

MARCIA YOSHIE ISHIKAWA

ACESSO À JUSTIÇA: ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à conclusão do curso.

Orientador: Prof. Joaquim Munhoz de Mello

CURITIBA

2001

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental, o mais básico dos direitos humanos, de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (Mauro Cappelletti & Bryanth Garth)

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCIA YOSHIE ISHIKAWA

ACESSO À JUSTIÇA: ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Examinador:

Examinador

Curitiba, 21 de agosto de 2001.

SUMÁRIO

RESUMO	v
INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I - A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO	03
1. O ESTADO E OS NOVOS DIREITOS	03
2. EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL	05
2.1 ESCOPOS DA JURISDIÇÃO	07
2.2 ASPECTOS DA INSTRUMENTALIDADE	09
3. PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL	10
4. PROCESSO E DIREITO CONSTITUCIONAL	12
CAPÍTULO II - ACESSO À JUSTIÇA	14
1. ONDAS RENOVATÓRIAS DO DIREITO PROCESSUAL	14
1.1 PRIMEIRA ONDA: ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA	15
1.2 SEGUNDA ONDA: REPRESENTAÇÃO DOS INTERESSES DIFUSOS.	15
1.3 TERCEIRA ONDA: NOVO ENFOQUE DO ACESSO À JUSTIÇA	17
2. EFETIVIDADE DO PROCESSO	18
3. ACESSO À JUSTIÇA	20
3.1 CUSTOS ELEVADOS	23
3.2 DEMORA	27
3.3 DESINFORMAÇÃO	29
3.4 FATORES PSICOLÓGICOS	31
3.5 POSSIBILIDADE DAS PARTES	32
CAPÍTULO III - BUSCA DE TUTELAS ALTERNATIVAS	34
1. DEFORMALIZAÇÃO DO PROCESSO	35
2. DEFORMALIZAÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS	38
3. JUIZADOS ESPECIAIS	42
3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NOS JUIZADOS ESPECIAIS	45
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

RESUMO

O acesso à justiça é um tema de fundamental importância, já que apesar da criação de novos direitos, estes não estão sendo usufruídos pela grande maioria da população. No contexto da atual fase processual, instrumentalista e essencialmente crítica, o acesso à justiça, como acesso à ordem jurídica justa, esbarra na problemática da efetividade do processo que exige além da observância dos fins do processo, reflexo dos valores eleitos pela sociedade em dado momento histórico; a observância dos princípios constitucionais do processo; que garantem uma tutela mais efetiva desses valores. Os inúmeros fatores sociais, econômicos e jurídicos que restringem o efetivo acesso dos cidadãos à justiça, exigem soluções. Assim, a deformalização do processo tradicional e a criação de tutelas alternativas aos novos direitos contribuem para amenizar essa restrição; de modo a propiciar alternativas a determinadas demandas, antes sem soluções, e que contribuíam para o recrudescimento da violência. Essas soluções, para conseguirem o mínimo de eficácia, exigem uma mudança da mentalidade dos operadores do direito, que devem voltar seus esforços aos resultados práticos do sistema jurídico junto a seus consumidores. O problema do acesso à justiça, porém, não se restringe a soluções unicamente jurídicas; exige reformas mais amplas, no campo social e político.

Palavras-chave: acesso à justiça; instrumentalidade do processo; efetividade do processo.

INTRODUÇÃO

Há uma preocupação cada vez mais crescente, em todos os países, com uma justiça para todos. Os processualistas buscam recuperar a credibilidade da Justiça aos olhos dos jurisdicionados; o que requer nova postura e mentalidade voltadas aos novos valores da dinâmica social. Deve-se deslocar o ponto de vista e passar a ver o processo a partir de um ângulo externo, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Não basta encarar o sistema do ponto de vista dos produtores do serviço processual; é preciso levar em conta o modo como seus resultados chegam aos consumidores desse serviço. Dentro deste contexto, a escolha do tema decorre da importância do princípio do acesso à justiça; já que dele depende a efetividade dos novos direitos, o que viabiliza a justiça social para toda população.

Como o direito de acesso à justiça evolui juntamente com o direito processual; o acesso à justiça vislumbrado neste estudo, reflete as preocupações trazidas pela nova perspectiva metodológica processual - a instrumentalista. Nesta perspectiva, o direito de acesso à justiça deve ser entendido como o direito de acesso aos valores fundamentais da sociedade e do Estado, ou seja, o acesso à ordem jurídica justa.

À atual fase processual, eminentemente crítica, não basta a proclamação de novos direitos; exige-se a efetivação destes, de modo que todos possam desfrutar de suas vantagens.

Para tanto, preliminarmente serão analisados os problemas que historicamente impedem o desenvolvimento do Estado de direito e se colocam à concretização desses novos valores, sejam ou não jurídicos processuais; para que assim, seja possível encontrar soluções para esta restrição.

Além disso, serão analisadas formas de tutelas alternativas para a efetividade destes direitos, já que a tutela estatal tradicional tem se mostrado ineficaz na busca da pacificação dos conflitos, principalmente os de menor expressão econômica.

Toda essa nova preocupação com os resultados práticos do sistema jurídico junto aos seus consumidores pode descuidar da observância de garantias jurídicas

mínimas, quais sejam, os princípios constitucionais do processo; já que estes garantem uma atuação mais conforme com os valores eleitos pela sociedade.

O presente estudo não pretende inovar por inteiro, chegando a soluções de absoluta originalidade. Busca reconstruir o pensamento dos processualistas modernos e interpretar os rumos atuais da ciência processual, voltados à consecução dos novos direitos sociais e econômicos, para que estes tornem-se efetivos e não meramente simbólicos. Isso sem relegar os valores fornecidos pela fase científica do processo.

CAPÍTULO I - A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

1. O ESTADO E OS NOVOS DIREITOS

Nos Estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, cuja filosofia era essencialmente individualista, os direitos dos cidadãos e a sua proteção judicial eram apenas formais; já que apesar de previstos, não eram efetivamente desfrutados pelos cidadãos. O Estado era passivo, não se preocupava com a aptidão de uma pessoa reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente; ou seja, não se preocupava com a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições. O estudo do processo era formalista e dogmático, indiferente aos reais problemas da maioria da população.

Com os Estados sociais, a visão individualista dos direitos foi progressivamente substituída por uma visão mais coletiva¹; o que possibilitou o surgimento dos direitos sociais mínimos. Com a proclamação desses novos direitos, houve a necessidade de uma atuação mais ativa do Estado, a fim de assegurar a efetividade desses direitos. Assim, no interior dos Estados sociais, organizados sob a forma de um Estado de Direito; os direitos do homem passaram a ser exercidos em um quadro jurídico pré-estabelecido, variável em função da natureza dos direitos e em função das circunstâncias. O exercício dos direitos pelos seus titulares passou a ser acompanhado de garantias jurídicas precisas e de recursos para obter o seu respeito.

O advento da democracia também trouxe algumas mudanças na ordem jurídica, no que se refere à igualdade e à participação. A igualdade deixou de ser apenas formal e passou a significar o direito a real igualdade de oportunidade, "no sentido de que o Estado deve fornecer os instrumentos para suprir as situações de desigualdade, para, superando a desigualdade de fato, chegar-se à igualdade de direito. No processo a igualdade significa igualdade de armas, a obrigação do Estado

¹ "O Judiciário passou a solucionar não somente os conflitos intersubjetivos de interesses, segundo o modelo liberal individualista, como também a atuar como órgão calibrador de tensões sociais, solucionando conflitos de conteúdo social, político e jurídico, e também implementando o conteúdo promocional do Direito, como o contido nas normas constitucionais e nas leis que consagram os direitos sociais e protegem o meio ambiente, o consumidor e outros interesses difusos e coletivos". (CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro de. **Democracia e acesso à justiça**. in Revista da EMERJ, vol. 1, nº 1, 1998, p. 164)

de propiciar a todos iguais condições para, dentro do processo, superar as desigualdades de fato"². Assim; o juiz passou a ter um papel fundamental, já que com a sua participação ativa no processo, pode contribuir para a igualdade de oportunidade das partes. Ainda como o conceito de democracia se assenta na participação, significando o povo no exercício do poder, a idéia de democracia exige também o conceito de universalização da jurisdição, para uma justiça cada vez mais efetiva para todos.

O Estado brasileiro, como Estado social, organizado sob a forma de Estado Democrático de Direito³, sendo que a democracia se assenta na igualdade e na participação, e o Estado de Direito exige um quadro jurídico pré-estabelecido e garantias jurídicas precisas, deve ter como tema central para a realização dos novos direitos sociais é o acesso à justiça. Os novos direitos proclamados não tem sentido sem mecanismos para a sua efetiva reivindicação. "O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos"⁴.

O direito ao acesso à justiça é fundamental no Estado Democrático de Direito, já que abre as perspectivas de realização social proferida pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania⁵ e que possibilita concretizar as exigências do Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoas humana.

Com a evolução do Estado e dos novos direitos, houve também uma evolução do modo de assegurar esses direitos. Tendo o Estado, o monopólio quase

² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Assistência judiciária e acesso à justiça**. in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 22, 1984, p. 18.

³ Artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

⁵ Ser cidadão, na atual concepção, é gozar de proteção. A cidadania não é mais encarada como um ofício, como o era na concepção clássica, em que ser cidadão era viver comprometido com a cidade. A cidadania deve ser entendida como exercício de uma reivindicação de direitos, o que significa uma batalha pelo reconhecimento de novos direitos sociais, ou de direitos já existentes, os quais, no entanto, têm sido historicamente negados. "A preocupação com o tema do acesso à Justiça, em se questionar como os direitos poderão ser exigidos, tem ainda uma outra dimensão prática, pois à medida em que os direitos pleiteados forem realmente efetivados, ter-se-á como consequência direta, na nação brasileira, o surgimento não apenas de nacionais, mas de cidadãos". (VERONESE, Josiane Rose Petry. **O acesso à justiça como exercício da cidadania**. in Revista do curso de direito da UFSC (Álter Ágora), ano II, nº 3, 1995, p.23)

que exclusivo da função pacificadora; que se perfaz pela jurisdição; faz-se necessário, então, entender a evolução do direito processual.

2. EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL

A história do direito processual, em sede doutrinária, inclui três fases metodológicas fundamentais. Desde a origem e por muitos séculos, o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos (direito adjetivo). A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial; e mesmo do direito processual como ramo autônomo do direito. O processo estava umbilicalmente ligado ao direito civil. Este foi o período do sincretismo.

A segunda fase foi a técnico-científica (autonomista ou conceitual), marcada pelas grandes construções científicas do direito processual. Os processualistas estavam preocupados com a afirmação e comprovação da autonomia do processo, sem uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, sem a preocupação com os fins alcançados perante os jurisdicionados. Apesar do grande progresso científico, não houve uma melhora no funcionamento da justiça.

A terceira fase, instrumentalista, ora em curso, é eminentemente crítica. Não se justifica mais uma postura apenas conceitual para o processualista moderno. Os conceitos construídos na fase anterior foram suficientes para a construção da ciência processual. Agora é preciso encarar o sistema a partir de ângulos externos, não apenas voltado à satisfação dos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material, mas voltado também ao exame de seus resultados práticos; sem, contudo, relegar os dados científicos obtidos na fase anterior⁶, e que embasam o sistema processual e garantem a defesa dos cidadãos.

⁶ Pelo novo enfoque, a componente normativa do direito não é negada, mas encarada como um elemento, e com grande frequência não o principal do direito.

Nesta fase, o processo assume nova feição; deixa de ser "mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disto, um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado. O sistema abre a porta do Estado para que, pela via do Poder Judiciário, o cidadão veja implementadas as conquistas sociais tais como previstas na Constituição"⁷.

O processo deixa, portanto, de ter mais um fim em si mesmo. A sua legitimidade se dá em função dos fins a que se destina⁸, ou seja, à realização de valores do Estado e da própria sociedade, que são acolhidos na Constituição Federal.

Neste contexto, o estudo constitucional do processo é de extrema importância. Os processualistas devem voltar suas atenções para o dado jurídico-constitucional, já que este expressa as conquistas e valores sociais de um determinado momento histórico⁹.

Pode-se dizer então que a atual fase processual conduz à análise crítica dos resultados práticos do processo, da sua adequação aos fins estabelecidos e dos obstáculos enfrentados para a adequação do processo aos seus fins. Através dessa análise devem iniciar as alterações indispensáveis para a adequação do processo aos fins estabelecidos, além de uma mudança de mentalidade quanto ao processo e a maneira de tratá-lo.

Assim, o processo não deve mais ser encarado do ponto-de-vista dos produtores do serviço processual, mas do ponto-de-vista dos consumidores desse serviço; já que os fins a que se destina são os valores eleitos pelos seus consumidores - a sociedade e o Estado.

⁷ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 49.

⁸ "A perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos". (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.150)

⁹ "A nossa é a época do direito responsabilizado, do direito não separado da sociedade, mas intimamente ligado a ela, às suas necessidades, às suas demandas, ao grito de esperança, mas espesso diante dos justos protestos e das dores, que vêm da sociedade". (CAPPELLETTI, Mauro. **Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea**. in Revista do Processo, v.60, 1990, p.116)

2.1 ESCOPOS DA JURISDIÇÃO

De acordo com a atual fase do direito processual, caracterizada pela instrumentalidade, o processo é instrumento ético. Assim, como ele só se legitima em função dos fins a que se destina, é preciso definir quais são estes fins na atualidade. Isso se dá através do estabelecimento dos escopos da jurisdição; já que a jurisdição é o instituto fundamental da teoria do processo.

Os escopos da jurisdição, como resultado dos anseios da sociedade, projetados nos fins do Estado, variam conforme estes¹⁰. O escopo da jurisdição não se resume ao seu aspecto exclusivamente jurídico, pois o que há de mais importante é a sua destinação social e política.

A vida em sociedade gera insatisfações devido aos interesses contrários das pessoas. As insatisfações justificam toda a atividade jurisdicional do Estado; com a promessa de eliminá-las, ora definindo condutas, ora estabelecendo sanções. Essa atividade de evitar a desagregação social e distribuir os bens entre os indivíduos, caracteriza a positivação do poder do Estado, em concreto ou em abstrato. Assim, a legislação e a jurisdição se englobam em uma só unidade de cunho social, qual seja a pacificação social mediante critérios justos, o primeiro escopo social da jurisdição. A justiça aqui diz com a realidade social, com os parâmetros culturais de determinado povo, em determinado momento histórico. Outra missão social da jurisdição é a educação, a conscientização dos membros da sociedade para direitos e obrigações; que traz maior confiabilidade no Poder Judiciário, maior zelo com seus direitos e maior respeito aos direitos alheios.

Em relação aos escopos políticos da jurisdição, o Estado busca promover a efetividade de três valores fundamentais: poder, participação e liberdade, para estabilidade das instituições. A afirmação da capacidade estatal de decidir imperativamente (poder) é importante, porque sem ela nem o Estado mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para o seu ordenamento jurídico, projeção positivada do seu poder e dele próprio. O culto ao valor liberdade, por sua vez, busca a delimitação dos contornos

¹⁰ "Expressão do poder, a jurisdição é canalizada à realização dos fins do próprio Estado e, em face das cambiantes diretrizes políticas que a história exhibe, os objetivos que a animam

do poder e do seu exercício, além da observância destes, como garantia da dignidade dos indivíduos sobre os quais ele se exerce. E ainda a participação dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, possibilita que eles atuem, de forma direta ou indireta, nos destinos da sociedade política, centro decisório do Estado, pondo em questão e vendo discutidas e decididas suas pretensões.

Indagar sobre o escopo jurídico do sistema processual, por sua vez, significa pôr em questão o modo como opera e o posto que ocupa no sistema jurídico. A definição desse escopo se dá a partir da oposição entre a teoria dualista e a unitária, já que revela o exato ponto de inserção do processo no universo do direito.

Segundo a teoria dualista ou declarativa, o direito material é um sistema suficiente em si mesmo para criação de direitos e obrigações logo ao suceder de fatos relevantes. O exercício efetivo da função jurisdicional tem caráter secundário, no sentido de que somente havendo insatisfação canalizada em demanda é que o Estado dispensará as medidas aptas a corrigir os rumos e impor imperativamente os desígnios do direito material. O que efetivamente se acrescenta à situação jurídico-material existente entre as partes é a segurança jurídica. A atividade do juiz é uma função reveladora.

Já de acordo com a teoria unitária ou constitutiva, o direito material não tem toda essa aptidão, participando então o processo do iter criativo. Antes do processo, o direito é só uma promessa, sendo efetivado com o processo.

A teoria prevalecente para a definição do escopo jurídico da jurisdição é a teoria dualista¹¹; já que como foi dito anteriormente, o processo é um instrumento ético de atuação dos valores da sociedade. Os resultados obtidos através do exercício da jurisdição constituem a atuação prática da vontade jurídica preexistente. "Quando os tribunais interpretam a Constituição ou a lei, eles somente canalizam a vontade dominante, ou seja, a síntese das opções axiológicas da nação. O comando concreto que emitem constitui mera revelação do preexistente, sem nada acrescentar ao mundo jurídico além da certeza"¹².

consideram-se também sujeitos a essas mesmas variações, no espaço e no tempo". (DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p.150)

¹¹ Ibid., p. 209.

¹² Ibid., p. 42.

Assim, o escopo jurídico da jurisdição não é a composição da lide, como entendia Carnellutti¹³, mas a atuação da vontade concreta da lei, entendida molecularmente¹⁴.

A jurisdição tem, portanto, três escopos:

"Escopo jurídico, segundo o qual a jurisdição serve para atuar concretamente o direito; escopo social, que engloba a pacificação social com justiça e a educação para o exercício dos direitos e obrigações; escopo político, que inclui a afirmação do poder do Estado (de sua capacidade de decidir imperativamente) e a garantia de participação democrática e controle desse poder pela sociedade (concretização do valor liberdade)"¹⁵.

Pode-se então concluir que, a instrumentalidade como a capacidade do processo exaurir seus objetivos, significa "a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhe a liberdade"¹⁶.

O não cumprimento de qualquer destes escopos acarreta o estreitamento do acesso à justiça.

2.2 ASPECTOS DA INSTRUMENTALIDADE

A instrumentalidade propugnada na atual fase processual possui dois sentidos, um aspecto negativo e outro, positivo¹⁷.

O aspecto negativo da instrumentalidade do processo é uma tomada de consciência de que o processo não é um fim em si mesmo, o que destaca a sua ligação com o princípio da instrumentalidade das formas e, conseqüentemente, com o da economia processual. As regras processuais não devem ter valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos

¹³ Se o escopo jurídico da jurisdição fosse a composição da lide; o Estado não teria como pacificar frente a casos em que não há lide propriamente; como na jurisdição voluntária, na qual não há lide, mas é necessária a participação jurisdicional.

¹⁴ "O verdadeiro sentido atual da fórmula precisa ser descoberto através dessa observação do social agindo sobre o jurídico, gerando a inexorabilidade da agilização e universalização da justiça". (Ibid., p.218)

¹⁵ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p.23.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p.271.

¹⁷ Divisão estabelecida por Cândido Rangel Dinamarco. Op. cit., p.265.

e conflitantes. A forma processual, portanto, só deve prevalecer, em face de determinado ato processual, quando absolutamente necessária para consecução adequada e efetiva dos fins colimados pelo próprio ato, e se este o atinge sem a observação da forma não há motivo para nulidade. A teoria das nulidades deve ser adaptada à idéia de instrumentalidade.

Já o aspecto positivo da instrumentalidade caracteriza-se pela preocupação em extrair do processo, o máximo de proveito dos resultados obtidos, fundindo-se com o problema da efetividade do processo, onde o processo "deve ser apto a cumprir integralmente sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda plenitude todos seus escopos institucionais"¹⁸.

3. PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL

O direito processual civil viveu, por muito tempo, sob o manto do direito privado e considerado mero apêndice deste. No século XIX, com o abalo do sincretismo, percebeu-se a autonomia da relação jurídica processual; o que permitiu o desenvolvimento da idéia publicista no direito processual, uma vez que a nova relação jurídica descoberta incluía entre os sujeitos o juiz, órgão estatal, daí derivando a idéia da relação de subordinação que se dá no processo. Apesar do progresso desta tendência, nota-se que ainda existem posicionamentos privatistas¹⁹.

Alguns autores utilizam a palavra privatização, com referência ao processo ou à justiça, relacionando-a com a extensão do papel confiado a particulares na atividade realizada em juízo. Esse termo vem sendo utilizado precisamente em três hipóteses: com relação à ampliação do rol de legitimados a agir no tocante a matérias cuja relevância ultrapassa as fronteiras dos litígios privados; ao aumento da participação de pessoas estranhas aos quadros permanentes do Judiciário no

¹⁸ Ibid., p.457.

¹⁹ Mauro Cappelletti entende que a privatização é evidentíssima na segunda onda do movimento de acesso à justiça, na qual indivíduos e associações privadas têm adquirido legitimidade para demandar a proteção de interesses de grupos coletivos. Da mesma forma o fenômeno da privatização pode ser observado na terceira onda do acesso à justiça; já que nesta, muitos leigos assumem funções decisórias ou quase-decisórias, assim como com freqüência o critério de julgamento é antes a equidade que o direito estrito (**Os métodos alternativos de solução de**

juízo de causas; e aos meios alternativos de solução extrajudicial de conflitos, que utilizam os serviços de indivíduos ou de instituições de caráter privado, extra-oficial.

A utilização do termo "privatização do processo", porém, é inapropriada²⁰. Para a primeira e para a segunda hipóteses, longe do processo se privatizar, são os particulares que vêem suas atividades revestidas de caráter público. Há, na verdade, uma publicização e não uma privatização. Na terceira hipótese não se trata do processo, mas de uma alternativa a ele; assim, não há que se falar em privatização do processo. Além disso, como os árbitros ficam equiparados aos funcionários públicos para fins penais, não há uma privatização, mas uma publicização da função exercida pelo particular.

Nota-se, portanto, que o caráter público do processo prepondera. Com a descoberta e exame dos princípios e garantias constitucionais do processo²¹, mais a sensibilidade para os graves problemas sociais e econômicos que com ele se envolvem têm permitido enquadrar a ciência processual num plano político suficientemente expressivo para destacar a grande gama de interesses públicos perseguidos através dele. O sistema processual deve ser visto como um instrumento do Estado; já que não tem fim em si mesmo, mas se destina à realização dos valores do Estado e da sociedade.

Além disso, a íntima relação da instrumentalidade do processo com a ordem político-constitucional traduz o caráter público do direito processual, já que o desvio das diretrizes processuais preestabelecidas e asseguradas constitucionalmente constitui perigoso caminho à violação de regras substanciais da própria Constituição, que traduzem os valores da própria sociedade.

conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. in Revista de Processo, nº 74, 1994, p. 95)

²⁰ Nesse sentido José Carlos Barbosa Moreira. **Privatização do processo?** in Revista da EMERJ, v.1, nº3, 1998.

²¹ Como será analisado mais adiante, a observância dos princípios e garantias constitucionais do processo é de fundamental importância para o efetivo acesso à justiça.

4. PROCESSO E DIREITO CONSTITUCIONAL

Com a nova visão instrumental do processo, preocupada com os aspectos externos do mesmo e com a observância do aspecto jurídico-constitucional; é inegável o paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve. A Constituição, como resultado do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico, é o instrumento jurídico que deve ser utilizado pelo processualista para o completo entendimento do fenômeno do processo; devendo o sistema processual acompanhar as mutações por que ela passa. As ondas renovatórias do processo são decorrentes, portanto, dos influxos e mutações da ordem constitucional.

A visão analítica das relações entre processo e Constituição releva dois sentidos: no sentido Constituição-processo, tem-se a tutela constitucional do processo, que tem o escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional. O processo como instrumento a serviço da ordem constitucional deve refletir as bases do regime democrático, nela proclamados. E no sentido processo-Constituição, tem-se a jurisdição constitucional, que consiste na preocupação em dar efetividade às garantias que a Constituição oferece, para que não fiquem em mera promessa, ou seja, conjunto de remédios processuais oferecidos pela Constituição, para a prevalência dos valores que ela própria abriga.

Há uma via de mão dupla: a Constituição age sobre o processo garantindo-lhe os princípios básicos, para que o processo possa atuar convenientemente os preceitos e garantias que ela própria contém.

"Os princípios não são meros acessórios interpretativos. São enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos na lei, aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos"²². Assim, antes ou no iter processual, as partes têm inúmeras garantias processuais, consubstanciadas nos princípios do contraditório, da ampla defesa²³, da inafastabilidade do controle

²² PORTANOVA, Rui. Op. cit., p.14.

²³ Artigo 5º inc. LV da CF: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

jurisdicional²⁴, do juiz natural²⁵, da publicidade dos atos processuais²⁶, da fundamentação e motivação das decisões²⁷; da inadmissão da prova obtida por meio ilícito²⁸; e da isonomia²⁹, que são inerentes ao princípio do *due process of law*.

O princípio do devido processo legal³⁰ é, portanto, "o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição"³¹.

A Carta Magna de 1988 endereçou essas garantias constitucionais à efetividade do processo, que como instrumento da ordem constitucional e legal, devem ser interpretadas segundo os valores da sociedade, em dado momento histórico.

A maneira como a sociedade interpreta as garantias constitucionais do processo, endereçadas à efetividade do processo como instrumento a serviço da ordem constitucional, deve conduzir à existência de um processo acessível a todos e a toda as suas causas, de maneira ágil e simplificada, aberta à participação efetiva dos sujeitos interessados e do juiz.

Diante disto, a observância do *due process of law* possibilita que o processo alcance seus fins, assegurando o acesso à justiça; já que garante que o processo possa atuar convenientemente os preceitos e garantias da Constituição Federal, que refletem os valores eleitos pela sociedade. Neste contexto, está situado o sistema processual que deve não só recepcionar como efetivar esses novos influxos constitucionais mediante a idéia de instrumentalidade, do qual decorrem as chamadas ondas renovatórias do processo.

²⁴ Artigo 5º inc. XXXIV; XXXV e LXXIV da CF.

²⁵ Artigo 5º inc. XXXVI da CF: "Não haverá juízo ou tribunal de exceção".

²⁶ Artigo 5º inc. LX da CF: "A Lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem".

²⁷ Artigo 93 inc. IX da CF: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade ...".

²⁸ Artigo 5º inc. LVI da CF: "são inadmissíveis, no processo, as provas por meios ilícitos".

²⁹ O legislador constituinte iniciou com o direito à igualdade a relação dos direitos individuais. Dando-lhe o primeiro lugar na enumeração, quis significar expressamente, embora de maneira tácita, que o princípio da igualdade rege todos os direitos em seguida a ele enumerados. Assim, pode-se conceber que todos os princípios expressos em nossa Constituição são mecanismos, meios ou formas de se conferir a igualdade entre as partes.

³⁰ Artigo 5º inc. LIV da CF: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

³¹ CINTRA et. al. **Teoria geral do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 82.

CAPÍTULO II - ACESSO À JUSTIÇA

1. ONDAS RENOVATÓRIAS DO DIREITO PROCESSUAL

Na atual fase do direito processual, preocupada com a visão constitucional do processo, em que os novos direitos devem ser garantidos por um instrumento ético, não meramente técnico, de atuação da justiça, os processualistas entendem que o sistema processual deve estar comprometido com a efetiva realização da justiça.

Dentro deste contexto, da instrumentalidade do sistema processual, destinada a predisposição de seus escopos, sem descuidar do seu cientificismo, a preocupação dos processualistas centrou-se no enfoque de efetivação do acesso à justiça, propondo soluções aptas a superar as dificuldades e obstáculos que fazem inacessíveis para muita gente as liberdades civis e políticas, o que na doutrina foi marcada por três momentos distintos, as ondas renovatórias.

Tendo início em 1965, os posicionamentos surgiram mais ou menos em seqüência cronológica. A primeira onda desse movimento foi a assistência judiciária; a segunda, dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos; e a terceira, é o chamado enfoque de acesso à justiça, que incluindo os demais, é uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo³².

³² Essas três ondas renovatórias foram identificadas por Mauro Cappelletti, em seu livro *Acesso à justiça*. Recentemente, o autor identificou as três ondas renovatórias com três obstáculos enfrentados para o efetivo acesso à justiça: a primeira onda seria referente ao obstáculo econômico; a segunda onda, ao obstáculo organizacional, ou seja, ao indivíduo isolado falta suficiente motivação, informação e poder para iniciar e sustentar processo contra um poderoso produtor ou poluidor, já que o resultado seria totalmente inadequado para desencorajar o transgressor de massa de prosseguir nas lucrativas atividades danosas; e a terceira onda, ao obstáculo processual, já que em certas áreas são inadequados os tipos ordinários de procedimento. (**Os métodos alternativos...**)

1.1 PRIMEIRA ONDA: ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Como detentores de capacidade postulatória, somente os advogados podem pleitear em juízo, fazendo valer de fato o direito aos tribunais³³. Devido ao alto custo dos honorários advocatícios cobrados por estes profissionais, além dos altos custos do próprio processo, o acesso à justiça fica restrito; já que muitas pessoas não têm condições financeiras para contratar os serviços desses profissionais e para pagar as custas processuais, ficando, conseqüentemente, impossibilitadas de pleitear seus direitos em juízo.

Assim, os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça concentraram-se em proporcionar serviços jurídicos para os pobres. O direito à assistência judiciária consubstanciava, pelo menos no plano legal, uma tentativa de se estabelecer uma igualdade real entre as partes no processo; eliminando as diferenças, no plano processual, que resultam das disparidades econômicas entre as partes.

Como os obstáculos para o acesso à justiça não se limitam apenas aos aspectos econômicos, esses esforços mostraram-se insuficientes.

1.2 SEGUNDA ONDA: REPRESENTAÇÃO DOS INTERESSES DIFUSOS

O segundo movimento para melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres.

Estruturada de acordo com os preceitos individualistas decorrentes do liberalismo burguês consolidado nos séculos XVIII e XIX, a concepção tradicional do processo civil não protegia os direitos difusos. O processo era um assunto entre duas partes, destinada à solução de controvérsias de interesses individuais. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos

³³ Artigo 133 da CF: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

Artigo 1º, inc. I, da Lei 8.906/94: "São atividades privativas de advocacia: a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais".

juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.

Com essa nova onda iniciou-se um processo de substituição da visão individualista do devido processo judicial; fundindo-se com uma concepção social, coletiva; assegurando a realização dos direitos público relativos a direitos difusos.

O primeiro tópico abordado foi em relação à legitimidade ativa. Em princípio, por expressa disposição legal, a cada um cabe defender em juízo somente os seus próprios direitos, sendo excepcionais os casos de substituição processual. Assim, o problema dos interesses difusos, de acordo com a tradicional e ultrapassada visão da legitimidade ativa, é que como esses direitos não pertencem individualmente a pessoa alguma, pertencem a uma coletividade, ou à sociedade em geral; ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é muito pequeno para induzi-lo a tentar uma ação³⁴. Para que estes direitos possam ser protegidos não basta a atribuição da legitimidade ad causam ativa individual. Deve-se tender "à molecularização do direito e do processo, ou seja, ao tratamento dos conflitos a partir de uma ótica solidarista e mediante soluções destinadas também a grupos de indivíduos e não somente a indivíduos enquanto tais"³⁵.

Outros tópicos abordados foram a necessária transformação do papel do juiz e de alguns conceitos básicos, como a citação e a coisa julgada. Como nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo, é preciso que haja um representante adequado para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam citados individualmente. Ainda, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos.

No Brasil, houve vários avanços em relação à legitimidade para agir. Foi atribuída legitimidade às associações para defenderem em juízo interesses e direitos supra-individuais e aos sindicatos para representarem a categoria profissional em juízo e fora dele. Houve ainda a ampliação da legitimidade do Ministério Público, hoje

³⁴ "Essa disciplina é uma interpretação acanhada e insuficiente da garantia constitucional da ação e da inafastabilidade do controle jurisdicional, em contraste com as tendências solidaristas do Estado e do direito contemporâneos". (DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 278)

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 40.

com uma enorme área de atuação na defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Esse avanços estão contidos na Constituição Federal e em algumas leis, tais como a Lei nº 7347/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico e qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Esta lei foi alterada, em parte, pela Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), visando equalizar seu texto. Além destas, há a Lei 7853/89, que disciplina a ação para proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência; e a Lei 7913/89, que trata desse tipo de ação nos casos de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários.

1.3 TERCEIRA ONDA: NOVO ENFOQUE DO ACESSO À JUSTIÇA

O progresso na obtenção de reformas da assistência jurídica e na busca de mecanismos para representação de interesses difusos é essencial para proporcionar um significativo acesso à justiça; já que busca encontrar representação efetiva para interesses antes não representados ou mal representados. Os programas de assistência judiciária tornaram disponíveis advogados para muitos dos que não podem custear seus serviços e estão cada vez mais tornando as pessoas conscientes de seus direitos. A criação de mecanismos para representar os interesses difusos não apenas dos pobres, mas também dos consumidores, preservacionistas e do público em geral, na reivindicação de seus direitos sociais é fator de grande relevância. O fato de reconhecer a importância dessas reformas não deve impedir de enxergar seus limites.

Abrangendo os anteriores, o novo enfoque do acesso à justiça tem alcance mais amplo. Ele centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Busca tornar efetivo os direitos dos indivíduos e grupos que, durante muito tempo, estiveram privados dos benefícios de uma justiça igualitária.

Esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento; mudanças na estrutura dos tribunais ou criação de novos tribunais; o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto para juízes como para defensores; modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução; e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Essencialmente, a idéia básica é a tentativa de desburocratização/desformalização do processo e das controvérsias.

2. EFETIVIDADE DO PROCESSO

Preocupados com as dimensões reais da sua utilização, os processualistas modernos voltaram suas atenções para um processo mais efetivo, abrangendo toda problemática do contexto sócio-jurídico.

O processo, em sua efetividade, busca superar o atomismo individualista que caracterizou a doutrina política nascida na Revolução Francesa e que, na verdade, ainda hoje oferece resistência às idéias contemporâneas, que procuram adequar o processo civil às novas necessidades sociais. A efetividade buscada pelo processo é a social³⁶.

Para efetividade do processo, para a plena consecução de sua missão de eliminar concretamente, com justiça, as insatisfações e os conflitos, fazendo cumprir o direito; é preciso, de um lado, tomar consciência dos escopos motivadores de todo o sistema³⁷; e, de outro, superar os óbices que a experiência mostra estarem constantemente a ameaçar a boa qualidade do seu produto final. Esses óbices situam-se em quatro pontos sensíveis:

a) admissão ao processo: A universalidade da tutela jurisdicional é um desiderato que se volta provavelmente a todos os escopos do processo, já que a possibilidade de dar início a este e de resistir à pretensão inicial significa possibilidade de encaminhar atividades com toda a multiplicidade teleológica do sistema.

³⁶ "Não se pode confundir interesse social com interesse do Estado, já que este pode ser o interesse de grupos governantes do momento, que inclusive podem ser contrários aos interesses sociais". (PORTANOVA, Rui. Op. cit., p. 57)

"As limitações ao ingresso na justiça, jurídicas ou de fato, são, portanto, óbices à consecução dos objetivos processuais e, do ponto de vista da potencial clientela do Poder Judiciário, constituem para cada qual um fator de decepções em face de esperanças frustradas e insatisfações que se perpetuam; para a sociedade, elas impedem a realização de práticas pacificadoras destinadas ao estabelecimento de clima harmonioso entre os seus membros; para o Estado, é fator de desgaste de sua própria legitimidade e da dos seus institutos e do seu ordenamento jurídico"³⁸.

Existe um leque mais ou menos aberto de causas dessa estreiteza; situam-se no campo econômico (pobreza e alto custo do processo), no psicossocial (desinformação e descrença) e no jurídico (legitimidade ativa individual). É preciso, portanto, eliminar essas dificuldades que impedem ou desanimam as pessoas de litigar ou dificultam o oferecimento de defesa adequada.

b) modo de ser do processo: Entra aqui o valor dos princípios e garantias constitucionais do processo, que garantem adequada tutela aos valores eleitos pela sociedade. No desenrolar de todo processo é preciso que a ordem legal de seus atos seja observada (devido processo legal), que as partes tenham oportunidade de participar em diálogo com o juiz (contraditório), que este seja adequadamente participativo na busca de elementos para sua própria instrução. O juiz não deve ser mero espectador dos atos processuais das partes, deve atuar ativamente (princípio inquisitivo). Ainda a aplicação do procedimento deve ser dar mediante o princípio da adaptabilidade, aperfeiçoando-o às peculiaridades de cada litígio.

c) justiça das decisões: A eliminação de litígios sem o critério de justiça equivaleria a uma sucessão de brutalidades arbitrárias que, em vez de apagar os estados anímicos de insatisfação, acabaria por acumular decepções definitivas no seio das sociedade. Para tanto 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. O juiz, portanto, deve pautar-se por este critério ao apreciar a prova; ao enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas e ao interpretar os textos de direito positivo.

d) utilidade/efetividade das decisões: Dos três itens anteriores se espera que possam advir resultados práticos capazes de alterar substancialmente a situação das pessoas envolvidas. Para isso é indispensável que o sistema esteja preparado para produzir decisões capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos direitos

³⁷ Ver supra, p. 7.

³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p.274.

reconhecidos. Assim, todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter; o que deve servir de alerta contra tomadas de posições que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais. "Onde for possível produzir precisamente a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida, que sejam proferidas decisões nesse sentido e não outras meramente paliativas"³⁹.

Assim, os requisitos ideais que o processo deve satisfazer para ter a qualificação de efetivo são:

"a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, afim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quando puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz juz segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias"⁴⁰.

No sentido da verdadeira efetividade do processo emerge a questão do acesso à justiça, como elemento caracterizador da sua problemática.

3. ACESSO À JUSTIÇA

O cerne do presente estudo volta-se à questão do acesso à justiça.

A consagração, a nível constitucional, dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela a do Estado de bem-estar, transformou o direito ao acesso efetivo à justiça no direito garantidor de todos os outros⁴¹. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos

³⁹ Ibid., p.298.

⁴⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Notas sobre o problema da efetividade do processo**. in *Ajuris*, nº 29, 1983, p. 77-78.

⁴¹ "O direito ao acesso efetivo à justiça transformou-se num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais". (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à sociologia da administração da justiça**. in *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Ática S.A., 1994, p.45)

sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores.

Assim, ocorreu a evolução do conceito de acesso à justiça. O conceito de acesso à justiça evoluiu, superando a formulação mais rudimentar, que o entendia como mero acesso ao Judiciário, ainda que indisponível a enormes contingentes da população, para assumir feição social e política de inegável significação. Pode-se dizer, que dentro de uma concepção axiológica de justiça, o acesso a ela não fica reduzido à sinônimo de acesso ao Judiciário e suas instituições, mas sim a "uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano", não restritos ao ordenamento jurídico processual.

A expressão adotada é dada por Kazuo Watanabe⁴², "acesso à ordem jurídica justa", onde o acesso à justiça significa acesso à oportunidade de efetiva e concreta proteção judiciária, mediante o justo processo⁴³, ao devido processo legal, entendido como conjunto de garantias que permita efetivamente às partes a sustentação de suas razões, a produção de suas provas, a possibilidade de influir sobre a formação do convencimento do juiz. Pode-se dizer, portanto, que o acesso à justiça é "a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional"⁴⁴.

"O devido processo legal e a garantia do juiz natural, mais a exigência do contraditório e da economia em qualquer processo, são garantias entrelaçadas entre si de tal modo que a violação de uma delas atinge ou a liberdade, ou algum outro direito substancial e, em qualquer hipótese, repercute como limitação ao pleno acesso de todos à ordem jurídica justa"⁴⁵.

Isso não é novidade, já que estas garantias estão contidas na atual Carta Magna brasileira⁴⁶. Na verdade, o que se quer são as garantias constitucionais, mas

⁴² **Acesso à justiça e sociedade moderna.** in Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

⁴³ "A justiça, que deve ser acessível a todos, é aquela que emerge do processo, quando este alcança seu fim normal. O acesso à justiça importa em acesso ao processo, enquanto este constituir a única via para se obter a tutela jurisdicional postulada". (ARMELIN, Donald. **O acesso à justiça.** in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 31, 1989, p. 172)

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p.304.

⁴⁵ Ibid., p.56.

⁴⁶ Nunca tivemos uma Constituição tão abrangente e completa como a atual, especialmente no que concerne à proteção das garantias e direitos fundamentais que chega às minúcias, como ocorre na determinação de algumas garantias processuais.

não somente referidas em texto legal, mas que realmente sejam viabilizadas ao jurisdicionado, isto é, que sejam efetivadas concretamente.

Essa é a crítica dos processualistas modernos que afirmam não existir acesso à ordem jurídica justa, sobretudo às camadas mais pobres, porque o texto legal não se coaduna com a realidade social, fazendo com que o instrumento processual torne-se não-efetivo.

É necessário pois, um acesso à ordem jurídica justa, com a observância do princípio do devido processo legal e seus derivados, e com a preocupação da correta aplicação do direito substancial e da verificação de sua adequação aos anseios sociais⁴⁷. Se o direito substancial "for discriminatório e injusto, melhor seria dificultar o acesso à justiça, evitando assim, o cometimento de dupla injustiça"⁴⁸. Deve-se, portanto, lutar pela aplicação do direito vigente e pela mudança do direito que não atende aos reais anseios da sociedade.

Para que o acesso a essa ordem de valores se concretize, deve haver a consciência e a atuação dos operadores do direito que com ela se identifiquem, ou seja, deve haver uma mudança de mentalidade, de forma que o direito seja visualizado sob a ótica dos consumidores. "Os que profissionalmente movimentam a seara forense são fundamentais para qualquer reforma, sem olhá-los não adianta discutir alterações, pois eles são os protagonistas de qualquer mudança"⁴⁹.

Além disso, deve-se implementar uma série de requisitos de ordem jurídica, econômica e sócio-cultural; e remover todos os obstáculos para a sua plena efetividade, como o alto custo do processo, a morosidade da prestação jurisdicional, a desinformação quanto aos direitos e obrigações, os fatores psicológicos, e a disparidade entre os litigantes.

Assim, para análise da questão do acesso à justiça, deve-se levar em conta fatores não unicamente jurídicos, mas econômicos, sociais, políticos e educacionais. A superação desses óbices e a observância dos princípios constitucionais do processo possibilitam progresso ao acesso à justiça.

⁴⁷ Pode não existir normas ou estas estarem em desacordo com os valores sociais, levando a uma decisão injusta, o que significa lacuna axiológica (ideológica ou política).

⁴⁸ WATANABE, Kazuo. Op. cit., p.129.

⁴⁹ ROSAS, Roberto. **Efetividade e instrumentalidade**. Estruturação processual: caminhos de uma reforma. in Revista de Processo, nº 85, 1997, p.214.

3.1 CUSTOS ELEVADOS

A resolução formal de litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas. Um dos principais entraves para o efetivo acesso à justiça é o excessivo custo do processo, que desestimula os cidadãos, principalmente os de baixa renda, que constituem a imensa maioria da população, a recorrerem ao Poder Judiciário.

Essa questão é agravada pela falta de proporção entre o valor da causa e o custo do processo. Nas pequenas causas, os custos podem exceder o montante da controvérsia ou consumir grande parte do pedido, tornando a demanda uma futilidade. Assim, como os cidadãos de baixa renda, normalmente são os interessados nas ações de menor valor, são duplamente vitimados. Boaventura de Souza Santos afirma que:

"A justiça civil é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis. É que são eles fundamentalmente os protagonistas e os interessados nas ações de menor valor e é nessas ações que a justiça é proporcionalmente mais cara, o que configura um fenômeno da dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça. De fato, verificou-se que essa vitimização é tripla na medida em que um dos outros obstáculos investigados, a lentidão processual, pode ser facilmente convertido num custo econômico adicional e este é proporcionalmente mais gravoso para os cidadãos de menos recursos"⁵⁰.

Nota-se então a "tripla vitimização" dos despossuídos face à administração da justiça.

Os custos cobrados dos demandantes incluem as custas judiciais; o ônus da sucumbência, para aquele que teve improvida suas alegações; e os honorários advocatícios. Alguns autores consideram que o pagamento de custas deve ser repensado para ser excluído⁵¹.

Como a carga maior dos custos do processo referem-se aos honorários advocatícios, surgiu a polêmica acerca da limitação da capacidade postulatória, já que a função do advogado foi elevada à categoria de essencial à justiça pela Constituição Federal. A exigência da presença de advogado em todo e qualquer

⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 168.

⁵¹ Roberto Rosas entende que o pagamento de custas deve ser excluído, já que a justiça como serviço público indispensável e essencial deve ser posto à disposição de qualquer pessoa. (Op. cit., p. 218)

processo (já relativizada pelo Poder Judiciário) tem sido vista por um lado como elemento castrador da efetividade ao acesso e por outro como garantia a ele, ou seja, como instrumento de limitação ou elemento fundamental ao exercício pleno da cidadania⁵².

Essa polêmica não deve prosperar, já que apenas minimizar a necessidade de participação de advogados para defesa dos cidadãos não resolve o problema do acesso à justiça; pois há casos em que a atuação desses profissionais é de extrema importância, em face da igualdade propugnada pelo princípio do contraditório, de forma que todos possuam paridade de armas, igualdade técnica⁵³. Daí verifica-se a necessidade de tornar a assistência jurídica de alta qualidade acessível a todos.

Assim, o Estado instituiu além do benefício da justiça gratuita, a assistência judiciária⁵⁴, que deve ser entendida em seu sentido lato. A expressão assistência judiciária gratuita pode ser entendida em duas acepções⁵⁵. Na acepção restrita, a assistência judiciária é a assistência técnica prestada por profissional legalmente habilitado, que é o advogado, em juízo. Quando muito, assistência prestada na fase pré-processual, mas sempre com vistas a uma demanda e à pessoa com conflito de interesses determinado, já instalado. Já na acepção ampla, a assistência judiciária é a assistência jurídica em, juízo e fora dele, com ou sem conflito específico, abrangendo inclusive serviço de informação e orientação, e até mesmo de estudo crítico, por especialistas de várias áreas do saber humano, do ordenamento jurídico existente, buscando soluções para sua aplicação mais justa e, eventualmente, para sua modificação ou revogação. Nessa acepção ampla, a assistência judiciária é chamada de assistência jurídica.

⁵² Ada Pellegrini Grinover entende que é anticientífica a atribuição da capacidade postulatória a quem não esteja devidamente habilitado para o desempenho do exercício da advocacia. Eugênio Roberto Kaddock Lobo chega a dizer que se as partes não fossem defendidas por advogados, as garantias constitucionais do processo cairiam no vazio. (citados por RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Op. cit., p.42)

⁵³ A igualdade técnica é a garantia de que a conclusão final dependa apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos.

⁵⁴ O benefício de justiça gratuita e a assistência judiciária não se confundem. Aquela é o "direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional"; e esta é "o serviço da organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas a indicação de advogado". (PORTANOVA, Rui. Op. cit., p.85)

⁵⁵ Distinção feita por Kazuo Watanabe, em **Assistência judiciária como instrumento de acesso à ordem jurídica justa**. in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paul, nº 22, 1984, p. 87.

No Brasil, a expressão assistência judiciária apareceu pela primeira vez no texto constitucional 1934. A Carta Constitucional de 1937 não trouxe nenhuma disposição sobre a matéria, mas o Código de Processo Civil de 1939 cuidou do tema. Em 1946, a matéria voltou ao plano constitucional, continuando na Constituição Federal de 1967 e na Emenda de 1969. A Carta de 1988 inovou no assunto, já que não só dispensa pagamentos, como garante a prestação de serviços na esfera judicial, como também em todo campo dos atos jurídicos.

A assistência jurídica aos carentes é disciplinada pelo artigo 5º inciso LXXIV da Constituição Federal⁵⁶⁻⁵⁷. O artigo refere-se à assistência jurídica e não à assistência judiciária, o que demonstra o cuidado do legislador ao garantir a assistência, optando pela acepção mais ampla, que inclui serviços não apenas processuais como também pré-processuais⁵⁸. Outro dispositivo de fundamental importância é a previsão do artigo 134 da Carta Magna⁵⁹; já que com ele, o legislador buscou contrabalançar a indispensabilidade do advogado à administração da justiça, prevista no artigo 133 da mesma Carta⁶⁰. Ainda disciplinando a matéria, há a Lei complementar 80 de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios; e prescreve normas gerais para a organização das defensorias dos Estados-membros. Os Estados-membros devem organizar os seus serviços de assistência judiciária, constituindo para tanto um corpo de advogados organizados em carreira; podendo tratar-se de procuradores ou defensores públicos.

⁵⁶ Art. 5º inc. LXXIV CF: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem, insuficiência de recursos".

⁵⁷ Incluir a matéria entre os direitos e garantias individuais não é um exagero, já que a matéria é essencial para que uma pessoa desprovida de meios possa reclamar da justiça a proteção aos direitos lesados ou ameaçados. Alguns autores, porém, consideram essa inclusão um exagero, já que corre-se o risco de ou desvalorizar direitos ou supervalorizar esta matéria. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O direito à assistência jurídica**: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. in *Ajuris*, nº 55, 1992, p. 69)

⁵⁸ "É preciso enfatizar que não basta a assistência, através de advogados, em juízo. Pode ocorrer que a assistência extra e pré-judicial seja mais necessária, porque pobreza significa, normalmente, não apenas pobreza econômica, mas também, pobreza jurídica. Isto é, pobreza de informação". (CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. in *Revista do Ministério Público*. Porto Alegre, v.1, nº 18, 1985, p. 10)

⁵⁹ Art. 134 CF: "A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV".

⁶⁰ Art. 133 CF: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

Nota-se que a legislação brasileira nessa matéria está amplamente adequada ao espírito do artigo 44 da Carta da OEA (letra i)⁶¹; ao artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁶²; e ao artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966)⁶³.

Apesar da legislação interna brasileira conformar uma gama satisfatória de normas voltadas à possível concretização do acesso à Justiça por parte de pessoas que não dispõem de recursos mínimos para custear uma batalha judicial para garantir seus direitos, a realidade brasileira é diferente. "Prevalece a velha e conhecida contraposição entre o país legal e o país real"⁶⁴.

A assistência padece ainda de muitas deficiências. Apesar dos pobres estarem obtendo assistência judiciária em números cada vez maiores, não apenas para as causas que lhe são mais familiares (direito de família e direito penal), mas também para reivindicar seus novos direitos; e de a assistência judiciária já ter eliminado algumas barreiras para o acesso à justiça; este não pode ser o único enfoque dado na reforma. Há algumas limitações em se tentar solucionar os problemas apenas pela assistência judiciária. Para que o sistema seja eficiente é necessário um grande número de advogados; o que exige grandes dotações orçamentárias. Além disso, em economias de mercado, sem remuneração adequada, os serviços jurídicos para os pobres tendem a ser pobres também. Os serviços de assistência judiciária, muitas vezes mantidos como escritórios modelos pelas Faculdades de Direito e seccionais da Ordem dos Advogados, prezam mais pela quantidade que pela qualidade no atendimento às demandas, sem contar que, nestes casos, o 'carente' que busca a gratuidade de justiça acaba servindo, muitas vezes, como cobaia de estagiários e orientadores. Os advogados e defensores públicos enfrentam ainda uma sobrecarga de trabalho, que afeta decisivamente a

⁶¹ Artigo 44 (letra i) da Carta da OEA: "Os Estados-membros, convencidos de que o homem somente pode alcançar a plena realização de suas aspirações dentro de uma ordem social justa, acompanhada de desenvolvimento econômico e de verdadeira paz, convêm envidar os seus maiores esforços na aplicação dos seguintes princípios e mecanismos: i) disposições adequadas a fim de que todas as pessoas tenham a devida assistência legal para fazer valer seus direitos".

⁶² Artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: "Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei,..."

⁶³ Artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos: "Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por Lei..."

qualidade dos serviços prestados. A baixa qualidade do ensino jurídico⁶⁵, preponderantemente legalista, exegético e reproduzidor do *status quo*, contribui para a baixa qualidade desses profissionais.

Não basta, porém, a presença física do advogado, este deve ter qualificação⁶⁶. Como eles possuem o condão de pleitear em nome do verdadeiro interessado, devem estar habilitados e tecnicamente preparados para não colocarem em risco o direito de seus constituintes e o acesso à justiça.

"Fala-se muito em saturação do mercado do trabalho do profissional do direito, mas sempre sob a perspectiva daquele que presta o serviço e serve do ganho que auferir desse trabalho. É chegada a hora de pensar sob aquele outro enfoque (do consumidor) e então se perceberá quanto chão há, ainda a ser percorrido para o aperfeiçoamento da nossa sociedade no campo jurídico"⁶⁷.

3.2 DEMORA

O cidadão tem o direito a uma justiça que lhe garanta uma resposta dentro de um prazo razoável. A demora da prestação jurisdicional é outro fator que obsta o efetivo acesso à justiça; e resulta de diversos fatores⁶⁸.

O desajuste da legislação processual e organização judiciária à realidade social e o número elevado e sempre crescente de causas⁶⁹ em desproporção com o quadro funcional dos organismos da justiça agrava essa situação. Deve-se verificar qual a correlação existente entre o número de processos e o número de Juízes, para

⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., p. 74.

⁶⁵ O número de bacharéis e cursos de direitos aumentam inversamente proporcional à qualidade técnica de sua formação.

⁶⁶ "Não é suficiente a presença de um advogado, em juízo ou fora dele, para assessorar juridicamente as pessoas que necessitam desse serviço. É imprescindível a assistência jurídica de qualidade. Sem ela o acesso à justiça se torna apenas formal." (RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Op. cit., p. 84)

⁶⁷ WATANABE, Kazuo. **Assistência judiciária como instrumento...**, p.89.

⁶⁸ Ver também, a esse respeito, a obra de José Rogério Cruz Tucci. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual** São Paulo: Revista dos tribunais, 1997.

⁶⁹ "Contribui também para a lentidão do Judiciário, o aumento da população e, conseqüentemente, dos litígios, este provocado [elo alvissareiro despertar da cidadania que incentiva cada cidadão brasileiro a solucionar adequadamente os seus problemas, evitando o fenômeno da litigiosidade contida". (ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A democratização da justiça**. in Revista de doutrina e jurisprudência, Brasília, nº 50, 1996, p. 15)1

aferir uma elementar condição para a celeridade da prestação daquela tutela. Isto porque a adequação da carga de trabalho à capacidade laborativa daquele a quem foi atribuída é pressuposto inarredável de um desempenho célere e perfeito desse mesmo trabalho. Além disso, há alguns estratos da advocacia que se beneficiam da demora resultante de brechas da legislação processual.

Pensar em resolver o problema com a criação de novos órgãos, passa por dois obstáculos: o orçamento da União ou Estados, onde outras necessidades sociais pesam; e a criação de novos órgãos poderia tornar mais complexa sua estrutura burocrática, provocando perda de unidade e agilidade de atuação.

Outro fator que contribui para a morosidade da prestação jurisdicional é o excesso de formalismo do processo. As soluções propostas para este obstáculo são: o julgamento antecipado da lide⁷⁰, quando o mérito da causa for exclusivamente de direito, ou sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir provas em audiência⁷¹; e maior flexibilidade no exame das nulidades. É importante ressaltar que a eliminação do excesso de formalismo não deve resultar na inobservância dos princípios constitucionais do processo, já que estes constituem garantias para o efetivo acesso à justiça, e traduzem os valores eleitos pela sociedade em dado momento histórico⁷².

O óbice não está na observância dos princípios, mas na mentalidade ao aplicá-los⁷³. Os obstáculos e protelações resultam muito menos de defeitos do texto

⁷⁰ Os malefícios do prolongado curso procedimental podem ser abrandados pelo art. 273 CPC, que prevê que preenchidos os requisitos da lei, o juiz pode, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial.

⁷¹ Artigo 330, inc. I, do CPC: "O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência".

⁷² "O tempo e a praxe forense encarregaram-se de confundir o devido processo legal com o formalismo exacerbado que acabou por dominar o processo, sufocando qualquer esperança de agilização, de modo a cristalizar-se a crença geral de que a rapidez na decisão opõe-se necessariamente à segurança quanto ao seu acerto. (CARMONA, Carlos Alberto. **A crise do processo e os meios alternativos para a solução de controvérsias**. In Revista de Processo, nº 56, 1989, p. 95)

⁷³ "O formalismo e o burocratismo vigentes no processo civil brasileiro decorrem de dois fatores: a) problemas presentes na legislação vigente, em especial o CPC (...); b) a mentalidade dos operadores jurídicos, formados numa visão positivista e não instrumental, que gera uma leitura gramatical dos textos legais, sem levar em consideração os seus fins, o sistema no qual estão inseridos e a realidade social à qual se aplicam. Esse segundo elemento é mais grave, pois é uma questão de mentalidade e como tal não pode ser modificada simplesmente através da edição de um novo texto legal. Exige uma verdadeira revolução na cultura jurídica". (RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Op. cit., p. 88)

do que da falta de percepção, por quem o aplica ou interpreta, da esplêndida abrangência de princípios basilares, consagrados em preceitos norteadores.

*"La anormal duración del proceso comporta una denegación de justicia. Sin embargo, la celeridad, no debe traducirse en mengua del derecho de defensa ni de las garantías del debido proceso"*⁷⁴.

A lentidão processual, segundo Boaventura de Sousa Santos⁷⁵, contribui ainda para "tripla vitimização" dos despossuídos. Ela pressiona o mais pobre a aceitar acordos nem sempre razoáveis, inferiores àqueles que teria direito; ou faz com que os economicamente mais fracos abandonem suas causas⁷⁶. A demora no processo, porém, não beneficia somente os ricos, pode beneficiar os pobres, como nos casos em que têm a oportunidade de permanecer na posse de bens que não lhes pertencem.

Luiz Guilherme Marinoni⁷⁷ entende que falta vontade política para redução da demora processual; já que, muitas vezes, ela decorre de uma opção dos próprios detentores do poder, tendo em vista seus interesses, como o de limitar o afluxo de litígios ao Poder Judiciário. A demora estimula ainda a descrença do povo na justiça.

3.3 DESINFORMAÇÃO

Sem um ordenamento jurídico efetivamente igualitário e sem que os interessados tenham acesso à informação plena a respeito do conteúdo das normas jurídicas que o compõem não há igualdade jurídica. Sem conhecer as hipóteses em que haja uma lesão ou ameaça e o modo de contar com as garantias e a proteção administrativa e jurisdicional imprescindíveis para sua devida preservação; e também, mediante que vias ou procedimentos, e perante que órgãos reclamar a tutela efetiva de seus direitos, não há essa igualdade.

⁷⁴ ALVIM, Arruda. **Principios fundamentales y formativos del procedimiento civil brasileño**. in Revista de processo, nº 38, 1985, p.92.

⁷⁵ SANTOS, Boaventura de. **Introdução à sociologia...**, p.126.

⁷⁶ "Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito". (CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. p.20)

Os segmentos da sociedade que têm a possibilidade de praticar lobby, conseguem legislações que tutelam ampla e egoisticamente seus interesses; os demais segmentos são submetidos à legislação comum; e dentre estes, muitos sequer têm conhecimento do real alcance das normas jurídicas que lhes dizem respeito e por vezes até desconhecem sua existência⁷⁸. Os cidadãos devem saber o que o mundo lhes reconhece como direitos e o que lhes impõe como obrigações, pois a ausência desse pressuposto impedirá que os mesmos agasalhem-se da justiça, por ignorar sua existência. De nada valerá que os legisladores diversifiquem seus estudos, gerando um número considerável de normas, se os cidadãos se calam acerca de sua existência.

As pessoas de baixa renda são as que mais sofrem com esta questão. Quanto menor o poder aquisitivo do cidadão menor o seu conhecimento acerca de seus direitos e menor a sua capacidade de identificar um direito violado e passível de reparação judicial. Boaventura de Souza Santos acrescenta que "quanto mais baixo é o estrato sócio-econômico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde e como e quando pode contatar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais"⁷⁹.

Para Horácio Wanderley Rodrigues⁸⁰ são três os pontos principais de estrangulamento ao acesso, neste aspecto, presentes no Brasil. Em primeiro lugar a falência da educação nacional. Pelos dados oficiais do IBGE, em 1990 o percentual de analfabetismo atingia mais de 18% da população acima de 10 anos; além disto, quando prestado, o ensino é de baixa qualidade e sem nenhuma ênfase para a cidadania. Outro aspecto é o descompromisso dos 'meios de comunicação' com a informação: a televisão presta um "desserviço ao país", impondo opiniões e valores locais, sem nenhum controle da sociedade. Por fim, a quase inexistência de instituições oficiais encarregadas de prestar assistência jurídica prévia ou

⁷⁷ Op. cit., p. 32.

⁷⁸ "O acesso à justiça não chega sequer a ser reclamado por desconhecimento de direitos individuais e coletivos" (ARMELIN, Donaldo. Op. cit., p.181)

⁷⁹ **Pela mão de Alice...**, p.127.

⁸⁰ Op. cit., p.37.

extraprocessual, para informar e educar a população sempre que surgem dúvidas jurídicas sobre situações concretas.

Ressalte-se também a complexidade das normas jurídicas e seu hermetismo, que fazem com que as normas fiquem distantes da realidade social. Não importa ter só o conhecimento do direito, deve-se estar a par de seu conteúdo, ter compreendido seu alcance. A democratização da justiça deve passar pela democratização da linguagem, como instrumento de intercâmbio de idéias e informações; já que desta decorre o direito à liberdade de expressão (e este pressupõe o direito à informação).

3.4 FATORES PSICOLÓGICOS

Outro aspecto a ser considerado como limitador ao acesso à justiça é o psicológico. A maioria das pessoas tem algum receio de estar em juízo, seja por decepção com o resultado de alguma ação em que estivesse envolvida ou tivesse interesse, ou por uma situação geral de dependência e de insegurança que produz o temor de represálias se se recorrer aos tribunais.

Além disso, a crise de legitimidade enfrentada pelo Poder Judiciário, consubstanciada em constantes denúncias de corrupção e nepotismo, na carência de recursos materiais e humanos; na ausência de autonomia efetiva em relação ao Executivo e ao Legislativo⁸¹; na centralização geográfica de suas instalações, dificultando o acesso de quem mora nas periferias; no corporativismo de seus membros; e na inexistência de instrumentos de controle externo por parte da sociedade⁸², tem contribuído para aumentar o temor de estar em juízo.

No senso comum do brasileiro, o Poder Judiciário, assim como a maioria das instituições, é inacessível, não é confiável e não faz justiça; o magistrado é visto como um ser superior, diferente do restante dos mortais e os advogados são vistos como 'pessoas em quem se deve confiar desconfiando'.

⁸¹ Não há nenhum órgão externo de fiscalização do Judiciário. É o único poder absoluto.

⁸² O Poder Judiciário continua dependente dos demais poderes em relação à arrecadação e repasse dos recursos econômicos; e da nomeação dos membros das últimas instâncias. Esta acarreta uma vinculação das decisões dos juízes com quem os elegeu, e com os órgãos superiores, já que a promoção se dá por merecimento.

3.5 POSSIBILIDADE DAS PARTES

A capacidade jurídica pessoal, ou seja, a aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou uma defesa, relacionada aos recursos financeiros e diferenças de educação, meio e status social; também contribui para a restrição ao acesso à justiça.

Pessoas ou organizações que possuem recursos financeiros consideráveis a serem utilizados possuem vantagens ao propor ou defender demandas; já que podem pagar para litigar; podem suportar as delongas do litígio e apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente.

Daí as disparidades entre litigante habitual, aquele que freqüentemente está frente à Justiça; e litigante eventual, aquele que nunca, ou poucas vezes, sentou-se perante o julgador. Os litigantes habituais têm mais experiência com o direito; têm economia de escala porque têm mais casos; têm oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; podem diluir os riscos da demanda por maior número de casos; podem testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Para fazer frente a estas desigualdades, os indivíduos devem encontrar maneiras de agregar suas causas e desenvolver estratégias de longo prazo, para fazer frente às vantagens das organizações que eles irão enfrentar⁸³.

Pode-se dizer, que além dos obstáculos supra citados contribuirão para uma justiça de pior qualidade, deixam completamente sem solução grande número de conflitos, restringindo o acesso à justiça e gerando grande instabilidade social.

O estreitamento do canal de acesso à ordem jurídica justa, além de produzir o indesejável descrédito do povo nas instituições jurídicas, produz o agravamento da litigiosidade latente⁸⁴, que acarreta profundas repercussões de ordem social: a expansão da autotutela privada; o recrudescimento da violência; o surgimento dos justiceiros e dos esquadrões da morte; e a criação de uma justiça paralela, inoficial.

⁸³ Distinção desenvolvida pelo professor Galanter, citado por Mauro Cappelletti, em seu livro *Acesso à justiça*, p. 25.

⁸⁴ Expressão cunhada pelo professor Kazuo Watanabe.

Exemplo desta justiça paralela são as justiças das favelas, nas quais há leis e procedimentos próprios, existentes à margem do ordenamento jurídico estatal, como já demonstraram as pesquisas de Boaventura de Souza Santos⁸⁵.

⁸⁵ Nas favelas do Rio de Janeiro, as Associações de Moradores funcionam como verdadeira instância de resolução de conflitos entre vizinhos, o que demonstra que o Estado contemporâneo não tem o monopólio da produção jurídica. Portanto, o declínio da litigiosidade, se verificado, poderá não ser indício de diminuição da conflitualidade social e jurídica, mas o resultado do desvio dessa conflitualidade para outros mecanismos de resolução informais, mais baratos e expeditos, existentes na sociedade. (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à sociologia...**, p. 131)

CAPÍTULO III - BUSCA DE TUTELAS ALTERNATIVAS

O Estado como detentor do monopólio da jurisdição, tem a missão constitucional de resolver os conflitos. Como não encontra um perfeito modo de resolver os litígios deduzidos em juízo, além de em alguns casos deixá-los completamente sem solução - litigiosidade contida, busca-se no mundo inteiro, a implementação de uma série de requisitos de ordem jurídica, econômica e sócio-cultural, para a superação de todos os obstáculos que impedem a plena efetividade do acesso de todos à justiça⁸⁶.

No presente trabalho serão analisados apenas os instrumentos jurídicos, as alternativas para a resolução dos conflitos, que embora não possam resolver todos os problemas do acesso, podem amenizá-los.

Assim, os vários problemas que afligem o Judiciário, aliados à tomada de consciência de que o que importa é a pacificação social, e não a forma através da qual a mesma é conseguida, levaram à retomada da arbitragem e da conciliação como formas alternativas para a solução dos conflitos de interesses. Por outro lado, o próprio processo, como técnica, passa por uma deformalização⁸⁷, procurando-se uma via mais rápida, econômica e viável para atender às pessoas que não costumam, pelos motivos anteriormente expostos, acudir ao Poder Judiciário.

A grande tarefa dos reformadores do acesso à justiça é preservar os tribunais ao mesmo tempo em que criam tutelas alternativas que alcancem esses indivíduos, atraindo suas demandas e capacitando-os a desfrutar as vantagens que a legislação substantiva recente vem conferindo-lhes. Deve haver, portanto, a deformalização do processo e a deformalização das controvérsias.

"Deformalização do próprio processo, utilizando-se a técnica processual em busca de um processo mais simples, rápido, econômico, de acesso fácil e direto, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflitos de interesses; filão judicial. De outro lado, a deformalização das controvérsias, buscando para elas, de acordo com sua natureza, equivalentes jurisdicionais, como vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo, para

⁸⁶ "O direito nas circunstâncias atuais, não poderá, definitivamente, emergir da situação de crise em que se encontra, por seus próprios meios. As matrizes e fontes geradoras dessa situação de angústia e insatisfação geral para com os instrumentos de que dispõe o direito processual civil e o desencanto, cada vez mais visível, com as soluções que ele pode oferecer, deverão de ser buscadas em estratos mais profundos de nossa organização social e política". (SILVA, Ovídio Baptista da. **Democracia e processo civil**. in Participação e processo, p.100)

⁸⁷ Expressão elaborada por de Ada Pelegrini Grinover. **Deformalização do processo e deformalização das controvérsias**. in RePro, v. 46, 1987.

solucioná-las mediante instrumentos institucionalizados de mediação; meios extrajudiciais".⁸⁸

É importante lembrar que essa busca pela eficácia do processo, incluindo o mecanismo de criação de vias alternativas, não pode ignorar determinados valores e determinados objetivos constitucionalmente postos, sob pena de, ao invés de tornar a prestação do serviço jurisdicional mais adequada, tornar esta adequada apenas para ampliar as desigualdades em nosso país.

1. DEFORMALIZAÇÃO DO PROCESSO

O enfoque do acesso à justiça exige o estudo crítico e a reforma de todo aparelho judicial, no sentido de aprimorar a funcionalidade e o desempenho da máquina judiciária; já que mesmo buscando alternativas ao sistema judiciário regular, muitos conflitos continuarão a ser submetidos aos tribunais regulares.

Devem ser criados processos diferenciados, com procedimentos adequados aos diversos tipos de controvérsias. A ampla deformalização do processo, indicada para algumas delas, pode ser perigosa, se generalizadamente aplicada a todas.

A antiga idéia da segurança racionalizada, com a atuação inerte do juiz não se coaduna com o novo enfoque. Deve-se buscar um juiz mais ativo⁸⁹, para que o resultado do conflito seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes. "O juiz não deve ser mero espectador dos atos processuais das partes, mas um protagonista ativo"⁹⁰. Para tanto o juiz não deve ser neutro, já que deve buscar a realização da justiça. Não se deve exigir a neutralidade dos magistrados, fazendo com que ajam tecnicamente, distante dos anseios sociais; eles devem ser imparciais. O juiz deve ainda tratar cada caso com suas peculiaridades inerentes, refletindo as aspirações da sociedade, dentro dos limites ditados pelo sistema legal, já que este

⁸⁸ Ibid., p. 63.

⁸⁹ "A participação efetiva do juiz no processo não fere o princípio do contraditório. Ao contrário, o princípio do contraditório, por ser informado pelo princípio da igualdade substancial, na verdade é fortalecido pela postura ativa do julgador. Não bastam oportunidade iguais àqueles que são desiguais. Se não existe paridade de armas, de nada adianta a igualdade de oportunidade, ou mero 'contraditório formal". (MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 71)

⁹⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **O acesso ao Poder Judiciário**. in Revista dos Tribunais, vol. 686, 1992, p.27.

expressa as escolhas políticas e sociais da nação. "O juiz moderno compreende que só lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de diferentes oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença"⁹¹.

Deve-se também buscar um procedimento mais oral, já que este, além de guardar relação com o problema da demora do processo, e de estar ligado à própria qualidade da prestação jurisdicional, que constitui fator estimulante para crença do cidadão no Judiciário, é o que melhor garante a participação das partes e a conduta ativa do juiz no processo. O princípio da oralidade, que impera na reforma, está ligado ao princípio da imediatidade, que supõe o juiz em contato pessoal com a produção de provas; e este, por sua vez, depende da identidade física do juiz, já que seria descabido que outro juiz que não aquele que teve contato pessoal com as partes e com as provas, pudesse proferir a sentença. Para preservar as vantagens desse princípio é necessário ainda "a proximidade temporal entre aquilo que o juiz apreendeu, por sua observação pessoal, e o momento em que deverá avaliá-lo na sentença"⁹². E por fim, este princípio requer comunicação com o princípio do livre convencimento do juiz.

É necessária ainda a mudança da linguagem forense e da redação dos atos processuais para ao lado da técnica, utilizar-se linguagem objetiva e clara, para que a decisão não se transforme em algo hermético e cabalístico. É preciso torná-la transparente ao destinatário da norma e da decisão judicial, as partes, em geral, leigas. Para tanto, deve haver a simplificação do direito, tornando a lei mais compreensível; e conseqüentemente, mais acessível às pessoas comuns.

Deve haver ainda uma revisão do sistema recursal. O excesso de recursos torna o litigante habitual a exigir do Judiciário aquilo que é dito comumente, esgotamento de todos os recursos, ainda que sem viabilidade. O aumento do número de juízes⁹³ e a mudança no ingresso na carreira de magistratura; e a implementação das inovações tecnológicas no Judiciário também são fundamentais. O art. 244 do

⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p.196.

⁹² SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**. Porto Alegre, Fabris, 1987, v. 1, p.53.

⁹³ Para Luiz Guilherme Marinoni pensar na criação de novos órgãos traz uma série de problemas como: a dotação orçamentária; e o concurso para magistrado, que repousa na problemática do ensino jurídico. (Op. cit., p. 51)

CPC⁹⁴ deve transformar-se em dogma, porque considera a validade do ato que alcance sua finalidade ainda que realizado de modo diverso da lei. Outra questão é o uso de medidas antecipatórias, que entram no lugar da tutela cautelar como instrumento excepcional.

Apesar de os reformadores já terem avançado muito, a reforma deve ter maior alcance e criatividade, para que os direitos do cidadão tornem-se efetivos e não meramente simbólicos. A operacionalização das reformas deve ainda atentar aos perigos envolvidos, com plena consciência dos seus limites e de suas potencialidades.

A deformalização do processo, na busca do acesso à ordem jurídica justa, deve conciliar a segurança jurídica e o desprezo a fórmulas inúteis. Assim, não deve ocorrer a inobservância dos princípios constitucionais do processo, sob a alegação de que não passam de formalismos supérfluos.

A existência dos princípios/garantias traduzem um meio de legitimação da atividade monopolizadora do Estado na distribuição da justiça, e, portanto, devem ser observados. Esses princípios "não têm cada qual sentido absolutamente autônomo e limites absolutamente rígidos. Eles não são estanques ou absolutos. São relativos e por isso todos devem ser ponderados diante do caso concreto. Inter-relacionados e interdependentes, eles se ligam, se influenciam mutuamente e se combinam entre si e com outras ciências, jurídicas ou não. Os significados tanto se interpenetram e limitam a abrangência, como se excluem e são conflitantes entre si. Nesse passo, um princípio pode tanto ser consequência como causa de não-aplicação de outro"⁹⁵.

Assim, é preciso dotar o sistema de instrumental ágil e rente à realidade e influir no espírito dos operadores do sistema, para que empreguem esse instrumental, com mentalidade nova, de modo a, ao lado da segurança jurídica, oferecer uma justiça mais adequada ao caso concreto. "Não se trata de desprocessualizar a ordem jurídica. O que precisa é desmistificar regras, critérios, princípios e o próprio sistema"⁹⁶.

⁹⁴ Artigo 244 do Código de Processo Civil: "Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade".

⁹⁵ PORTANOVA, Rui. Op. cit., p.285.

⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p.268.

2. DEFORMALIZAÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS

Como a permanência de situações indefinidas constitui fator de angústia e infelicidade pessoal; toma-se consciência de que o que importa é pacificar, sendo irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Assim, devem ser analisados os meios alternativos de pacificação social. Os juristas devem reconhecer que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada; e que qualquer regulamentação processual, criando ou encorajando alternativas ao sistema judiciário formal, é importante.

A deformalização das controvérsias⁹⁷ busca a criação de alternativas aos juízos ordinários e aos procedimentos usuais, utilizando procedimentos mais simples e/ou julgadores mais informais. Ajuda a solucionar as causas de uma maneira mais rápida e menos dispendiosa, ao mesmo tempo que alivia o congestionamento e o atraso dos tribunais. É importante lembrar que o objetivo de evitar congestionamento, não deve afastar causas que devem ser julgadas pelos tribunais, pela sua complexidade.

Essas vertentes alternativas caracterizam-se pela deformalização, que constitui fator de celeridade; pela gratuidade, que permite o acesso de todos à justiça; e pela delegação, caracterizada por amplas margens de liberdade nas soluções não-jurisdicionais. Estas vias deformalizadas de solução de conflitos têm ainda a salutar importância de permitir a participação popular na administração da justiça. Esta pode se dar de forma direta, com a participação dos chamados juízes leigos (ou mesmo, em teoria, mediante a eleição do juiz), como também de forma indireta, através dos princípios que permitem o controle da função jurisdicional. É importante lembrar que mesmo nessas espécies alternativas devem ser observados os princípios e garantias constitucionais, do devido processo legal e seus derivados, para que se proporcione um efetivo acesso à justiça e não uma justiça de segunda classe⁹⁸.

⁹⁷ Segundo Mauro Cappelletti, a expressão Alternative Dispute Resolution (ADR) é utilizada em acepção estritamente técnica, relativa sobretudo aos expedientes extrajudiciais ou não judiciais, destinados a resolver conflitos. (**Os métodos alternativos...**, p.42)

⁹⁸ Ibid., p.89.

Dentre os meios alternativos têm particular importância, a conciliação e o arbitramento. A análise da conciliação (endo e extraprocessual) e da arbitragem é importante para questionar a adequação ou não do sistema implantado pelos Juizados Especiais, reflexo processual da atual opção sócio-política contida na ordem constitucional.

A arbitragem já era defendida no século XVIII para fugir às dificuldades, à demora, aos encargos e às incertezas do pleito ordinário. No Brasil, a Lei 9307 de 23/09/96 dispõe sobre a arbitragem. O Juízo Arbitral é caracterizado por procedimentos relativamente informais, julgadores com formação técnica ou jurídica e decisões vinculatórias sujeitas a limitadíssimas possibilidades de recursos. Essas decisões dispensam a homologação pelo Judiciário, pois têm o mesmo efeito da sentença judicial, valendo, inclusive, como título executivo, sem que, contudo, estejam os árbitros investidos do poder jurisdicional. Seus benefícios são utilizados há muito tempo de forma facultativa pelas partes, por convenção ou cláusula compromissória, relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Embora possa ser um processo relativamente rápido e pouco dispendioso, em alguns casos pode tornar-se caro para as partes, pois elas devem suportar o ônus dos honorários dos árbitros. Apesar de muito utilizada na ordem internacional, no Brasil a arbitragem é pouquíssimo utilizada.

A conciliação, por sua vez, pode ser extraprocessual ou endoprocessual. Em ambos os casos, visa a induzir as próprias pessoas em conflito a ditar a solução para sua pendência, encontrando o ponto de equilíbrio aceito para os termos de dois interesses conflitantes. Pode ser utilizada desde que não se trate de direitos indisponíveis. O conciliador procura obter uma transação entre as partes (mútuas concessões); ou o reconhecimento do pedido (a submissão de um à pretensão do outro); ou a renúncia (a desistência da pretensão).

A justiça coexistencial pode ser preferível e mais apta para assegurar o acesso à justiça; como nos casos em que "o conflito não passa de um episódio em relação complexa e permanente, ou conforme se lhe poderia chamar - a justiça reparadora, tem a possibilidade de preservar a relação, tratando o episódio litigioso antes como uma perturbação temporária do que uma ruptura definitiva; isso, além do fato de que tal procedimento costuma ser mais acessível, mais rápido e informal, menos dispendioso, e os próprios julgadores podem ter conhecimento do ambiente

em que o episódio surgiu e mostrar-se mais capazes e menos desejosos de compreender o drama das partes"⁹⁹. Apesar de alguns países ocidentais começarem a estabelecer a justiça conciliatória em conflitos de matéria de família; deve-se atentar para que os mais fracos podem ser explorados pela parte mais forte sempre que não haja paridade de armas entre os litigantes.

As decisões rápidas e mediadas são mais facilmente aceitas do que os decretos judiciais unilaterais, já que elas se fundam em acordo já estabelecido entre as partes e possibilitam que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado o relacionamento complexo e prolongado. Assim, a escolha desta via deve ser estimulada pelos advogados¹⁰⁰.

A conciliação endoprocessual¹⁰¹ se dá antes de iniciar a instrução na audiência¹⁰²; e nela o juiz deve tentar compor as partes¹⁰³. Este tipo de conciliação se mostra na maior parte das vezes pouco produtivo, já que aberta a litigiosidade das partes, "em primeiro lugar as partes terão desenvolvido atividade probatória no processo, e não estarão dispostas a relegá-la ao esquecimento, até porque o custo envolvido poderá ser considerável; os advogados diante do material probatório no processo já acostado aos autos, nem sempre serão simpáticos à solução de meio conciliatória, que tornará inútil o trabalho até então desenvolvido; o magistrado, que no mais das vezes já terá condições de intuir a razão dos autos ou do réu, precisará manter a todo custo sua posição de imparcialidade, o que limitará drasticamente sua atividade de conciliador"¹⁰⁴.

⁹⁹ Ibid., p.90.

¹⁰⁰ O advogado é o grande colaborador do exercício forense, por isso é importante invocar o Código de Ética Profissional dos advogados, lembrar-lhes de vários deveres e de abstenções importantes para uma mudança processual, dentre elas o dever do advogado de estímulo à conciliação entre litigantes, prevenindo sempre que possível, a instauração de litígios (art. 2º § único VI).

¹⁰¹ "O quanto tem o processo judicial progredido como instrumento de composição amigável da lide permite ver, no próximo milênio, o processo como a melhor alternativa de si mesmo, isto é, o processo desempenhando uma atividade de mediação, conciliadora das partes, de igual ou maior importância que a atividade de julgamento, que inevitavelmente retarda a solução dos conflitos". (BERMUDES, Sérgio. **O processo civil no terceiro milênio**. in Revista da EMERJ, v. 2, nº7, 1999, p. 98)

¹⁰² Artigo 331 do CPC: "Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará a audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir".

¹⁰³ Artigo 448 do CPC: "Ao iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo o juiz mandará tomá-lo por termo".

¹⁰⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p.93.

Este quadro vem dissuadindo muitos juízes de insistir na experiência conciliativa, preferindo limitar-se apenas à pergunta (formal) sobre a eventual possibilidade de acordo entre as partes, para passar em seguida à instrução processual. Além disso, devido à sobrecarga de trabalho dos juízes, não há sequer tempo útil para que eles possam desenvolver uma tentativa séria de conciliação. A conciliação endoprocessual, da forma como vem estabelecida no Código de Processo Civil, não produz os efeitos pretendidos. Assim, foi desenvolvida a conciliação extraprocessual, com a criação de órgãos institucionais voltados à atividade pré-processual de composição de conflitos.

Os procedimentos conciliativos extrajudiciais são os anteriores à instauração do processo, podendo servir como instrumento para evitá-lo. Tem a função de "recuperar controvérsias que permaneciam sem solução na sociedade contemporânea, sobretudo no campo de denominada justiça menor (consumidor, acidentes de trânsito, ...); racionalizar a distribuição da justiça, com a conseqüente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos de mediação, ainda que facultativos; reativar formas de participação do corpo social na administração da justiça; fornecer a mais adequada informação do cidadão sobre os próprios direitos e sua orientação jurídica, elementos políticos de particular importância na conscientização das pessoas carentes"¹⁰⁵.

No Brasil Império, os juízes de paz, honorário e leigos, foram investidos de função conciliativa prévia, como condição obrigatória para o início de qualquer processo, pela Constituição de 1824. No entanto, essa instituição foi paulatinamente perdendo importância, até a transformação dos juízes de paz em órgão incumbido tão somente da habilitação e celebração de casamentos (Decreto nº 359 de 1890). Apesar disso, ainda são realizadas conciliações prévias não institucionalizadas, pelos meios informais representados por membros do Ministério Público; por advogados e por voluntários. A par dessa via não institucionalizada, surgiram ainda em 1982, os canais institucionalizados para a justiça conciliativa, os Conselhos e Juizados de Conciliação. Com o sucesso desta nova via institucionalizada, foram criados os Juizados de Pequenas Causas, que deram lugar aos atuais Juizados Especiais.

¹⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Deformalização do processo...**, p.71.

3. JUIZADOS ESPECIAIS

Devido ao esquema tradicional ter quedado insatisfatório frente aos interesses de menor expressão econômica, de grande incidência em nossa sociedade, já que as pequenas montas são quase a totalidade dos bens do cidadão, buscou-se as alternativas conciliatórias institucionalizadas para a solução desses conflitos, para cuja tutela de interesses, o processo formal não é o meio de solução mais adequado.

Assim, no contexto da deformalização das controvérsias, com a criação de vias alternativas, inserem-se os Juizados Especiais Cíveis e Criminais¹⁰⁶, regulamentados pela Lei 9099/95 e pelo artigo 98 da Carta Magna¹⁰⁷⁻¹⁰⁸.

Essa alternativa teve início em 1982, no Rio Grande do Sul, por iniciativa do Tribunal de Justiça deste estado, com o apoio da sua associação de magistrados (AJURIS), com o surgimento dos Conselhos de Conciliação e Arbitramento. A experiência foi seguida posteriormente pelo estado de São Paulo, através da implantação dos Juizados Informais de Conciliação. A elas seguiram-se movimentos semelhantes em outros estados da Federação.

A procura de instrumentos informais de resolução de litígios, conciliação e arbitramento, foi uma das características marcantes dessas experiências inovadoras. A legislação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei 7244/84) foi o reconhecimento da qualidade da experiência pioneira implantada pelos juízes e advogados gaúchos, dando-lhes contornos mais precisos e a adequada tutela jurisdicional. Esta legislação foi substituída pela Lei dos Juizados Especiais, de 1995.

Os Juizados Especiais são uma via de acesso à justiça para resolver conflitos, que pela suas dimensões, não comportam a submissão ao processo da

¹⁰⁶ Fátima Nancy Andrichi (op. cit.) e Sérgio Bermudes (op. cit.) consideram os Juizados Especiais, a justiça do terceiro milênio.

¹⁰⁷ Art. 98, inc. I da CF: "A União, no Distrito Federal e no Territórios, e os Estados criarão: juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau".

¹⁰⁸ A Emenda Constitucional nº 22 de 18 de março de 1999 dispôs sobre a criação dos Juizados Especiais no âmbito da justiça federal. Quando for regulamentado, este dispositivo contribuirá para o acesso à justiça, já que ajudará a diminuir a quantidade de recursos desnecessários encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, que na maioria dos casos versam sobre questões previdenciárias de baixo valor.

justiça tradicional. Podem ser vistos como a "superação da crise jurídica e jurisdicional que temos vivido nos últimos tempos, na busca de resultados diversificados que se materializem na efetividade e efetivação do processo civil através da rápida e eficiente solução dos conflitos intersubjetivos, coletivos ou difusos dos jurisdicionados"¹⁰⁹. Possibilitam um procedimento informal, flexível, oral, simples, ágil e barato, no qual o juiz deixa de ser mero espectador e passa a influenciar diretamente na solução do conflito.

A Lei dos Juizados Especiais sai de um mecanismo de soluções autoritárias dos conflitos intersubjetivos para a órbita de uma composição amigável. Volta-se para conciliação como meio de solução de conflitos, dando a ela especial destaque ao instituir uma verdadeira fase conciliatória no procedimento que disciplina. Só se passa à instrução e julgamento da causa se, após toda tentativa, não tiver sido obtida a conciliação dos litigantes nem a instituição do juízo arbitral¹¹⁰. Não tendo êxito a conciliação, nem desejando as partes se submeterem ao juízo arbitral, inicia-se o processo jurisdicional, com a imediata realização da audiência de instrução. A busca da solução conciliatória restaura o equilíbrio social abalado e permite um equivalente de solução onde os destinatários do direito são também seus criadores.

Essa alternativa institucionalizada buscou superar os óbices ao efetivo acesso à ordem jurídica justa, de modo que todos possam desfrutar dos novos direitos sociais proclamados. No que se refere ao elevado custo do processo, a Lei dos Juizados tentou superá-lo com a total gratuidade da justiça em primeiro grau e o efetivo serviço de assistência judiciária; com a dispensa patrocínio técnico; e com a abreviação do procedimento. A Lei adota o princípio da incidibilidade da relação entre os Juizados e a assistência judiciária, não podendo existir aquele sem que este esteja adequadamente organizada. A assistência judiciária assume particular importância apesar de ser permitido o acesso direto ao juízo pelo interessado, sem a necessidade de prévia constituição de um advogado em primeiro grau de jurisdição,

¹⁰⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; e RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. **Comentários à lei dos Juizados cíveis e criminais**: Lei 9099 de 26.09.1995. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.42.

¹¹⁰ O órgão conciliador é independente do órgão julgador, fruto das experiências anteriores que mostraram que a reunião dessas duas funções em um mesmo órgão faz com que ou o conciliador imponha a sua vontade, ou o julgador ceda à vontade das partes.

não a tendo apenas para recorrer da sentença¹¹¹; já que busca superar os óbices quanto à desinformação, orientando os cidadãos quanto aos seus direitos e obrigações.

Quanto à morosidade, que restringe a efetividade do processo tradicional, a Lei buscou um procedimento mais simples e informal, caracterizado pela oralidade¹¹², o que auxilia na celeridade da prestação; e conseqüentemente, gera maior confiança dos cidadãos na busca da tutela de seus direitos, minimizando os fatores psicológicos adversos, que limitam o acesso à justiça.

Estas observações, que não pretendem em absoluto resumir as inovações processuais e procedimentais trazidas pela Lei dos Juizados, tendem apenas a mostrar como o novo órgão dinamizou o processo e recriou a esperança numa justiça séria e rápida.

É importante ressaltar que o Juizado Especial não abriu apenas as portas do Judiciário ao pobre, já que não é a justiça do pobre, mas dos cidadãos de todas as classes sociais que sofrem violação de um direito de pequena monta ou menor complexidade¹¹³.

Os Juizados não podem ser considerados "uma justiça de segunda classe, porquanto não refletem qualquer dado indicativo capaz de importar num desprestígio ou diminuição. Essa nova forma de prestar jurisdição significa antes de tudo um avanço legislativo de origem eminentemente constitucional, que vem dar guarida aos antigos anseios de todos os cidadãos, especialmente aos da população menos

¹¹¹ Horácio Wanderlei Rodrigues entende que a presença obrigatória de advogados, esvaziaria a sua função social, já que as pessoas que recorrem a essa via são normalmente carentes, não possuindo dinheiro para pagar advogado; os valores das causas são muito pequenos não compensando a presença destes profissionais; e os valores reduzidos da demanda implicam baixos honorários, gerando desinteresse dos advogados para atuarem. (op. cit., p. 43)

¹¹² "O resultado foi um procedimento predominantemente verbal e simplificado, onde a petição inicial vem versada em termos simples e pode até ser ditada ao escrivão, que a tomará por termo; o demandado será citado por via postal para comparecer em audiência designada para conciliação, instrução e julgamento, onde apresentará defesa, caso fracasse a conciliação. Os atos processuais não serão objeto de registro escrito, a não ser aqueles considerados essenciais, podendo ser gravados em fita magnética ou equivalente as atos produzidos em instrução, inutilizando-se o registro após o trânsito em julgado da sentença. Aboliu-se a reconvenção, sendo dúplice a ação proposta no juizado. Quanto às provas, acentuou-se o poder investigatório do juiz, abandonando-se os princípios rígidos do ônus da prova e as regras absolutas quanto à certeza dos fatos. Por, o recurso contra a sentença proferida pelo juiz singular é julgado por uma turma, composta de juizes do próprio Juizados". (CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 95)

¹¹³ O critério de competência dos Juizados Especiais, ao contrário do de Pequenas Causas, não é apenas o valor da causa, mas o da complexidade; já que se fosse somente pelo valor da causa poderia criar uma justiça de pior qualidade.

abastada de uma justiça apta a proporcionar uma prestação de tutela simples, rápida, econômica e segura, capaz de levar à liberação da indesejável litigiosidade contida"¹¹⁴.

É um instrumento de democratização da justiça, que busca efetivar a promessa de igual acesso de todos à justiça. Em outros termos, trata-se de um mecanismo hábil de ampliação do acesso à ordem jurídica justa, o que requer a observância dos princípios constitucionais do processo.

3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NOS JUIZADOS ESPECIAIS

A idéia de acesso à justiça, como acesso à ordem jurídica justa, que moveu o legislador brasileiro na instituição dos Juizados Especiais deve ser balizada pela observância das garantias fundamentais do processo civil. Embora o procedimento formal não seja o mais adequado para assegurar os novos direitos, ele atende a algumas importantes funções que não podem ser ignoradas. E isso porque o acesso à justiça "não se confunde nem se esgota na possibilidade de todos levarem suas pretensões aos tribunais, mas significa a oportunidade de efetiva e concreta proteção judiciária, mediante o justo processo, entendido como conjunto de garantias que permita efetivamente às partes a sustentação de suas razões, a produção de suas provas, a possibilidade de influir sobre a formação do convencimento do juiz"¹¹⁵.

"Não pode haver uma subversão aos fundamentos do procedimento justo; com uma mudança na hierarquia dos valores do processo civil; desviando-o no sentido do valor da acessibilidade. A finalidade não é fazer uma justiça mais pobre, mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres"¹¹⁶.

Diante disto, a Lei dos Juizados deve ser fiel à principiologia sedimentada através da disciplina e prática do processo tradicional, para propiciar um efetivo acesso à justiça. Como já se disse anteriormente, os princípios não são absolutos, devem ser ponderados diante do caso concreto. Assim, para o seu processo, a Lei dos Juizados deu nova interpretação instrumentalista a cada um dos princípios,

¹¹⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; e RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. Op. cit., p. 41.

¹¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Deformalização do processo**..., p.69.

¹¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. p.165.

adaptando-os aos conflitos emergentes na sociedade de massa, não suprimindo-os. Não os manteve estratificados em suas formulações tradicionais, superadas pelas exigências do tempo. Operacionalizou o processo, sem antepô-lo à justiça.

Os princípios dos Juizados Especiais, portanto, não são propriamente diversos princípios processuais, mas critérios que, informando o novo processo, assegurem sua fidelidade aos princípios clássicos, revolucionando-os em suas formas e em sua dinâmica.

"Isso porque a simplicidade é expressão dos princípios da liberdade das formas processuais e da instrumentalidade; a oralidade é diretriz tradicional do processo brasileiro, agora levada aos extremos do diálogo entre o juiz e as partes; a economia processual e a gratuidade em primeiro grau de jurisdição respondem à promessa constitucional do acesso às vias jurisdicionais; a celeridade vem a reboque de um procedimento extremamente concentrado, sem oportunidade para dilações e incidentes que protelem o julgamento do mérito; e a conciliação, incessantemente buscada em todo processo, como sua verdadeira mola-mestra, também se insere no rico filão de incentivo à autocomposição das partes, atendendo às mais caras tradições do processo brasileiro e de suas vias alternativas"¹¹⁷.

A condição primordial para o sucesso desses novos meios é a mudança da mentalidade dos operadores do direito, principalmente dos membros do Poder Judiciário, que deverão estar atentos ao fiel cumprimento dos princípios orientadores da condução procedimental, consubstanciados na oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Os programas de reforma são insuficientes enquanto não houver um novo método de pensamento.

É importante lembrar que a operacionalização dessas reformas e a criação desses novos meios alternativos para resolução de conflitos devem atentar para os perigos envolvidos com plena consciência dos seus limites e de suas potencialidades.

¹¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Deformalização do processo...**, p.66.

CONCLUSÃO

A fase processual atual, eminentemente crítica, exige a revisão de toda ordem de valores, buscando a efetivação dos direitos proclamados, de maneira igualitária a todos os cidadãos.

O acesso à justiça, como acesso à ordem jurídica justa, como não encontra sua concretização, devido aos obstáculos que se colocam, determina a reforma de todo aparato jurídico tradicional e a criação de novas alternativas, de modo a alcançar os indivíduos, que não encontram soluções para seus conflitos; atraindo suas demandas e capacitando-os a desfrutar as vantagens que a legislação substantiva recente vem conferindo-lhes.

Tanto a reforma do aparato tradicional como as novas alternativas devem se adequar à nova postura instrumentalista, voltada à efetividade do processo. Assim, os fins do processo, reflexo dos fins do próprio Estado e da sociedade, devem ser observados. Para tanto, faz-se necessária a observância dos princípios constitucionais do processo; pois estes traduzem os valores do Estado e da sociedade, e, portanto, legitimam seu atuar.

Estes princípios constitucionais devem ser observados e flexibilizados, de modo a adaptá-los à nova ordem de valores, ou seja, a uma nova mentalidade.

Para que estas reformas prosperem, deve haver ainda a mudança de mentalidade dos aplicadores do direito, já que de nada adiantariam reformas se quem as aplica continuar com uma mentalidade voltada ao passado, em uma visão puramente introspectiva. A nova mentalidade exige uma visão dos aspectos externos, ou seja, dos resultados atingidos pela reforma em relação aos seus "consumidores".

Apesar de já terem sido alcançadas realizações notáveis, ainda é o começo. Necessita-se ainda de muito trabalho para que os direitos das pessoas comuns sejam efetivamente respeitados.

A luta pelo efetivo acesso aos novos direitos extrapola, e muito, o âmbito do jurídico. Somente uma ação conjunta e progressiva, pautada pela pluralidade e pela dialética, poderá enfrentar, e quem sabe vencer, os desafios cada vez maiores e

mais complexos que se colocam ao exercício desses direitos, ou seja, da cidadania, na atualidade.

Não bastam instrumentos processuais adequados se não forem resolvidos outros problemas existentes, principalmente nos níveis políticos, econômico, social e educacional, bem como em nível do direito material e da estrutura, organização e administração do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALVIM, Arruda. **Princípios fundamentais y formativos del procedimiento civil brasileño.** in Revista de processo, nº 38, 1985, p. 84-110.
2. ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A democratização da justiça.** in Revista de doutrina e jurisprudência, Brasília, nº 50, 1996, p. 13-20.
3. ARMELIN, Donald. **O acesso à justiça.** in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 31, 1989, p. 171-182.
4. AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
5. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo.** in Ajuris, nº 55, 1992, p.60-75.
6. _____. **Notas sobre o problema da efetividade do processo.** in Ajuris, nº 29, 1983, p. 77-94.
7. _____. **Privatização do processo?** in Revista da EMERJ, v. 1, nº 3, 1998, p. 13-25.
8. _____. **Sobre a "participação do juiz no processo civil.** in Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.380-394.
9. BERMUDES, Sérgio. **O processo civil no terceiro milênio.** in Revista da EMERJ, v.2, nº7, 1999, p. 92-100.
10. BIDART, Adolfo Gelsi. **Conciliación y proceso.** in Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 253-261.
11. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.
12. _____. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça.** in Revista de Processo, nº 74, 1994, p. 82-97.
13. _____. **Acesso à justiça.** in Revista do Ministério Público. Porto Alegre, v.1, nº 18, p. 8-26, 1985.
14. _____. **Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea.** in Revista do Processo, v. 60, 1990, p.110-117.

15. **CARMONA, Carlos Alberto. A crise do processo e os meios alternativos para a solução de controvérsias.** in Revista de Processo, nº 56, 1989, p. 91-99.
16. _____. **Arbitragem e jurisdição.** in Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 296-307.
17. **CARNEIRO, Athos Gusmão. Juizado de Pequenas Causas.** in Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 333-345.
18. **CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro de. Democracia e acesso à justiça.** in Revista da EMERJ, vol. 1, nº 1, 1998, p. 161-170.
19. **CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo.** 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
20. **DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
21. _____. **Escopos políticos do processo.** in Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 114-127.
22. **DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A prestação jurisdicional e a efetividade dos direitos declarados.** in Revista da EMERJ, v. 1, nº 1, 1998, p. 141-146.
23. **FALCÃO, Joaquim de Arruda. Democratização e serviços legais.** in Direito e justiça: a função social do Judiciário. 2ª ed. São Paulo: Ática S.A., 1994, p. 145-158.
24. **FARIA, José Eduardo; LOPES, José Reinaldo de Lima. Pela democratização do Judiciário.** in Direito e justiça: a função social do Judiciário. 2ª ed. São Paulo: Ática S.A., 1994, p. 159-166.
25. **FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. Comentários à lei dos juizados cíveis e criminais: Lei 9099 de 26.09.1995.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
26. _____. **O acesso ao Poder Judiciário.** in Revista dos Tribunais, vol. 686, 1992, p. 19-34.
27. **FUX, Luiz. A ideologia dos Juizados Especiais.** in Revista de Processo, v. 86, p. 204-214.
28. **GESSINGER, Ruy Armando. Justiça gratuita e assistência jurídica.** in Ajuris, nº 56, 1992, p. 177- 178.

29. GRINOVER, Ada Pelegrini. **As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas.** in Revista de Processo, nº 43, 1986, p. 19-30.

30. _____. **Deformalização do processo e deformalização das controvérsias.** in Revista de Processo, nº 46, 1987, p. 60-83.

31. _____. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil.** São Paulo, Bushatsky, 1975.

32. _____. **A conciliação extrajudicial no quadro participativo.** in Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 277-295.

33. _____. **Assistência judiciária e acesso à justiça.** in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 22, 1984, p. 17-26.

34. HITTERS, Juan Carlos. **Legitimación democrática del poder judicial y control de constitucionalidad.** in Participação e processo. São Paulo: Revista dos tribunais, 1988, p. 212-226.

35. KATO, Shelma Lombardi de. **A crise do direito e o compromisso da libertação.** in Direito e justiça: a função social do Judiciário. 2ª ed. São Paulo: Ática S.A., 1994, p. 167-184.

36. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

37. MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a arbitragem no Brasil.** in Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo, nº 51, 1997, p.36-45.

38. MORAES, Humberto Peña de. **A assistência judiciária pública e os mecanismos de acesso à justiça no estado democrático.** in Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 227-242.

39. MORELLO, Augusto Mario. **El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación (El Derecho a la información y la realidad social).** in Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 166-179.

40. NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

41. OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. **Do juízo arbitral.** in Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.308-332.

42. PASSOS, J.J. Calmon de. **Democracia, participação e processo.** in Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 83-97.

43. PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
44. RANGEL, Vicente Marotta. **Direitos e relações internacionais**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
45. RODRIGUES, Walter Piva. **Assistência judiciária, uma garantia insuficiente**. in Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 243-252.
46. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.
47. ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil**. 3ª ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
48. _____. **Efetividade e instrumentalidade. Estruturação processual: caminhos de uma reforma**. in Revista de Processo, nº 85, 1997, p.212-221.
49. RULLI JÚNIOR, Antônio. **O Poder Judiciário e os deveres humanos**. in Revista da EMERJ, v. 1, nº1, 1998, p. 31-47.
50. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós modernidade**. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 1999.
51. _____. **Introdução à sociologia da administração da justiça**. in Direito e justiça: a função social do Judiciário. 2ª ed. São Paulo: Ática S.A., 1994, p. 39-65.
52. SILVA, Ovídio Baptista. **Democracia moderna e processo civil**. in Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 98-113.
53. _____. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Fabris, 1987, v.1.
54. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
55. _____. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
56. VERONESE, Josiane Rose Petry. **O acesso à justiça como exercício da cidadania**. in Revista do curso de direito da UFSC (Álter Ágora), ano II, nº 3, outubro de 1995, p. 20-24.

57. WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Anotações sobre o princípio do devido processo legal.** in Revista dos Tribunais, v. 646, 1989, p. 33-40.

58. WATANABE, Kazuo. **Assistência judiciária como instrumento de acesso à ordem jurídica justa.** in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 22, 1984, p. 87-89.

59. _____. **Assistência judiciária e os Juizados Especiais de Pequenas Causas.** in Ajuris, nº34, julho 1985, p. 219-225.

60. _____. **Acesso à justiça e sociedade moderna.** in Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.