora na Universidade Federal de Ouro Preto. E-mail: flaviane.barros@bmmv.com.br

** Mestrando em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). E-mail: warlen_soares@hotmail.com

*** Acadêmica de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). E-mail: amanda.monique@sga.pucminas.br

INTRODUÇÃO

O assunto sobre “acesso à justiça” não desaparece dos debates acadêmicos mesmo transcorridos décadas dos primeiros estudos desenvolvidos por Cappelletti e Garth (1988). E o tema necessariamente deve ser retomado nestes 26 anos de Constituição. Isto porque novos questionamentos emergiram com o marco democrático, entre eles: é possível que a parte tenha acesso à justiça e não tenha acesso ao processo?

Para compreensão da problemática, primeiramente é necessário reconstruir a linha do Projeto de Florença identificando os obstáculos e as propostas de solução, como por exemplo, as altas custas judiciais, a demora processual e a falta de mecanismos de proteção aos direitos difusos. De uma forma geral, neste primeiro momento, busca-se responder a pergunta, o que impede do cidadão ter acesso a via judicial?

Outros estudiosos desenvolveram o tema, guiado por um acesso à justiça denominado de quarta onda, cujo eixo de investigação desloca do lado da demanda para o lado da oferta do serviço judicial. Esta é a proposta de Kim Economides (1999), que pretende atacar duas questões centrais, quais sejam, quem possui acesso aos cursos de formação em direito e se profissionais como advogados, defensores públicos, membros da magistratura e do ministério público estão aptos a promoverem “justiça”. Este posicionamento pode ser traduzindo na pergunta, quais obstáculos devem ser removidos para uma melhor prestação judicial?

Contudo, estes autores ainda se encontram atrelados ao Estado social e depositam a crença no judiciário como autor da ordem jurídica e da sociedade. Mas, a mudança do cenário orientado pela Constituição de 1988 rompeu com modelos anteriores ao adotar como parâmetro norteador o Estado Democrático de Direito. E para a efetiva superação é necessário enfrentar o desafio de garantir o exercício da convivência da autonomia pública e privada do cidadão e assim assegurar que o destinatário do ato estatal se veja como coautor na construção deste ato (HABERMAS, 2003).

Nesta quadra o eixo central figura em torno do seguinte questionamento: uma vez que as partes tenham acesso à via judicial, quais obstáculos impedem de contribuir para a formação legítima do provimento?

Mais que o aspecto estrutural para um judiciário atender as demandas economicamente desfavorecidas e a renovação de institutos jurídicos aptos a atender demandas de massa ou investimento na formação de operadores do

direito e na capacitação para um juiz promovedor de justiça social, torna-se necessário abandonar o arcabouço teórico inadequado ao Estado Democrático de Direito.

Portanto, mesmo diante de um processo judicial a parte como mero cliente à mercê do Estado social, consubstanciado na ciência processual mediante a teoria da relação jurídica, é carente de acesso à justiça na linha de uma proposta democrática, uma vez que o cidadão resta alijado da construção do ato estatal. Não existe acesso à justiça se a parte não contribui para a formação da decisão, prevalecendo apenas a autoridade do órgão judiciário.

Nesse ínterim, renova-se a proposta de substituição da teoria da relação jurídica do processo pela teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, na linha defendida pelo italiano Fazzalari (1996) e no Brasil por Gonçalves (1992), como porta inicial teórica adequada ao marco constitucional democrático.

Assim o primeiro capítulo dedica-se a traçar em linhas gerais os principais obstáculos enfrentados pelo Projeto de Florença. No segundo capítulo coloca-se a proposta renovatória de uma quarta onda, desenvolvido por Kim Economides (1999). O terceiro capítulo expõe a crítica às linhas anteriores pontuando os caminhos para um acesso à justiça democrático. Por último, faz um contraponto da teoria da relação jurídica com a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório.

1 PARADIGMA DO ESTADO SOCIAL E ACESSO A JUSTIÇA

A partir da publicação dos resultados da pesquisa empírica realizada pelo Projeto Florença, cuja repercussão tornou-se a nível mundial, o tema acesso à justiça tem destaque (NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 35). Trata-se de um estudo desenvolvido entre os anos de 1973 a 1978, envolvendo pesquisadores de várias ciências sociais e organizado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), que se notabilizou por investigar sistemas judiciais de 23 países¹. Os resultados foram compilados em oito tomos e publicados no último ano, em Milão, intitulado “*Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective – A General Report*”.²

¹ Austrália, Áustria, Bulgária, Canadá, China, Inglaterra, França, Alemanha, Holanda, Hungria, Indonésia, Israel, Itália, Japão, Polônia, União Soviética, Espanha, Suécia, Estados Unidos, México, Colômbia, Chile e Uruguai.

² Tradução nossa - Acesso a Justiça: o movimento mundial para a efetivação dos direitos – um relatório geral.

Em suma, o objetivo do projeto era identificar o que impossibilitava o cidadão comum de ter acesso à justiça e propor a criação de mecanismos de acessibilidade nos Judiciários, efetivando seus direitos. Os estudos enfrentam diretamente de forma crítica o período liberal que era pautado apenas em corrigir os problemas ao direito de ação, isto é, ter acesso à proteção judicial limitava-se ao direito processual do indivíduo de propor ou contestar uma ação (FERNANDES; PEDRON, 2008, p. 2).

Identificou-se que o modelo liberal era exegético, dogmático e indiferente aos problemas reais do foro. A população menos abastada era excluída dos serviços judiciários. Por outro lado, o aumento populacional desencadeou uma demanda por interesses coletivos e pela busca de uma atuação positiva do Estado para assegurar o gozo de todos os direitos sociais básicos, tais como saúde, trabalho, segurança, educação, entre outros.

O primeiro obstáculo identificado foi o fator econômico, ou seja, as custas judiciais que, de maneira geral, são bem altas, ao lado disso as regras de sucumbência e os honorários advocatícios. A conclusão foi que a penalidade imposta ao vencido era quase duas vezes maior ao bem pretendido. Somando-se a isso as incertezas do processo desestimularia o cidadão a procurar uma reparação judicial.

Importante destacar que a conjugação entre fator tempo e fator custas não afeta a todos os litigantes de maneira idêntica. A demora, além de aumentar o custo para as partes, pressionava o economicamente mais fraco a desistir da causa em andamento, ou por outro lado, a aceitar acordos que embora em desvantagem ao seu direito, resolviam de forma mais rápida a ação (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 7.).

Três soluções foram apontadas. A primeira é o Sistema *Judicare*, isto é, para dar acesso ao judiciário aos cidadãos de baixa renda o Estado passaria a remunerar advogados³. O segundo sistema é o de “advogados remunerados pelos cofres públicos”, que possui a característica de prestar assistência judiciária, e de forma mais ampla, assistência jurídica, no sentido de conscientizar as pessoas sobre seus direitos⁴. Posteriormente, um sistema misto integrando características dos anteriores, foi proposto⁵ com a finalidade de deixar a cargo do cidadão a escolha de escolher um advogado público ou privado (FERNANDES; PEDRON, 2008, p. 3).

³ Principais países: Austria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha.

⁴ Legal Services Corporation nos Estados Unidos.

⁵ Pela Suécia e província canadense de Quebec.

Mas entre os obstáculos não estava apenas o fator econômico. O segundo obstáculo está ligado ao acesso às informações, sobre como ajuizar uma ação ou sobre os próprios direitos a que faz jus, ou seja, a falta de conhecimento jurídico básico constituía um entrave de acesso à justiça. Os fatores psicológicos também são citados, como, por exemplo, os procedimentos complexos, a grande formalidade, o ambiente hostil nos tribunais, a visão de juízes e advogados como opressores que contribuem para o demandante se sentir em um mundo estranho (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9).

O terceiro grande obstáculo apresentado pelo relatório refere-se aos direitos difusos. Foram identificadas ausência de mecanismos jurídicos em defesa destes direitos, em contraponto ao individual que tinha uma vasta gama de institutos jurídicos à disposição do demandante. No mesmo sentido, percebeu-se a inviabilidade de socorrer ao Poder Judiciário em razão da natureza do direito lesado, ou por causa da dificuldade de organização dos indivíduos para propor uma ação coletiva, ou pelo fato do prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção ser suficientemente desestimulante para procurar o serviço judicial, ou mesmo a impossibilidade de um determinado grupo ter o direito de corrigir a lesão a um interesse coletivo.

Com base nestes dados foram propostas mudanças na legislação visando à criação de mecanismos jurídicos adequados às novas querelas sociais surgidas na modernidade, ao lado de reformas nas estruturas de tribunais e a criação de mais foros, aproximando o Poder Judiciário da sociedade com o fim de efetivar direitos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Estas breves linhas resumem os obstáculos e soluções apresentadas pelo Projeto Florença de Acesso a Justiça. Pode-se concluir que a proposta era levar o cidadão ao judiciário, a partir do enfrentamento dos obstáculos. De uma forma geral, neste primeiro momento, busca-se responder a pergunta, o que impede do cidadão ter acesso a um processo judicial?

Uma quarta onda renovatória surge diante dos estudos de Kim Economides⁶, discípulo de Mauro Cappelletti um dos coordenadores do Projeto Florença. Visa deslocar o eixo de investigação dos destinatários da prestação jurisdicional para os prestadores do serviço, sem perder o enfoque também da demanda, além da indissociável relação entre eles (ECONOMIDES, 1999).

Assim fez uma diferenciação terminológica ao denominar de macro político o viés de acesso à justiça adotada pelo Projeto de Florença por uma

⁶ O próprio autor admite que o termo “onda” advém da influencia de Mauro Cappellett.

justiça distributiva, e micro política a visão de acesso à política pelos operadores do direito.

E para enfrentar estes obstáculos de acesso à justiça pelo lado dos prestadores do serviço judicial Economides propõe uma quarta onda renovatória. O foco central desta vez divide em duas esferas, a primeira sobre o acesso dos cidadãos ao ensino do direito e ao ingresso nas profissões jurídicas; e em segundo, como estes operadores, uma vez investidos nas carreiras, teriam acesso à justiça, ou seja, como estariam preparados para fazer justiça.

O primeiro ponto possui uma lógica bem simples, para chegar a uma carreira jurídica, como de juízes, promotores, defensores e de advogados, primeiramente deve-se passar por um curso jurídico. Assim, por exemplo, dar acesso aos cidadãos brasileiros excluídos e grupos de minorias supriria o déficit de representação judiciária e promoveria acesso à justiça. “A questão que deve ser respondida em busca da solução seria: quem pode se qualificar como advogado ou juiz? Quem tem acesso às faculdades de direito? É a admissão governada, primariamente, segundo princípios de nepotismo ou de mérito?” (ECONOMIDES, 1999, p. 73).

Acrescenta o autor que as faculdades de direito possuem relevante papel na formação de profissionais compromissados em fazer justiça e não apenas voltados para o lucro.

A segunda esfera parte do ponto que o cidadão já passou por um curso de direito e está inserido em uma das carreiras jurídicas. Aqui são levantadas questões éticas sobre as responsabilidades mais amplas da participação das faculdades e dos organismos profissionais na admissão destes profissionais e de padrões mínimos de profissionalização. Propõe maior fiscalização dos profissionais, notadamente a do advogado, sendo um ponto de partida as declarações acolhidas por estes profissionais nos seus estatutos e código de ética. Para ilustrar, seria importante a atuação de órgãos profissionais, como, por exemplo, o da Ordem dos Advogados do Brasil na fiscalização da conduta dos advogados. Pode ser citado também o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, que fiscalizam respectivamente a magistratura e a promotoria de justiça⁷.

Enfim, esta é a proposta de Economides (1999) com o eixo da investigação deslocado para os prestadores de serviço judiciário, com o objetivo de identificar

⁷ Vale registrar que alguns dos pontos destacados pelo autor são reflexos das pesquisas desenvolvidas na Europa e no norte da América e muitos deles são problemas superados no Brasil, como o acesso às carreiras jurídicas mediante concurso público e o acesso ao curso de direito mediante vestibular.

fatores que impedem maior representatividade nos cargos que desempenham a prestação judiciária, no que ele próprio denomina uma quarta onda [...] “*e talvez última, onda do movimento de acesso à justiça*” (ECONOMIDES, 1999, p. 72). Mas como será visto, esta perspectiva não fecha o assunto.

2 ACESSO A JUSTIÇA DEMOCRÁTICO E LEGITIMIDADE DECISÓRIA

O Projeto de Florença depositou as esperanças no cotejo de uma “justiça” material, na busca de efetivar direitos, atacando o modelo liberal, que acreditava na suficiência da mera declaração formal dos direitos.

Mas o enfrentamento dos obstáculos pela primeira, segunda e terceira onda é feito sob a ótica de um segundo paradigma, o de Estado Social. Conforme acentua Dierle Nunes e Ludmila Teixeira:

Muito embora este monumental trabalho represente uma contribuição muito significativa sobre o tema e haja servido de fundamento e apelo para a superação das práticas e procedimentos de cunho liberal/individualista, é necessário reconhecer o enraizamento do Projeto no paradigma social. Ainda que àquela altura o declínio do Estado de bem-estar fosse indissociável, foi este o marco ideológico que guiou a compreensão teórica de acesso à justiça feita por Cappelletti e seus contemporâneos (NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 44).

Com efeito, a característica marcante do modelo social é a acumulação de riquezas e o domínio da propriedade na mão de poucos gerando enormes grupos de indivíduos sem acesso às condições básicas de uma vida digna. Ao lado disso surgem novos direitos sociais, tais como saúde, trabalho, lazer, direito de greve, entre outros que passaram a fundamentar as reivindicações de massa (BARROS, 2008, p. 5).

Fazendo breve retrospecto, no primeiro momento, o Estado liberal, inerte, intervém o mínimo possível na esfera particular, em garantia das liberdades individuais. Entretanto, assume uma postura ativa no Estado Social no sentido de materializar direitos formalmente previstos na lei e os novos incorporados, visando atingir uma igualdade de fato que a mera disposição legal é incapaz de conseguir. Entretanto, a crítica dirigida ao modelo social é a passividade do cidadão em detrimento de uma ampla e ativa atuação do Estado. Em outras palavras, o indivíduo torna-se inerte e transforma-se em

cliente, à espera do cumprimento das promessas do Estado (HABERMAS, 2003, p. 155).

Nesse mesmo sentido, insere a preocupação da quarta onda, que não supera o Estado social, pelo contrário, encontra-se fincado nele. Observa-se também nesta linha, a crença no Estado em suprir as demandas sociais, mas desta vez, com a proposta de enfrentamento dos obstáculos que impedem a representatividade nos cargos que prestam o serviço judiciário, deslocando o eixo de investigação para o lado dos prestadores do serviço. A análise é insuficiente para um acesso à justiça de um paradigma de Estado Democrático de Direito, não podendo ser a última onda de acesso à justiça como pretende Economides.

Segundo Habermas (2003), se no primeiro momento, liberal, há o predomínio da esfera privada, no segundo momento há a prevalência da esfera pública. Mas o paradigma democrático reclama o indivíduo ativo participante dos canais de formação da opinião e da vontade, pois se inverte o norte do Poder que não é atributo solitário do Estado. Nessa ordem de pensamento a decisão de mérito no processo deve enfrentar a legitimidade, que é incorporada aos atos estatais devido ao exercício participativo dos seus destinatários na formação do ato. Isto é, para que o ato estatal seja legítimo exige participação daqueles que sofrerão os efeitos. Este cenário supera seus antecessores, liberal e social, devido à junção e convivência mútua da autonomia privada e a autonomia pública (HABERMAS, 2003, p. 155).

Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela *deve* sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso. Uma vez que a garantia da autonomia privada através do direito formal se revelou insuficiente e dado que a regulação social através do direito, ao invés de reconstruir a autonomia privada, se transformou numa ameaça para ela, só resta como saída tematizar o nexo existente entre formas de comunicação que, ao *emergirem*, garantem a autonomia pública e a privada. (HABERMAS, 2003, p. 155).

Assim é que devem ser institucionalizados procedimentos discursivos como mecanismo legitimador dos atos emanados pelo Estado pela participação dos destinatários. O indivíduo não é mero cliente à espera das promessas do

Estado, mas protagonista da ordem jurídica e social. Os direitos e deveres políticos não se limitam a decisões tomadas pelas instituições em franca dependência (FERNANDES; PEDRON, 2008).

Dentro deste cenário o processo só pode ser entendido como porta de acesso do cidadão ao espaço discursivo de formação do provimento final de uma demanda judicial, influenciando e contribuindo na construção de uma decisão final participada que lhe afetará. Por tal razão, devem ser afastados atos emanados de forma isolada, sem a participação daqueles que sofrerão os efeitos (NUNES; TEIXEIRA, 2013).

A representação dos interesses dos grupos minoritários no judiciário não é como quer Economides, pelo acesso destes às faculdades de direitos ou a cargos públicos que prestam o serviço jurisdicional, mas por via do processo democrático que encaminhe as querelas destes grupos frente ao Estado.

Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que participam de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes. Na medida em que os programas legais dependem de uma concretização que contribui para desenvolver o direito – a tal ponto que a justiça, apesar de todas as cautelas, é obrigada a tomar decisões nas zonas cinzentas que surgem entre a legislação e a aplicação do direito –, os discursos acerca da aplicação do direito tem que ser complementados, de modo claro, por elementos dos discursos de fundamentação. (HABERMAS, 2003, p. 183).

Exige-se diante do acesso à justiça no paradigma democrático, de cunho participativo, uma reconstrução de institutos jurídicos⁸, bases teóricas⁹ e legislações¹⁰ complacentes e ainda erguidas sobre o “mito da autoridade” cujo arcabouço teórico encontrou guarida no Estado Social.

⁸ Um exemplo é a Súmula Vinculante, que exclui a participação democrática na formação do direito.

⁹ Ainda é amplamente aceito no Brasil a teoria da instrumentalidade do processo, erguida sob o Estado social, especificamente de cunho Nazista (NUNES, 2008).

¹⁰ No âmbito processual, deve ser extirpada qualquer decisão emanada do ato solitário do julgador que não leve em consideração a contribuição levada pelas partes de forma compartilhada, como é o caso da produção antecipada.

O desafio do acesso à justiça nesta perspectiva que se apresenta, democrática, é enfrentar os obstáculos ao acesso do cidadão na participação da formação legítima dos atos do Estado¹¹, especificamente neste caso, na produção de provimentos participados e o arcabouço teórico insere neste contexto. Assim é que no próximo capítulo serão traçadas linhas gerais da teoria da relação jurídica do processo, erguida sob o Estado social e feito o contraponto com a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, apoiada na situação jurídica, que dá um passo importante para inserir o processo nos deslindes democráticos.

3 RENOVAÇÃO TEÓRICA PARA ACESSO AO PROCESSO

Neste capítulo será feito um contraponto entre a teoria do processo como relação jurídica com a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, assim torna-se possível identificar os problemas de se seguir a primeira corrente de pensamento diante da virada democrática.

No ano de 1868, é publicada na Alemanha uma obra intitulada *A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*, (BÜLOW, 2003) obra esta que tornou Oskar Von Bülow (2003) conhecido como fundador da ciência processual ao dar autonomia em relação ao direito material. Defende o autor que duas relações jurídicas se formam no processo, quais sejam, a relação jurídica material firmada entre particulares e que define a matéria do mérito, e a relação jurídica processual, totalmente distinta, porque cria um vínculo perante a atividade judicial (LEAL, 2008, p. 38), isto é, se desenvolve entre as partes perante o juiz e auxiliares da justiça.

O processo como relação jurídica admite o vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada, e um vínculo com o juiz, quem dirige e conduz o processo (GONÇALVES, 1992, p. 97-98).

Essa teoria teve diversos adeptos, sendo aprimorada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e, inclusive, por autores que buscaram representá-la através de gráficos, como Wach que entendia que a relação processual

¹¹ Interessante a proposta de Fernandes e Pedron (2008) que alerta sobre a necessidade de um acesso a justiça não meramente quantitativo, mas sim qualitativo. Mais detalhes a este respeito podem ser encontrados em: *O poder judiciário e(m) crise: reflexões de Teoria da Constituição e Teoria Geral do Processo sobre o acesso à justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas*.

entre juiz, autor e réu era triangular, já Hellwig compreendendo-a como angular e por fim Köhler que defendia que a relação processual era linear vinculando autor e réu em pólos de subordinação - ativo e passivo (LEAL, 2005). Ainda nos dias de hoje tem grande aceitação entre os operadores do Direito com base nas ideias desenvolvidos no Brasil por Dinamarco (2005) que coloca a jurisdição no centro da ciência processual e define o processo como instrumento legitimador do poder do Estado:

Mediante a utilização do sistema processual, propõe-se o Estado, antes de tudo, a realizar objetivos que são seus. Quer se pense na pacificação social, educação para o exercício e respeito de direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial e de sua própria, nas garantias à liberdade, na oferta de meios de participação democrática, ou mesmo no objetivo jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei (DINAMARCO, 2005, p. 78).

Entretanto, conforme acentua Leal (2008) o contexto histórico ao qual Bülow desenvolvera suas ideias era o do fortalecimento do poder do Estado na atividade jurisdicional:

Quando se leva em consideração aspectos da metodologia do direito aceitos à época do surgimento da teoria de Bülow e a tentativa confessada do autor, conforme se viu, de influir nos textos legislativos que eram então elaborados, torna-se possível vislumbrar que o objetivo precípuo do jurista alemão era o de fundamentar teoricamente a necessidade do aumento do poder do Estado, dos juízes e dos tribunais (LEAL, 2008, p. 45).

Cabe indagar, portanto, como poderia a teoria da relação jurídica contribuir para um o processo de cunho democrático se pretende fortalecer apenas a atuação do Estado/juiz?

Ao retomar a questão central do objeto deste trabalho, qual seja, é possível estar em uma demanda e não ter acesso à justiça? A resposta conclusiva é sim. Porque ao adotar a teoria da relação jurídica legitima-se o exercício do poder do Estado e não a legitimidade do ato estatal a partir da participação dos cidadãos na formação decisória.

Assim, torna-se necessário abandonar teorias inadequadas ao Estado Democrático de Direito e não basta o aspecto estrutural de um judiciário apto a atender as demandas economicamente desfavorecidas e a renovação de

institutos jurídicos voltados a demandas de massa ou investimento na formação de operadores do direito e na capacitação para um juiz promovedor de justiça social, limitados aos estudos de Cappelletti e Garth (1988), bem como de Kin Economides (1999), se o próprio destinatário do ato final não participa efetivamente na construção do seu próprio direito.

Enormes contribuições advém da teoria do processo como procedimento em contraditório (FAZZALARI, 1996) ao definir o provimento como ato emanado pelo órgão estatal dotado de disposições imperativas e que é preparado pelo procedimento. Isto é, o provimento é precedido de uma cadeia de procedimento.

E é na definição de procedimento que os contornos democráticos passam a incorporar a teoria processual, até então não visto, pois a participação está presente em toda a cadeia procedimental. Para o italiano é no procedimento que reside o campo de atuação do contraditório. E é no procedimento realizado em contraditório que se define o processo.

Portanto, o processo não é um emaranhado de atos externados, servindo de instrumento a serviço do julgador. O processo para Fazzalari (1996) é procedimento desde que realizado o contraditório, só há processo com a presença deste último.

Por sua vez, o provimento é o encerramento da cadeia procedimental desenvolvida pelo contraditório. Significa dizer que as partes processuais possuem direito a tratamento igual e em simétrica paridade de participar na formação do provimento cujos efeitos lhe afetarão.

Ao centrar o contraditório na estrutura procedimental o autor dá um salto para inserção do espaço discursivo procedimentalizado a legitimar as decisões judiciais. Assim o provimento não pode ser ato solitário do julgador, acobertado por uma discricionariedade, pois não pode alterar ou anular as atividades dos participantes (FAZZALARI, 1996, p. 82). Uma reconstrução do processo a partir de bases teóricas compromissadas com o paradigma do Estado Democrático de Direito, é o primeiro obstáculo a ser enfrentado para, uma vez tenha acesso à justiça possa ter acesso ao processo.

Calha uma última observação. A proposta de uma perspectiva renovada mediante um processo que permita a efetiva participação dos afetados na formação do provimento torna-se ultrapassado o emprego da terminologia “Acesso à Justiça” (jurisdição), sendo acertado: Acesso ao Processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a pretensão de esgotar o tema, discorreu que diante da guinada democrática introduzida pela Constituição de 1988, novos questionamentos sobre o tema acesso à justiça surgem, sendo um deles: é possível a parte não ter acesso à justiça estando em um processo?

Para responder a pergunta discorreu sobre o acesso à justiça na perspectiva dos estudos empreendidos por Cappelletti e Garth, que identificaram obstáculos e propuseram soluções para o motivo de um cidadão não buscar no judiciário a solução para um problema. Assim as preocupações voltaram para o aspecto estrutural para o judiciário atender os economicamente desfavorecidos e as demandas de massa.

Propondo uma complementação a estes primeiros estudos, Kin Economides investiga o acesso à justiça a partir do lado dos operadores do direito, concluindo que é necessário olhar para o lado da oferta da prestação do serviço judiciário.

Entretanto, para um acesso à justiça de cunho democrático é necessária que o ato estatal enfrente a legitimidade, alcançada com a participação dos destinatários na formação do próprio provimento.

Vai de encontro a esta linha a teoria da relação jurídica amplamente difundida no Brasil, pois deposita a crença no juiz/Estado como promovedor da ordem jurídica e social, não considerando a importância das partes processuais na construção do provimento. Nesse sentido, é possível que estando em uma demanda a parte não tenha acesso à justiça, uma vez que a participação nessa linha teórica é meramente como canal legitimador do poder estatal.

Diante deste contexto é importante as contribuições de Fazzalari ao definir o procedimento como preparatório do provimento, distinguindo do processo pelo núcleo que o qualifica, o contraditório. Assim a decisão judicial deve revestir de legitimidade que é alcançada pela participação das partes na formação do ato decisório, o que efetiva o acesso à justiça democrático.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional do processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 6, p. 131-148, 2008.

BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: Epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce (Org.). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1999. p. 61-76. Disponível em: <www.cpdoc.fgv.br>. Acesso em: 19 jun. 2013.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 8. ed. Padova: A. Milani, 1996.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flavio Barbosa Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**: reflexões de teoria da constituição e teoria geral do processo sobre o acesso à justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

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

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

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

NUNES, Dierle José Coelho; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

Artigo recebido em: 10/01/2014

Aprovado para publicação em: 16/02/2015

Como citar: BARROS, Flaviane Magalhães. TEODORO, Warlen Soares. MAIA, Amanda Monique de Souza. **Primeiras Linhas Para Acesso Ao Processo**. Revista do Direito Público. Londrina, v.10, n.1, p.31-45, jan./abr.2015. DOI: 10.5433/1980-511X.2015v10n1p31.