

FACULDADES DE VITÓRIA – FDV

*MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS*

GUSTAVO VARELLA CABRAL

***MECANISMOS E OBSTÁCULOS AO ACESSO PLENO À TUTELA JURISDICIONAL
DE MÉRITO:
UMA ABORDAGEM JURÍDICO-SOCIAL***

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais Constitucionais, na área de concentração em Garantias Constitucionais Fundamentais, sob orientação do Professor Doutor Willian Couto Gonçalves..

***VITÓRIA-ES
2005***

FACULDADES DE VITÓRIA – FDV

*MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS*

GUSTAVO VARELLA CABRAL

***MECANISMOS E OBSTÁCULOS AO ACESSO PLENO À TUTELA JURISDICIONAL
DE MÉRITO:
UMA ABORDAGEM JURÍDICO-SOCIAL***

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Willian Couto Gonçalves

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Vitória, _____ de _____ de 2005.

À Patrícia Duarte Deps, minha esposa e parceira nos melhores projetos de nossa vida, Guilherme e Victória, pelos exemplos de dedicação e o compromisso com o saber científico, imprescindíveis a quem se propõe a construir, com alicerces sólidos, um trabalho de pesquisa.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a DEUS e aos meus pais, Carlos Alberto Abaurre Cabral e Maria Ângela Varella Cabral, pelo dom da vida, razão e essência de tudo.

Agradeço à minha esposa, Patrícia, pela convivência, pela paciência, pelo incentivo ao saber científico, pelo afinho e pelo exemplo de excelência no trato dos compromissos pessoais e profissionais.

Aos meus filhos, Guilherme e Victória, promessas concretas de eternidade em vida e razão de ser e de fazer, que iluminam qualquer caminho com seu sorriso franco e incondicional, e em cujos olhos se renova, sempre, o brilho da vida.

Ao corpo docente da FDV, pela convivência fraterna e pelos cotidianos exemplos de dignidade, de amor pelo saber e de dedicação na trilha pela construção de um mundo melhor e mais justo.

Aos alunos da FVD, pela oportunidade constante de renovação e pelo convívio.

Aos funcionários e colaboradores da FDV, pelo auxílio, pela orientação, pela disponibilidade e pelo profissionalismo com que se dedicam à faina diária de dar sopro e continuidade à proposta da Faculdade.

Aos meus queridos colegas e professores do curso de mestrado, companheiros indispensáveis e inigualáveis de caminhada, em quem e com quem, muitas vezes, me inspirei e alcancei força, exemplo e alento à jornada iniciada em uma manhã de agosto do ano de 2002.

À todos os profissionais, soldados do direito ou não, que se esforçam no cotidiano de suas vidas para a melhoria dos instrumentos e mecanismos de acesso ao aparato judiciário, instância imprescindível à qualquer sociedade que se pretende justa e civilizada.

Agradeço, em especial, ao meu orientador, o Professor Doutor Willian Couto Gonçalves, modelo de ser humano e de profissional, pelo convívio, pelas opiniões e críticas, e pela aguda sensibilidade no trato da Ciência do Direito.

“Um país cuja Justiça não é acessível à maioria da população trai os ideais básicos da cidadania e do Estado Democrático de Direito. Lamentavelmente, é o que ainda ocorre no Brasil.”

(Reginaldo Oscar de Castro – **Manifesto à Nação**)

RESUMO

O escopo da pesquisa que justificou o presente trabalho é o estudo dos mecanismos e instrumentos de acesso à tutela jurisdicional de mérito, essência e fim da atuação do aparelho judiciário no Brasil, vistos não somente pelo prisma formal mas, também e principalmente, pelos seus efeitos no conjunto da sociedade. Não obstante os avanços havidos desde a Constituição Federal de 1988, mormente na edição de regras legais substantivas ou instrumentais, obstáculos e entraves já há muito conhecidos insistem em permanecer insolúveis, traduzindo-se, ao longo da marcha processual, em gravames e paradoxos que, algumas vezes, dão azo ao incremento dos conflitos submetidos ao crivo do Poder Judiciário e, não, à sua solução. Os modernos diplomas legais, muitas vezes trazidos à luz com o propósito de tornar mais fácil ou mais justo o acesso daqueles que buscam o resguardo e a proteção do Estado-juiz, esbarram em problemas que fogem ao alcance imediato de seus operadores, deixando à mingua expectativas que, ao sabor do desalento, erigem-se em frustrações, aumentando o ambiente formador do conflito. Ainda assim, é sensível o esforço da sociedade organizada brasileira, com especial destaque para aqueles operários do direito que se organizam em grupos de estudo, de avaliação e de pesquisa dos métodos de aperfeiçoamento do sistema legal nacional, no sentido de buscar soluções para os problemas recorrentes e para aqueles que surgem no compasso evolutivo do dia a dia do país. Conjunto heterodoxo de valores, de raças e de culturas, a amálgama social chamada Brasil vem, ao longo de sua história, buscando formar identidade própria, sedimentando conceitos e práticas, avançadas ou ultrapassadas, que já se acham disseminadas pelos diversos extratos da sociedade. Mas é na diversidade econômica dos personagens destes extratos e nos diferentes graus de acesso efetivo e eficaz aos meios e instrumentos hábeis à tutela jurisdicional que reside um dos mais graves fatores de desigualdade que fomenta e incentiva o alargamento das margens do abismo social que existe no país. Pretensiosa seria a abordagem de alguns elementos econômicos ou políticos que contribuem para o incremento desta perversa

equação. Buscou-se, então, através do estudo de alguns mecanismos legais e de alguns fatores que preponderaram no contexto da atividade judiciária e jurisdicional traçar uma perspectiva que contribua para o fomento de instrumentos e de métodos capazes de minorar determinadas mazelas, de melhorar a relação “custo x benefício” das atividades estatais voltadas à solução de conflitos e, principalmente, de permitir a todos os que vivem sob a égide do Estado acesso mais equânime às instâncias do Poder que se propõe a corrigir, sob o manto da legalidade, das garantias e dos princípios insculpidos na Carta de 1988, as distorções que, subliminarmente, solidificam as fronteiras visíveis soerguidas entre as camadas que compõem a sociedade brasileira.

ABSTRACT

The object of this research that is the justification of this study is promoted a study about mechanism and instruments of access to rightness, essence and purpose to judicial Brazilian display, but not in your formal aspect, including therefore yours effects in society. In spit of advances passed away since Federal Constitution of 1988, mainly in substantive and formal rules, old obstacles are insisting to continue presents representing, during the process, problems that are increasing the number of judicial disputes instead of be them solutions. The modern rules, that pretending to render more easy and fair the access of rightness by the population, are prejudiced by obstacles that can't be overcome by the judgements, leaving without expectations that become frustrations, increasing the number of judicial disputes. Nevertheless it's obvious the Brazilian organized civil society's effort, mainly of a lot of groups organized by law operators that are evaluating and searching ways to construct a better national system law, to find solutions to above-mentioned obstacles and to the new that are surging day by day. Brazil is a big group of values, races and cultures that tries, during his history, to construct a national identity based in practices adopted by others countries and societies. But the economical diversity of the members of this society and the different degrees of access to rightness are important factors to increase the largeness between Brazilians social classes. Pretentious was be a study about the components to this perverse equation. So we tried promote a study about the laws and the factors that are more important in judicial activity, manly reporting the access to rightness, delimiting ways to reduce the obstacles and to undervalue the price of the jurisdicional activity allowing the access to rightness of all Brazilian citizens. In this way, we will can reduce the largeness between Brazilian social classes in favor of legality, principles and 1988's Constitutional warranties.

SUMÁRIO

RESUMO

ABSTRACT

1. APRESENTAÇÃO DO TEMA E PROBLEMÁTICA – UMA SUPOSTA INTRODUÇÃO	9
2. O ACESSO À JUSTIÇA COMO MEIO DE PROTEÇÃO E RESGATE DE DIREITOS – UMA DEFINIÇÃO DO INSTITUTO	14
3.1. O DIREITO DE AÇÃO COMO VIA TRADICIONAL DE ACESSO À TUTELA JURISDICIONAL DE MÉRITO.....	17
3.1.1. <i>Evolução histórica</i>	25
3.2. DOS WRIT'S CONSTITUCIONAIS – MEIOS ESPECIAIS DE ACESSO À TUTELA JURISDICIONAL DE MÉRITO	29
3.2.1. <i>Circunstâncias ensejadoras de meios específicos de acesso à justiça</i>	29
3.2.1.a. Mandado de segurança – banalização do uso	31
3.2.1.b. Mandado de injunção.....	39
3.2.1.c. Habeas corpus – acesso à justiça sem peias.....	44
3.2.1.d. Habeas data	50
3.2.1.e. Ações coletivas – previsões das Constituições mais recentes	55
3.3. ARBITRAGEM – VIÉS DE ACESSO À JUSTIÇA?	65
4. OS MODERNOS INSTRUMENTOS DE ACESSO À TUTELA JURISDICIONAL DE MÉRITO	73
4.1. A CONSTITUIÇÃO DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS E SUA IMPORTÂNCIA ENQUANTO MEIO DE ACESSO À TUTELA JURISDICIONAL DE MÉRITO PELOS HIPOSSUFICIENTES.....	73
4.2. OS JUIZADOS ESPECIAIS	81
4.3. ATIVIDADES POLÍTICAS DE FACILITAÇÃO E PROMOÇÃO DO ACESSO À TUTELA JURISDICIONAL DE MÉRITO (JUSTIÇA COMUNITÁRIA)	89
4.4. AS NOVIÇAS PREVISÕES PROCESSUAIS DE FACILITAÇÃO DE ACESSO AO PROVIMENTO JURISDICIONAL.....	92
5. ÓBICES AO LIVRE E AMPLO EXERCÍCIO DO À TUTELA JURISDICIONAL DE MÉRITO	96
5.1. FATORES IMPEDITIVOS DE MATIZ ECONÔMICO.....	97
5.1.1. <i>As causas com valor modesto.</i>	99
5.1.2. <i>Recursos financeiros: possibilidade das partes</i>	100
5.1.3. <i>Litigantes “habituais” e “eventuais”.</i>	102
5.2. FATORES IMPEDITIVOS DE MATIZ SOCIAL	104
5.2.1. <i>Aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa</i> ...	105
5.2.2. <i>Descrédito no Poder Judiciário</i>	107
6. PROGNÓSTICO DO ACESSO À JUSTIÇA NO FUTURO	111
7. CONCLUSÕES	115
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	138

MECANISMOS E OBSTÁCULOS AO ACESSO PLENO À TUTELA JURISDICIONAL DE MÉRITO: UMA ABORDAGEM JURÍDICO-SOCIAL

1. Apresentação do tema e problemática – uma suposta introdução

Corriqueiramente todo trabalho acadêmico inicia-se por introdução em que se dedica o autor à explanação relativa à problemática científica que consistiu no mote de seu estudo.

Aliás, tal chega a consubstanciar mais do que mera praxe, tendo sido inclusive, ainda que de modo indireto, exigida pelas regulamentações expedidas pela ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas.

Porquanto cumpra as exigências de normatização técnica, pena de incorrer em grave erro de forma, o presente estudo ousa superar estes tradicionais limites, formulando considerações amplas sobre o tema que, todavia, se prestarão muito mais a antecipar a problematização do objeto do estudo do que a propriamente apresentá-lo ou introduzi-lo.

O acesso à jurisdição, premissa fundamental do estudo em apreço, é instituto jurídico que, diferentemente da maioria deles, não comporta grandes divergências ou debates doutrinários. Ao revés, é possível que se estabeleça justamente o acesso à justiça como ponto de identidade dos mais distintos sistemas jurídicos contemporâneos, mesmo aqueles baseados em regime de governo autoritário ou, de forma mais ampla, não democrático¹.

A despeito disto, Sérgio Ferraz adverte com a conhecida maestria:

O debate do acesso à Justiça constitui um terreno polifacético, que ultrapassa, até mesmo, os confins da temática jurídica. Política,

¹ Confira-se, a esse respeito, a obra **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, de René David, editado no Brasil pela Martins Fontes.

*sociologia, antropologia, economia são apenas alguns dos segmentos do saber, que também tem para dar nesse assunto.*²

Ainda assim, o acesso à jurisdição, enquanto princípio imanente à ordem jurídica posta e quiçá ao próprio Direito Natural, é tema de estudos incessantes, à luz dos mais variados ordenamentos e contextos sociais.

E o é justamente em virtude deste último elemento, qual seja, dos contextos sociais.

O mais importante em exame que se queira promover a respeito do acesso à justiça reside não na essência deste instituto, mas na apuração criteriosa de sua composição naquele momento histórico e em determinado grupo social.

Destarte, enquanto fenômeno jurídico social, o acesso à justiça – que posteriormente já se denominou de acesso à ordem jurídica justa – é fenômeno mutável, é elemento social em constante ebulição, adequando-se e alterando-se periodicamente sob os influxos dos mais distintos fatores e variáveis da sociedade.

Neste contexto, fácil concluir-se que, porquanto instituto jurídico de reconhecimento e salvaguarda uniforme nos mais distintos sistemas jurídicos, apresenta o mesmo vieses múltiplos, sobretudo no que concerne aos meios ou forma de sua efetivação e aos óbices a seu aperfeiçoamento máximo.

Logo, e a título de exemplo da característica referida, os meios e os óbices ao acesso à jurisdição são absolutamente distintos em sistemas jurídicos diversos, em que pese seja o princípio do livre acesso à jurisdição, corolário da regra da inafastabilidade, de acolhida uniforme.

Assim, são imensamente maiores os obstáculos ao acesso à jurisdição em países subdesenvolvidos do que em centros de amplo desenvolvimento humano, bem como em sociedades de caráter democrático arraigado os meios de acesso ao Poder Jurisdicional são mais eficazes do que em governos constituídos de forma autoritária.

² FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança e acesso à Justiça. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 291.

Interessante verificação destas assertivas se consumou no Brasil, quando do Governo Militar. É que justamente em tal época – quando cassaram-se os direitos políticos de inúmeras pessoas, exilando-as, tendo até sido interrompidas as atividades do Congresso Nacional – foi promulgada a Lei n.º 4.898/65, que regulamentava sanções cíveis e criminais decorrentes do abuso de autoridade.

Desnecessário exaltar, decerto, que, ainda que previstas expressamente sanções decorrentes de tal prática, foi a mesma corriqueira no período ditatorial e, além disso, não era objeto de apreciação do Poder Judiciário.

Àquele tempo, ainda que prevista norma expressa, o sistema político governamental e até mesmo as estruturas de polícia judiciária representavam óbice a que, por esta vertente, fosse acessada a tutela jurisdicional.

Rogério dos Reis Devisate constatou as variações sofridas pelo acesso à justiça nos mais variados seios sociais:

...a definição de acesso à justiça não é fácil... pois essa construção jurídica transforma-se diariamente, uma vez que deve servir para apontar o meio pelo qual o cidadão pode lutar por seus direitos sob a tutela estatal... daí que todos, efetivamente, hão de ter à sua disposição meios que lhes assegurem iguais condições de atuação, o que se flexibiliza por aspectos ligados à falta de informação, à problemas econômicos, culturais, à praxe de certos rincões do país onde ainda impera o “coronelismo”, que não quer mudança no status quo, onde ainda se cobram faturas por dívidas “de favor” etc...³

É possível representar graficamente as variações do acesso à Justiça verificadas no decurso da década de 1990, notadamente se comparados, em cotejo com a evolução populacional, o número de processos instaurados.

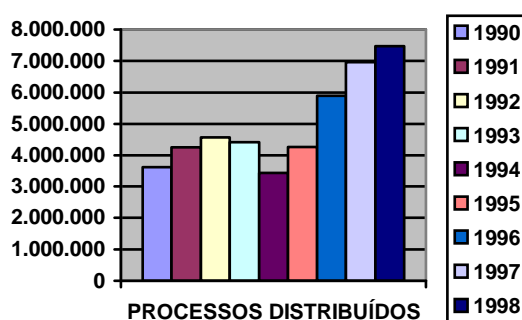
ANO	POPULAÇÃO	PROCESSOS DISTRIBUÍDOS	PROCESSOS JULGADOS
1990	144.764.945	3.617.064	2.411.847
1991	146.815.815	4.250.133	2.947.177
1992	148.866.685	4.560.833	3.214.948
1993	150.917.554	4.419.699	3.347.725
1994	152.968.424	3.423.403	2.533.619
1995	155.019.293	4.266.325	2.970.509

³ DEVISATE, Rogério dos Reis. Acesso à Justiça – problema de essência. A Defensoria Pública como a solução constitucional para os hipossuficientes. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 268.

1996	157.070.163	5.901.824	4.106.962
1997	159.121.033	6.964.506	5.472.489
1998	161.171.902	7.467.189	4.938.083

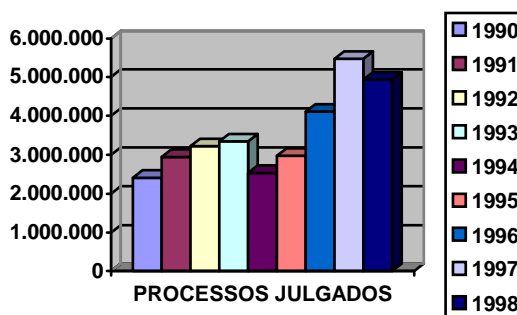
Fonte: Acesso à Justiça. Maria Tereza Sadek (org.)

É que enquanto o contingente populacional do período variou meros 11,33%, o número de demandas submetidas ao Judiciário mais do que duplicou (acréscimo de 106,44%), ensejando óbvia sobrecarga do sistema.



Não há como, por outra banda, reconhecer nos dados supra a falta de agilidade do Poder Judiciário, que se apresenta impotente para julgar, ao menos, a integralidade dos processos lhe submetidos em determinado ano.

A conclusão é infofismável: a tendência é, cada vez mais, de abarrotar as escrivatinhas dos órgãos julgadores, acarretando maior demora na prestação efetiva da função jurisdicional, o que repercute em óbice ao acesso à Justiça.



O objeto de estudo da dissertação em apreço recai justamente nesta característica, isto é, nas variações experimentadas pelo princípio do livre acesso à Justiça em decorrência dos fatores sócio-econômicos que influem sua exteriorização na sociedade brasileira atual.

No intuito de apresentar tal problemática, o estudo traçará os principais meios de acesso, tradicionais e novos, à justiça e seus mais relevantes obstáculos, que consumam, em última análise, ofensas ao princípio democrático e ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

No pormenor é impossível não reconhecer que, justamente em consequência do caráter antijurídico que reveste toda e qualquer óbice ao acesso à jurisdição, sua abordagem é dotada de maior relevância.

É certo que os meios de facilitação de acesso à jurisdição envergam importância enorme na manutenção das estruturas democráticas sociais, contudo, a obrigatoriedade de que a ciência se dedique, invariavelmente, à melhora da condição humana torna imprescindível que se empreste maior relevância aos óbices ao amplo acesso à jurisdição, cuja extirpação do sistema jurídico se apresenta como providência imprescindível.

2. O acesso à justiça como meio de proteção e resgate de direitos – uma definição do instituto

Os traços históricos a seguir ofertados ao leitor demonstrarão de forma mais detida o que já ficou acima consignado, isto é, as imensas variações sofridas pelo acesso à justiça na tábua histórica do homem, notadamente a partir do advento da democracia moderna e do liberalismo.

É o acesso a justiça dos institutos jurídicos que mais se adaptam às variações da sociedade humana, transmudando seu conteúdo e sobretudo seu alcance na mesma velocidade em que se modifica seu lastro social de atuação.

A condição atual do acesso à justiça não se compadece com a mera acessibilidade ao órgão dotado de poder jurisdicional, não se prestando a seu resguardo a mera possibilidade de alcançar a tutela satisfativa, de mérito.

A concepção moderna do acesso à jurisdição exige que o processo configure meio adequado e sobretudo eficaz à composição acertada da relação jurídica litigiosa ou, nos dizeres da doutrina mais autorizada, “*modo a propiciar às partes o acesso à justiça*”, no sentido popular de dar a cada um o que é seu.

Assim restou consagrada a expressão de que a adequada noção de acesso à tutela jurisdicional pressupõe o resguardo à chance de alçar à ordem jurídica justa.

A este respeito, relevantes as considerações de Fábio Costa Soares:

*Há consenso doutrinário no sentido de que, quando se pensa em acesso à justiça, não se quer assegurar apenas o acesso formal ou nominal das pessoas aos órgãos jurisdicionais, mas o acesso real e a proteção efetiva e concreta dos seus interesses.*⁵

Convém exaltar a importância dos princípios norteadores da regra do acesso à justiça para que fosse cunhada a concepção moderna deste dogma da democracia.

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; & DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 33.

Pela acessibilidade devem ser extirpados do ordenamento e do contexto social óbices que se apresentem ao manejo do direito de ação pelos interessados e, por outra banda, compete ao Poder Público a implementação de medidas positivas no mister de proporcionar o efetivo alcance à ordem jurídica justa.

Em virtude da operosidade, noutro giro, aos participantes da atividade jurisdicional incumbe atuação laboriosa e produtiva no intuito de assegurar o efetivo e pleno acesso à jurisdição, fazendo do processo um meio útil à composição dos litígios (princípio da utilidade)⁶.

Há que se considerar contudo, é nesta parte tem sido a doutrina injustificadamente reticente, a relevância da Constituição Federal de 1998 neste particular, como bem acentuou Grinover, Araújo Cintra e Dinamarco em sua acalentada monografia:

O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) ofereceu-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois, (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo – tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa...⁷

Comprovação consistente desta assertiva remonta à constatação de que a Carta de 1988, ampliando faculdade processual anteriormente existente, formatou o acesso à justiça não somente como meio de resguardo de direitos, mediante composição de litígios, mas emprestou-lhe, ainda, a função de prevenção a ofensas a direitos.

Com efeito, quando inseriu na redação do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal a expressão de que “a lei não excluirá da apreciação do

⁵ SOARES, Fábio Costa. Acesso do hipossuficiente à justiça. A Defensoria Pública e a tutela dos interesses coletivos *lato senso* dos necessitados. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 74.

⁶ Paulo César Pinheiro Carneiro vislumbra, ainda, como princípio informador do conceito do acesso à justiça a regra da proporcionalidade.

⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, nota 4, p. 33/34.

Poder Judiciário a (...) ameaça a direito”, o constituinte emprestou novos contornos ao dogma do acesso à justiça.

Agora, não basta a garantia do acesso à composição acertada dos litígios, é imprescindível, ainda, que o Poder Judiciário consiga, quando instado a fazê-lo, atuar preventivamente, obstando a consumação de violações a direitos.

Estes são, outrossim, os elementos mais precisos à definição contemporânea do acesso à justiça, dogma do ordenamento jurídico decorrente da estruturação democrática da sociedade.

Este pequeno dedilhar de considerações acerca do acesso à ordem jurídica justa será, no curso do presente estudo, objeto de acréscimo e ressalvas hábeis a lhe detalhar os contornos, providência incompatível com o caráter introdutório reservado a este capítulo (e muito mais afeta às considerações conclusivas).

3. Os instrumentos convencionais de acesso à justiça

3.1. O direito de ação como via tradicional de acesso à justiça

Não há dúvidas em se reconhecer que a efetivação do acesso à justiça avia-se pelo exercício do direito de ação, meio natural de condução de um conflito de interesses à apreciação do Poder Judiciário. Dessa forma, faz-se pertinente uma análise, ainda que perfunctória, dos contornos do instituto e sua evolução histórica, de forma a explicar como os veículos de acesso à justiça, mote do presente ensaio, apresentaram-se e consolidaram-se até os dias atuais, para o que não há como afastar uma perquirição do ponto de vista processual, como se verá adiante.

Segundo a doutrina processual mais atualizada, o direito de ação revela-se na capacidade atribuída ao indivíduo de apresentar um conflito de interesses a um órgão jurisdicional e dele obter uma resposta no sentido da solução ao conflito por intermédio da prestação jurisdicional.

Saliente-se que há muito foi abandonada a teoria concretista ação, capitaneada por juristas do escol de Chiovenda, tendo representantes na doutrina brasileira com João Monteiro. Por essa linha de pensamento, o direito de ação seria exercido somente quando a resposta obtida do Estado-juiz fosse favorável, vale dizer, quando fosse lograda a procedência do pleito formulado. Dessa forma, acabava-se por enfraquecer, por viés, a autonomia do direito de ação em relação ao direito subjetivo material por ela defendido, dizendo-se que o indivíduo apenas seria titular do direito de ação quando também o fosse do direito de cunho material, havendo uma superposição do direito substancial e processual.

Não é o que prevalece, com muita razão, na atualidade. A abstração do direito de ação, reforçando a autonomia do direito de ação e, bem assim, do processo, na linha da teoria encetada do célebre debate doutrinário *Windscheid x Müther*. A teoria ora prevalente definiu-se a partir da obra “Dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias” da lavra do não menos reconhecido jurista Oscar Von Bülow.

Nessa esteira, o direito de ação veio delineando-se, ao longo dos tempos, consoante melhor doutrina, como sendo abstrato, autônomo e instrumental. Esse contorno vem desenhado em uma das mais importantes obras acerca da teoria geral do processo no Brasil, da lavra dos festejados processualistas Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra:

Trata-se de direito ao provimento jurisdicional, qualquer que seja a natureza deste – favorável ou desfavorável, justo ou injusto – e, portanto, direito de natureza abstrata. É, ainda, um direito autônomo (quer independe da existência do direito subjetivo material) e instrumental, porque sua finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material. Nesse sentido, é conexo a uma situação jurídica concreta.⁸

Embora possa haver divergência quanto à caracterização do direito de ação na maneira acima explanada, o mais importante é reconhecer que o exercício do direito de ação e, dessa forma, o perfeito acesso à justiça, satisfazem-se com a obtenção de uma resposta meritória do Judiciário, desde que, por óbvio, sejam atendidos os requisitos para tanto.

Aqui tratamos dos pressupostos que se convencionou denominar condições da ação, os quais se identifica a partir após a explicitação dos elementos caracterizadores da ação, ou melhor dizendo, da pretensão em razão da qual se desnova o direito de ação. Os elementos que identificam cada ação e, por essa razão, diferenciam umas das outras, são as partes – pólo ativo (aquele que é titular da pretensão) e pólo passivo (onde figura aquele que resiste ao atendimento da pretensão) –, a causa de pedir (a moldura fática que sustenta a pretensão formulada) e o pedido (a concretização da pretensão, objeto material esperado com a dedução da demanda).

Especificados os elementos que caracterizam a ação, destarte não mais colocada na acepção de direito do indivíduo, mas de veículo para perseguição da prestação jurisdicional, passa-se a delinear as condições que devem ser obedecidas para que seja possível o pleno exercício do direito de ação. São elas: a legitimidade, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

⁸ *Ibid.*, p. 254.

A legitimidade das partes é elemento que está relacionado com os pólos da relação processual. A regra carregada pelo requisito em exame pode ser resumida na assertiva de que o indivíduo apenas pode comparecer a juízo em demanda judicial em nome próprio e para defender interesse seu. Destarte, tal pressuposto impõe que se observe que os pólos do processo, ativo e passivo, devem ser ocupados, em regra, pelos titulares dos lados opostos do conflito material – de um lado, aquele que é detentor da pretensão que se apresenta perante o Judiciário como resistida e, de outro, quem apresenta resistência em atender àquela pretensão que é apresentada ao órgão julgador.

Não se admite a atuação do Judiciário em apresentar solução ao conflito alçado, efetivando, com isso, o direito de ação do autor da demanda, se for verificado que, pelo menos, um dos contendores localizados em posição oposta no feito não faz parte da relação jurídica que originou o litígio (v.g., exigência do pagamento por aquele que não compôs o negócio jurídico do qual a obrigação exsurgiu).

Saliente-se que não descaracteriza tal exigência a figura da representação processual, por meio da qual aqueles que não são dotados de capacidade processual (capacidade de estar em juízo), conquanto o sejam de capacidade de ser parte (esta decorrente da capacidade de direitos atribuída pela lei civil a todos que sejam dotados de personalidade), tais como os incapazes e as pessoas jurídicas, podem participar de uma relação processual de forma regular. Nesse caso, dá-se fenômeno no qual terceiro vem a juízo em nome alheio defendendo interesse alheio, como é o caso da mãe que, em nome do filho impúbere, ajuíza ação pretendendo a condenação do pai do menor ao pagamento de prestação alimentícia – é o filho que é o titular do direito e, portanto, quem deve figurar como autor da ação, apenas havendo uma permissão legal para que a mãe o represente nesse ato, exercendo a conduta por ele, em razão da desconsideração da vontade do incapaz imposta pelo direito.

É bom que não se olvide, noutro giro, que a legislação, inclusive a Carta da República (art. 8º, inciso III), prevê hipóteses em que se autoriza que certas pessoas venham a juízo em nome próprio, porém defendendo interesse alheio.

Caracteriza-se, nesse passo, exceção à regra da legitimação (ordinária), razão pela qual é definida como extraordinária.

Trata-se da hipótese, por exemplo, em que sindicato de classe propõe ação em nome próprio, porém a fim de tutelar interesse da categoria profissional que representa. Os trabalhadores sequer comparecem a juízo, não restando, pois, configurada a representação processual nos termos como acima delineada. No entanto, estes se beneficiam do resultado favorável eventualmente obtido na contenda judicial. Nesse caso, afigura-se o fenômeno da substituição processual, faceta da legitimação extraordinária, que ocorre também na situação em que o Ministério Público ajuíza ação a fim de buscar tutela para interesse de menor absolutamente incapaz.

Frise-se que tais ocorrências, por contrariarem, *prima facie*, a condição da ação legitimidade, devem estar expressamente autorizadas pela lei, sem o que é devida estrita observância ao requisito.

Noutro plano, passa-se a discorrer em breves linhas acerca do requisito do interesse de agir ou interesse processual. Esse pressuposto consubstancia-se em duas vertentes, a saber: (a) necessidade/utilidade e (b) adequação.

Pelo primeiro aspecto determina que apenas se reconhece o direito de ação quando o provimento jurisdicional for necessário ao atendimento da pretensão autoral e se o pronunciamento a ser obtido for útil àquela pretensão. Não há, por exemplo, necessidade/utilidade em pleitear medida que a lei coloque como direito potestativo do indivíduo. Ora, se o indivíduo pode exercer tal direito porque a lei assim autoriza, não há necessidade de que o Judiciário se manifeste reforçando o já disposto na legislação, vez que o Judiciário não é, em regra, órgão consultivo.

O outro aspecto diz respeito à adequação da via eleita pela parte para obter o provimento pretendido. Não é adequado, por exemplo, o mandado de segurança, *writ* constitucional de lides angustiadas e que apenas pode ser utilizado quando houver prova documental pré-constituída do direito líquido e certo alegado, se há necessidade de dilação probatória, ou se a comprovação do direito não pode aflorar a partir de documento.

É o que se extrai da lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, que sintetiza todo o sentido do requisito, *in verbis*:

No que diz respeito ao interesse de agir, este repousa sobre o binômio necessidade+adequação. A parte tem “necessidade” quando seu direito material não pode ser realizado sem a intervenção do juiz. Contudo, além da “necessidade”, exige-se a “adequação”. Se a parte requer providência jurisdicional incapaz de remediar a situação por ela narrada na fundamentação do seu pedido, também falta o interesse de agir. O exemplo costumeiramente apontado é o do cidadão que requer sentença mandamental, em mandado de segurança, mas narra que tem direito a receber determinado valor em dinheiro.⁹

Por fim, tem-se a possibilidade jurídica do pedido, que está relacionada com a consonância do pleito formulado com o ordenamento vigente. Não há como o Estado-juiz conhecer do pedido apresentado se o sistema jurídico veda a sua formulação. Liebman, em evolução ao entendimento defendido primeiramente por ele, ensinava que a possibilidade jurídica do pedido nada mais seria que micro-sistema do interesse de agir, negando a tríade de condições que deveriam ser obedecidas para o efetivo exercício do direito de ação, afirmando haver somente duas.

Para o notável jurista, a dedução de pedido em desconformidade com o ordenamento representava afastamento do interesse processual, pois não há utilidade em se pleitear aquilo que a legislação veda.

Com a ressalva da prestimosa opinião doutrinária acima exposta, tem-se como exemplo corriqueiro nos livros de processo aquele do autor que pleiteia o divórcio em local onde o instituo não é admitido, como era o Brasil antes da Lei do Divórcio.

Essa são as condições que o diploma processual, embora de forma esparsa, exige para que se tenha possibilidade de regularmente exercer o direito de ação. Tais requisitos, que pouca ou nenhuma ligação têm com o direito material invocado na demanda, sena para fins de sua correta dedução em juízo, dão conta da independência do direito de ação em relação ao próprio direito para o qual se busca tutela no processo.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p. 67.

Com já falado, o exercício do direito de ação apresenta-se totalmente desvinculado da existência ou da legitimidade do direito material versado no feito – marcando, assim, a sua autonomia –, na exata medida em que seu exercício é pleno ainda que o pedido formulado, para a proteção de uma pretensão que se alega injustamente resistida, seja julgado improcedente.

Uma vez que se tenha uma decisão de mérito do magistrado, tem-se exercido direito de ação. Não importa se o pedido for julgado improcedente, porquanto, mesmo assim, o conflito se viu solucionado, ainda que desfavoravelmente ao autor da ação.

Acaso não se possa conhecer do pedido formulado meritoriamente, por estar ausente uma das condições da ação, dá-se a extinção do processo, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, dentre outras circunstâncias que autorizam a extinção do feito de forma terminativa.

Noutro giro, a extinção do feito com base no art. 269 do CPC importa a solução do mérito da demanda, mesmo que de forma anormal. Explica-se.

A única forma de extinção normal do feito é aquela consignada no inciso I do art. 269 do CPC, ou seja, quando o juiz julga procedente ou improcedente o pedido formulado. Diz-se que tal forma de encerramento do processo é a normal porque é o que naturalmente se espera quando se ajuíza uma ação judicial – que o magistrado julgue o pedido.

Contudo, há situações em que o juiz define a lide (e por isso se falar em sentença definitiva) sem que haja necessidade de conferir procedência ou não ao pedido. São as demais hipóteses do art. 269 do CPC, tais como a transação e o reconhecimento do pedido. A atividade jurisdicional cinge-se à mera homologação, sem adentrar na realidade meritória do pleito.

Entrementes, o conflito mostra-se definitivamente solucionado, por isso se falar em extinção com julgamento do mérito, pois não poderá o pedido ser novamente formulado. Só que a extinção não se deu de forma normal. Não é razoável imaginar que alguém formulasse pedido em juízo esperando que o

requerido reconhecesse o pleito. Até porque, ciente da vontade do réu em atender a pretensão, faltaria ao autor interesse de agir, na modalidade necessidade, pois não seria escorreito ingressar em juízo para buscar tutela para pretensão não resistida, estando ausente, inclusive, a idéia de lide que fundamenta todo a estrutura da teoria geral do processo.

Tudo o que ora se explana tem o fito de solidificar a teoria abstrata do direito de ação, que a coloca como independente e autônoma, em certa medida, do direito material. Sepulta-se, de uma vez por todas, a teoria concretista da ação, desvinculando a ação do resultado da sentença.

Nesse pormenor, é oportuna a colação das seguintes palavras de Marinoni e Arenhart:

Afirmou-se que as condições da ação seriam requisitos para sua existência. Quando não estivessem presentes as condições, não haveria ação nem mesmo função jurisdicional. Para os partidários da referida teoria, o juiz não exercia função jurisdicional se não julgasse o mérito, e assim, se não estivessem presentes as condições da ação, que autorizariam o magistrado a julgar o pedido formulado pelo autor, proferindo sentença de procedência ou improcedência.

Ora, é lógico que deve existir o direito de se pedir ao juiz uma manifestação, ainda que seja a respeito da presença de um a condição da ação. Se este não é um direito de ação, porque as suas condições não estão presentes, logicamente outro direito deve existir – muito importante e com qualquer denominação – para obrigar o juiz à possibilidade que a parte tem de recorrer à “justiça”. Portanto, as afirmações i) de que o juiz não exerce função jurisdicional quando conclui que uma condição da ação não está presente e ii) de que nesse caso não se responde a um direito do autor, são completamente insustentáveis.¹⁰

Por essa razão, soa descabido falar em procedência da “ação”, porquanto está já é procedente desde quando o juiz passa ao exame de mérito da demanda, pouco importando o resultado a ser obtido. Tal erro é indesejavelmente recorrente no dia-a-dia forense. Deve-se julgar procedente ou não a pretensão, externada no pedido apresentado, pois nisso reside a solução meritória do conflito, dizer quem está com a razão, quem comprovou a legitimidade da sua conduta, seja em exigir o cumprimento de uma pretensão, seja em resistir a atender a anseio desse jaez.

¹⁰ Ibid., p. 68-69.

O objetivo dessa breve explanação não refoge ao mote do presente trabalho, pois deixa assente categoricamente a importância que o acesso à justiça, pelo meio tradicional revelado no exercício do direito de ação, tem para o cenário jurídico, a ponto de a sua garantia independer totalmente da existência ou não de direito material a ser protegido pelo Judiciário.

Tecidas essas considerações iniciais no particular do presente tópico, cabe-nos, por oportuno, para esclarecer a importância da ação como forma de acesso à justiça, explanar a sua evolução até a conformação existente nos dias atuais, de modo a permitir vislumbrá-la como importante peça para o alcance do relevo atribuído atualmente à acessibilidade à justiça.

3.1.1. *Evolução histórica*

A necessidade de convívio coletivo é verificada desde os mais remotos relatos da existência do homem, onde se vislumbra o abandono do estilo de vida nômade para o estabelecimento de determinados agrupamentos de pessoas em certa área a fim de garantir a sobrevivência ou melhores condições de vida.

Ocorre que a reunião de pessoas acarreta a necessidade da coexistência dos seus interesses individuais, por vezes fazendo nascer conflitos em que esses interesses se contrapõem, sobretudo em razão do aparecimento ainda remoto da idéia de propriedade. É o que se tem pelo mais distante conceito de lide, conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, no mais perfeito enquadramento com a definição mundialmente difundida na obra de Carnelutti.

Como decorrente da natureza dos próprios animais, gênero do qual o ser humano faz parte, conquanto histórica e evolutivamente se esforce para cada vez mais dele se diferenciar, houve primeiramente uma predominância do interesse do mais forte, muito embora nem sempre fosse comparativamente legítimo. Era o exercício da autotutela, em que o próprio titular do interesse em tese violado agia para ver garantida a sua pretensão.

Entretanto, muito longe de garantir paz na sociedade, o exercício de tal prática gerava conflitos cada vez mais intensos, dirigindo-se os contendores a adquirir maior poderio, seja econômico, seja de força física, para fazer sobrepujar seu interesse sobre o do *ex adverso*. Essa conduta impedia a existência de uma sociedade harmônica, destruindo-a em sua essência, a convivência pacífica e de mútuo socorro em grupo.

Relembre-se, apenas a título de comentário, que o ordenamento jurídico pátrio resguarda, ainda hoje, certos resquícios do exercício da autotutela, ainda que de forma mitigada e sem malferir direitos elementares do indivíduo, como se pode observar da disposição do Código Civil de 2002 acerca da proteção possessória pelo próprio possuidor esbulhado, doutrinariamente denominado desforço imediato para proteção da posse.

Nesse contexto, e paralelamente à formação da idéia de Estado, ainda em um estágio mais embrionário, desponta a técnica de se entregar a terceira pessoa o dever de apresentar solução ao conflito, decidindo o interesse que deveria prevalecer. Não se desprezava, ainda, a idéia de prevalência da vontade do mais forte, pois, por óbvio, a solução do litígio era entregue a algum componente do grupo que de alguma forma se destacasse dos demais, sobrepondo-se aos contendores, do que decorreria o respeito à decisão tomada. É claro que essa era medida que já propiciava o melhor convívio social, visto que relegava o enfrentamento direto dos litigantes.

Eram os primeiros passos da idéia de escolha de um árbitro que solucionasse litígios surgidos entre as pessoas, quanto ao que maiores considerações serão ventiladas no item reservado à arbitragem no presente estudo.

Entrementes, esse quadro se altera com a evolução do ideal de Estado, na linha do que foi esposado pela doutrina dos contratualistas, dos quais se destacam Hobbes, Rousseau e Locke, cada qual com sua interpretação acerca da natureza humana, mas todos direcionando seu entendimento à idéia de que, visando a garantir segurança, o bem estar e a paz social, o homem abre mão de parcela de seus interesses particulares em prol da manutenção e prevalência do interesse público, da sociedade como um todo. Surge, destarte, a figura do Estado, ente autônomo e independente da população, embora seja o povo componente de sua definição, ao lado do território e do ordenamento normativo, que toma para si o dever de tutelar os interesses particulares, à luz da garantia do interesse da sociedade, ficando incumbido de propiciar uma vida pacífica e segura para os cidadãos sob sua sombra.

Nesse passo, entrega o povo, como uma das medidas inerentes a esse desiderato, a solução dos conflitos de interesses surgidos na convivência. É o fator que enseja o surgimento da jurisdição (*jurisdictio*), como função estatal de receber e apreciar os conflitos postos sobre o seu crivo, dizendo o direito no caso concreto ou, em outras palavras, afirmando qual interesse deveria, segundo o conjunto normativo, prevalecer, subjugando o sucumbente a atender ao interesse tido como prevalente.

Não se olvide que, durante a evolução das sociedades, o dever de dizer o direito, como atribuição da função estatal, passou por vários setores da sociedade, desde os monarcas, passando pelos clérigos ou outros órgãos do Estado não dotados da função jurisdicional como conhecemos atualmente, até chegarmos no estágio em que se constitui o Poder autônomo e exclusivamente destinado a tal função, que é o Judiciário.

A contrapartida da função estatal de apresentar solução aos conflitos de interesses eventualmente surgidos, por meio da aplicação das normas da sociedade, é a possibilidade de levar ao órgão competente o interesse que vem sendo oprimido no determinado conflito, buscando a solução à refrega. Trata-se do direito de ação, meio pelo qual o indivíduo pleiteia ao Estado a solução da lide, fazendo valer o dever estatal de manter a paz social.

É, pois, nesse contexto que nasce o direito de ação, que não é desnaturado pela modificação da titularidade daquele que era dotado do poder para solução dos conflitos e execução das decisões tomadas. Ele representa sempre a possibilidade de exigir a manifestação estatal acerca da tutela de seu interesse, mesmo que seja para negá-la, reafirmando o que foi esposado linhas atrás.

E o direito de ação, como esses contornos, veio sendo aperfeiçoado durante a evolução dos tempos, sempre sendo colocado, e cada vez mais incisivamente, como direito que deve ser assegurado a todos os cidadãos de forma irrestrita e indiscriminada, prestigiando a acessibilidade à justiça.

Alcançou-se o ponto de o direito de ação vir incrustado no ventre da Carta da República de todas as nações, sobretudo na Constituição brasileira, que ora nos interessa.

A Constituição Federal de 1988, assim como fizeram as anteriores, traz disposição em seu bojo, no art. 5º, que trata das garantias dos cidadãos, determinação que assegura de forma evidente o direito de ação, dentre outras que, por via indireta, dirigem-se a garanti-lo. Trata-se justamente da disposição constitucional acerca do acesso à justiça. O inciso XXXV do art. 5º dispõe que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

Ora, o direito de ação é a própria afirmação do princípio do livre acesso à justiça, pois se este atua no campo abstrato da previsão normativa, proscrevendo que o próprio Estado não pode militar de forma a restringir o acesso à justiça (“a lei não excluirá...”), o direito de ação é a concretização desse ideal, estando assente que o direito de ação é a forma de conduzir à apreciação do Judiciário a lesão ou ameaça a direito.

Não tratamos aqui do mero direito de petição, consignado no inciso anterior do mesmo dispositivo, mas do efetivo direito de obter do Estado uma resposta meritória acerca do conflito apresentado.

É nessa esteira que o direito de ação alça *status* constitucional, na exata medida em que dá eficácia e validade concreta ao princípio do acesso à justiça, que deve se dar da forma mais ampla possível, é óbvio, obedecendo às condições já explicitadas, por se tratar de um direito que, como qualquer outro, precisa se amoldar às disposições normativas pertinentes para ser exercido.

3.2. Dos writ's constitucionais – meios especiais de acesso à justiça

3.2.1. Circunstâncias ensejadoras de meios específicos de acesso à justiça

O acesso à justiça, como já visto alhures, é garantia com *status* constitucional assegurada indistintamente a todos os indivíduos, de forma genérica, isto é, a todos os titulares de conflitos de interesses deve ser garantido o acesso a uma prestação jurisdicional tendente a solucionar a controvérsia apresentada, independentemente da natureza, valor econômico ou importância social da querela.

Todavia, não é necessário esforço para observar que o legislador, especialmente o constituinte originário, buscou prescrever meios diferenciados de acesso ao Judiciário de acordo com a natureza do direito a ser tutelado ou de seus contornos.

Tratamos, aqui, das lides que ensejam a dedução das denominadas ações constitucionais, inseridas propositadamente nos incisos do art. 5º da Carta. Tal localização topológica tem como escopo deixar assente, assim como o próprio acesso à justiça, a natureza de garantia do cidadão conferida à utilização dos *Writ's*.

Cabe perquirir, nesse ponto, quais as razões que levaram o constituinte a prever formas especiais de ingresso com ação judicial, como forma de aprofundar o estudo acerca do “acesso à justiça”.

Por óbvio, pinçou o constituinte, dentre as situações conflituosas do dia-a-dia, aqueles conflitos quem envolvessem interesses que, segundo seu sentimento, tivessem uma relevância social, individual ou processual que justificasse o tratamento diverso, a ponto de estabelecer na Carta da República ritos diferentes, sempre com objetivo de facilitar o acesso à prestação jurisdicional.

Veja-se que a especialização dos ritos, como maneira de ampliar a acessibilidade ao Judiciário, perpassa, inclusive, por medidas que permitem o desprezo a certos formalismos procedimentais, ou mesmo ao pagamento de

despesas processuais, de modo a não impor qualquer óbice ao alcance da Justiça naquela situação específica.

Analisemos brevemente, uma a uma, as ações constitucionais, detectando, em cada uma, as peculiaridades que justifiquem a especialização do rito, e os mecanismos que proporcionam a abertura do ingresso no Judiciário.

3.2.1.a. Mandado de segurança – banalização do uso

É de curial sabença que o constituinte reservou ao mandado de segurança a atribuição de “*proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*” (art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal).

A própria formulação do texto constitucional, reservando ao *writ* hipótese de cabimento cunhada em prescrições amplas, demonstra, às escâncaras, o quão relevante é o mandado de segurança enquanto meio de acesso à jurisdição.

Este entendimento vem, há algum tempo, sendo encampado pela doutrina mais autorizada:

*Reitere-se: toda e qualquer visão, que importa em restringir o uso do mandado de segurança, deve ser, por imperativo constitucional, repelida, até porque atentatória à garantia, igualmente constitucional, do acesso à Justiça.*¹¹¹²

Imprescindível ressaltar que a previsão do inciso LXIX, do art. 5º, da Carta Política é a apresentação mais contemporânea de relevante linha de evolução experimentada pelo mandado de segurança no ordenamento pátrio, como acentuado por Sérgio Ferraz¹³:

Esses novos meios, vistos na perspectiva da evolução histórica do writ, estão a demonstrar, com clareza, que também ao constituinte acudiu a certeza de que se impõe, na aviventação dos limites do mandado de segurança, assentá-los em leito cada vez mais amplo, por se tratar de remédio de excelso alcance, para a afirmação dinâmica da existência

¹¹ FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança e acesso à Justiça. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 304.

¹² O Professor Sérgio Ferraz vislumbra relação tão intrínseca entre o mandado de segurança e a garantia do livre e amplo acesso à justiça que insiste na advertência: “*Em tudo isso caberá a letra de ouro da Lei Magna, ao consagrar, no inciso XXXV do art. 5º, o acesso à Justiça como direito pétreo e fundamental da cidadania. Foge assim completamente à coercitividade constitucional a formulação de raciocínios ou a elaboração de decisões que, amesquinhando a incidência e a amplitude do mandado de segurança, dificultem ou impeçam o recurso ao Judiciário*” (FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança e acesso à Justiça. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 308).

¹³ Atento a estas mesmas características dos mandado de segurança em terras brasileiras, Cássio Scarpinella Bueno chega, inclusive, a vislumbrar no mandado de segurança previsto em nosso ordenamento um remédio constitucional específico, tamanha foi a separação do modelo pátrio daqueles previstos em outros ordenamentos, mencionando até uma doutrina brasileira do mandado de segurança.

*de um efetivo Estado de Direito, sob o comando da idéia básica do “rule of the law”.*¹⁴

Tal condicionou a atuação do legislador infraconstitucional, que se viu compelido a afastar o cabimento do *mandamus* tão somente em 3 hipóteses, sob pena de incorrer em manifesta inconstitucionalidade material.

Convém consignar que as hipóteses de descabimento do mandado de segurança são (1) o ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução; (2) de decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição; e (3) de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial (cf. 5º da Lei n.º 1.533/51).

Também o rito lhe emprestado pela Lei n.º 1.533/51 – que substitui o prazo de 15 dias para resposta por prazo de 10 para prestação de informações, que não prevê a providência da réplica (art. 327 CPC), que insere expressamente a possibilidade de concessão de medida antecipatória para suspensão do ato atacado; que veda a produção de provas em audiência e cuja sentença deve ser proferida em prazo de 5 dias – ratifica a posição do mandado de segurança enquanto elemento processual imprescindível à possibilitação de meios adequados de acesso à tutela jurisdicional.

Também a jurisprudência se demonstrou atenta a esta característica do mandado de segurança, prescrevendo, pelas súmulas n.º 512 do STF e n.º 105 do STJ, afastando a incidência do art. 20 CPC, que delimita a exigência de honorários de sucumbência, nas ações de mandado de segurança.

Súmula de jurisprudência do STF

512 – Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.

Súmula de jurisprudência do STJ

105 - Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios.

¹⁴ FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança e acesso à Justiça. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 292.

Tal providência, entretanto, a par de relevante elemento na demonstração da importância do *mandamus* enquanto meio de possibilitação do amplo acesso à Justiça, é passível de ressalvas.

É que, informado pelo mesmo objetivo, isto é, facilitar o acesso do cidadão à tutela jurisdicional, promulgou o legislador a Lei n.º 7.437/85, cujo art. 18 prescreve:

Art. 18. Nas ações de que trata esta Lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

Aqui, como se vê, andou bem o legislador, já que reservou a dispensa da incidência dos honorários de sucumbência às “associações autoras”, que no mandado de segurança é substituída pelo cidadão, possibilitando, normal e acertadamente, a condenação do Poder Público, quando sucumbente na demanda.

Por outra banda, em havendo má-fé da “associação autora”, que nas ações civis públicas faz as vezes do cidadão impetrante do *writ*, não há razão pela qual seja isentado das verbas de sucumbência.

Ainda assim, ou seja, mesmo com as ressalvas ao posicionamento da jurisprudência mencionada, é de ser reconhecido seu relevante papel na acentuação da função do mandado de segurança como um dos principais meios de acesso do particular à tutela jurisdicional justa.

Atento a estas características do mandado de segurança, consignou o pranteado Sérgio Ferraz:

Como ação constitucional que é, o mandado de segurança, utilizado no largo espectro de suas efetivas potencialidades, representa o mais célere e mais econômico meio de acesso à Justiça, franqueado ao cidadão, para controlar os abusos estatais.¹⁵

A propósito, o renomado jurista destaca, por via reflexa, a única limitação a que está submetido o mandado de segurança, qual seja, a relativa a seu objeto, que deverá necessariamente ser referente a ato praticado no exercício de

¹⁵ Ibid., p. 291.

função pública, ainda que por particular mediante uma das várias espécies de delegação da função pública.

O remédio em questão é eminente voltado para o resguardo do cidadão frente às ilegalidades e abusos perpetrados pelo Poder Público, ou por aquele que o faça as vezes, característica marcante de seu surgimento sob a égide do individualismo do *laisse faire, laissez passer* francês.

A Lei n.º 1.533/51 promoveu, ao arregimentar o instrumento do mandado de segurança, interessante previsão referente à legitimidade de agir, aperfeiçoando, assim, forma eficaz de ampliação dos meios de acesso à jurisdição, sobretudo por relativa à titularidade de direito subjetivo cuja validade está condicionada à idêntica condição (de válido, outrossim) de direito alheio.

Refere-se, no particular, à dicção do art. 3º da Lei n.º 1.533/51 que dispõe:

Art. 3º. O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, em prazo razoável, apesar de para isso notificado judicialmente.

Previu, assim, o legislador hipótese específica de substituição processual – já que trata-se na espécie de proteção por alguém de direito subjetivo, líquido e certo, alheio – conquanto seja imprescindível ao defendente a demonstração de seu próprio interesse (jurídico, já que relativo a direito líquido e certo de que seja titular) na promoção do direito alheio.

Ademais, a par de estar condicionada ao fato de que ambos os direitos (o principal e o derivado, por assim dizer) sejam líquidos e certos, condição imanente a qualquer impetração, a substituição processual em questão está atrelada à previa notificação judicial, pelo substituto, do substituído.

Pretende-se, com isso, ensejar novo viés de acesso à jurisdição, possibilitando àquele que não teria instrumental de resguardo de seus direitos, ainda que líquidos e certos, vez que atrelados a direito alheio, a salvaguarda de seus interesses por meio da invocação da tutela jurisdicional estatal.

Atento a este objetivo da disposição legal em referência, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de dispensar a exigência da prévia notificação do titular do direito líquido e certo principal¹⁶.

PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ALHEIO. LLEGITIMIDADE DED PARRTE.

A substituição processual admitida pelo art. 3º da Lei n.º 1.533/51, imprescinde da prévia notificação do titular do “direito originário”, como condição da postulação mandamental do “direito decorrente”.

(STJ – ROMS 3033/MA – 5ª Turma – Rel. Min. José Dantas – j. 27.10.1993 – DJ 29.11.1993)

As influências o amplo e irrestrito acesso à Justiça no que tange ao mandado de segurança são tão relevantes que doutrina e jurisprudência pacificam que a expressão “*em prazo razoável*”, relativa ao período em que deverá o titular do direito principal exercer seu resguardo em juízo, sob pena de legitimar a ação do titular do direito derivado, deve ser entendida como lapso de tempo que permita a este o exercício tempestivo da impetração, sem restrições ou percalços decorrentes da conduta alheia.

Destarte, e isto é o mais importante no que toca à confluência dos temas mandado de segurança e acesso à Justiça, conclui-se que todas as interpretações e disposições legislativas em matéria mandamental devem, necessariamente, posicionar-se de sorte a possibilitar a ampliação dos meios de acesso do cidadão a tutela jurisdicional, satisfativa, justa.

Corroborar tal conclusão, a previsão do art. 1º, §2º, da Lei n.º 1.533/51, que reserva, na hipótese de co-titularidade do direito lesado, a legitimidade à impetração, de forma concorrente e disjuntiva, a todos os lesados.

Art. 1º.

(...)

§2º. Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.

Informados pelos já exaltados critérios que devem reger os processos hermenêuticos em sede de *writ*, parte da doutrina, a nosso sentir, excede aos limites da legalidade, com as devidas vênias, emprestando a prescrições legais contornos que não pretendeu lhe dar o legislador.

¹⁶ Parte da doutrina, entretanto, se apresenta um pouco mais reticente à essa possibilidade, vendo

Em relação ao dispositivo em questão, Agrícola Barbi¹⁷, Othon Sidou¹⁸ e Castro Nunes¹⁹ sustentam *contra legem*, em que pese a excelência de seu magistério, que estaria possibilitado o manejo do mandado de segurança independentemente da existência de direito subjetivo, bastando, para tanto, que haja mero e desqualificado interesse de observância à lei.

Não vemos, assim como mansa jurisprudência e doutrina amplamente majoritária²⁰, como possa prosperar tal concepção, porquanto representativa de considerável ampliação dos meios de acesso à jurisdição e de eficiente instrumental ao resguardo dos interesses públicos.

É que tal interpretação, além de não encontrar respaldo expresso na legislação em questão, configura modificação demasiadamente grande nas estruturas do sistema jurídico pátrio, de sorte a estar inacessível ao mero intérprete.

O mesmo ímpeto de promover, pelo mandado de segurança, a ampliação dos meios de acesso à tutela jurisdicional moveu a jurisprudência e a doutrina, que agora já se pacificam sobre o tema, no entendimento de que determinados órgãos, ainda que desprovidos de personalidade jurídica, detêm a prerrogativa de estar em juízo impetrando *writ* em relação a matérias atinentes às suas finalidades institucionais – v.g. o Ministério Público, as Câmaras de Vereadores, as Assembléias Legislativas e suas Mesas, o Congresso Nacional e suas Comissões e inúmeras outras.

O já invocado jurista Sérgio Ferraz manifesta-se no mesmo sentido, historiando as manifestações, da doutrina e da jurisprudência dos tribunais superiores, mais relevantes acerca do tema:

...doutrina e jurisprudência vêm admitindo – e, a nosso ver, pelos pressupostos atinentes à natureza e à origem do remédio, bem o fazem – a impetração do mandado de segurança por instituições e órgãos despersonalizados, mas dotados de capacidade processual: Câmaras, Assembléias e suas Mesas, Tribunais de Contas, fundos financeiros,

violação ao art. 3º da Lei n.º 1.533/51 insustentável em tais julgados.

¹⁷ BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de Segurança**. 10.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 86.

¹⁸ SIDOU, J. M. Othon. **Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data e Ação Popular**. 6.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 271.

¹⁹ NUNES, Castro. Do mandado de segurança. 5.ed., p. 249, *apud* FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança e acesso à Justiça. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 299.

²⁰ Cf. Cássio Scarpinella Bueno e Sérgio Ferraz em suas conhecidíssimas obras sobre a matéria.

comissões autônomas etc. Nesse sentido, por exemplo, Celso Barbi e Hely Lopes Meirelles; e também assim já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica no RE 55821²¹ e no RE 74.836^{22, 23}.

Inafastável, portanto, a verificação de que ocupa o mandado de segurança posição privilegiada enquanto instrumento processual – ágil, incisivo e barato – ao acesso à Justiça, de modo amplo e célere.

Essa posição de destaque, corroborada sobretudo pelas previsões da Constituição Federal de 1988, é decorrência do desenvolvimento experimentado pela jurisprudência e doutrina acerca do mandado de segurança no Brasil, aqui já consignada.

Outrossim, enquanto meio privilegiado de acesso à Justiça, seja por suas características procedimentais aqui referidas, em rápidas linhas, seja por sua condição de garantia constitucional, é de ser reconhecida ao mandado de segurança a especial finalidade de assegurar, no sentido mais fiel do termo, ao particular o controle jurisdicional do arbítrio e da ilegalidade praticados na condução da coisa pública ou no exercício de função pública.

Tem-se, entretanto, que consignar ressalva referente à matéria.

É que, a nosso sentir, não comporta o mandado de segurança, conquanto toda a relevância envergada enquanto meio privilegiado de acesso à Justiça, determinadas utilizações que se lhe intenta emprestar (v.g. mandado de segurança para garantir trânsito a recurso ou para assegurar seu

²¹ “Mandado de segurança. Legitimidade ativa de pessoa jurídica, mesmo de direito público, superada pela praxe posterior, a interpretação restritiva de alguns acórdãos (RF 140/275, RT 295/108, RDA 70/302, 72/273). Recurso extraordinário. Terceiro prejudicado. litisconsórcio necessário. Admissibilidade. RE 12.816 (1946), RE 14.747 (1949), RE 41.754 (1959), AG 31.737 (1964). Tribunal de Contas. Julgamento das contas de responsáveis por haveres públicos. Competência exclusiva, salvo nulidade por irregularidade formal grave (MS 6.960, 1959), ou manifesta ilegalidade (MS 7.280, 1960). Reforma do julgado anulatório de decisão dessa natureza, em que se apontavam irregularidades veniais. Ressalva das vias ordinárias.” (STF - RE 55821/ PR – 1ª Turma – Rel. Min. Castro Nunes – j. 18.09.1967 – DJ 24.11.1967).

²² “Mandado de segurança impetrado pela Presidência do Tribunal de Contas contra atos do governador e da assembléia legislativa, ditos ofensivos da competência daquele tribunal. Legitimidade ativa. Órgão público despersonalizado e parte formal. Defesa do exercício da função constitucionalmente deferida ao Tribunal de Contas. Poder jurídico, abrangido no conceito de direito público subjetivo. Mandado de segurança cabível. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (STF - RE 74836/CE – Pleno – Rel. Min. Aliomar Baleeiro – j. 07/06/1973 – DJ 19/11/1973)

²³ FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança e acesso à Justiça. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 300.

processamento sob este ou aquele efeito, ou para sustar a eficácia de determinado provimento jurisdicional, dentre inúmeras outras).

Tais ocorrência desnaturam a inalienável característica do *mandamus* de remédio heróico, incumbindo-se, ainda, do inglória função de representar retrocesso na “doutrina brasileira do mandado de segurança”, que ora se vê às voltas com a necessidade de redimensionar os contornos de tal relevante instrumento.

É certo que a reforma processual do recurso de agravo, promovida pela Lei n.º 9.139/95, remediou em parte o manejo do mandado de segurança com finalidade processual, contudo, ainda assim, seu manejo para tais fins e sobretudo para inúmeros outros não condizentes com a relevância do instrumento, é medida que deve ser aquilatada com cuidado pelo aplicador da norma.

Neste pormenor, discordamos, é de se mencionar, do ilustre Sérgio Ferraz, para quem a banalização do uso do mandado de segurança é intercorrência de somenos importância, já que as restrições à sua aplicação configurariam, acaso ocorridas, prejuízo muito maior ao sistema jurídico.²⁴

²⁴ Assevera o ilustrado professor carioca: “Nesse panorama de enobrecimento e ampliação do notável instrumento da ação de segurança, impõe-se ao intérprete, jurista ou juiz, não amesquinhar o remédio, elaborando cerebrinos obstáculos para sua concessão. O risco maior não é o de vulgarizar o mandado de segurança, mas sim, o de asfixiá-lo em razão do medo de suas extraordinárias virtualidades e potencialidades”. (FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança e acesso à Justiça. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 292).

3.2.1.b. Mandado de injunção

O mandado de injunção foi também inovação trazida pela Constituição de 1988. Trata-se de ação constitucional de procedimento especial, que tem por finalidade suprir omissão do Poder Público em legislar, de modo a tornar viável o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa prevista no próprio corpo da Carta da República.

Portanto, o objeto do mandado de injunção, situação fática que justifica a especialização do rito, é eventual omissão do Poder Público no que diz respeito a normas constitucionais de eficácia limitada e a normas programáticas, as quais dependam, para sua eficácia da edição de lei posterior que proporcione a sua aplicabilidade concreta.

Saliente-se, contudo, que não se está a afirmar que as normas de eficácia limitada ou as normas programáticas sejam completamente desprovidas de eficácia, pois está se verifica num grau mínimo que impõe ao ordenamento a edição de norma que carregue a sua aplicabilidade ao mesmo tempo em que veda ao legislador obrar em contrário, isto é, não se poderá editar lei que contrarie os lindes traçados pela referida norma de eficácia ainda não aperfeiçoada.

Ressalte-se, noutro eixo, que a circunstância que autoriza a apresentação de pretensão injuntiva é a lacuna na estrutura normativa, não se prestando o *writ* para tutelar pretensão de alteração de ato normativo existente. Não se presta, também a exigir uma certa interpretação à legislação infraconstitucional; a pleitear uma aplicação mais justa da lei existente; ou a regulamentar norma constitucional auto aplicável.

Outros requisitos especiais estão embutidos na previsão da ação constitucional *sub examine*. Exige-se que a omissão de regulamentação a fundamentar a impetração se refira a norma constitucional. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de não ser admissível a dedução da ação constitucional alegando-se omissão no não-atendimento de normas cuja previsão se origine em convenções internacionais. É necessário, ainda, que essa omissão seja qualificada, isto é, inviabilize o exercício de direitos ou liberdades asseguradas

pela Carta ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania ou à cidadania, devendo ser demonstrado bem como o nexo de causalidade entre a omissão e a peia colocada para o exercício das garantias constitucionais.

A questão da legitimidade, sobretudo a ativa, representa elemento que também busca a atender de forma mais ampla possível ao princípio do acesso à justiça, em razão da sua flexibilidade. Qualquer pessoa, física ou jurídica, que tenha um direito, liberdade ou prerrogativa inviabilizado pela omissão do Poder Público pode lançar mão do mandado de injunção para ver suprida a lacuna legislativa.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, apesar de não existir previsão expressa na Constituição, é possível o mandado de injunção coletivo, tendo sido reconhecida por essa Colenda Corte Excepcional a legitimidade ativa das associações de classe devidamente constituídas.

D'outra feita, o pólo passivo do mandado de injunção apenas poderá ser ocupado, por óbvio, por ente estatal, pois somente a este pode ser imputável o dever de editar os veículos normativos ensejadores do aperfeiçoamento das normas constitucionais de forma a tornar concreta as garantias nelas prevista.

Dando conta, de outro giro, ao princípio da ampla acessibilidade à justiça, tem-se o procedimento do mandado de injunção que atende ao aspecto da celeridade, também inserida no conceito do axioma acima colocado. O art. 24, parágrafo único, da Lei n.º 8.038/90 determina que, até ser editada norma específica que regule o rito do mandado de injunção, serão observadas, no que couber, as normas procedimentais relativas ao mandado de segurança (Lei n.º 1.533/51, principalmente), que estabelecem forma célere de processamento do feito.

Até a presente data não há regulamentação legal específica que discipline o procedimento do mandado de injunção. Apenas não há previsão de concessão de medida liminar, por não se enquadrar nos limites e objetivos intrínsecos da ação constitucional, conclusão alcançada pelo Excelso Pretório, em entendimento hoje já pacificado.

A competência para processo e julgamento do mandado de injunção vem estampada no art. 102, inciso I, alínea “q” (STF) e no art. 105, inciso I, alínea “h” (STJ), ambos da Constituição Federal.

Grande cizânia se forma em sede doutrinária e, mormente, jurisprudencial quanto à natureza e efeitos da decisão do mandado de injunção. Nesse particular, pertinente é a transcrição de trecho do pronunciamento do Ministro Nery da Silveira, do Supremo Tribunal Federal, já aposentado, que consta da Ata da 7ª Seção Extraordinária do STF, de 16/03/1995, que bem explicita a matéria:

Há, como sabemos, na Corte, no julgamento dos mandados de injunção, três correntes: a majoritária, que se formou a partir do Mandado de Injunção n.º 107, que entende deva o Supremo Tribunal Federal, em reconhecendo a existência de mora do Congresso Nacional, comunicar a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei (POSIÇÃO NÃO CONCRETISTA). Outra corrente, minoritária, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, decide, desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção e provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto (POSIÇÃO CONCRETISTA INDIVIDUAL DIRETA) . Por último, registro minha posição, que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação [...]

Adoto posição que considero intermediária. Entendo que se deve, também, em primeiro lugar, comunicar o Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercendo a sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o STF pode tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito in concreto. É, por isso mesmo, uma posição que me parece concilia a prerrogativa do poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei... (POSIÇÃO CONCRETISTA INDIVIDUAL INTERMEDIÁRIA).

Inicialmente, a partir dessa exposição, a jurisprudência do Excelso Pretório biparte-se em duas correntes, a saber: concretista e não-concretista.

A posição concretista prega que, uma vez verificados os requisitos exigidos para o *writ*, o Judiciário, por intermédio de decisão constitutiva, declara a existência da omissão e, nessa esteira, implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente.

Por sua vez, conforme nos mostra o trecho acima transcrito, a posição concretista subdivide-se em geral e individual.

Para aqueles que adotam a corrente concretista geral, entende-se que a decisão do Judiciário é dotada de efeitos *erga omnes*, desbordando os limites objetivos da ação e implementando o exercício da garantia ou prerrogativa por norma geral e genérica, até o suprimento da omissão pelo órgão competente. Essa é posição pouco admitida, por representar invasão da exclusividade do Legislativo em regulamentar direito com eficácia *erga omnes*. Já os defensores da corrente concretista individual, dos quais vale citar os Ministros do STF Carlos Velloso e Marco Aurélio, o espectro de efeitos da decisão do Judiciário em mandado de injunção incidirá apenas sobre o autor do mandado de injunção, limitando-se aos limites subjetivos da relação processual, podendo o demandante exercitar plenamente o respectivo direito, mas só ele.

O Min. Néri da Silveira apresenta posição mitigada, intermediária, em que sustenta que o Judiciário deve fixar prazo ao órgão competente para suprir a omissão legislativa e, decorrido o prazo *in albis*, o Judiciário fixaria as condições para exercício do direito pelo autor.

Contudo, a despeito dos entendimentos acima expostos e dos seus notáveis defensores, o posicionamento que predomina no Supremo Tribunal Federal é o relativo à corrente não-concretista. Por esse entendimento, atribui-se ao mandado de injunção a finalidade de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público, no caso específico, notificando o órgão competente de sua omissão e exortando-o ao seu suprimento. Não há, pois, que se fala, segundo tal posicionamento, em medidas emanadas do Judiciário a fim de

estabelecer condições que viabilizem os direitos oprimidos pela omissão do Poder Público²⁵.

Essa posição sofre várias críticas da doutrina especializada, merecendo menção o entendimento de José Afonso da Silva, que vislumbra no mandado de injunção com os contornos atribuídos pelo Supremo Tribunal Federal o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão, servindo como mera ação subsidiária. Além disso, aponta outros equívocos na posição do Excelso Pretório, afirmando não haver sentido na existência de dois institutos com o mesmo objetivo e com efeito duvidoso, porque o legislador não fica obrigado a legislar, apenas é exortado, bem como que o impetrante seria obrigado, para satisfazer seu direito, a utilizar duas ações: primeiro o mandado de injunção, e após a regulamentação infraconstitucional, caso descumprida, ainda assim teria que voltar ao Judiciário por outra via.

De toda sorte, o enfoque do presente estudo é cunho incentivador que as ações constitucionais possuem em vista do princípio do acesso à justiça. Muito embora seja o mandado de injunção oneroso e demande a presença de advogado, prestigiando o pressuposto processual da capacidade postulatória nos termos como delineada pela legislação processual geral, cuida-se de mais um exemplo de especialização de rito, criando via mais célere e eficaz para que o cidadão ou pessoa jurídica veja plenamente atendidos os direitos e garantias conferidos pela própria Constituição, de forma a não fazer das disposições da Carta “letra morta”, fazendo valer, de fato, as determinações no sentido do prestígio dos direitos individuais do povo.

²⁵ Excepcionalmente, o STF, adotando parcialmente a posição concretista, em sede de mandado de injunção, em face da manutenção da inércia do Poder Legislativo em editar a norma regulamentar a que se referia o art. 8º, do parágrafo 3º do ADCT de 1988, que trata da reparação econômica aos que foram impedidos de exercer a sua atividade profissional por força de Portarias do Ministério da Aeronáutica, decidiu autorizar, desde logo, a possibilidade de os beneficiários dessa norma transitória ajuizarem, com fundamento no direito comum, a pertinente ação de reparação econômica do prejuízo, caso o tenham sofrido. Note-se que não há, aqui, atividade normativa ou ação injuntiva do STF que, no pormenor, apenas entendeu aplicáveis à espécie, as disposições normativas já vigentes (direito comum). Manteve-se, pois, o Excelso Pretório coerente com a posição não-concretista, que, indubitavelmente, é a que prevalece naquela Corte.

3.2.1.c. Habeas corpus – acesso à justiça sem peias

O *habeas corpus* é o exemplo mais contundente das considerações acima tecidas a respeito da especialização das formas de acesso à justiça em vista da natureza do direito envolvido na controvérsia.

A facilitação ao alcance da tutela jurisdicional é toa escancarada que são dispensados, para ajuizamento da ação, os mais comezinhos e basilares exigidos em uma demanda processual, como se verá adiante.

Tudo em razão da necessidade de especialmente tutelar ação que versa sobre a proteção da liberdade do indivíduo, um dos direitos de maior importância, por razões óbvias atualmente, para o ordenamento jurídico.

A proteção efetiva da liberdade dos indivíduos, como direito mais tarde classificado como de primeira geração, tem enceto na *Magna Charta* de 1215, quando, no reinado de João Sem Terra, sentiu-se intensa necessidade de tutelar direitos inseridos no trinômio vida-liberdade-propriedade, em face das desmedidas investidas do Estado contra tais interesses.

Essa é, também, a origem histórica do princípio do devido processo legal, também insculpido no art. 5º da Constituição de 1988, que tem o objetivo de garantir que o cidadão não soçobre, juntamente com seus direitos mais basilares, diante da opressão dos mais fortes ou da própria máquina estatal.

Veja-se que o valor atribuído a direitos desse jaez é tão importante, que se levanta frente ao próprio Estado, que prevê, em sua função legislativa, a proteção a tais interesses.

Durante a evolução da história do Homem, particularmente no que interessa ao Direito, sempre houve prestígio especial à proteção da liberdade, pois a sua restrição sempre foi forma de conter e dissolver as tentativas de mudança e de luta e prol dos interesses daqueles que se encontram fora da esfera do domínio social. Porém, desde os primeiros passos do modelo de Estado Democrático de Direito como adotado nos dias de hoje, havidos com a edição da Constituição de Maryland em 1776, *Bill of Rights* e da Declaração dos Direitos do Homem da Revolução Francesa de 1789, o direito à liberdade sempre foi

mantido em posição de destaque, o que não foi diferente na era democrática das Constituições brasileiras, como já visto.

Passemos, assim, a examinar as particularidades dirigem-se a possibilitar o maior e mais fácil acesso ao Judiciário quando se fala em liberdade de locomoção.

Diz a Carta, a esse respeito, no inciso LXVIII, do art. 5º:

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder;

A liberdade de locomoção, via de regra, diz respeito a irregular constrição da liberdade do indivíduo no cárcere, pelo Poder Público. Destarte, visa, na maioria das vezes, a coibir ilegal investida do Estado contra os interesses do indivíduo, garantindo-lhe um instrumento eficaz contra o abuso. Entretanto, não se dirige apenas a proteger diretamente a liberdade, não desafiando apenas a prisão. Como ressalta Pontes de Miranda “*a ilegalidade da prisão pode não constituir a prisão mesma, porém o processo do acusado, que corra, por exemplo, perante juiz incompetente*” (in **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Henrique Cahem, 1946, p. 303). Com efeito, essa é a tendência atual do *habeas corpus*, que é o meio idôneo para garantir todos os direitos do acusado e do sentenciado, direitos esses relacionados com a sua liberdade de locomoção, ainda que somente venham a ser afetados na condição de “direito-meio”, de forma reflexa ou oblíqua.

A grande peculiaridade do *habeas corpus*, que o diferencia de qualquer outra espécie de demanda prevista no ordenamento está na legitimação ativa para sua apresentação.

Não se exige capacidade postulatória para o seu ajuizamento. A capacidade postulatória, segundo ditames processuais, é conferida, em regra, ao advogado devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, a quem foram atribuídos poderes para defender os interesses do indivíduo no processo, conquanto haja em ritos especializados, tais como dos juizados especiais e da

justiça do trabalho, atribuição ao próprio demandante da possibilidade de sozinho postular, independentemente da formação acadêmica jurídica.

Tal elemento é alçado, por opção legislativa, ao patamar de pressuposto processual de existência, sem o qual não se considera instaurada a relação processual. Essa circunstância, *per se*, já dá conta da extensão da acessibilidade à justiça promovida com o *habeas corpus*, pois o pressuposto processual fica mitigado ao extremo.

Aliás, mais que isso, a legitimidade para ajuizamento do *habeas corpus* é atributo de personalidade, não se exigindo, inclusive, a capacidade de estar em juízo. É uma verdadeira ação penal popular.

Qualquer do povo, nacional ou estrangeiro, maior ou menor de idade, pode fazer uso da ação constitucional, seja em proveito próprio ou de terceiro. É a forma mais “fácil” de chegar ao Judiciário, pois não há qualquer formalismo, seja subjetivo ou objetivo, já que não se exige requisito especial para a petição inicial (que a doutrina chega a propagar que pode ser apresentada em “papel de pão”, como forma de levar ao extremo a ausência de formalidade). Até mesmo uma criança pode ter acesso ao Judiciário, diretamente, sem a intervenção de um responsável, desprezando todas as formalidades, a fim de buscar tutela para a liberdade de qualquer pessoa, independentemente de qualquer ligação parental ou afetiva.

Não há como negar que o *habeas corpus* configura a satisfação integral dos ideais do acesso amplo e irrestrito à justiça, não havendo qualquer peia ao alcance do pronunciamento do Judiciário acerca do conflito de interesses apresentado – na maioria das vezes caracterizado pela pretensão punitiva do Estado de uma lado e pela tentativa de defesa da liberdade pelo indivíduo, de outro.

A interposição de *habeas corpus* pelo próprio paciente, ou terceiro, não fere o art. 133 da Carta, que trata da indispensabilidade do advogado para o exercício da justiça, pois esse dispositivo não obriga o patrocínio judicial por advogado na ação constitucional, pois a própria Constituição, de forma expressa, assegura a autodefesa como forma de garantir o acesso ao Judiciário, não

havendo nem conflito de normas constitucionais, frente à importância maior da garantia do *writ*.

É, também, possível a impetração de *habeas corpus* por pessoa jurídica, embora essa questão divida a doutrina e a jurisprudência, pois o *caput* do art. 5º da Carta permite que as pessoas jurídicas possam usufruir todos os direitos e garantias constitucionais que forem compatíveis com a sua condição. É claro que não vai haver prisão da pessoa jurídica, mas pode haver situações que ensejem restrição à sua liberdade. Nesse sentido, entende Fernando Capez, ou seja, pela viabilidade da impetração de *habeas corpus* por pessoa jurídica.

O Ministério Público pode impetrar *habeas corpus*, em defesa do paciente, pela peculiaridade do bem jurídico tutelado. O citado *writ* não poderá ser utilizado para a tutela dos direitos estatais na persecução penal, em prejuízo do paciente, visto que, nessa hipótese, estaria patente o desvio da sua finalidade, que é justamente a de tutelar a liberdade de locomoção do paciente (STF). Sendo assim, quando o *habeas* for impetrado pelo Ministério Público, deverá o paciente manifestar-se previamente, para que esclareça se está ou não de acordo com a impetração.

Como já falado supra, o estrangeiro também pode impetrar *habeas corpus*, pois este pode ser impetrado por qualquer pessoa, independentemente de sua condição jurídica ou nacionalidade. Apenas se exige que a petição seja redigida em português.

Aliás, o *habeas* pode ser concedido até mesmo de ofício pela autoridade judiciária, revelando a extrema importância conferida à liberdade, fazendo com que seja afastada uma das mais importantes características da função jurisdicional, qual seja a inércia, que impede que o magistrado atue *ex officio*, sem a provocação do interessado.

Em complemento a tal particularidade, o órgão judicial competente para seu julgamento não está vinculada à causa de pedir ou ao pedido formulado, de forma que, havendo a convicção do magistrado sobre a existência de ato ilegal,

cumpra-lhe afastá-lo, ainda que isso implique a concessão de ordem em sentido diverso do pleiteado (CPP, art. 654, § 2º).

Como outra medida a garantir o mais abrangente acesso ao Judiciário pela via do *habeas corpus*, o referido *writ* é gratuito, isto é, não exige qualquer recolhimento de valor a título de despesa processual.

Este é outro fator que contribui, e muito, para facilitar o acesso à justiça, sobretudo se temos em consideração que a grande parcela das pessoas que tem sua liberdade constrangida em virtude de persecução criminal é de baixa condição econômica e social, o que torna inviável a dedução de ação se são exigidas diversas quantias para o ajuizamento.

Frise-se que a gratuidade da impetração é independente de qualquer comprovação de insuficiência financeira, como se exige para a concessão da assistência judiciária gratuita. A *graciosidade* é inerente ao próprio rito, o que reforça a vontade constitucional de facultar o maior acesso possível ao Judiciário em vista da violação do direito à liberdade.

Os legitimados passivamente na ação de *habeas corpus* são tanto as autoridades públicas (por ilegalidade e abuso de poder), quanto o particular (apenas por ilegalidade). Registre-se que, via de regra, a ameaça ou coação à liberdade de locomoção por parte de particular constituirá crime previsto na legislação penal, sendo bastante, nessa hipótese, a intervenção policial para fazer cessar a ilegalidade em questão. Tal não impede, entretanto, a impetração do *writ* contra particulares. Até porque, sempre existirão casos em que será difícil ou impossível a intervenção policial para fazer cessar a coação ilegal (v.g., internações em hospitais e clínicas psiquiátricas).

O *habeas corpus* poderá ser preventivo ou repressivo, conforme o momento da sua impetração. Será repressivo ou propriamente dito (também chamado de profilático ou curativo) quando o indivíduo vier a sofrer lesão em seu direito de ir e vir e, de outro lado, será preventivo quando o indivíduo estiver na iminência de sofrer lesão o seu direito de ir e vir (ameaça).

Conclui-se, por tudo o que foi dito, que o *habeas corpus* é, por excelência, a via processual em que fica mais evidente a importância conferida pelo legislador constituinte originário pelo acesso à justiça, pois não há qualquer formalidade ou barreira ao alcance das instâncias julgadoras a fim de proteger um dos direitos colocados como mais relevantes no cenário jurídico, ao lado da vida e da propriedade.

O procedimento do *habeas corpus*, em súmula, representa a própria afirmação do princípio do acesso à justiça.

3.2.1.d. Habeas data

Um outro exemplo de prestígio o princípio do acesso à justiça por meio da especialidade de um rito procedimental a fim de dar abrigo de forma rápida e efetiva a determinada espécie de controvérsia é o *habeas data*.

Trata-se de ação constitucional que visa a garantir ao cidadão o total acesso a informações relativas a si próprio. Foi introduzido no ordenamento pátrio pela Constituição Federal de 1988. Em verdade, constitui reação implantada pelo constituinte originário aos anos de opressão vividos pela população do Brasil durante os trinta anos da ditadura que os militares instauraram no país a partir de 1964.

O apogeu do totalitarismo ocorreu com a edição do malfadado Ato Institucional nº 05, que afetou de forma violenta os direitos, sobretudo de liberdade, dos cidadãos brasileiros. Dentre as restrições e malferimentos aos direitos impostos pelo regime, foram criados os serviços de inteligência, cujo objetivo era detectar os opositores do regime dentre os cidadãos para impor punição severa, utilizando-se muitas vezes da tortura para a obtenção de informações interessantes aos militares.

E essas informações eram retidas pelo Poder Público (de domínio ditatorial), sendo que o cidadão ficava impedido de ter conhecimento de dados e informações que diziam respeito a ele mesmo. Ressalte-se, de plano, que certas informações desse negro período da história brasileira são intangíveis frente ao *writ* em exame, visto que o interesse nacional impõe o sigilo por determinado período de tempo, nos termos da legislação aplicável.

Entretanto, ainda que se admita, como restrição ao princípio da publicidade, a manutenção de sigilo sobre determinados dados e informações, se esses dados forem pessoais, ou seja, se foram referentes à pessoa do impetrado, esse sigilo não lhe pode ser aposto, mas, apenas, a terceiros. Ora, se o interessado é o verdadeiro objeto dessas informações, se forem as mesmas verdadeiras, certamente já lhe eram de conhecimento, e, se forem falsas, sua retificação não causará qualquer dano à segurança social ou nacional.

Aliás, recentemente, o Governo Federal vem, pelas vias adequadas, revendo os períodos de sigilo dos documentos provenientes do período acima citado, encontrando-se alguns em vias de serem abertos à publicidade, o que permitirá o conhecimento de informações e dados que servirão de base à solução de questionamentos há muito enterrados no âmago de muitos cidadãos.

Feitas essas considerações iniciais situando a vontade no constituinte em implantar novel espécie de procedimento no bojo da Carta no contexto histórico do país, vejamos o que dispõe a Constituição quanto à figura processual em exame:

LXXII - conceder-se-á o *habeas data*:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;**
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;**

Observa-se, dessa forma, que somente será cabível o *habeas data* para pleitear informações inerentes à própria pessoa do impetrante, constante de bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

Entende-se por instituições de caráter público aquelas que, mesmo sendo instituições privadas, atuam em áreas tradicionalmente de responsabilidade do Estado, tais como educação, segurança, saúde, etc. (por meio de delegação); inclusive as empresas contratadas pelo próprio Estado para esse fim.

Em súmula, os objetos a serem veiculados em *habeas data*, e que, por conseqüência, representam as situações especiais que justificam a previsão em sede constitucional de um rito diferenciado para sua tutela, são as seguintes: (a) obtenção de informações constantes de cadastros de natureza pública (finalidade que encontra previsão constitucional); (b) retificação de dados nestes cadastros (outrossim, de previsão constitucional); (c) anotação, nesses assentamentos, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável, e que esteja sob pendência de discussão judicial ou amigável (esta finalidade encontra previsão na Lei 9.507/97, que trata do procedimento do *writ*).

Ao fixar esse último objeto, a Lei n.º 9.507/97 buscou evitar ou remediar possíveis humilhações que possa sofrer o indivíduo em virtude de dados constantes das informações públicas que, apesar de verdadeiros, seriam insuficientes para uma correta análise de uma dada situação jurídica, acarretando interpretação dúbia e erronia dos fatos.

Imagine-se, por exemplo, que uma pessoa tenha sido vítima de roubo dos seus documentos e que terceira pessoa esteja valendo-se dos mesmos para praticar ilícitos. Nesse caso, poderá o lesado impetrar a ação de *habeas data* para efeito de fazer constar dos assentamentos dos cadastros públicos esta circunstância, bem como, se for o caso, para que se anote nos referidos cadastros que já existe persecução penal instaurada contra a terceira pessoa.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há tempos vinha se firmando no sentido de ser pressuposto à impetração do *habeas data* a negativa da prestação das informações ou da retificação pretendida na esfera administrativa, inexistindo interesse de agir se não houver relutância do detentor das informações em fornecê-las ao interessado. Do contrário não estaria caracterizada a lesão aos direitos a serem protegido por essa via. Nesse mesmo sentido posicionou-se o STF.

A discussão, no entanto, perdeu importância após a positivação do entendimento Lei 9.507/97, cujo art. 8º prevê a instrução da petição inicial do *habeas data* com a prova da recusa ao acesso às informações, da negativa do pedido de retificação ou do decurso do prazo para apreciação dos respectivos requerimentos administrativos, quer ao acesso a informações, quer à retificação de dados.

Diferentemente do que se verifica com o *habeas corpus*, a presença do advogado é imprescindível na ação de *habeas data*, até mesmo em razão dos requisitos para o seu cabimento que demandam apreciação técnica da moldura fática que envolve o litígio.

D'outra, entretanto, a impetração é gratuita, ou seja, não se exige pagamento de despesas pelo ajuizamento e processamento do writ. Essa é medida que incentiva e facilita o acesso à justiça, de forma que até mesmo os cidadãos de

menor poder econômico tem à sua disposição a ação constitucional que visa a garantir o conhecimento e regularidade de informações a seu respeito.

Anote-se que as disposições procedimentais previstas na Lei nº 9.507/97 são bastante semelhantes às aquelas previstas na Lei n.º 1.533/51, que disciplina o rito do mandado de segurança.

Revela, ainda, a importância conferida pelo legislador à ação constitucional a disposição legal que impõe a preferência de julgamento o *habeas data* terá sobre as demais ações judiciais, com exceção do *habeas corpus* e do mandado de segurança. Tal estipulação legislativa demonstra também a preocupação com o acesso à justiça, que demanda não apenas a entrega da prestação jurisdicional, mas também determina que essa prestação seja célere, efetiva e eficaz.

Outras medidas revelam a diferenciação no rito a fim de conferir maior celeridade à prestação jurisdicional, o que se verifica a partir da própria seqüência procedimental, que naturalmente se inicia por petição inicial, que deverá preencher todos os requisitos dos arts. 282 a 285 do CPP, além de estar instruída com a prova do ato acoimado coator (negativa de atender ao pedido de retificação ou o decurso do prazo para apreciação dos respectivos requerimentos administrativos), seguido das informações, que serão prestadas em 10 (dez) dias, após o que o Ministério Público falará em 5 (cinco) dias, sendo, em seguida, proferida a sentença. Ressalte-se que não há previsão de liminar, isso em razão da irreversibilidade da medida pleiteada por esta via.

Na linha das considerações acima traçadas, o *habeas data* poderá ser impetrado tanto por pessoa física, quanto por jurídica. Constitui, todavia, ação personalíssima, somente comportando a requisição de informações sobre a própria pessoa de titulariza a ação, visto que o direito de o indivíduo de ter conhecimento dos seus próprios dados e registros compreende o direito de que esses dados não sejam devassados ou difundidos a terceiros.

Isso não afasta, evidentemente, a possibilidade da obtenção, perante aos órgãos públicos, de informações referentes a terceiros, desde que não sigilosas e que sejam necessárias ao esclarecimento de situações de interesse pessoal.

Veja-se o que dispõe, a respeito, o inciso XXXIV, do art. 5º da Carta²⁶. Trata-se, aqui, por exemplo, da possibilidade de consulta aos órgãos de proteção ao crédito, para averiguação da solvibilidade de determinada pessoa, da possibilidade de consulta ao C.R.I., quando da compra de bem imóvel, com vistas a aferir se o mesmo efetivamente pertence ao vendedor, etc.

Mas observe-se que, nesses casos, a negativa dos órgãos ou autoridades públicas não poderá ensejar a impetração de *habeas data*, que, por opção da Carta, encontra-se restrito às informações pessoais. Nessa hipótese, o remédio adequado seria o mandando de segurança, o que demonstra que não há, *prima facie*, prejuízo quanto ao acesso a uma prestação jurisdicional célere e efetiva.

²⁶ Art. 5º. XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

3.2.1.e. Ações coletivas – previsões das Constituições mais recentes

O processo civil, refletindo os influxos da sociedade individualista que o cunhou, representada sobretudo por aquela composta nas últimas décadas do século XIX, foi erigido para uma sociedade de caracteres claramente individuais.

A essa época, as demandas se marcavam por disputas entre indivíduos isoladamente considerados, o que refletiu no processo civil vigente e, por conseguinte, na idealização dos meios de acesso à justiça então previstos.

A incontrolável evolução do mundo, contudo, indiferente à consolidação e à tradição dos ordenamentos jurídicos, constituiu uma sociedade moderna muito mais afeta a processos de coletivização.

Esta coletivização decorre, algumas vezes, de atos voluntários dos seres, mas, em regra, é consequência de um fenômeno ínsito aos seres humanos e aos conglomerados de que são componentes, tendentes por natureza ao agrupamento e à cooperação.

Tal característica é incrementada na atualidade em virtude de processos de massificação – verificados, por exemplo, no desenvolvimento de relações de consumo e nas ações de responsabilização decorrentes de lesões a interesses de uma coletividade de agentes – que ensejam progressão exponencial do número de lides que tenham o mesmo objeto e causa de pedir.

Assim, as relações processuais, que outrora eram caracterizadas por disputas interpessoais de cunho eminentemente individual, passam cada vez mais a engendrar relações entre grupos ou entre estes e ente público ou privado.

De certo, e tal remonta à lógica, os esquemas processuais existentes, notadamente aqueles relativos aos meios de acesso à jurisdição, formulados sob diretrizes individualistas, não se prestam a efetivar uma tutela jurisdicional eficaz em relação a demandas cujo objeto seja marcadamente coletivo.

A esse respeito, esclarece Ada P. Grinover:

Assentada a necessidade de uma renovação dos esquemas clássicos processuais, para a indispensável tutela de interesses coletivos, próprios de uma sociedade de massa; verificadas a insuficiência e a inadequação das estruturas tradicionais para se investirem as formações sociais de poderes processuais, surge a questão de como resolver, no plano prático, os principais problemas que se colocam para a concreta efetivação de uma tutela jurisdicional coletiva.²⁷

Atento a essa nova diretriz do sistema judiciário e, especialmente, dos meios de acesso à jurisdição, o legislador vem intentando compatibilizar o Processo Civil aos novos elementos da sociedade moderna.

Na Grã-Bretanha e na Austrália foram instituídas as *relator actions*, que permitem ao indivíduo ou a uma associação, em hipóteses de lesão ou ameaça de lesão ao bem-estar da coletividade ou à saúde, e desde que haja inércia do *Attorney General*, manejar medidas processuais aptas à salvaguarda daqueles bens jurídicos²⁸.

Na França, por seu turno, foi promulgada a Lei Royer destinada à proteção dos consumidores, possibilitando o manejo, por associações, de ações indenizatórias com objetivo de reparação do dano comum – leia-se coletivo – e criminais relativas à publicidade enganosa.

A *legitimatío ad processum* e *ad causam* das associações dependerá de prévio *agrément*, concordância, expedido pelo Ministério Público após constatação da presença de requisitos arrolados na dita lei, dentre eles, a constituição e a concreta operatividade da associação há pelo menos 1 ano.

Já na Alemanha, desde 1965, estão legitimadas associações de consumidores para a propositura de ações que objetivem combater a concorrência desleal.

Todas estes modelos jurídicos influíram na confecção do modelo brasileiro de proteção aos bens jurídicos coletivamente considerados, todavia nossa legislação neste pormenor fundou-se eminentemente na formatação das *class actions*²⁹ norte-americanas.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual – de acordo com a Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 137.

²⁸ Vê-se desta feita que o processamento das *relator actions*, não obstante sua natureza civil, segue o procedimento previsto para a ação penal privada subsidiária da pública prevista no art. 29 CPP.

²⁹ Segundo a ilustrada Ada P. Grinover em referência a Vigoriti “A *class action* do sistema norte-americano, baseada na *equity*, pressupõe a existência de um número elevado de titulares de posições

Tais ações foram pela primeira vez previstas no *Bill of Peace*, do século XVII, possibilitando, de modo genérico, a presença em juízo de representantes para a defesa de interesses do grupo representado (*representatives*), estabelecendo sua admissibilidade quando fosse impossível a reunião de todos os membros da coletividade lesada (*class*).

Tendo em mente este ideário fundamental, nosso ordenamento previu uma tutela jurisdicional coletiva nos idos de 1934, quando foi prevista a ação popular na Carta Política cujo objeto era anular ato lesivo ao patrimônio dos entes políticos.

Porém só em 1965, por meio da Lei 4.717, regulamentou-se a previsão constitucional, reservando-lhe o objeto de proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente, tendo a legitimação sido conferida aos brasileiros natos ou naturalizados desde que no exercício de seus direitos políticos³⁰ e aos portugueses equiparados³¹.

Por meio da Lei 6.938/81, que dispõe sobre Política Nacional do Meio Ambiente, instituiu o legislador nova modalidade de tutela coletiva para responsabilização civil por danos causados ao meio ambiente para a qual era legitimado o Ministério Público.

Art. 14 (...)

§1º. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilização civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

individuais de vantagem no plano substancial, possibilitando o tratamento processual unitário e simultâneo de todas elas, por intermédio da presença, em juízo, de um único expoente da classe." (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 763).

³⁰ Previstos no Título II Capítulo IV da Constituição Federal de 1988. Assim tem-se por legitimados o cidadão brasileiro, considerando-se tais os regularmente alistados para exercício do sufrágio.

³¹ A esse respeito, dispõe o art. 12 da CF/88

§1º. Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor dos brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.

Tal dispositivo foi ultimado pela Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses, assinada em 07/09/1971 e posteriormente ratificada pelo Decreto Legislativo n.º 82 de 24/11/1971. Sua promulgação se deu via Decreto n.º 70.391/72. Por fim, esclarece didaticamente Alexandre de Moraes "A comprovação da legitimidade será feita com a juntada do título de eleitor (brasileiros) ou do certificado de equiparação e gozo dos direitos civis e políticos e título de eleitor (português equiparado)." (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 178).

Neste mesmo ano, foi promulgada a Lei Complementar n.º 40, de 14.12.1981, que prescrevia em seu artigo 3º as funções institucionais do Ministério Público, dentre as quais a de “promover a ação civil pública, nos termos da lei”. Assim a legitimidade ativa era exclusiva do *parquet*.

Já no ano de 1985, foi instituída em nosso ordenamento por meio da Lei 7.347 a mais comum das ações coletivas, a saber a ação civil pública para a responsabilização civil pelos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artísticos, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Mais tarde, a tal rol foi acrescida pela Lei 8.078/90 a possibilidade de manejo da ação civil pública para proteção de qualquer interesse difuso ou coletivo, e pela Medida Provisória 2.102-26/2000 por infração da ordem econômica e da economia popular³².

A ação civil pública passou em 1985 a ter por legitimados o Ministério Público, a União, os Estados e Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista e associações, que incluam entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência e ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e que estejam regularmente constituídas há pelo menos 1 ano³³.

Na esteira deste novo momento da Ciência Processual e demonstrando a importância assumida pela figura da ação civil pública, prescreveu a Carta de 1988, dentre as funções institucionais do Ministério Público, a de “*promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e*

³² A mesma MP 2.102-26/2000 excluiu do âmbito da ação civil pública determinadas matérias ao incluir parágrafo único ao art. 1º da Lei 7.347/85, de seguinte redação:

Art. 1º (...)

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

³³ Tal requisito pode ser sopesado pelo juiz na forma do art. 5º §4º da Lei 7.347/85.

Art. 5º (...)

§4º. O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III).

A Carta Política de 1988 fez ainda previsão do mandado de segurança coletivo para a tutela de interesses e direitos plurindividuais³⁴, estando para seu exercício legitimados os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as organizações sindicais, as entidades de classe e as associações legalmente constituídas e em funcionamento há 1 ano, podendo os três últimos intentá-lo na defesa de seus membros ou associados.

Especificamente em relação à previsão constitucional do mandado de segurança coletivo, curial observar que, antes mesma da promulgação da Carta de 1988, a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal já vinha, ainda que de forma modesta, possibilitando o manejo do *writ* com objeto coletivo.

*...e, no inciso LXX do mesmo preceptivo, afinal dando ouvidos a todo um reclamo doutrinário e, mesmo, a alguns pioneiros pronunciamentos jurisprudenciais (quase todos da lavra do eminente Min. Carlos Mário Velloso, do STF), abrigou, por fim, a legitimação ativa coletiva.*³⁵

Importante elemento na demonstração de uma nova formatação social, na qual descabem conceitos retrógrados como interesse público e interesse privado, pela insurgência de uma noção de interesses grupais, coletivos, reside justamente no mandado de segurança coletivo.

A referida demonstração desta mudança de paradigma social, com relevante modificação dos meios de acesso à justiça, repercutiu no posicionamento constitucional, no sentido de dispensar a impetração do mandado de segurança coletivo da prévia autorização dos particulares interessados (v.g. integrantes de uma classe de trabalhadores), em que pese alguns entendimentos em sentido diverso.

³⁴ Neste pormenor discordamos da Prof. Patrícia Miranda Pizzol “No nosso sentir, as ações coletivas recebem essa denominação à luz dos critérios apontados acima – a legitimidade e o objeto, sendo que, especificamente no caso do mandado de segurança coletivo, como a Constituição Federal não restringiu sua utilização para a tutela de direitos e interesses coletivos, não pode a legislação infraconstitucional fazê-lo, recebendo, nesse caso, o mandado de segurança o atributo de coletivo em razão unicamente da legitimidade e não do objeto que visa tutelar” (PIZZOL, Patrícia Miranda. **Liquidação nas Ações Coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998. p.85).

³⁵ FERRAZ, Sérgio. Op. cit., p. 292, nota 2.

A este respeito, insuperáveis as considerações de Sérgio Ferraz:

E esse nos parece ser substancial traço diacrítico entre o mandado de segurança coletivo e o singular deflagrado por entidades (inciso XXI): por agir em nome próprio, atuando direitos e interesses próprios (pois assim se apresenta a prerrogativa de defesa dos interesses dos filiados e da categoria), a entidade, inclusive sindical, na hipótese do mandado de segurança coletivo, prescinde de autorizações específicas para agir (equivocadas pois, venia concessa, algumas decisões no sentido contrário...³⁶

A então nova ordem constitucional prescreveu ainda que:

Art. 8º.

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

Tal dispositivo constitucional segue no mesmo sentido que a previsão constante do art. 513 a da CLT³⁷, em vigor desde 1943.

Logo em seguida à instituição da Lei n.º 7.347/85, promulgou nosso legislador a Lei n.º 7.853, de 24/10/1989, que dentre outras providências instituiu a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência, cujos legitimados são os mesmos previstos naquele diploma.

No que tange aos legitimados para a propositura da ação civil coletiva fundada na Lei 8.078/90 são eles, na forma do art. 82 do dito diploma: o Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC; e as associações legalmente constituídas há 1 ano³⁸ e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, dispensada autorização assemblear³⁹⁻⁴⁰.

³⁶ FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança e acesso à Justiça. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 301.

³⁷ Art. 513. São prerrogativas do sindicato:

a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida.

³⁸ O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz quando haja manifesto interesse social ou relevância do bem protegido (art. 82 §1º CDC).

³⁹ A MP n.º 1.798-1/99 inseriu parágrafo único no art. 2º-A da Lei 9.494/97 de seguinte teor:

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra entidades da administração direta, autárquica ou fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a petição inicial deverá

Inicialmente é de se anotar que tal legitimação, nas felizes palavras de Barbosa Moreira, é concorrente e disjuntiva visto que a atuação de um dos legitimados não impossibilitaria que outro integrasse a lide em questão.

Com o seguinte julgado o STJ pacificou de uma vez por todas a questão:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES COLETIVOS. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. ANUIDADE ESCOLAR. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública, na defesa de interesses coletivos da comunidade de pais e alunos de estabelecimento escolar, visando à fixação da anuidade escolar. Recurso conhecido e provido.

Voto condutor:

(...)

O segundo aspecto radica na destinação institucional do Ministério Público que, embora legitimado extraordinariamente para promover a ação civil pública (CF, art. 129, III; Lei nº 7.347/85, art. 5º; Lei nº 8.078/90, art. 82, I), tem sua atuação consagrada à defesa de interesses, posto que individuais, porém indisponíveis (CF, art. 127). Tive presente a advertência de Hugo Nigro Mazzilli, estampada em sua prestigiosa monografia (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, RT, 6ª ed. Pág. 51), que nos convida à reflexão, verbis: “Não se pode esquecer de que o Ministério Público está destinado à defesa de interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade, bem como ao zelo dos interesses sociais, coletivos ou difusos, vedada sua atuação fora da vocação institucional (CF, arts. 127 e 129, III e IX). Quanto à defesa de interesses individuais homogêneos, ainda que disponíveis, sua defesa pelo Ministério Público é possível (CDC, art. 81/2; Lei nº 8.625/93, art. 25, IV, a), mas desde que tenha suficiente abrangência ou repercussão social”.

Pelo segundo prisma, a mim me parece que se trata de interesse individual homogêneo, porém disponível, ao contrário do que ocorre com o acesso de crianças ao ensino fundamental e, em tal hipótese, a legitimação extraordinária do Ministério Público há de ser aquilatada consoante o caso concreto.

Assim, mesmo que disponível o interesse individual homogêneo, é de se admitir a legitimação extraordinária do Parquet para a propositura da ação coletiva quando a matéria, disciplinada no ordenamento jurídico, é de alta relevância e de tal dimensão que alcance a esfera jurídica da coletividade. (STJ – Resp 38.176-2-MG – 4ª Turma – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j.: 13.02.1995 – p. 08.09.1995).

Com efeito, o advento da Lei 8.078/90 é um marco no regime das ações coletivas porque, ciente o legislador da massificação social e principalmente econômica, dá uma guinada na regência tradicional dos conflitos intersubjetivos

obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal de seus associados e indicação dos respectivos endereços.

⁴⁰ Watanabe repudia incisivamente tal disposição, tendo-a por inconstitucional por lesão à isonomia e à inafastabilidade da jurisdição, esclarecendo que a mesma confunde a legitimação ordinária das ações coletivas com a extraordinária do art. 5º, XXI CF/88.

a fim de mediar os conflitos sociais que permeiam as demandas coletivas em detrimento da simples solução de lides, dando tratamento sistemático às ações coletivas⁴¹.

Facilmente verificada a repercussão desse novicho instrumental processual no dogma constitucional do amplo e irrestrito acesso à jurisdição.

Com efeito, atento à nova formatação social, decorrente dos processos de massificação econômica e social, já referenciada no presente estudo, o legislador promoveu a instituição de meio de acesso à jurisdição distinto do tradicionalmente existente.

A adoção desse novo meio de acesso ao poder jurisdicional, a seguir detalhadamente apresentado, teve por instrumento informativo secundário – já que a formatação social contemporânea foi seu critério primordial – a condição de hipossuficiência de indivíduo ou de grupo de indivíduos frente a conglomerados econômicos e sociais que se formam, também de decorrência dos processos de massificação, na condição de elos mais fortes da composição social.

Assim sopesa o legislador, na instituição do acesso à jurisdição relativo às ações coletivas, dois elementos básicos, a saber, (1) a massificação social, que repercute na repetição (em progressão geométrica) de conflitos intersubjetivos de idêntico conteúdo e, *a priori*, de mesma solução; e (2) a formação de relações intersubjetivas desequilibradas, em oposição ao modelo processualístico clássico, marcadas pela preponderância de uma das partes em detrimento da hipossuficiência da outra.

É de ser ressaltado que as relações jurídicas desequilibradas são características do novo modelo social adotado na sociedade contemporânea, não se restringindo às relações de consumo, já que também em relações

⁴¹ *PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DEFESA DE INTERESSES E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE. A Lei nº 7.345/85 é de natureza essencialmente processual, limitando-se a disciplinar o procedimento da ação coletiva e não se entremostra incompatível com qualquer norma inserida no Título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). É princípio de hermenêutica que, quando uma lei faz remissão a dispositivos de outra lei de mesma hierarquia, estes se incluem na compreensão daquela, passando a constituir parte integrante do seu contexto. (...) Recurso conhecido e provido para afastar a inadequação,*

jurídicas de outro color os processos de conglomeração e de massificação se apresentam de forma indistigável e indiscutível.

Este fenômeno foi, de forma límpida, constatado por André Luís Machado de Castro:

No que atine às relações de consumo, a mundialização econômica implica, especialmente, na queda das barreiras alfandegárias, no avanço dos transportes e das comunicações, nos contratos eletrônicos e internacionais de consumo e na presença cada vez mais marcante de um grupo seletivo de mega empresas que uniformizam o mercado de consumo global e ofertam os mais variados bens e serviços, em que pese a despersonalização das relações. Conseqüência disso é a fragilização dos consumidores, aumentando ainda mais a sua situação de vulnerabilidade (fática, econômica e jurídica).⁴²

No que tange às ações coletivas, promoveu o legislador manifesto incremento dos meios de acesso à jurisdição, distribuindo a legitimação *ad causam* ativa, de forma concorrente e disjuntiva, como instrumento suficiente a possibilitar que a parte hipossuficiente das relações jurídicas desiguais alcance a tutela jurisdicional.

Neste diapasão, estabeleceu o legislador diversas hipóteses de substituição processual de forma a possibilitar a aplicação da norma ao caso concreto, mesmo que as partes não tenham, ao menos na imensa maioria de seus membros, meios, até mesmo econômicos, de deflagrar o exercício da tutela jurisdicional.

Oportuno constatar, ainda, que também a massificação das relações jurídicas foi ponto fulcral na designação de substituição processual enquanto instrumento de incrementação do amplo e irrestrito acesso à jurisdição.

Com efeito, a massificação das relações jurídicas de cunho material reserva à parte hipossuficiente, em grande número das situações, bens da vida de pequena e até irrisória envergadura econômica, o que de plano a inibe na busca da tutela jurisdicional.

no caso, da ação civil pública. (STJ – REsp 49.272-6-RS – 1ª Turma – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – j.: 21.09.1994 – p. 17.10.1994)

⁴² CASTRO, André Luís Machado de. A globalização econômica e o acesso do consumidor à justiça. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 31.

Exemplo contundente da referida constatação pode ser apurada em relação de cunho bancário, em que a instituição financeira passa a onerar seus clientes com tarifa de pequeno valor não prevista contratualmente.

Nestas condições, sopesando as vantagens que alcançaria, notadamente as de caráter econômico, a parte lesada, na condição de hipossuficiente da relação jurídica material, encontraria nas características financeiras da relação controvertida relevante óbice ao exercício do direito ao acesso à jurisdição.

A designação de substituto processuais nas demandas coletivas está informada, ainda, por tal critério, possibilitando que o exercício coletivo do direito de ação representa a superação do óbice ao alcance à tutela jurisdicional decorrente da incipiência dos valores envolvidos na lide.

Por fim, a substituição processual reservada às ações coletivas tem por espeque superar o obstáculo da hipossuficiência técnica das partes integrantes da relação jurídica, que, em virtude da incapacidade técnica de prover sua representação judicial, verificada na imensa maioria dos casos, vêm a proteção de seus interesses prejudicada.

Fácil a constatação, outrossim, de que, no que tange às ações de cunho coletivo, perpetrou o legislador relevante incremento no que tange à facilitação do acesso à jurisdição por meio da designação de substituições processuais que visam superar os obstáculos naturais decorrentes da massificação das relações humanas e do desequilíbrio das relações jurídicas.

3.3. Arbitragem – viés de acesso à justiça?

O estudo mais aprofundado acerca da garantia constitucional do acesso à justiça passa obrigatoriamente pelo reconhecimento do inegável fato de que a estrutura do Judiciário, posta à disposição da população que anseia por uma solução aos conflitos cotidianos, mostra-se insuficiente, modesta em relação ao imenso número de questões apresentadas, o que faz com que a prestação jurisdicional ofertada seja, muitas vezes, precária.

A deficiência no exercício da função estatal da Jurisdição, que confere ao Estado a exclusividade para a aplicação da lei ao caso concreto, para a solução dos conflitos, a fim de propiciar a paz social, vai violentamente de encontro com a acessibilidade à justiça, que fica prejudicada tanto pela falta de estrutura para recebimento e julgamento dos conflitos existentes, seja pela ineficiência na prestação, que acaba sendo extremamente morosa, ou ainda pela pouca qualidade das soluções (decisões) prestadas, em vista da impossibilidade prática de conferir aos conflitos a devida atenção, dado o seu grande número.

Tais circunstâncias conduzem ao descrédito cada vez maior no Judiciário, que se apresenta, para os olhos mais pragmáticos, incapaz de solucionar de forma assaz boa parte das lides são postas sob seu crivo.

O fenômeno que ora se afigura no Brasil, na linha do que foi explicitado *supra*, nada mais é do que uma tendência da evolução histórica dos institutos de uma forma geral, inclusive os jurídicos, que se dá de forma cíclica. Como visto algures, a formação e a evolução dos grupamentos sociais impulsionam a necessidade de que a solução dos conflitos que naturalmente se revelam entre os componentes da sociedade nuclear sejam deixadas a cargo de terceira pessoa não envolvida na querela, o que evita, *prima facie*, a prevalência do interesse do mais forte (muitas vezes ilegítimo), de forma a propiciar a paz quanto àquele embate.

Surge, nesse contexto, a figura do árbitro, ainda numa forma embrionária, que ficava incumbido de apreciar tese e antítese para solução da cizânia. Essa

função foi, durante a evolução dos tempos, conferida aos suseranos, ao clero etc., naturalmente em razão do poder que submetia a vontade dos litigantes.

A evolução das sociedades, à luz da doutrina contratualista, nos mostra que, com a formação do Estado, a tutela dos interesses particulares, e sua relação com o bem estar geral (interesse público), foi entregue a este ente autônomo, embora seja composto pelo povo de determinado território como um de seus elementos, de modo que a solução dos conflitos de interesses que se apresentavam deveriam ser conduzidos ao órgão estatal incumbido da função de “dizer o direito” (*jurisdictio*), sendo, portanto, do Estado o monopólio para tanto.

Ocorre que o crescimento da população acarreta o crescimento dos conflitos de interesses, sobretudo num cenário capitalista que impõe a necessidade de acúmulo de riquezas, aumento que não é acompanhado, muitas vezes, pela estrutura estatal dirigida ao exercício de tal função. Essa situação faz com que seja criada, como alternativa à insuficiência e ineficiência do Estado, meios pelos quais retorne a figura do árbitro, terceira pessoa não envolvida no conflito, para que apresente uma solução, em certa medida substituindo o Estado no exercício desse desiderato.

É claro que há sociedades que tem sua estrutura estatal adequada ao atendimento das necessidades da sua população, o que mostra que a arbitragem surge não apenas como forma de suprir eventual ausência de atuação estatal, mas também como alternativa para uma solução mais célere e privada dos conflitos sociais.

No Brasil, nos últimos anos, a arbitragem renasce e vem ganhando força, aqui em virtude do grande contingente de pendengas em descompasso com a estrutura posta à disposição do Judiciário para julgamento desses conflitos, vindo como meio de maior presteza à população e de desafogar o Judiciário. O ápice de tal movimento se deu como a edição da Lei nº 9.307/96, a qual vem sendo amplamente utilizada, até com alguns excessos, afigurando-se como viés à solução dos conflitos e como remendo à deficiência no atendimento ao

princípio do acesso à justiça, adaptando o aparato estatal à realidade da sociedade atual.

A entrega da solução de um conflito a um árbitro, por óbvio e diferentemente do que ocorre com o Judiciário, depende de prévio pacto entre as partes contratantes, em cláusula específica ao negócio jurídico do qual se origina, apresentando-se como verdadeiro compromisso pelo qual os interessados submetem uma determinada divergência de interesses à decisão de terceiro, criando a obrigação de sujeição ao resultado obtido.

Por certo, ninguém está obrigado a se sujeitar às decisões de um juízo arbitral, havendo necessidade da voluntariedade, apenas condicionada à capacidade das pessoas e à disponibilidade do seu patrimônio.

O questionamento que se apresenta, diante dessa informação, diz respeito à constitucionalidade ou não do instituto, aspecto que foi objeto de intensa refrega doutrinária, mas que atualmente encontra-se, em grande parte, superada, quer pela promulgação da Lei nº 9.307/96, quer pelo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a guarda da Carta da República, no sentido da constitucionalidade dessa lei e, por conseguinte, do instituto da arbitragem no Brasil.

Além disso, o procedimento perante o árbitro determina a observância ao princípio do contraditório e ao princípio da igualdade das partes, o que consta expressamente do § 2º do art. 21 da Lei 9.307/96.

A arbitragem não surgiu no Brasil recentemente. Faz parte do ordenamento pátrio desde o Século XIX, mais precisamente a partir de 1850, por meio do Decreto nº 737, que estipulava a submissão de determinadas discussões a decisões de árbitros, inclusive tornando-as obrigatórias em certas matérias relacionadas ao direito comercial. Trazia, pois, em seu bojo, a obrigatoriedade de sujeição à arbitragem em certas querelas, prescrição que, por contrariar a própria natureza do instituto, foi revogada pela Lei nº 1350 de 1866. Também havia previsões quanto ao instituto no Código Comercial Brasileiro, datado do mesmo ano e em vigor parcialmente até os dias atuais, que determinava a decisão arbitral obrigatoriamente em questões oriundas de contratos de

locação mercantil. O Código Civil de 1916 já trazia previsão a respeito em seus arts. 1.037 a 1.048, bem como o Código de Processo Civil, de forma que o instituto já faz parte do sistema jurídico brasileiro há algum tempo. Não obstante, a utilização do instituto nunca se deu de forma adequada no Brasil, pouco sendo aplicada na prática.

Tal situação mudou consideravelmente a partir da edição da Lei nº 9.307, em 23 de setembro de 1996, cujo relator foi o ex-Vice-Presidente Marco Maciel, incentivada, também, pela intensa globalização e diminuição das barreiras comerciais internacionais.

Dois aspectos foram considerados pelo legislador como forma de fomentar a efetivação do instituto no cenário nacional.

O primeiro deles foi a tentativa de corrigir o principal ponto de enfraquecimento e desuso, segundo os defensores do instituto, do juízo arbitral, conferindo à cláusula arbitral os mesmos efeitos do compromisso arbitral, com força de título executivo para a instauração do juízo de arbitragem e dispensou a necessidade de homologação, pelo Poder Judiciário, do laudo arbitral.

Nessa esteira, a legislação processual civil prestigia o compromisso arbitral, pois determina a extinção do processo, sem julgamento de mérito, quando existente, e não observada, referida cláusula por um dos litigantes (art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil), dependendo, contudo, da alegação da parte interessada, não podendo ser conhecida *ex officio* pelo Juiz. Veja-se a seguinte passagem da obra do processualista Alexandre Câmara, tratando da previsão do CPC:

Nos termos do inciso VII do art. 267, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem), extingue-se o processo, sem resolução do mérito, pela convenção de arbitragem. Denomina-se convenção de arbitragem a um gênero que comporta duas espécies: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Define-se a cláusula compromissória como “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter a arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato” (art. 4º da Lei de Arbitragem). Trata-se, em verdade, de um contrato preliminar, verdadeiro contrato-promessa, que pode ser visto como uma “promessa de compromisso arbitral”.

Já o compromisso arbitral pode ser definido como “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial” (art. 9º da Lei de Arbitragem).

(...) A vigente sistemática da arbitragem no Brasil equipara os efeitos da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, dando a ambas as espécies de convenção de arbitragem eficácia suficiente para provocar a instauração do processo arbitral.⁴³

A outra modificação que a doutrina especializada aponta é a vinculação imposta pela cláusula compromissória, que pela legislação anterior não tinha eficácia. A Lei atual traz diversas disposições específicas sobre a cláusula compromissória, passando pelo conceito, requisitos e forma de estipulação, além dos procedimentos aplicáveis.

Insta frisar, contudo, que se há pouca utilização prática da arbitragem, esta se dá em virtude da resistência da sociedade em dela fazer uso, a qual tem origem na própria dicção legal, além da falta de tradição na sua utilização. Estamos a falar da inflexibilidade da lei, que desencoraja os cidadãos que não estão dispostos a suportar o risco de perder o seu direito sem a possibilidade de qualquer revisão judicial.

A determinação no sentido da definitividade das decisões dos árbitros leva, com muita razão, ao receio de que ente não investido de função estatal de jurisdição decida conflito de forma definitiva, sem que se possa buscar socorro junto ao Judiciário. O exemplo de legislações alienígenas, tais como a dos Estados Unidos da América, deveria conduzir a alternativas menos rígidas de arbitragem, também para propiciar o acesso a sujeitos de relações jurídicas caracterizadas pela desigualdade, de modo a ampliar a utilização do instituto.

Até mesmo por causa disso, a experiência mundial tem revelado que a utilização da arbitragem se dá em maior escala em meio a negócios jurídicos entre pessoas jurídicas de considerável patrimônio, com muito menos força entre pessoas físicas e empresas menores.

⁴³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, vol. I, p. 297.

Segundo a Lei da Arbitragem, somente podem submeter-se à arbitragem conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, vedando o acesso a conflitos que envolvam questões de família, de falência, de incapazes etc.

A principal característica da nova lei é a relevância conferida à vontade das partes, presente desde a decisão de submeter o litígio à arbitragem, na eleição do árbitro e, também, na determinação do critério a ser utilizado pelo árbitro na decisão do conflito.

Trata-se, na verdade, de uma cláusula de um negócio jurídico, específica para aquele pacto, em que as partes firmam compromisso em submeter-se a um árbitro livremente escolhido. Em regra, escolhe-se um árbitro com conhecimento técnico específico na área a que se refere o conflito, de forma a dar sustentáculo científico para a decisão a ser tomada. Não se pode nunca ser esquecida a voluntariedade na opção pela arbitragem.

A opção pela arbitragem traz alguns benefícios de ordem prática. Se não, vejamos.

Proporciona uma maior celeridade na solução do conflito, a qual decorre da simplificação do procedimento, que não leva em conta a solenidade das formas processuais e nem deve observância às regras do CPC, podendo as partes estabelecer o procedimento a ser utilizado pelo árbitro.

D'outro lado, a lei permite o sigilo da controvérsia, evitando a exposição de elementos que possam gerar constrangimento ou outro efeito indesejável para o litigante, diferentemente da regra da publicidade dos atos judiciais, que pode ser afastada, nesta sede, em situações muito especiais.

O não cabimento de recurso das decisões arbitrais propicia também uma maior rapidez na solução dos litígios. A possibilidade de escolha do árbitro pelas partes, acarreta a segurança na imparcialidade do mesmo, pois não há quem pretenda ser prejudicado, bem como uma maior precisão técnica da decisão, que será, em regra, tomada por terceiro com conhecimentos específicos da área em que se situa a lide.

Não se pode, entretanto, olvidar é que a existência, constitucionalidade e legitimidade da arbitragem em nada pode desincumbir o Estado de prestar de forma eficaz e satisfatória a tutela jurisdicional, de forma a fazer valer o princípio do acesso à justiça.

É bom que fique muito claro que a arbitragem não substitui a jurisdição, ou mesmo a supre quando seja prestada de forma que não satisfaça os contendores. Deve sempre ser vista como uma alternativa àqueles que tenham interesse em solucionar eventual conflito fora do Judiciário, pelas razões que sejam, sem, contudo, desprestigiar ou tornar imprestável a função jurisdicional, pois continua sendo do Estado o monopólio para solucionar os conflitos a fim de garantir a paz social.

O árbitro não é juiz, não exerce função jurisdicional, pois, de plano, falta uma das características principais da jurisdição, que é a investidura na função estatal de dizer o direito. Além do mais, faltam outras características, tais como a definitividade, a indelegabilidade, a autonomia, dentre outras, que levam à conclusão que nunca se poderia considerar a arbitragem como atividade jurisdicional. Tal equívoco de premissas tem levado a excessos que acabam por enfraquecer o exercício desse instituto de ideal tão consentâneo com as necessidades da sociedade, revelados em abusos de autoridade (que os árbitros sequer possuem) em apresentar-se perante a sociedade como se magistrado fossem, buscando gozar das prerrogativas da função que não têm, o que vem sendo, muito corretamente, coibido pelo Poder Público.

A Lei nº 9.307/96 fala em sentença arbitral ao tratar do laudo emitido pelo árbitro. Contudo tal denominação é inadequada, pois, como visto, a atividade do árbitro não consiste em atuação jurisdicional. Não deixa de ser uma decisão, mas nem por isso reveste-se de natureza de jurisdição. A sua observância é obrigatória porque a lei assim determina, não em vista da natureza do provimento, como ocorre com a decisão judicial.

A “pseudo coisa julgada” conferida pela Lei de Arbitragem, em seus arts. 18 e 31, à “sentença arbitral” é elemento que acaba por afastar o particular da utilização do instituto da arbitragem, pois não há confiabilidade suficiente para

conferir *status* de decisão judicial ao pronunciamento de um árbitro, *data venia*. Registre-se, ainda, a falta de recurso para o Poder Judiciário, como fator de afastamento da população desses órgãos.

Tanto é ato extrajudicial, que o laudo exarado pelo árbitro não pode ser objeto de ação rescisória, mas de ação anulatória, como qualquer outro ato da vida civil, consoante o art. 33, da Lei nº 9.307/96, nulidade que poderá ser argüida em sede de embargos do devedor.

O importante é esclarecer que a arbitragem não se mostra como barreira ou válvula de escape do Estado para a efetivação do princípio do acesso à justiça, visto que, ao contrário, afirma tal princípio, pois se apresenta como viés para solucionar certos conflitos, nunca como regra para dissolução das lides, apresentando-se como parcela de negócio jurídico como qualquer outro, deixando incólume a possibilidade integral de acesso ao judiciário de forma tradicional para pacificação social.

4. Os modernos instrumentos de acesso à justiça

4.1. A constituição das Defensorias Públicas e sua importância enquanto meio de acesso à Justiça pelos hipossuficientes

A assistência judiciária no âmbito do sistema judiciário brasileiro teve suas origens no parágrafo 10, do título 84, do Livro III, das Ordenações Filipinas, que vigoraram até o advento do Código Civil de 1916. O teor de tal prescrição normativa impunha aos advogado particulares o ônus de patrocinar as demandas cíveis e criminais daqueles que denominava “miseráveis”.

No intuito de implementar de forma efetiva a referida previsão legal, o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados do Brasil instituíram, de forma conjunta, comissão cuja atribuição consistia em fiscalizar a observância da incumbência reservada aos advogados.

Deste momento histórico até a idade contemporânea, a assistência judiciária teve sua concepção alterada, passando a ser tida como viés do acesso à justiça, o que lhe assegurou guarida constitucional pela Carta de 1946 e pelas que lhe seguiram, com a ressalva exclusiva da Constituição de 1937.

Já na história contemporânea da sociedade brasileira, a primeira forma designada de prestação de assistência judiciária aos desvalidos, que a Carta de 1988 denominou de “assistência jurídica”, com claro intuito de ampliação do leque de atividades, decorreu da previsão da Lei n.º 1.060/50, que reservava aos profissionais advogado tal mister.

A este tempo, merece ressalva, em determinados Estados a prestação da assistência jurídica era incumbência, ainda, dos Procuradores de Estado, que além das atribuições inerentes à advocacia pública, atuavam, em patente acúmulo, também em viés assistencial⁴⁴.

Porquanto relevante tal particular, em virtude das restrições temáticas do estudo em apreço, é suficiente a mera menção à sua existência, já que a institucionalização da assistência jurídica, que consubstancia efetivo

⁴⁴ Fica óbvia a intenção do constituinte ao institucionalizar e sobretudo ao destacar as funções de assistência jurídica e de titularidade da ação penal pública das advocacias públicas, conferindo

reconhecimento da relevância de tal atividade na promoção do acesso à Justiça, é o tema central do presente capítulo.

E a referida institucionalização se verificou justamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que constituiu a Defensoria Pública, organizada em Defensoria dos Estados e da União, conforme o âmbito de atribuições a ser exercida (assistência jurídica na órbita de competência da Justiça Federal ou Estadual).

Em que pese a previsão legislativa date de 1988, a regulamentação da Defensoria Pública da União, referência no particular histórico em virtude da diversidade de condições de cada um dos Estados da Federação, somente foi efetivada em 1994 por meio da edição da Lei Complementar n.º 80.

Ainda assim, existindo a previsão legislativa até então faltante, a Defensoria Pública da União somente começou a ser instalada, a título provisório, a partir de 1995, encontrando-se atualmente presente em todos os Estados da Federação.

No que tange às Defensorias dos Estados, cumpre ressaltar que a última informação atualizada dá conta de que 5 Estados da Federação – a saber, São Paulo, Rio Grande do Norte, Maranhão, Santa Catarina e Goiás – ainda não possuem suas Defensorias instaladas, dentre os quais se destaca, por sua envergadura o Estado de São Paulo⁴⁵.

O festejado José Afonso da Silva destaca com a costumeira eficiência a importância da previsão constitucional das Defensorias Públicas, ressaltando a condição de decorrência do princípio da isonomia inerente à previsão do amplo acesso à jurisdição:

Uma velha observação de Ovídio ainda vigora nos nossos dias, especialmente no Brasil: “cura pauperibus clausa est”, ou no vernáculo “o tribunal está fechado para os pobres” (...) Os Poderes Públicos não tinham conseguido até agora estruturar um serviço de assistência judiciária aos necessitados que cumprisse efetivamente esse direito prometido entre os direitos individuais. Aí é que se tem manifestado a

formatação mais atual e principalmente mais atuante às Defensorias e ao Ministério Público, respectivamente.

⁴⁵ Fonte: <http://www.sindiproesp.org.br/dpsp/movimento> capturado em 04.01.2005.

dramática questão da desigualdade da justiça, consistente precisamente na desigualdade de condições materiais entre os litigantes, que causa profunda injustiça àqueles que, defrontando-se com litigantes afortunados e poderosos, ficam na impossibilidade de exercer seu direito de ação e de defesa assegurado na Constituição. A assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos vem configurada, relevantemente, como direito individual no art. 5º, LXXIV. Sua eficácia e efetiva aplicação, como outras prestações estatais, constituirão um meio de realizar o princípio da igualização das condições dos desiguais perante a Justiça. Neste sentido, é justo reconhecer que a Constituição deu um passo importante, prevendo, em seu art. 134, a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional, incumbida da orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.^{46_47}

Do breve relato histórico acima declinado infere-se, com facilidade, a conclusão de que incumbe à Defensoria Pública, no que concerne ao princípio constitucional do amplo acesso à jurisdição, relevante papel.

Sinal evidente de tal relevância se apura da inclusão das Defensorias Públicas no capítulo das *funções essenciais à justiça*, vinculando-as, assim, de forma inseparável, ao exercício da atividade judiciária do Estado, ao lado da Advocacia e do Ministério Público.

A propósito, do constituinte não se admitiria, é de se frisar, outra conduta, já que a sociedade brasileira é constituída, em sua imensa maioria, por massa de desvalidos e desamparados, em todos os sentidos que tais termos podem incorporar.

Com efeito, o mundo capitalista de que faz parte o Brasil depende deste elemento social para seu desenvolvimento “pleno”.

É que a existência da mais valia pressupõe a apropriação da força produtiva alheia, ao menor custo possível com o intuito de proporcionar a percepção de lucros gradativamente maiores, às custas da exploração alheia.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 223.

⁴⁷ Rogério dos Reis Devisate destaca, mesmo ante à instituição das Defensorias Públicas, instrumentos sociais de cerceamento ao direito de acesso à Justiça: “...ao mesmo tempo que a todos outorga direitos não permite que a grande maioria silenciosa da população brasileira tenha ao menos ciência de que os possua e que pode contar com a Defensoria Pública para a defesa dos seus direitos e interesses juridicamente tuteláveis, aliás, isso nos Estados onde há Defensoria Pública instituída segundo o que dizem as normas de regência da matéria” (DEVISATE, Rogério dos Reis. Acesso à Justiça – problema de essência. A Defensoria Pública como a solução constitucional para os hipossuficientes. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 267).

Em que pese se deva reconhecer a existência de inúmeras medidas governamentais com o objetivo de compatibilizar o sistema capitalista com condições mínimas de subsistência humana⁴⁸, decorrência da política norte-americana do *well fair state*, não há como se possa sublimar conseqüência marcante do modelo de exploração vigente, qual seja, a formação de massa proletária cuja força de trabalho é o elemento de ignição do enriquecimento do capitalista.

Há, outrossim, na sociedade brasileira grupo social cuja principal característica é a exclusão, que alcança desde os bens mais elementares à vida humana (saúde, educação, saneamento básico etc.) até aqueles que, porquanto indispensáveis à implementação digna da condição humana, não se apresentação imprescindíveis à subsistência.

Neste último aspecto inserimos, notadamente em atenção aos limites objetivos do presente estudo, o acesso à ordem jurídica justa⁴⁹.

Neste contexto, há na nação brasileira conjunto de pessoas⁵⁰ que, por economicamente exploradas pelo sistema capitalista vigente, não detém meios suficientes, sob a ótica econômica e educacional, a possibilitar seu acesso à ordem jurídica justa.

Fábio Costa Soares constatou tal problema com brilhantismo lapidar:

Na sociedade contemporânea, o que se observa é o aumento do número de excluídos da sociedade, que se encontram alijados não apenas dos bens da vida moderna, mas também daqueles mais mezinhos e necessários à satisfação de suas necessidades básicas. Observa Alain Touraine que a vida das sociedades é amplamente feita

⁴⁸ Devem ser incluídas na referência desde aquelas mais antigas, como o estabelecimento do salário mínimo e do regime assistencialista e previdenciário, como as mais modernas, relativas a programas mais amplos de saúde e educação e, em países menos desenvolvidos, de alimentação (v.g. os nossos Bolsa Família e Fome Zero).

⁴⁹ A este respeito acrescentar Rogério dos Reis Devisate: “...não é concebível que num chamado Estado Democrático de Direito se possa admitir que haja milhares, milhões de brasileiros que diariamente de alguma forma sejam atingidos em direitos seus (sejam de caráter material, seja de caráter moral) e que não tenham a quem recorrer para a luta pelo seu direito” (DEVISATE, Rogério dos Reis. Acesso à Justiça – problema de essência. A Defensoria Pública como a solução constitucional para os hipossuficientes. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 265).

⁵⁰ Segundo o último censo populacional promovido pelo IBGE as camadas pobres e muito pobres congregam, atualmente, 47,5% da população brasileira. Acrescente-se, entretanto, que tal percentual é relativamente maquiado pelos critérios de pesquisa utilizado pelo órgão público, que insere na faixa destinada à classe média, que atualmente representa 26,9% da população, por exemplo, pintores, motoristas, pedreiros e mecânicos, profissionais que detém, notoriamente, baixo poder aquisitivo.

de alternância entre problemas de conflitualidade interna e, ao contrário, problemas de integração e de exclusão. O problema de hoje não é a exploração⁵¹, mas a exclusão.⁵²

É justamente neste cenário que encontra maior relevância a atuação das Defensorias Públicas, órgãos dotados da atribuição constitucional de promover a “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, benesse alçada à condição de garantia constitucional (art. 5º, inciso LXXIV, da CF/88), a teor do art. 134 da Carta.

Marinoni é contundente na designação da relevância da assistência jurídica gratuita como meio de efetivação do acesso à Justiça:

... de nada adianta a solene garantia de acesso à justiça quando boa parte da população não têm condições de pagar um advogado e não existe uma assistência judiciária estruturada de modo a atender as necessidades do povo. O Estado tem o dever de tornar a justiça acessível a todos e, portanto, está obrigado a estruturar adequadamente a assistência judiciária, tornando-a capaz de atender aos reclamos sociais.⁵³⁻⁵⁴

Elemento relevante na constatação da primordial função reservada à Defensoria Pública, notadamente ante às novas formatações da sociedade contemporânea, aqui já detidamente declinadas⁵⁵, consiste na verificação de que a prestação da assistência jurídica gratuita alcança, além das pessoas isoladamente consideradas, os grupos sociais que se apresentem desprovidos de condições econômicas que os possibilitem alcançar a tutela jurisdicional satisfativa⁵⁶.

⁵¹ Fácil a percepção de pontual divergência entre o presente estudo e o posicionamento ora citado. A nosso sentir, não há como se possa cindir, como pretendido pelo ilustre autor, os processos de exploração e de exclusão, notadamente por se apresentarem em nítida relação de causalidade.

⁵² SOARES, Fábio Costa. Acesso do hipossuficiente à Justiça. A Defensoria Pública e a Tutela dos Interesses Coletivos Lato Senso dos necessitados. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 91.

⁵³ MARINONI, Luis Guilherme. **Novas linhas do Processo Civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁵⁴ O mesmo entendimento é de Fábio Costa Soares: “sem a instituição da Defensoria Pública, a garantia de acesso à justiça não passa de promessa solene e farisaica aos desafortunados e excluídos da vida social digna” (SOARES, Fábio Costa. Acesso do hipossuficiente à Justiça. A Defensoria Pública e a Tutela dos Interesses Coletivos Lato Senso dos necessitados. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 93).

⁵⁵ Confira-se o nosso capítulo acerca das ações coletivas, enquanto instrumento de possibilitação do amplo acesso à Justiça.

⁵⁶ Adverte o já citado Fábio Costa Soares: “a missão da Defensoria Pública consiste na prestação de assistência jurídica integral ao carente de recursos materiais, culturais e jurídicos, seja individualmente ou em grupo (carentes organizacionais), levando a sua pretensão à apreciação do Poder Judiciário e possibilitando o seu acesso à ordem jurídica justa” (SOARES, Fábio Costa. Acesso do hipossuficiente à Justiça. A Defensoria Pública e a Tutela dos Interesses Coletivos Lato Senso dos necessitados. In:

Neste diapasão, caracterizam-se as Defensorias Públicas como instrumentos de implementação da democracia e dos direitos humanos, por possibilitarem, ao menos em tese, o meio mais eficiente de acesso à Justiça por parte dos excluídos⁵⁷.

A constatação da função de enzima de aparelhamento do princípio democrático e dos direitos humanos exercida pelas Defensorias Públicas lhes assegura o reconhecimento de instituição essencial à manutenção da República Federativa do Brasil, notadamente em virtude de seus fundamentos e objetivos, traçados respectivamente nos artigos 1º e 3º da Carta Política.

Entretanto, conquanto dotadas de tão relevante incumbência, as Defensorias Públicas têm sido tratadas por grande parte dos governantes de forma absolutamente negligente.

É prática corriqueira a verificação de que no âmbito de alguns Estados da Federação e mesmo em determinados segmentos da Defensoria Pública da União, a carência de recursos, que repercute na qualificação e no quantitativo dos membros da carreira e até mesmo nas disponibilidades de material, prejudica de forma irreparável a prestação de serviço público, consumando contundente inobservância de preceito constitucional⁵⁸.

A par das restrições que tal conduta enseja ao amplo acesso à Justiça, não há como se possa deixar de constatar que constitui a mesma clarividente violação às políticas públicas de inserção social, repercutindo em novo viés de

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 92).

⁵⁷ O festejado Alexandre Freitas Câmara, em importante trabalho a respeito do acesso à jurisdição na órbita dos direitos humanos, proclamou: *“Basta isso! Basta que se viva em uma sociedade em que seja assegurado que cada pessoa receberá aquilo que o ordenamento jurídico lhe atribui, para que se possa afirmar que ali existe pleno acesso à justiça. É preciso, porém, saber como se alcança essa situação de pleno acesso à justiça. E isto só se alcança através da remoção de todos os obstáculos que possam existir no ordenamento jurídico ao acesso amplo à ordem jurídica justa”* (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Acesso à Justiça no plano dos Direitos Humanos*. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 3.)

⁵⁸ Merece ressalva a constatação de que, existindo condições financeiras do ente público e permanecendo o Poder Estatal na efetivação da meios que permitam a atuação das Defensorias Públicas, é plenamente plausível a hipótese de consumação de ato de improbidade administrativa, na forma do art. 11, *caput* e inciso II, da Lei n.º 8.429/92.

alijamento daquele que, como já ressaltado, é mera peça da engrenagem capitalista, porquanto pessoa humana⁵⁹.

Ainda assim, mesmo submetidas a condições mínimas de trabalho ou mesmo à sua absoluta inexistência, as Defensorias Públicas devidamente instaladas apresentam atuação exemplar.

A Defensoria Pública do Rio de Janeiro, tida como a mais bem estruturada do país, atendeu somente no ano de 2000 a 1.429.350⁶⁰ pessoas nas áreas cíveis e criminais, a despeito do reduzido número de defensores em atuação⁶¹, notadamente ante ao contingente populacional abrangido em sua área de atuação.

O número de atendimentos da Defensoria Pública do Rio de Janeiro autoriza a constatação de que é a mesma responsável pela representação processual de ao menos uma das partes em 2/3⁶² de todos os processos da justiça fluminense.

A importância da constituição de órgão específico dotado das atribuições de Defensoria Pública destaca-se gritante do cotejo dos números acima com os do atendimento prestado, no mister assistencialista, pela Procuradoria do Estado de São Paulo.

Ano	Atendimentos
1995	1.000.000
1996	1.200.000
1997	1.440.000
1998	1.591.125
1999	1.718.540

Fonte: Acesso à Justiça – Maria Tereza Sadek (org.)

⁵⁹ Fábio Costa Soares acrescenta no particular: “*afigura-se inadmissível a persistente omissão do Poder Público na instalação das Defensorias Públicas no âmbito da União e de alguns Estados da Federação, instituição essencial à função jurisdicional do Estado e indispensável para a realização plena, efetiva e verdadeira da garantia do acesso à Justiça*” (SOARES, Fábio Costa. Acesso do hipossuficiente à Justiça. A Defensoria Pública e a Tutela dos Interesses Coletivos Latu Senso dos necessitados. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 92).

⁶⁰ Fonte: DEVISATE, Rogério dos Reis. Acesso à Justiça – problema de essência. A Defensoria Pública como a solução constitucional para os hipossuficientes. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 269.

⁶¹ Há na ativa da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro total de 653 defensores, com defasagem de 81 cargos, segundo Rogério Devisate na obra já referida.

Vê-se que, porquanto responsável por área geográfica muito maior e por contingente populacional imensamente mais amplo, a Procuradoria de São Paulo atende número de cidadãos próximo do da Defensoria Pública do Rio de Janeiro.

Já a Defensoria Pública do pequeno Estado de Alagoas realizou somente no mês de junho de 2003 1610⁶³ atendimentos somente na área cível.

Impõe-se, outrossim, tão somente com base nestes poucos dados estatísticos, conclusão irrefutável: porquanto existam meios outros de promoção do acesso à jurisdição pelos hipossuficientes, expressão que engloba os desvalidos de toda sorte, em suas vertentes econômicas, sociais e de instrução, é a Defensoria Pública o mais eficaz.

Neste diapasão, ocupam as Defensorias Públicas a relevante missão de inclusão social, no aspecto jurisdicional, dos mais desprovidos brasileiros, exercendo a condição de atores principais no aprimoramento e aperfeiçoamento da democracia e da cidadania, pilares do Estado Democrático de Direito, sobretudo porque representam, mesmo ante à insuficiência de recursos, a materialização do acesso à ordem jurídica justa.

⁶² Fonte: DEVISATE, Rogério dos Reis. Acesso à Justiça – problema de essência. A Defensoria Pública como a solução constitucional para os hipossuficientes. *In*: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 269.

⁶³ Fonte: <http://www.dedfensoria.al.gov.br/atividades.htm>, capturado em 04.01.2004.

4.2. Os Juizados Especiais

A necessidade de criação dos juizados especiais, anteriormente denominados juizados de pequenas causas, levanta-se num momento histórico de reconhecimento de uma crise no Poder Judiciário: o Estado não mais lograva atender aos anseios dos cidadãos por uma prestação jurisdicional de forma adequada, sobretudo aqueles das camadas menos favorecidas da sociedade. No entanto, não apenas estes.

Os juizados surgem não apenas com o fito de trazer composição aos conflitos dos menos favorecidos economicamente, mas, também, àquelas controvérsias que a Justiça Comum não tinha aparato para solucionar ou que os próprios interessados não tinham meios para conduzir até os bancos forenses.

Posta essa premissa, desde já vem ao solo a idéia de que os juizados têm como objetivo originário desafogar os juízos de varas cíveis e criminais. Sua gênese, em realidade, tem como fundamento o atendimento a certos conflitos de interesses, independentemente dos seus titulares, que sequer eram levados ao conhecimento do Judiciário, que eram, no mais das vezes, solucionadas fora do Judiciário, geralmente de forma inadequada⁶⁴.

Primordialmente, portanto, tinham os Juizados, na época chamados Juizados de Pequenas Causas, como meta solucionar conflitos até então desprezados pelo Estado, objetivo que foi retratado na edição da Lei nº 7.244, de 07 de novembro de 1984. Vejamos algumas relevantes diferenças que existem entre a Lei n.º 7.244/84 e a atual Lei n.º 9.099/95.

A primeira grande diversidade é que a Lei das Pequenas Causas não abarcava processos criminais, amplamente tratados pela Lei dos Juizados Especiais atual. Um segundo ponto importante é obrigatoriedade de instituição dos

⁶⁴ Nesse sentido, Ieciona Watanabe: *“A proposta de criação do JEPC pretende, fundamentalmente, reverter essa mentalidade, resgatando ao Judiciário a credibilidade popular de que ele é merecedor e fazendo renascer no povo, principalmente nas camadas média e pobre, vale dizer, do cidadão comum, a confiança na Justiça e o sentimento de que o direito, qualquer que seja ele, de pequena ou grande extensão, sempre deve ser defendido. Da defesa que cada um faça de seu direito pela via normal, depende a vitalidade da ordem jurídica nacional”* (WATANABE, Kazuo. *Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas*. In: _____ (coord.). **Juizado de pequenas causas (Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, pp. 02-03).

Juizados Especiais pelos Estados-membros, que não existia quanto aos Juizados de Pequenas Causas e vem com a Lei 9.099/95.⁶⁵

Muito mais claro nesse sentido é o dispositivo constante do art. 95 da Lei n.º 9.099/95, que estabeleceu prazo de seis meses para a instalação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

Outro aspecto de importância na Lei 9.099 é a competência dos Juizados, que, apesar de utilizar o valor da causa como critério de competência⁶⁶, não fez deste princípio norteador, pois muitas vezes causas de pequeno valor econômico são de complexidade muito maior que outras de valor alto. Assim, tentou o legislador ligar o conceito de menor complexidade à real natureza simples do litígio.

Alguns falam, de outra feita, que o novo procedimento não deixou margens ao autor para optar entre ele ou o procedimento comum, com expressamente constava do art. 1.º da Lei 7.244/84. Tal posicionamento encontra opiniões em contrário, pugnando pela possibilidade de opção do autor pelo rito.

Várias leis foram criadas no âmbito dos Estados-membros para melhor adequar o funcionamento da Lei dos Juizados de Pequenas Causas às peculiaridades de cada localidade. Contudo, todas estas leis foram expressamente revogadas pelo art. 97 da Lei n.º 9.099/95⁶⁷, assim como a Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei n.º 7.244/84).

Como visto, a criação os juizados especiais cíveis tem previsão no bojo da Carta da República de 1988. Tal fenômeno se deve, principalmente, em razão dos objetivos enfiados nessa criação, como forma de prestigiar vários

⁶⁵ Lei n.º 7.244/84. Art. 1º Os Juizados Especiais de Pequenas Causas, órgãos da Justiça ordinária, poderão ser criados nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios (...)

Lei n.º 9.099/95. Art. 1.º Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados (...)

⁶⁶ Interessante a crítica de Calmon de Passos a este critério de designação de competência: *“Cuida-se, pois, de referencial sem qualquer possibilidade de vincular-se à estrutura ou à dinâmica do litígio, imprestável, conseqüentemente, para dele inferir-se a maior ou menor complexidade da causa. Uma ação de despejo não se faz mais complexa se o aluguel do imóvel for de dez mil reais em vez de dez reais. Nenhum negócio jurídico ou direito de propriedade ou ato ilícito, por igual, faz-se mais ou menos complexo em função do valor do bem sobre que versa.”* (PASSOS, J. J. Calmon. A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais. Avanços e retrocessos. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 178).

⁶⁷ Art. 97. Ficam revogadas a Lei n.º 4.611, de 2 de abril de 1965, e a Lei n.º 7.244, de 7 de novembro de 1984.

princípios esculpidos no próprio corpo da Constituição. Assim, a introdução da Lei n. 9.099/95 no ordenamento pátrio representou não apenas uma nova faceta procedimental, mas verdadeiramente uma novel forma de processo, o procedimento sumaríssimo, com princípios e critérios próprios, inovadores, buscando maior celeridade e economia processual.

Saliente-se que, ao contrário do que ocorreu com os Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei n.º 7.244/84), os atuais Juizados Especiais foram de instituição obrigatória⁶⁸ pelos Estados-membros, conforme se infere da dicção do art. 98, inciso I, da Constituição Federal⁶⁹.

Note-se que a Carta não deixou ao alvedrio dos governos estaduais a criação dos juizados especiais, sendo que a isso atendeu a maioria das unidades federativas, fazendo valer o disposto no mencionado art. 98, inciso I, com vistas, ainda, ao disposto no inciso XI do art. 24 da Constituição⁷⁰.

Diante de todas essas considerações, passemos a analisar aquele que nos parece ser o princípio constitucional que mais influenciou a mente do constituinte quando da gênese do ideal de criação dos juizados, qual seja, o do acesso à Justiça. Em breves palavras, o constitucionalista Alexandre de Moraes expõe seu entendimento acerca do acesso à Justiça, em comentário ao inciso XXXV, art. 5.º, da CF/88:

*[...] Dessa forma, será chamado a intervir o Poder Judiciário, que, no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto (...)
Importante, igualmente, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a*

⁶⁸ Mas que não se confunda, como muito bem ressalta Figueira Júnior, a obrigatoriedade da implantação dos Juizados Especiais por parte do estados-membros com a obrigatoriedade (ou facultatividade) da escolha do procedimento em seu bojo apresentado. Ressaltamos que tal discussão será devidamente abordada no momento oportuno.

⁶⁹ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas 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 juizes de primeiro grau; (...)

Parágrafo único. Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal. Observe-se que, quanto aos juizados especiais federais, já se deu efeito ao parágrafo único supra mencionado (que fora acrescentado pela EC n.º 22/99), tendo aqueles sua criação com a Lei n.º 10.259/2001, a qual abordaremos mais à frente.

⁷⁰ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XI – procedimentos em matéria processual.

*jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.*⁷¹

A atual Lei dos Juizados Especiais, assim como o foi a Lei n.º 7.244/84, é, em primeiro lugar, uma verdadeira tentativa de superar, o quanto seja possível, os obstáculos enfrentados para o pleno acesso de todos os cidadãos à Justiça.

Como muito bem colocado na brilhante obra da lavra dos Professores Antonio Carlos Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco⁷², o acesso à justiça não se trata de mera admissão ao processo, tampouco ingresso em júízo. Mais que isso é imprescindível que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se de forma adequada, sendo condenadas quaisquer restrições quanto a causas de pequeno valor, aventando, ainda, outros elementos necessários à construção do que por eles se chamou “acesso à ordem jurídica justa”, tais como garantia da observância do devido processo legal, do contraditório e, principalmente, a efetividade de condutas no sentido de trazer pacificação dos conflitos com justiça.

O espírito do legislador, quer constitucional, quer infraconstitucional, sempre conduziu à constante busca da rápida composição dos conflitos oriundos das pretensões resistidas. Entretanto, o acesso à Justiça muitas vezes se mostra um caminho penoso para aquele que sofre uma lesão a direito seu, em várias circunstâncias gerado pela complexidade de normas procedimentais e demais formalidades, embora não possamos dizer que estas são prescindíveis, já que úteis para a segurança jurídica. Contudo, vale a digressão de Montesquieu, afirmando que “se examinarmos as formalidades da justiça em relação à dificuldade que um cidadão enfrenta para fazer com que devolvam seus bens ou para obter satisfação por um ultraje, acharemos sem dúvida que existem formalidades demais”⁷³.

E é nessa esteira que se situam os Juizados Especiais, que fornecem novas técnicas de mediação e conciliação, num procedimento eminentemente oral,

⁷¹ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. e atual. com a EC n.º 22/99. São Paulo: Atlas, 1999, p. 93.

⁷² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 33.

⁷³ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 88.

com grande importância à gratuidade da Justiça. Não se diga, contudo, que há que se abrir mão do devido processo legal, pois, como já mencionado quanto à obra dos Professores Cintra, Pellegrini e Dinamarco, deve-se proporcionar o acesso ao justo processo, capaz de possibilitar concreta e efetivamente a tutela jurisdicional.

Assim, os juizados especiais surgem como forma de permitir o acesso à Justiça para aqueles que “lutam” em conflitos de pequena monta, que há muito andavam ignorados pelo Estado. Isso em razão do fato de que o dispêndio com a movimentação da máquina estatal do Judiciário para atender aos clamores de grande parte dos conflitos de pequeno valor não compensava, seja para o Estado, seja para as próprias partes.

Nesse diapasão, muitos conflitos não chegavam aos olhos do Judiciário por inércia das próprias partes, que se viam intimidadas de buscar a tutela em razão do excesso de formalidades, que acarretava o excesso de despesas, que, muitas vezes, acabariam por superar o valor do bem da vida objeto da controvérsia.

Os juizados especiais, por meio de seus procedimentos simples, informais, gratuitos e, principalmente, céleres, diminuíram a descrença no Judiciário como solucionador de conflitos, que não se esquivava de funcionar para findar problemas por causa da pequena importância patrimonial dos mesmos. Isso significa acesso à Justiça, proporcionar que todos tenham possibilidade de, ao menos, buscar a tutela e que não abandonem a luta pelo direito, em razão das dificuldades que o próprio Estado impõe para sua atuação, fazendo valer o ideal de Rudolf Von Ihering, na célebre obra que leva o ora pertinente nome “A luta pelo direito”.

Como não podemos dissociar a idéia de acesso à Justiça daquela referente ao *due process of law*, tratemos, pois, deste tão basilar princípio. Como muito bem evidencia o Ministro Luiz Fux, “é imagem estabelecida a de que o processo que

não segue o procedimento traçado padece do vício do descompasso com o dogma constitucional do devido processo legal”⁷⁴.

“Devido processo legal”, expressão que encontra sua origem na *Magna Carta* de 1215, constitui-se de garantias processuais a serem proporcionadas às partes no âmbito da apreciação judicial de seu conflito. Nesse passo, este preceito pode ser observado dos três pontos da relação processual, do autor, do réu (contraditório e defesa) e do próprio Estado, que tem interesse na entrega da atividade jurisdicional a seus cidadãos com o fito de manter a paz social a que se comprometeu garantir.

Um dos pilares do devido processo legal é a garantia do processo justo, ou seja, aquele adequado às necessidades e contornos do direito lesado, da moldura fática da situação narrada em juízo. Assim, tem-se que o devido processo não é único, mas, ao contrário, variável de acordo com a natureza da tutela que se busca, a qual, em última análise, está ligada aos direitos e interesses envolvidos no conflito.

Grande ligação há entre o princípio em comento e a celeridade (ao lado da efetividade) dos procedimentos. Ora, entregar a tutela jurisdicional tardiamente, de modo que não mais possa surtir o efeito pretendido pelo autor da demanda, ou mesmo pelo litigante do pólo passivo, significa que a ele não foi garantido o devido processo legal, pois, para tanto, deve a tutela prestada ser útil e efetiva, tendo verdadeira influência prática e conduzindo à solução do conflito. Novamente pertinente é o comentário de Fux, fazendo a ligação entre o princípio do acesso à Justiça e o do *due process of law*, nos termos em que agora o apresentamos, *in verbis*:

*O acesso à justiça, para não se transformar em mera garantia formal, exige “efetividade”, que tem íntima vinculação com a questão temporal do processo. Uma indefinição do litígio pelo decurso excessivo do tempo não contempla à parte o devido processo legal, senão mesmo o “indevido” processo.*⁷⁵

⁷⁴ BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. **Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal: a Lei n.º 9.099/95 e sua doutrina mais recente**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 99.

⁷⁵ BATISTA, FUX, loc. cit.

Assim, não se pode confundir a garantia ora ventilada com o excesso de formalismos e rituais que são preservados pelo processo tradicional. As muitas formas, não obstante úteis à correta condução dos procedimentos e segurança dos litigantes, não podem sufocar a rapidez no deslinde do processo, que, naturalmente, deve ser buscado da forma mais célere possível, seja sob o ponto de vista do Estado, que verá solucionado mais um conflito na sociedade que tutela, seja pela ótica do Juiz, que terá mais um processo encerrado e mais uma vez cumprido seu dever imposto pela escolha do caminho da magistratura, ou pelas partes, que verão solucionada a controvérsia que angustia sua convivência no grupo social. Maiores discussões a respeito da celeridade reservamos para item específico.

Nessa esteira, então, seguem os juizados especiais, que intentam dar azo à rápida solução dos litígios, por meio de formas mais simples e instrumentais de conduzir as questões em juízo. Não se pode, portanto, olvidar o caráter instrumental do processo, motivo pelo qual não deve a discussão processual sobrepujar a própria controvérsia de direito material que envolve os litigantes.

Os juizados vieram para abandonar cânones rígidos do processo tradicional, sem que, com isso, haja mitigação do devido processo legal, sendo criado procedimento mais flexível, com normas mais livres e intuito de logo solucionar, sem grande preocupação, com boas ressalvas, com caminhos muito estreitos para alcançar tal objetivo. Nesse sentido, conclui a festejada jurista Ada Pellegrini Grinover, quando tratando dos antigos Juizados Especiais de Pequenas Causas, *ipsis verbis*:

Assim, a tentativa honesta de forjar um sistema processual célere, social, democrático e assistencial, há necessariamente de significar uma escolha em direção a um procedimento flexível impregnado de verdadeira e concreta oralidade e despido de formas sufocantes e estéreis. A conciliação entre a reestruturação das velhas formas procedimentais e a observância da plataforma mínima que permita concluir pelo respeito à cláusula do “devido processo legal” representa a busca do delicado ponto de equilíbrio que a Lei que institui o Juizado de Pequenas Causas procurou atingir. Vejamos, examinando-o em suas grandes linhas, se o conseguiu satisfatoriamente.⁷⁶

⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos constitucionais dos juizados de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (coord.). **Juizado de pequenas causas (Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, pp. 14-15.

Assim sendo, os cânones devido processo legal que se apresentam no âmbito dos Juizados Especiais são diferenciados daqueles do procedimento comum, pois em razão de tratarem de controvérsias de menor complexidade (conceito melhor analisado adiante), fornecem um procedimento com menos formas e rituais estabelecidos, valendo sempre a busca pela mais rápida resolução do processo. Não quer dizer, reforçamos, que se deveria abrir mão de qualquer procedimento previsto, com requisitos pré-ordenados. Estes são importantes, porém, devem ser reduzidos ao mínimo possível, apenas ao indispensável para garantir a segurança e o controle do magistrado sobre o processo.

4.3. Atividades políticas de facilitação e promoção do acesso à justiça (Justiça Comunitária)

A par de todas as medidas aqui já referidas adotadas pelo Poder Público no intuito de proporcionar a ampliação dos meios de acesso à jurisdição, todos de cunho principalmente judiciário, não há como não se possa vislumbrar a existência de outras práticas com este mesmo escopo.

As mencionadas práticas, por seu turno, gozam de caráter eminentemente político, vez que, ainda que praticadas pelo Poder Judiciário, não representam o exercício de atividade jurisdicional ou ao menos judiciariforme.

Tais medidas adquirem relevância impar em decorrência de se prestarem à efetivação do dogma constitucional do acesso à justiça, a par de envergarem funções outross, de grande valia social, é de se acrescentar.

Das principais destas medidas é a instalação de Juizados Especiais nas Universidades e Faculdades de Direito espalhadas por todo o país, visando, em uma vertente, desenvolver atividades de atendimento à população com intuito educativo por parte de estudantes de Direito (atividade de prática forense), e, por outra banda, possibilitar maior amplitude de vias para acesso à jurisdição⁷⁷.

Estabelece-se, assim, verdadeiro foco de prestação da atividade jurisdicional composto, entretanto, por novos componentes, representados pelos alunos-conciliadores e pelos professores-orientadores, ao lado daqueles corriqueiramente encontrados no ambiente forense, a saber: juizes, advogados e servidores.

Este novel foco de prestação da atividade jurisdicional detém, em decorrência de sua maior inserção social, já que constituído no âmbito de ambiente acadêmico, freqüentado por docentes, discentes de diversos cursos superiores

⁷⁷ Segundo Rosângela Batista Cavalcante, os Juizados nas universidades e faculdades possibilitam acesso ainda mais fácil do que os demais juizados especiais, em virtude do ambiente de informalidade por que é circundada a atividade jurisdicional. (CAVALCANTE, Rosângela Batista. Juizados Especiais Cíveis (JEC's) e faculdades de direito. In: SADEK, Maria Tereza (org.). **Acesso à Justiça**. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2001, p. 126.)

e servidores do estabelecimento de ensino, impagável função de propagação dos meios de acesso à Justiça.

Além disso, é imperioso que se reconheça que a maior informalidade dos juizados especiais instalados em ambientes acadêmicos, notadamente se contraposto com o ar inerente aos círculos forenses, é fator de muita pertinência na ampliação do âmbito de inafastabilidade da jurisdição.

Outra medida política adotada no intuito de efetivar o dogma do acesso à jurisdição consiste na instalação dos denominados Centros Integrados de Cidadania (CIC's), em que o Poder Público funde, em estabelecimento único, gama de serviços públicos de importância estrutural na conformação da cidadania moderna.

Estes centros se compõem, em geral, de órgão do Ministério Público e da Defensoria Pública, do Ministério do Trabalho e Emprego, de Delegacia de Polícia Civil e de posto da Polícia Militar, de PROCON e setor da Secretaria de Segurança Pública, habilitado à emissão de carteira de identidade e de folha de antecedentes criminais, além de Juizado Especial Cível e Criminal.

A finalidade da instalação dos referidos centros remonta ao intuito de aproximar, materialmente, o cidadão dos serviços públicos mais importantes, possibilitando sua prestação a baixo custo e sobretudo facilitado.

José Renato de Campos Araújo esclarece no particular:

Com isso, há um consenso, tanto nas falas quanto no farto material escrito repassado pela Secretaria de Justiça, de que existe a necessidade de aproximar fisicamente o Estado da parcela excluída da população. O CIC teria por objetivo principal encurtar a distância física dos órgãos estatais da população da periferia da cidade de São Paulo, não de forma unilateral, mas abrindo um diálogo com a comunidade através de lideranças comunitárias.⁷⁸

Tal iniciativa partiu do Governo do Estado de São Paulo, expandindo-se prontamente para demais Estados e Municípios, em virtude de seu absoluto sucesso e alcance das camadas de população mais excluída.

⁷⁸ ARAÚJO, José Renato de Campos. O Projeto CIC (Centro de Integração da Cidadania). In: SADEK, Maria Tereza (org.). **Acesso à Justiça**. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2001, p. 206.

O Município de Vitória adotou de forma exemplar tal política pública, instalando um dos primeiros Centros Integrados de Cidadania do país, de reconhecida e proclamada eficiência na implementação do acesso à ordem jurídica justa, mediante a prestação de regulação administrativa do consumo pelo PROCON, a disponibilização de órgão da Defensoria Pública para instrução jurídica e de instalação de Juizado Especial Cível, para materialização da tutela jurisdicional.

O Estado do Espírito Santo possui, ainda, outro programa governamental, agora de iniciativa do Poder Judiciário, que se presta à mesma finalidade, isto é, à aproximação das camadas populacionais mais excluídas da ordem jurídica justa.

Trata-se da denominada Justiça Comunitária, em que se instala juizado nas dependências de veículo (ônibus), que se desloca periodicamente aos bairros mais pobres da comarca da Capital com juiz de direito, promotor de justiça e defensor pública.

Nestes locais, após prévio acerto com representantes comunitários, são instauradas demandas pelos interessados, notadamente aquelas de menor complexidade, a teor da Lei n.º 9.099/95, que são imediatamente processadas e julgadas, sendo o conflito intersubjetivo composto pelo Estado-juiz de forma quase que imediata.

A propósito, o Estado do Espírito Santo vem sendo pioneiro na adoção de medidas de tal espreque, já que deflagrara anteriormente a denominada Justiça Volante, sob os auspícios do Desembargador Pedro Valls Feu Rosa, que, atuando sob o mesmo molde, propunha-se à solução das contendas decorrentes de acidentes de veículos.

Todas estas medidas, aqui citadas apenas exemplificadamente, são de fundamental importância na ampliação das formas de acesso à jurisdição, sobretudo por aproximarem de sobremodo a população do Poder Judiciário e, ainda, por despir os processos de alcance da tutela jurisdicional de ritos formalistas que efetivamente inibem a demanda dos jurisdicionados.

4.4. As novas previsões processuais de facilitação de acesso ao provimento jurisdicional

De forma consentânea com a concepção moderna do conceito da batida expressão do *acesso à justiça*, cunhada sobretudo por Carnellutti como “*meio de acesso à ordem jurídica justa*”, e informado pelos ditames da celeridade da jurisdição, vem o legislador pátrio, historicamente preocupado com a efetivação material da tutela jurisdicional enquadrando no ordenamento novas formas e instrumentos hábeis ao resguardo do acesso ao poder Judiciário.

De grande valia neste mister a providência adotada pela Lei n.º 10.352/2001, que emprestou ao art. 515, §3º, CPC a seguinte redação:

Art. 513. Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269).

(...)

§3º. Nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

Assim se posiciona a abalizada doutrina de Flávio Cheim Jorge, Marcelo Abelha Rodrigues e Fredie Didier Júnior acerca da nova redação do dispositivo:

Uma das principais críticas que a Lei n.º 10.352/2001 tem recebido reside justamente na circunstância de se ter permitido a violação ao princípio do duplo grau de jurisdição. Admitir que o tribunal julgue diretamente o pedido do autor, sem que este tenha sido apreciado pelo juiz em primeiro grau, consistiria numa afronta ao mencionado princípio. Em relação a esse aspecto, pensamos de forma um tanto quanto diferente. Acreditamos que não há que se falar em uma garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição e tampouco se possa associar a noção de recurso ao duplo grau de jurisdição. Essa observação é de fundamental importância porque a Constituição de um lado prevê, mas não garante, o duplo grau de jurisdição, de outro, garante expressamente o direito das partes à utilização dos recursos. Esse princípio deve ser visto como diretriz a ser seguida e não como uma garantia propriamente dita.⁷⁹

O diploma legislativo em referência, que inseriu relevante alteração na sistemática do efeito devolutivo da apelação, a despeito das discussões que acarreta sob a ótica do duplo grau de jurisdição, possibilita ao juízo *ad quem* a apreciação de questões não decididas pelo juízo *a quo* não abarcadas pelo

⁷⁹ JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie & RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 148/149.

efeito translativo, prestou, ainda, relevantes serviços à salvaguarda do acesso à tutela jurídica justa.

É que consoante diversas posições doutrinárias, dentre as quais se destacada famosa manifestação de Rui Barbosa no sentido de que “*justiça tardia não é justiça*”, a concepção vigente de acesso à tutela jurisdicional justa compõe-se, necessariamente, do critério temporal.

Com efeito, não mais se compadece possam coabitar o conceito de amplo acesso à jurisdição com a lentidão do trâmite procedimental, que representa franco óbice ao alcance da tutela jurisdicional, consoante adiante mais detalhado.

Sobre o tema, pontificou Nagib Slaibi Filho:

O cidadão tem direito à decisão do Poder Público, em qualquer nível hierárquico ou esfera governamental, pois o Estado democrático está a serviço do indivíduo, não este a serviço daqueles.

Serviços públicos, ainda que executados por delegação a pessoas privadas, destinam-se ao cidadão, pois, se assim não fosse, não seriam públicos...

Decisão tardia é ineficiente, desserve a seus propósitos.⁸⁰

Atento a esta constatação, o legislador, pela Lei n.º 10.352/2001, possibilitou ao juízo *ad quem* de determinada pretensão recursal que, mesmo ante a processo extinto mediante sentença terminativa, possa, em reformando a sentença atacada, compor definitivamente a lide, proferindo veredicto relativo à matéria de fundo.

A referida medida legislativa se apresenta como efetiva resposta do legislador à corrente jurisprudencial maciça que, antes da sua vigência, apegando-se aos limites estreitos do efeito devolutivo da apelação, vedava ao órgão *ad quem* aquela providência⁸¹.

⁸⁰ SLAIBI FILHO, Nagib. Direito fundamental à razoável duração do processo judicial e administrativo. In: Queiroz, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 200-201.

⁸¹ Convém consignar que parte diminuta da jurisprudência, desacolhida no âmbito dos tribunais superiores, admitia, desde antes da Lei n.º 10.352/2001, a composição da lide pelo órgão *ad quem* em face de sentença terminativa, desde que, como diziam, o processo se apresentasse pronto para julgamento, isto é, “*maduro*”.

Em decorrência de formalismo vazio, se condicionava a validade das manifestações processuais a que, em sendo reconhecido o *error in iudicando* da sentença terminativa, fosse tal ato judicial cassado em sede recursal, com determinação de retorno dos autos à instância de origem, para que novo julgado fosse produzido.

O intento do legislador se afigura óbvio: extirpar do trâmite processual a dupla submissão ao juízo de origem, assegurando aos jurisdicionados alcance mais rápido, realmente abreviado, da tutela jurisdicional material, hábil a compor a lide de forma definitiva.

Imprescindível, ainda, destacar que a promoção legislativa da Lei n.º 10.352/2001 configura relevante incremento ao amplo acesso à tutela jurisdicional adotado no ordenamento brasileiro.

E mais: a modificação promovida no art. 530 CPC, que passou a apresentar a redação a seguir declinada com o advento da mesma Lei n.º 10.352/2001, também se apresenta como viés importante na ampliação dos meios de acesso à justiça.

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

É que se limitou na espécie as hipóteses de cabimento do recurso de embargos infringentes, reservando-os aos provimentos jurisdicionais de mérito, isto é, afastando-o dos meramente terminativos.

Tal medida segue claramente o entendimento esposado por alguns de que a agilização das atividades do Judiciário, que possibilitaria uma ampliação dos meios de acesso à jurisdição satisfativa final, pressupõe a redução dos vetores recursais cabíveis.

É de se consignar que, em que pese existam no ordenamento pátrio recursos tipicamente brasileiros, desacolhidos pela maioria dos ordenamentos jurídicos, v.g. os próprios embargos infringentes, não é, tão somente, a existência de

número maior de espécies recursais elemento bastante a obstar o acesso à jurisdição.

Nesta parte, o principal obstáculo ao acesso à atividade jurisdicional reside na insuficiência de meios do Poder Judiciário de promover a apreciação dos recursos manejados pelas partes.

É muito mais importante, no que tange à ampliação dos meios de acesso à tutela jurisdicional, que o Estado possa incrementar as condições financeiras do Poder judiciário, disponibilizando-lhe quantitativo maior de recursos, sem qualquer trocadilho, que possibilite a contratação de pessoal e a realização de investimentos, que possam assentar a prestação mais ágil da tutela.

No que concerne à modificação introduzida na sistemática dos embargos infringentes, pretendeu o legislador vedar sua utilização em face de provimentos terminativos, o que enseja, via de consequência, na salvaguarda de provimentos jurisdicionais de mérito mais ágeis.

Com visto, de há muito, vem se pacificando o entendimento de que a possibilitação do efetivo acesso à jurisdição pressupõe o alcance à tutela jurisdicional satisfativa, isto é, a que logre a parte ver seu conflito de interesses tutelado pelo Estado Juiz e, além disso, que a composição do litígio seja promovida em espaço de tempo adequado.

Fácil , outrossim, a constatação de que foi solenemente homenageado o princípio do livre acesso à jurisdição pela Lei n.º 10.352/2001 em virtude de haver a mesma possibilitado meio de acesso mais rápido à tutela jurisdicional de cunho material, que compõe definitivamente o litígio.

5. Óbices ao livre e amplo exercício do acesso à justiça

Acerca dos obstáculos ao acesso à Justiça, há na doutrina diversos autores, cada um com sua classificação, uns apontando como sendo ainda obstáculos, outros como óbices já ultrapassados. Dentre tais obras, é de se destacar o *Acesso à Justiça*, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁸², que, para muitos, como J. E. Carreira Alvim, representa

(...) um marco na busca de soluções para tornar a Justiça uma instituição acessível a todos, e a sua grande repercussão animou os operadores do Direito a partir em busca de novos caminhos, reformulando as estruturas judiciárias, e, especialmente, as legislações processuais, com o propósito de alcançar esse objetivo⁸³.

A esse respeito, há quem entenda haver problemas de matiz econômico, social, cultural e jurídico. Para outros, como é o caso de Carreira Alvim, os obstáculos de acesso à Justiça, no Brasil, não se ligam ao problema da assistência judiciária aos necessitados, e nem à defesa de interesses da coletividade, notadamente os interesses difusos, mas “à estrutura judiciária, à inadequação dos processos e dos procedimentos e, basicamente, à dimensão que se dá ao princípio do duplo grau de jurisdição, para atender à ânsia recursal do jurisdicionado⁸⁴”.

No entanto, tais obstáculos não são intransponíveis. Necessário, pois, para viabilização do acesso à justiça – direito fundamental à prestação jurisdicional – a ruptura de algumas das barreiras que se interpõem entre o particular e o Estado-Juiz.

Assim, passa-se à identificação e análise detida desses óbices ao acesso à Justiça.

⁸² CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. (traduzido por Ellen Gracie Northfleet), Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1988.

⁸³ CARREIRA ALVIM, J. E. **Justiça: Acesso e decesso**. P. 01/02. Artigo retirado do site www.jus.com.br.

⁸⁴ Op. Cit. p. 09

5.1. Fatores impeditivos de matiz econômico.

De regra, a resolução formal das lides, principalmente em sede de tribunais, é extremamente dispendiosa. A movimentação da máquina do Poder Judiciário é inexplicavelmente cara, vez que, em decorrência dos gastos tidos pelo Estado com salários dos magistrados e dos serventuários da Justiça, bem como os destinados à manutenção dos prédios e outros recursos necessários aos julgamentos, as partes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução da lide, dentre os quais destacam-se as custas judiciais e os honorários advocatícios.

Adota-se, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da sucumbência, pelo qual, ao fim da demanda, a parte vencida tem a obrigação de ressarcir ao vencedor as despesas tidas no transcurso do processo antecipadas e os honorários advocatícios. Essa é a regra prevista no art. 20 do CPC, merecendo ser destacado seu parágrafo segundo, segundo o qual “as despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração de assistente técnico”.

Tantas despesas a serem desembolsadas no transcurso do processo, sem contar as que deverá ressarcir à parte *ex adversa*, ao final, caso seja vencido, faz com que o litigante pense mais de uma vez se vale a pena propor ação, principalmente, quando não tenha tanta certeza acerca de seu direito. Nesse aspecto, o relatório do Comitê Ewershed, de 1953, mencionava:

É notoriamente impossível estabelecer as despesas com o processo antecipadamente. É muito difícil para qualquer das partes prever quais serão suas próprias despesas, uma vez que muito depende da maneira pela qual a outra parte conduzirá o caso. É inteiramente impossível prever as despesas da parte contrária, e isso significa que nenhum litigante pode ter a menor idéia de quanto terá de pagar se perder a causa⁸⁵.

Nesse diapasão, interessantes se fazem breves comentários acerca dos sistemas jurídicos no que tange à aplicação ou não do ônus da sucumbência.

⁸⁵ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. (traduzido por Ellen Gracie Northfleet), Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1988. p. 17.

No sistema americano, adotado pelos Estados Unidos e pelo Japão, é reconhecidamente óbvio o alto custo de um processo para as partes, razão pela qual não se obriga o vencido a reembolsar o vencedor pelos efetivos gastos no que tange a honorários advocatícios. Tal sistema tem sido alvo de duras críticas.

D'outra face, tem-se os países que adotam o princípio da sucumbência, como é o caso da Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, nos quais “a menos que o litigante esteja certo de vencer – o que é de fato extremamente raro, dadas as normais incertezas do processo – ele deve enfrentar um risco ainda maior do que”⁸⁶ o adotado no sistema americano. É que “a penalidade para o vencido em países que adotam o princípio da sucumbência é aproximadamente duas vezes maior – ele pagará os custos de ambas as partes”⁸⁷.

No Brasil, optou o legislador pela adoção do princípio da sucumbência, em que o vencido, ao final, deverá reembolsar o vencedor pelas despesas tidas no processo. Tal fenômeno ressaí claro nos dispositivos previstos no diploma processual civil, especialmente, os arts. 20, *caput*, primeira parte⁸⁸, e 27⁸⁹.

A respeito do obstáculo de ordem econômica, pertinente se faz a leitura do artigo elaborado por Délio José Rocha Sobrinho, Juiz de Direito no Estado do Espírito Santo, para quem as despesas processuais possuem três conseqüências básicas, quais sejam, “a) o desestímulo ao demandismo; b) ressarcimento da parte vencedora; c) ressarcimento do Poder Público”⁹⁰.

Fácil perceber, portanto, que os altos custos tidos em decorrência de um processo, na medida em que as partes devam suportá-los, formam um difícil obstáculo a ser transposto em busca da tutela jurisdicional.

⁸⁶ Op. cit. p. 16/17.

⁸⁷ Op. cit. p. 17.

⁸⁸ Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

⁸⁹ Art. 27. As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas ao final pelo vencido.

⁹⁰ ROCHA SOBRINHO, Délio José. **Despesas processuais, acesso à justiça e questões correlatas**. Revista do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Ano 2004.

5.1.1. As causas com valor modesto.

Causas que possuem valor modesto, ou seja, com soma relativamente pequena, são mais prejudicadas pelo óbice dos custos processuais. Conforme leciona Boaventura de Souza e Santos, por mais paradoxal que possa parecer, no mundo onde impera o capitalismo ou a sua variante do novo liberalismo, o custo do litígio aumenta em proporção inversa ao valor da causa.

Destarte, postas estão as barreiras a uma tutela jurisdicional eficaz às pessoas de baixa renda, ficando inibidos de receber a assistência re-equilibradora que lhe é devida pelo Poder Judiciário. E não se fale em assistência judiciária prestada pelas Defensorias Públicas, pois, não raramente, essas repartições funcionam de forma tão precária – seja por inexperiência de seus profissionais, seja por ausência de recursos e equipamentos – longe, portanto, de prestar uma assistência considerada ideal às classes necessitadas.

Quanto ao custo do processo de pequena soma, interessante se faz transcrição de trecho da obra de Cappelletti:

Causas que envolvem somas relativamente pequenas são mais prejudicadas pela barreira de custos. Se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade. Os dados reunidos pelo Projeto de Florença mostram claramente que a relação entre os custos a serem enfrentados nas ações cresce a medida em que se reduz o valor da causa. Na Alemanha, por exemplo, as despesas para intentar uma causa cujo valor corresponda a US\$100, no sistema judiciário regular, estão estimadas em cerca de US\$150, mesmo que utilizada apenas a primeira instância, enquanto os custos de uma ação de US\$5.000, envolvendo duas instâncias, seriam de aproximadamente US\$ 4.200 – ainda muito elevados, mas numa proporção bastante inferior, em relação ao valor da causa⁹¹.

Destarte, o alto custo processual cria empecilhos, principalmente, a pessoas cuja demanda seja de valor modesto, tendo em vista a desproporcionalidade entre um e outro, e a condição econômico-financeira de quem geralmente é titular do direito pleiteado nesse tipo de ação.

⁹¹ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. (traduzido por Ellen Gracie Northfleet), Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1988. p. 20.

5.1.2. Recursos financeiros: possibilidade das partes.

Quanto a este tópico, necessário se faz notar que pessoas, jurídicas ou físicas, detentoras de recursos financeiros e patrimoniais consideráveis, têm mais vantagens ao propor demandas ou defender-se delas do que as pessoas de poucas reservas.

A uma, elas podem pagar para litigar, contratando bancas de advogados de renome e respectivos assistentes, dotados de larga experiência, e de técnica reconhecidamente impecável.

A duas, podem suportar melhor as delongas de um litígio. Ao contrário do que ocorre com as pessoas menos favorecidas, vez que em face da necessidade do produto proveniente de uma sentença condenatória, realizam acordos em valores muito inferiores aos pleiteados, prejudicando em muito seu direito.

Esse fator é visto, principalmente, na Justiça do Trabalho, onde de um lado, tem-se o empregador e, do outro, o obreiro. Geralmente, este tem necessidade de ver a lide solucionada quase que de pronto, face ao caráter alimentício das verbas pleiteadas. Já o segundo, do contrário e, principalmente, quando é grande empresa, com sua banca especializada de profissionais do Direito e assistentes, não tem interesse no encurtamento do andamento processual, a não ser quando se trata de um “bom acordo”, que se traduz na redução, ao máximo, do vulto pleiteado pelo empregado, de forma que o lado patronal não sofra graves conseqüências financeiras em virtude do mesmo. Ao contrário. O empregador usa de todas as formas para alongar o percurso do processo, seja por meio de vetores recursais, seja, até mesmo, de outras ações, de forma a aniquilar a efetividade do processo principal, como é o caso das cautelares e dos embargos à execução⁹². Frequentemente, a mesma lide trabalhista chega a ir duas vezes ao Tribunal Superior do Trabalho, colocando o obreiro, em muitos casos ainda desempregado, em situação de desespero.

⁹² Embora não seja relevante para o presente trabalho, destaca-se que há na doutrina quem entenda que a natureza dos embargos à execução seja recurso, do que se discorda, ante a evidência acerca do tema. No entanto, respeita-se quem adote tal posicionamento.

Cappelletti, vislumbrando, as conseqüências de tal desigualdade econômica entre os litigantes, afirmou em sua obra, que mesmo sendo da década de 70, ainda se observa atualmente, e continuar-se-á observando por longa data:

Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser um a arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente. Julgadores passivos, apesar de suas outras e mais admiráveis características, exacerbam, claramente esse problema, por deixarem às partes a tarefa de obter e apresentar provas e discutir a causa⁹³.

⁹³ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. (traduzido por Ellen Gracie Northfleet), Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1988. p.21/ 22.

5.1.3. Litigantes “habituais” e “eventuais”.

Uma outra verificação que pode ser levada a cabo no que diz respeito ao matiz econômico é a de que as despesas processuais afastam, algumas vezes, as demandas deduzidas sem ideal sustentáculo fático, de modo que o indivíduo litiga por litigar.

Cuida-se da observação da maior ou menor freqüência de certas pessoas ou grupo de pessoas no trato das querelas processuais, resultado de estudo desempenhado pelo professor Galanter⁹⁴, baseado na ocorrência de encontros com o sistema judicial.

Galanter, segundo Cappelletti optou por chamá-los de litigantes habituais e eventuais, enumerando um série de vantagens que aqueles teriam sobre estes, *in verbis*:

*1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa, mais favorável em relação a casos futuros.*⁹⁵

Destarte, a litigância habitual acaba sendo um efeito colateral da facilitação do acesso à justiça. Este não é o objetivo da tentativa de maior aproximação do Judiciário aos jurisdicionados, por meio de medidas tais como a isenção do pagamento das despesas processuais. O desiderato de atitudes legislativas como esta não é incentivar o ajuizamento de demandas infundadas, o que acaba por tornar certos indivíduos assíduos freqüentadores dos bancos forenses. Buscam tais medidas permitir o acesso irrestrito ao Judiciário àqueles que necessitam de uma prestação efetiva, mas que não têm condições de arcar com os custos para tanto, não de abrir as portas dos Juízos aos litigantes habituais.

Entrementes, o possível efeito indesejado da ampliação dos veículos de acesso à justiça não pode representar obstáculo à sua efetivação, sendo

⁹⁴ Apud CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. (traduzido por Ellen Gracie Northfleet), Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1988. p. 25.

preferível suportar ações infundadas, porém permitindo o mais amplo atendimento a quem realmente carece de um adequado pronunciamento judicial.

⁹⁵ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit. p.25. nota 82.

5.2. Fatores impeditivos de matiz social

Acessibilidade à justiça encontra óbice, também, em fatores ligados à formação social e educacional dos indivíduos, barreiras que devem ser pessoalmente ultrapassadas pelos indivíduos para que a pretensão possa ser devidamente deduzidas perante o Judiciário.

Imperativo ressaltar, já nestas considerações introdutórias, que tais fatores se apresentam de extrema relevância na sociedade brasileira enquanto obstáculos ao acesso à jurisdição em virtude dos variados matizes culturais, econômicos e sociais que a compõem.

5.2.1. Aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa

Um das primeiras barreiras ao correto acesso à Justiça reside no reconhecimento da existência de um direito que possa ser exigível juridicamente. Tal obstáculo não diz respeito apenas aos mais desfavorecidos financeiramente, embora os atinja mais contundentemente.

Como exemplo, pode-se falar de normais relações de consumo nas quais pessoas de boa colocação social, razoavelmente informadas, não se dão conta de que a aposição de sua assinatura em um contrato não significa sua sujeição absoluta às cláusulas do pacto, faltando-lhes o basilar conhecimento jurídico de que podem apresentar insurgência contra fatores abusivos, afastando as cláusulas que se afigurem despropositadas.

Veja-se, a título exemplificativo a conclusão alcançada em estudo empírico realizado com esse mote na Inglaterra, citada por Cappelletti:

Na medida em que o conhecimento daquilo que está disponível constitui pré-requisito da solução do problema da necessidade jurídica não atendida, é preciso fazer muito mais para aumentar o grau de conhecimento do público a respeito dos meios disponíveis e de como utilizá-los⁹⁶.

De outro lado, há a consabida ausência de instruções mínimas no que atina às formas de acesso ao Judiciário e maneiras de ajuizamento de uma demanda. Tal desinformação priva os particulares da busca da prestação jurisdicional, porquanto fomenta o temor de ingressar em território desconhecido que, por sua própria natureza e propaganda, já cria o receio de fazer parte de um litígio, sujeitando-se aos rigores processuais.

Esse obstáculo dá origem a um outro de igual importância já superficialmente mencionado nas linhas acima. Trata-se da disposição psicológica das pessoas para ingresso com demanda judicial. Até mesmo aqueles que têm acesso a consultoria jurídica qualificada podem manter o temor em fazer parte de uma contenda judicial.

⁹⁶ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. (traduzido por Ellen Gracie Northfleet), Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1988. p.23.

Esse receio perpassa por circunstâncias como a desconfiança nos advogados, fator recorrente nas classes despossuídas, a complexidade dos procedimentos, excesso de formalismos, intimidação pelos ambientes forenses, resultante da pompa e do misticismo que circundam as figuras dos magistrados e dos causídicos, que oprimem o indivíduo no desconhecimento acerca do estranho mundo no qual pretende ingressar para ver atendido um anseio.

Vale ressaltar, ainda, que tal óbice pode ser originado da posição social ou econômica do possível adversário no procedimento judicial, visto que, por vezes, o indivíduo vê-se intimidado em recorrer ao Judiciário para afrontar grande empresa que, por exemplo, cause-lhe prejuízos de ordem ambiental, até mesmo por já se formar uma equivocada idéia de que a derrota é certa, em razão do maior poderio jurídico da empresa.

Esse temor é demonstrado no seguinte trecho da obra “Acesso à justiça”:

Todos esses obstáculos, é preciso que se diga, têm importância maior ou menor dependendo do tipo de pessoas, instituições e demandas envolvidas. Ainda que as tenhamos relacionado à “capacitação pessoa”, é temerário personaliza-las excessivamente. Pessoas que procurariam um advogado para comprar uma casa ou obter um divórcio, dificilmente intentariam um processo contra uma empresa cuja fábrica esteja expelindo fumaça e poluindo a atmosfera. É difícil “mobilizar” as pessoas no sentido de usarem o sistema judiciário para demandar direitos não-tradicionais⁹⁷.

Tais empecilhos, de ordem pessoal e social, demandam uma melhor formação dos indivíduos no sentido de desmistificar o Judiciário, que deve ser visto como uma função estatal a disposição da sociedade para a solução dos conflitos e não como uma instituição opressora e constrangedora que só beneficia aos interesses dos mais favorecidos.

⁹⁷ Ibid., p.24/25.

5.2.2. Descrédito no Poder Judiciário

Um outro óbice que se apresenta ao acesso à justiça, e que parte das próprias pessoas envolvidas na controvérsia em vista do aparato posto à disposição para solução do conflito, é aquele referente ao descrédito cultivado pela população de uma forma geral em relação ao Judiciário.

Essa é constatação recorrente e é diariamente divulgada pelos meios de comunicação em massa, mormente porque o Judiciário vem sendo hoje colocado como responsável pelas mais graves mazelas vividas pela nação. Porém, essa é discussão a ser abordada em momento oportuno, para não fugir ao tema proposto.

Várias são as circunstâncias de fato que carregam essa falta de confiança da população numa efetiva prestação da tutela jurisdicional, o que conduz os contendores a evitar o ingresso com ação judicial, muitas vezes preferindo a perda do direito (abandono da luta pelo atendimento da pretensão) do que enfrentar um extenso processo judicial, com todos os seus infortúnios.

O primeiro fator que conduz ao descrédito do Poder Judiciário é a não compatibilização do binômio tempo e processo. O acesso à justiça não se satisfaz apenas com a entrega da prestação jurisdicional. Impõe que essa prestação seja ofertada em tempo consentâneo com as necessidades da contenda. A celeridade é critério que deve orientar a atividade, não só do Judiciário, como de todos os ramos do Poder Público, a fim de melhor atender às necessidades dos administrados.

É comezinho que uma demanda pode perdurar por vários anos apenas para alcançar o seu deslinde em primeira instância, sem falar no longo percurso que ainda haverá de ser percorrido em sede recursal. Esse fato já é suficiente para espantar os anseios de realização de determinada pretensão, pois o caminho a ser percorrido é tão extenso que não incentiva, mas, ao contrário, afasta, o titular do direito de buscar seu atendimento de forma satisfatória.

Portanto, o princípio do acesso à justiça determina que haja a prestação jurisdicional, mas esta deve se dar de forma célere, efetiva e eficaz, no tempo

consentâneo a não permitir que o direito pereça em razão do aguardo da decisão judicial.

É bem verdade que essa circunstância não tem ligação direta com eventual desleixo no exercício da atividade jurisdicional, seja pelo magistrado, seja pelos auxiliares da justiça, embora exista tal prática em qualquer setor da esfera pública ou privada. Há fatores completamente independentes da presteza de cada servidor ou magistrado.

A morosidade na entrega da prestação jurisdicional está muito mais relacionada à obsoleta estrutura do Judiciário brasileiro, aos próprios procedimentais do ordenamento pátrio e a amplitude conferida ao princípio do duplo grau de jurisdição, também fator relacionado com falhas processuais. Vejamos um a um os problemas ora apresentados, de forma a esclarecer como contribuem para a demora na entrega da tutela.

Quanto à estrutura do Judiciário, dois são os aspectos a determinar a demora na entrega da prestação jurisdicional. O primeiro deles diz respeito ao próprio modelo adotado pelo sistema nacional para o escalonamento dos órgãos do Judiciário, o qual seguindo o modelo francês, que tem inspiração no período napoleônico, cria estrutura que migra no sentido de fazer que os órgãos superiores constituam verdadeiros órgãos de dominação e fiscalização das instâncias inferiores, de forma a controlar as decisões, acabando por mitigar a importância dos juízos de primeiro grau, ficando este muito desprestigiados, o que também é fator que contribui para o descrédito no Judiciário.

De outro turno, temos a própria precariedade da estrutura posta pelo Poder Público em função da máquina do Judiciário. O quadro de pessoal é parco, inclusive no que atine aos magistrados, que são em número muito inferior ao contingente de pessoas que vêm a procura da prestação do Judiciário. Há, ainda, a estrutura física e de equipamentos dos fóruns, de longe insuficientes para o adequado tratamento com os incontáveis processos ajuizados, fator que também tem a ver com o demandismo, que, como falado anteriormente, prejudica a própria população.

Outro elemento que acarreta a lentidão na atuação judicial é a própria seqüência procedimental imposta pela legislação que disciplina os diversos tipos de processo no sistema pátrio. A extensa geografia brasileira, com áreas com desenvolvimento ainda incipiente em relação aos grandes centros econômicos é desconsiderada pelo Código de Ritos. A inadequação parte desde a fixação dos prazos, que se dá de forma idêntica, o que não se coaduna com as dificuldades de determinado local, conquanto haja previsão no CPC que permite ao juiz estender os prazos processuais (CPC, art. 182).

Além disso, a própria burocracia desnecessária inerente à grande parte dos atos processuais acaba por representar um malefício à atuação judicial, fazendo do Judiciário escravo de formalidades exacerbadas que só se prestam a retardar uma célere e efetiva prestação jurisdicional, sem que haja, na atual conjuntura jurídica, justificativa para o excesso de cuidados na realização dos atos de um feito.

Um terceiro a embaçar o acesso à justiça e prolongar demasiadamente o curso dos feitos perante o Judiciário é a desmedida efetivação do princípio do duplo grau de jurisdição.

Primeiramente, o duplo grau de jurisdição é garantia proveniente do ordenamento infraconstitucional, respeitadas as prestigiosas opiniões em contrário. Há que ser considerada falsa a suposição de que a Constituição, em seu art. 92, I a VIII, ao elencar os diversos órgãos que compõem o Poder Judiciário, teria consagrado o princípio do duplo grau de jurisdição, o que não é, entretantes, verdadeiro.

O grande problema da Justiça, impedindo que ela produza bons frutos, contaminando, via de conseqüência, a esperança de tantos quantos a ela recorram – que só vêem satisfeitos seu direito material quando já esgotados da demanda – são os recursos.

Estes são em número desproporcional a necessidade da rápida marcha processual e são utilizados de forma, muitas vezes, inescrupulosas pelas partes que têm como interesse a demora no deslinde da causa. Tal conduta, contudo, não pode ser censurada porque o próprio ordenamento oferece uma

infindável gama de recursos para cada pronunciamento judicial, que podem e devem ser utilizados por aqueles que preenchem os pressupostos para a sua manipulação.

Assim, o problema tem a ver com a própria legislação disciplinadora dos procedimentos, que, ainda que fossem respeitados os prazos adequados à complexidade dos atos a serem praticados, o que é impossível frente ao imensurável contingente de demandas, mesmo assim uma ação judicial seria de uma longevidade inaceitável pela mente do homem médio.

Em suma, o descrédito na instituição do Judiciário tem origem não apenas nas notícias maliciosamente veiculadas pelos órgãos de imprensa de massa, nem na falta de qualidade dos profissionais que militam nessa área, mas sim na estrutura posta a disposição dos órgãos jurisdicionais e da população e na própria legislação que cuida de afastar o ideal de celeridade do processo, fazendo com que o indivíduo que ingresse com ação judicial não tenha idéia de quando terá deslinde a sua querela, não vislumbrando quando será atendido os seu interesse, de modo que fica desestimulado a perseguir seus direitos, maculando o princípio do acesso à justiça, que impõe, também, que a prestação rápida e eficaz.

6. Prognóstico do acesso à justiça no futuro

As incessantes inovações tecnológicas, ao lado do crescimento populacional e, bem assim, das necessidades de uma célere atuação jurisdicional, na medida em que aumenta o número de conflitos e gera controvérsias de naturezas até então inexploradas, impõe ao Judiciário uma adaptação aos novos tempos, de modo a poder prestar a tutela de forma adequada ao momento social.

Tais medidas devem ser tomadas a fim de dar aplicação prática ao princípio do acesso à justiça, que não se limita à prestação da tutela, abarcando a necessidade de uma atuação consentânea com a real necessidade dos litigantes. Muitas vezes a necessidade de implementação refoge ao âmbito do Judiciário, vez que tem ligação com as prescrições de direito material, o que demandaria, de antemão, uma atuação do Legislativo, no sentido de criar legislação que abarque situações do dia-a-dia para as quais ainda não existe disciplina jurídica.

Para exemplificar tal ocorrência, pode-se mencionar a ausência de regulamentação legal para a manipulação genética, ou mesmo para assunto mais simples, mas de grande importância que é a cada vez mais comum fertilização *in vitro*. Não há qualquer disciplina acerca da possibilidade de extração de células reprodutivas, seu armazenamento para posterior utilização. Nada existe a respeito de eventual sucessão em relação a ser artificialmente fecundado, como fica o registro no pormenor da filiação na hipótese de doação anônima de material genético etc.

Nenhuma disposição legal abarca, de outro lado, as relações e crimes praticados via informática. Os negócios empresariais e comerciais celebrados via *internet*, por exemplo, acabam sendo regidos, por adaptação, pelas regras do direito empresarial comum, deixando a desejar quanto a peculiaridades que ficam, no final das contas, sem solução adequada aos problemas surgidos.

No entanto, como já dito, tais medidas demandam primeiramente uma atuação do Legislativo, obrigando o Judiciário, em certas áreas, a atuar com o corpo legislativo posto a sua disposição, uma vez que deve fazer valer o postulado da inafastabilidade do controle jurisdicional, que determina que o magistrado não

pode e esquivar de decidir os conflitos apresentados, ainda que não haja regulamentação legislativa específica.

No que tange ao Judiciário especificamente, tendo em consideração o grande, e crescente, número de demandas judiciais, algumas medidas devem ser tomadas de forma a possibilitar uma maior presteza na entrega da tutela, de forma a garantir o acesso à justiça em sua integralidade.

Certas medidas são paulatinamente implementadas de forma a melhor atender às necessidades do jurisdicionado. Uma delas é tendência de informatizar a atuação dos órgãos do Judiciário, bem como a postulação.

Atualmente já é possível a protocolização de petições via fac-símile ou até mesmo via e-mail, em alguns locais, sobretudo nos grandes centros. Até já existe regulamentação para a petição na primeira maneira (fac-símile), inclusive fixando prazo para a colação da petição no seu original. A segunda maneira ainda pende de regramento específico.

Noutro giro, a uma tendência, muito oportuna, de se levar a cabo uma informatização dos atos processuais, implementando o uso da assinatura eletrônica, em que o magistrado e os servidores realizariam o ato e certificariam sua autenticidade por meio de senhas eletrônicas, o que permitiria o armazenamento dessas informações digitalmente, sem a necessidade de impressão de todos os atos e evitando o acúmulo de volume nos cartórios dos juízos. Aliás, propugna-se por uma integral formação digital do processo, que será, segundo previsão de alguns, totalmente armazenado em computador no futuro, sem a necessidade de formação de autos e seus vários volumes.

Essa é medida que contribuirá, e muito, para uma maior celeridade na seqüência procedimental, pois será dispensada a documentação dos atos, que demanda considerável perda de tempo. Por exemplo, em vez de haver necessidade de mandado para intimação para realização de algum ato, seria enviado o ato de comunicação, e o próprio feito, via eletrônica, dispensando a elaboração do mandado, ou a espera da publicação da decisão por meio da imprensa oficial, o deslocamento do oficial de justiça, dentre outras medidas, que podem ser deixadas apenas para situações de real necessidade.

É bem verdade que todas essas medidas demandam uma regulamentação precisa, para que sejam evitados problemas operacionais e também de ordem processual, devendo haver meio de garantir a autenticidade dos atos do feito, bem como a segurança das informações nele contidas.

Há, ainda, idéias que já vêm sendo utilizadas que diminuem o tempo e os custos do processo. Falamos aqui da realização de audiências a distância, com a utilização de equipamentos de informática e de vídeo. As partes, os causídicos e os magistrados não mais têm a necessidade de deslocar-se para um mesmo local, podendo cada qual realizar os atos a si atribuídos no próprio lugar em que se encontrarem. Essa já é medida implementada, embora ainda não muito utilizada.

Isso porque a renovação e a implantação de tais mecanismos requer verba específica. Ora, se o Poder Público, muitas vezes, não disponibiliza locais adequados para o trabalho, contingente de pessoal, ou mesmo os equipamentos mais simples para o exercício da atividade jurisdicional, é difícil falar-se em renovações tecnológicas, pois nem mesmo o material ultrapassado é suficientemente posto em uso. Já existe também, inclusive em certas comarcas do Estado do Espírito Santo, a idéia em fase experimental de se fazer a protocolização de petições sem a necessidade de ingressar no fórum, podendo ser realizada de dentro do próprio automóvel do advogado. Parece medida simples, mas que torna mais rápida a atuação, poupando também a lotação dos fóruns sem necessidade.

Há, ainda, que se falar na necessidade de adaptação da legislação processual aos tempos atuais. É imprescindível a diminuição da quantidade de recursos, das formalidades procedimentais, que não mais se compatibilizam com a ordem jurídica e com os anseios por uma rápida atuação. Tais direcionamentos já vêm sendo adotados, na medida que as reformas sofridas pela legislação processual tendem a reduzir o tempo e os excessos formais dos atos do processo.

Todas essas medidas impõem uma reestruturação do Judiciário, inclusive com o aumento do número de profissionais que atuam como servidores do Poder

Público, oferecimento de melhores condições de trabalho, equipamentos mais atualizados, compra de novos equipamentos, pois de que adiantaria a informatização dos feitos se há comarcas no interior de estados componentes dos grandes centros que não possuem computadores em seus fóruns.

Não são suficientes boas idéias, é indispensável boa-vontade do Poder Público em propiciar meios de levar a cabo as reformas estruturais que vão conduzir a uma melhor e mais célere atuação do Judiciário. No momento, os magistrados e servidores devem atuar com o material a sua disposição, o que, por certo, acarreta uma diminuição nas condições e na qualidade dos atos, em vista do grande número de demandas e do pouco material disponível para sua apreciação.

Essa preocupação deve ser objeto de intenso esforço da população, em pleitear a melhora, e do próprio Poder Público em buscar alternativas de implementação de medidas a tanto dirigidas, de forma a fazer valer e possibilitar a realização do princípio do acesso à justiça de forma verdadeira e efetiva, entregando a tutela de forma mais célere e eficaz, o que incentiva o cidadão a procurar o Judiciário para a solução de seus conflitos, proporcionando a todos a adequada e satisfatória prestação da tutela jurisdicional.

7. Conclusões

Seguindo os moldes adotados por recentes estudos monográficos⁹⁸, podem ser ressaltadas, mediante verbetes, as seguintes conclusões colhidas no curso do estudo, na certeza de que sua proposta inicial foi absolutamente cumprida:

1. Acesso à jurisdição é instituto jurídico que não comporta grandes divergências ou debates doutrinários. Ao revés, é possível que se estabeleça justamente o acesso à justiça como ponto de identidade dos mais distintos sistemas jurídicos contemporâneos, mesmo aqueles baseados em regime de governo não democrático. Contudo, é fenômeno mutável, elemento social em constante ebulição, adequando-se e alterando-se periodicamente sob os influxos dos mais distintos fatores e variáveis da sociedade.
2. A concepção moderna do acesso à jurisdição exige que o processo configure meio adequado e sobretudo eficaz à composição acertada da relação jurídica litigiosa, configurando meio hábil a assegurar às partes o acesso à justiça, no sentido popular de dar a cada um o que é seu.
3. Acesso à justiça é informado pelos princípios da acessibilidade, da operosidade e da utilidade, todos concorrendo para emprestar maior eficácia à garantia constitucional em referência.
4. Não há dúvidas em se reconhecer que a efetivação do acesso à justiça avia-se pelo exercício do direito de ação, meio natural de condução de um conflito de interesses à apreciação do Poder Judiciário. Dessa forma, faz-se pertinente uma análise dos contornos do instituto e sua evolução histórica, de forma a explicar como os veículos de acesso à justiça apresentaram-se e consolidaram-se até os dias atuais.
5. Segundo a doutrina processual mais atualizada, o direito de ação revela-se na capacidade atribuída ao indivíduo de apresentar um conflito de interesses a um órgão jurisdicional e dele obter uma resposta no sentido da solução ao conflito por intermédio da prestação jurisdicional.

6. Direito de ação veio delineando-se, ao longo dos tempos, consoante melhor doutrina, como sendo abstrato, autônomo e instrumental. Seu exercício e, dessa forma, o perfeito acesso à justiça, satisfazem-se com a obtenção de uma resposta meritória do Judiciário, desde que sejam atendidos os requisitos para tanto.
7. São condições da ação: a legitimidade das partes, que pode ser resumida na assertiva de que o indivíduo apenas pode comparecer a juízo em demanda judicial em nome próprio e para defender interesse seu, conquanto haja exceções legalmente previstas; o interesse de agir, o qual se cinge nas vertentes necessidade/utilidade e adequação; e, por fim, a possibilidade jurídica do pedido, que está relacionada com a consonância do pleito formulado com o ordenamento vigente. Tais requisitos, que pouca ou nenhuma ligação têm com o direito material invocado na demanda, sena para fins de sua correta dedução em juízo, dão conta da independência do direito de ação em relação ao próprio direito para o qual se busca tutela no processo.
8. Exercício do direito de ação apresenta-se totalmente desvinculado da existência ou da legitimidade do direito material versado no feito – marcando, assim, a sua autonomia. Uma vez que se tenha uma decisão de mérito do magistrado, tem-se exercido direito de ação, não importando se o pedido for julgado improcedente, porquanto o conflito restou solucionado, ainda que desfavoravelmente ao autor.
9. Noutro giro, a extinção do feito com base no art. 269 do CPC importa a solução do mérito da demanda, mesmo que de forma anormal em alguns casos, já que a única forma de extinção normal do feito é aquela consignada no inciso I do art. 269 do CPC, ou seja, quando o juiz julga procedente ou improcedente o pedido formulado, pois é o que naturalmente se espera quando se ajuíza uma ação.

⁹⁸ Dentre inúmeros, assim vêm agindo Cheim Jorge e Didier Júnior.

10. Tudo o que ora se explana tem o fito de solidificar a teoria abstrata do direito de ação, que a coloca como independente e autônoma, em certa medida, do direito material.
11. Objetivo das considerações supra é deixar assente a importância que o acesso à justiça, pelo meio tradicional revelado no exercício do direito de ação, tem para o cenário jurídico, a ponto de a sua garantia depender totalmente da existência ou não de direito material a ser protegido pelo Judiciário. Passa-se, destarte, à análise histórica acima propalada.
12. A natural reunião de pessoas em sociedade carrega a necessidade da coexistência dos seus interesses individuais, por vezes fazendo nascer conflitos em que esses interesses se contrapõem. É o que se tem pelo mais distante conceito de lide.
13. Houve, primeiramente, uma predominância do interesse do mais forte, embora nem sempre fosse legítimo. Era o exercício da autotutela, em que o próprio titular do interesse em tese violado agia para ver garantida a sua pretensão. Tal prática gerava conflitos cada vez mais intensos.
14. Nesse contexto, e paralelamente à formação da idéia de Estado, ainda em um estágio mais embrionário, desponta a técnica de se entregar a terceira pessoa o dever de apresentar solução ao conflito, decidindo o interesse que deveria prevalecer. Eram os primeiros passos da idéia de escolha de um árbitro que solucionasse os litígios.
15. Esse quadro se altera com a evolução do ideal de Estado, ente autônomo e independente da população, ao qual é entregue a solução dos conflitos de interesses. É o fator que enseja o surgimento da jurisdição como função estatal de receber e apreciar os conflitos sociais.
16. A contrapartida da função estatal de apresentar solução aos conflitos de interesses eventualmente surgidos, por meio da aplicação das normas da sociedade, é a possibilidade de levar ao órgão competente o interesse que vem sendo oprimido no determinado conflito, buscando a solução à refrega. Trata-se do direito de ação, meio pelo qual o indivíduo pleiteia ao Estado a

solução da lide, fazendo valer o dever estatal de manter a paz social. Este veio sendo aperfeiçoado durante a evolução dos tempos, sempre sendo colocado, e cada vez mais incisivamente, como direito que deve ser assegurado a todos os cidadãos de forma irrestrita e indiscriminada, prestigiando a acessibilidade à justiça.

17. Alcançou-se o ponto de o direito de ação vir incrustado no ventre da Carta da República de todas as nações, sobretudo na Constituição brasileira, que ora nos interessa. A Constituição Federal de 1988, assim como fizeram as anteriores, traz disposição em seu bojo, no art. 5º, que trata das garantias dos cidadãos, determinação que assegura de forma evidente o direito de ação, dentre outras que, por via indireta, dirigem-se a garanti-lo. Trata-se justamente da disposição constitucional acerca do acesso à justiça. O inciso XXXV do art. 5º dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.
18. É nessa esteira que o direito de ação alça *status* constitucional, na exata medida em que dá eficácia e validade concreta ao princípio do acesso à justiça, que deve se dar da forma mais ampla possível.
19. Acesso à justiça é garantia com *status* constitucional assegurada indistintamente a todos os indivíduos, de forma genérica, isto é, a todos os titulares de conflitos de interesses deve ser garantido o acesso a uma prestação jurisdicional tendente a solucionar a controvérsia apresentada, independentemente da natureza, valor econômico ou importância social da querela.
20. Todavia, o legislador, especialmente o constituinte originário, buscou prescrever meios diferenciados de acesso ao Judiciário de acordo com a natureza de certos direitos ou de seus contornos, ensejando a dedução das denominadas ações constitucionais.
21. Constituinte pinçou, dentre as situações conflituosas do dia-a-dia, aqueles conflitos que envolvessem interesses que, segundo seu sentimento, tivessem uma relevância social, individual ou processual que justificasse o tratamento diverso, como maneira de ampliar a acessibilidade ao Judiciário

por medidas que permitem até o desprezo a certos formalismos procedimentais, ou mesmo ao pagamento de despesas processuais, de modo a não impor qualquer óbice ao alcance da Justiça naquela situação específica.

22. A própria formulação do texto constitucional da hipótese de cabimento do mandado de segurança demonstra, às escâncaras, o quão relevante é tal instrumento processual enquanto meio de acesso à jurisdição.
23. Inafastável, portanto, a verificação de que ocupa o mandado de segurança posição privilegiada enquanto instrumento processual – ágil, incisivo e barato – ao acesso à Justiça, de modo amplo e célere, notadamente em virtude dos contornos que lhe vem emprestando a jurisprudência.
24. Mandado de injunção foi inovação trazida pela Constituição de 1988 e tem por finalidade suprir omissão do Poder Público em legislar, de modo a tornar viável o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa prevista no próprio corpo da Carta da República, sendo essa a situação fática que justifica a especialização do rito.
25. A circunstância que autoriza a apresentação de pretensão injuntiva é a lacuna na estrutura normativa, não se prestando o *writ* para tutelar pretensão de alteração de ato normativo existente e nem a exigir tal ou qual interpretação à legislação infraconstitucional; a pleitear uma aplicação mais justa da lei existente; ou a regulamentar norma constitucional auto aplicável.
26. Dando conta ao princípio da ampla acessibilidade à justiça, tem-se o procedimento do mandado de injunção que atende ao aspecto da celeridade, também inserida no conceito do axioma acima colocado. O art. 24, parágrafo único, da Lei n.º 8.038/90 determina que, até ser editada norma específica que regule o rito do mandado de injunção, serão observadas, no que couber, as normas procedimentais relativas ao mandado de segurança (Lei n.º 1.533/51, principalmente), que estabelecem forma célere de processamento do feito.

27. A competência para processo e julgamento do mandado de injunção vem estampada no art. 102, inciso I, alínea “q” (STF) e no art. 105, inciso I, alínea “h” (STJ), ambos da Constituição Federal.
28. Enfoque do presente estudo, inclusive quanto ao mandado de injunção é cunho incentivador que as ações constitucionais possuem em vista do princípio do acesso à justiça. Muito embora seja o mandado de injunção oneroso e demande a presença de advogado, prestigiando o pressuposto processual da capacidade postulatória nos termos como delineada pela legislação processual geral, cuida-se de mais um exemplo de especialização de rito, criando via mais célere e eficaz para que o cidadão ou pessoa jurídica veja plenamente atendidos os direitos e garantias conferidos pela própria Constituição, de forma a não fazer das disposições da Carta “letra morta”, fazendo valer, de fato, as determinações no sentido do prestígio dos direitos individuais do povo.
29. *Habeas corpus* é o exemplo mais contundente da especialização das formas de acesso à justiça em vista da natureza do direito envolvido na controvérsia. A facilitação ao alcance da tutela jurisdicional é tão escancarada que são dispensados, para ajuizamento da ação, os mais mezinhos e basilares requisitos exigidos em uma demanda processual, em razão da necessidade de especialmente tutelar ação que versa sobre a proteção da liberdade do indivíduo.
30. Durante a evolução da história do Homem, particularmente no que interessa ao Direito, sempre houve prestígio especial à proteção da liberdade, pois a sua restrição sempre foi forma de conter e dissolver as tentativas de mudança e de luta e prol dos interesses daqueles que se encontram fora da esfera do domínio social.
31. A grande peculiaridade do *habeas corpus*, que o diferencia de qualquer outra espécie de demanda prevista no ordenamento, está na legitimação ativa para sua apresentação. Não se exige capacidade postulatória, embora seja alçado ao patamar de pressuposto processual de existência, circunstância que dá conta da extensão da acessibilidade à justiça

promovida com o *habeas corpus*, pois o pressuposto processual fica mitigado ao extremo.

32. Qualquer do povo, nacional ou estrangeiro, maior ou menor de idade, pode fazer uso da ação constitucional, seja em proveito próprio ou de terceiro. É a forma mais “fácil” de chegar ao Judiciário, pois não há qualquer formalismo, seja subjetivo ou objetivo.
33. *Habeas* pode ser concedido até mesmo de ofício pela autoridade judiciária, fazendo com que seja afastada uma das mais importantes características da função jurisdicional, qual seja a inércia.
34. Como outra medida a garantir o mais abrangente acesso ao Judiciário pela via do *habeas corpus*, o referido *writ* é gratuito, isto é, não exige qualquer recolhimento de valor a título de despesa processual, fator que contribui, e muito, para facilitar o acesso à justiça, sobretudo se temos em consideração que a grande parcela das pessoas que tem sua liberdade constrangida em virtude de persecução criminal é de baixa condição econômica e social.
35. Frise-se que a gratuidade da impetração é independente de qualquer comprovação de insuficiência financeira, como se exige para a concessão da assistência judiciária gratuita. A *graciosidade* é inerente ao próprio rito, o que reforça a vontade constitucional de facultar o maior acesso possível ao Judiciário em vista da violação do direito à liberdade.
36. Procedimento do *habeas corpus*, em súmula, representa a própria afirmação do princípio do acesso à justiça.
37. Já o *habeas data* consiste em ação constitucional que visa a garantir ao cidadão o total acesso a informações relativas a si próprio. Foi introduzido no ordenamento pátrio pela Constituição Federal de 1988, em reação aos anos de opressão vividos pela população do Brasil durante os anos da ditadura militar.
38. Os objetos a serem veiculados em *habeas data*, e que, por consequência, representam as situações especiais que justificam a previsão em sede constitucional de um rito diferenciado para sua tutela, são as seguintes: (a)

obtenção de informações constantes de cadastros de natureza pública (finalidade que encontra previsão constitucional); (b) retificação de dados nestes cadastros (outrossim, de previsão constitucional); (c) anotação, nesses assentamentos, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável, e que esteja sob pendência de discussão judicial ou amigável (esta finalidade encontra previsão na Lei 9.507/97, que trata do procedimento do writ).

39. Diferentemente do que se verifica com o *habeas corpus*, a presença do advogado é imprescindível na ação de *habeas data*, até mesmo em razão dos requisitos para o seu cabimento que demandam apreciação técnica da moldura fática que envolve o litígio.
40. Entrementes, a impetração é gratuita, ou seja, não se exige pagamento de despesas pelo ajuizamento e processamento do writ. Essa é medida que incentiva e facilita o acesso à justiça.
41. Revela, ainda, a importância conferida pelo legislador à ação constitucional a disposição legal que impõe a preferência de julgamento o *habeas data* terá sobre as demais ações judiciais, com exceção do *habeas corpus* e do mandado de segurança, demonstrando a preocupação com o acesso à justiça, que demanda não apenas a entrega da prestação jurisdicional, mas também determina que essa prestação seja célere, efetiva e eficaz.
42. Outras medidas revelam a diferenciação no rito a fim de conferir maior celeridade à prestação jurisdicional, o que se verifica a partir da própria seqüência procedimental simples e rápida.
43. As relações processuais, que outrora eram caracterizadas por disputas interpessoais de cunho eminentemente individual, passam na sociedade contemporânea, cada vez mais, a engendrar relações entre grupos ou entre estes e ente público ou privado.
44. Assim, os esquemas processuais existentes, notadamente aqueles relativos aos meios de acesso à jurisdição, formulados sob diretrizes individualistas,

não se prestam a efetivar uma tutela jurisdicional eficaz em relação a demandas cujo objeto seja marcadamente coletivo.

45. Relevante ampliação das formas de acesso à justiça neste novo modelo processual é reservada à designação de substitutos processuais nas demandas coletivas, possibilitando que o exercício coletivo do direito de ação represente a superação do óbice ao alcance à tutela jurisdicional decorrente, muitas vezes, da insignificância dos valores envolvidos na lide.
46. Além disso, a substituição processual reservada às ações coletivas tem por espeque superar o obstáculo da hipossuficiência técnica das partes integrantes da relação jurídica, que, em virtude da incapacidade técnica de prover sua representação judicial, verificada na imensa maioria dos casos, vêem a proteção de seus interesses prejudicada.
47. A deficiência no exercício da função estatal da Jurisdição, que confere ao Estado a exclusividade para a aplicação da lei ao caso concreto, para a solução dos conflitos, a fim de propiciar a paz social, vai violentamente de encontro com a acessibilidade à justiça, levando ao descrédito cada vez maior no Judiciário.
48. A formação e a evolução dos grupamentos sociais impulsionam a necessidade de que a solução dos conflitos que naturalmente se revelam entre os componentes da sociedade nuclear sejam deixadas a cargo de terceira pessoa não envolvida na querela. Surge, nesse contexto, a figura do árbitro, ainda numa forma embrionária, que ficava incumbido de apreciar tese e antítese para solução da cizânia.
49. A evolução das sociedades, à luz da doutrina contratualista, nos mostra que, com a formação do Estado, a tutela dos interesses particulares, e sua relação com o bem estar geral (interesse público), foi entregue a este ente autônomo.
50. Ocorre que o crescimento da população acarreta o crescimento dos conflitos de interesses, fazendo com que seja criada, como alternativa à

insuficiência e ineficiência do Estado, meios pelos quais retorne a figura do árbitro.

51. No Brasil, nos últimos anos, a arbitragem renasce e vem ganhando força, aqui em virtude do grande contingente de pendengas em descompasso com a estrutura posta à disposição do Judiciário para julgamento desses conflitos, vindo como meio de maior presteza à população e de desafogar o Judiciário.
52. A entrega da solução de um conflito a um árbitro, por óbvio e diferentemente do que ocorre com o Judiciário, depende de prévio pacto entre as partes contratantes. Por certo, ninguém está obrigado a se sujeitar às decisões de um juízo arbitral, havendo necessidade da voluntariedade, apenas condicionada à capacidade das pessoas e à disponibilidade do seu patrimônio.
53. A arbitragem não surgiu no Brasil recentemente. Faz parte do ordenamento pátrio desde o Século XIX, mais precisamente a partir de 1850, por meio do Decreto nº 737, que estipulava a submissão de determinadas discussões a decisões de árbitros, inclusive tornando-as obrigatórias em certas matérias relacionadas ao direito comercial. Não obstante, a utilização do instituto nunca se deu de forma adequada no Brasil, pouco sendo aplicada na prática.
54. Insta frisar, contudo, que se há pouca utilização prática da arbitragem, esta se dá em virtude da resistência da sociedade em dela fazer uso, a qual tem origem na própria dicção legal, além da falta de tradição na sua utilização. Estamos a falar da inflexibilidade da lei, que desencoraja os cidadãos que não estão dispostos a suportar o risco de perder o seu direito sem a possibilidade de qualquer revisão judicial. A determinação no sentido da definitividade das decisões dos árbitros leva, com muita razão, ao receio de que ente não investido de função estatal de jurisdição decida conflito de forma definitiva.
55. Segundo a Lei da Arbitragem, somente podem submeter-se à arbitragem conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, vedando o

acesso a conflitos que envolvam questões de família, de falência, de incapazes etc.

56. A principal característica da nova lei é a relevância conferida à vontade das partes, presente desde a decisão de submeter o litígio à arbitragem, na eleição do árbitro e, também, na determinação do critério a ser utilizado pelo árbitro na decisão do conflito.
57. A opção pela arbitragem proporciona uma maior celeridade na solução do conflito, a qual decorre da simplificação do procedimento.
58. Não se pode, entretanto, olvidar é que a existência, constitucionalidade e legitimidade da arbitragem em nada pode desincumbir o Estado de prestar de forma eficaz e satisfatória a tutela jurisdicional, de forma a fazer valer o princípio do acesso à justiça.
59. É bom que fique muito claro que a arbitragem não substitui a jurisdição, ou mesmo a supre quando seja prestada de forma que não satisfaça os contendores. Deve sempre ser vista como uma alternativa àqueles que tenham interesse em solucionar eventual conflito fora do Judiciário. O árbitro não é juiz, não exerce função jurisdicional.
60. Importante é esclarecer que a arbitragem não se mostra como barreira ou válvula de escape do Estado para a efetivação do princípio do acesso à justiça, visto que, ao contrário, afirma tal princípio, pois se apresenta como viés para solucionar certos conflitos, nunca como regra para dissolução das lides, deixando incólume a possibilidade integral de acesso ao judiciário de forma tradicional para pacificação social.
61. A Defensoria Pública, notadamente ante às novas formatações da sociedade contemporânea, representa a verificação constitucional de que a prestação da assistência jurídica gratuita, enquanto instrumento à materialização do acesso à justiça, é decorrência lógica do princípio isonômico.
62. A constatação da função de enxada de aparelhamento do princípio democrático e dos direitos humanos exercida pelas Defensorias Públicas

lhes assegura o reconhecimento de instituição essencial à manutenção da República Federativa do Brasil, notadamente em virtude de seus fundamentos e objetivos, traçados respectivamente nos artigos 1º e 3º da Carta Política.

63. É, contudo, lamentável a constatação de que no âmbito de alguns Estados da Federação e mesmo em determinados segmentos da Defensoria Pública da União, a carência de recursos, que repercute na qualificação e no quantitativo dos membros da carreira e até mesmo nas disponibilidades de material, prejudica de forma irreparável a prestação de serviço público, consumando contundente inobservância de preceito constitucional.
64. A necessidade de criação dos Juizados especiais, anteriormente denominados Juizados de Pequenas Causas, levanta-se num momento histórico de reconhecimento de uma crise no Poder Judiciário: o Estado não mais lograva atender aos anseios dos cidadãos por uma prestação jurisdicional de forma adequada, sobretudo aqueles das camadas menos favorecidas da sociedade.
65. Os Juizados surgem não apenas com o fito de trazer composição aos conflitos dos menos favorecidos economicamente, mas, também, àquelas controvérsias que a Justiça Comum não tinha aparato para solucionar ou que os próprios interessados não tinham meios para conduzir até os bancos forenses.
66. Primordialmente, portanto, tinham os Juizados, na época chamados Juizados de Pequenas Causas, como meta solucionar conflitos até então desprezados pelo Estado, objetivo que foi retratado na edição da Lei nº 7.244, de 07 de novembro de 1984, que mostra diferenças em relação à atual Lei n.º 9.099/95.
67. A primeira delas é que a Lei das Pequenas Causas não abarcava processos criminais, amplamente tratados pela Lei dos Juizados Especiais atual. Um segundo ponto importante é a obrigatoriedade de instituição dos Juizados Especiais pelos Estados-membros, que não existia quanto aos Juizados de Pequenas Causas e vem com a Lei 9.099/95.

68. Outro aspecto de importância na Lei 9.099 é a competência dos Juizados, que, apesar de utilizar o valor da causa como critério de competência, não fez deste princípio norteador, pois muitas vezes causas de pequeno valor econômico são de complexidade muito maior que outras de valor alto.
69. A previsão da criação dos juizados especiais na Carta da República de 1988 se deve, principalmente, aos objetivos enfiados nessa criação, como forma de prestigiar vários princípios esculpidos no próprio corpo da Constituição.
70. Parece-nos que o princípio constitucional que mais influenciou a mente do constituinte quando da gênese do ideal de criação dos juizados foi o princípio do acesso à Justiça.
71. A atual Lei dos Juizados Especiais, assim como o foi a Lei n.º 7.244/84, é, em primeiro lugar, uma verdadeira tentativa de superar, o quanto seja possível, os obstáculos enfrentados para o pleno acesso de todos os cidadãos à Justiça.
72. Como muito bem colocado na brilhante obra da lavra dos Professores Antonio Carlos Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco, o acesso à justiça não se trata de mera admissão ao processo, tampouco ingresso em juízo. Mais que isso é imprescindível que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se de forma adequada, sendo condenadas quaisquer restrições quanto a causas de pequeno valor, aventando, ainda, outros elementos necessários à construção do que por eles se chamou “acesso à ordem jurídica justa”, tais como garantia da observância do devido processo legal, do contraditório e, principalmente, a efetividade de condutas no sentido de trazer pacificação dos conflitos com justiça.
73. Acesso à Justiça muitas vezes se mostra um caminho penoso para aquele que sofre uma lesão a direito seu, sendo que os Juizados Especiais fornecem novas técnicas de mediação e conciliação, num procedimento eminentemente oral, com grande importância à gratuidade da Justiça,

proporcionando o acesso ao justo processo, capaz de possibilitar concreta e efetivamente a tutela jurisdicional.

74. Os juizados especiais surgem como forma de permitir o acesso à Justiça para aqueles que “lutam” em conflitos de pequena monta, que há muito andavam ignorados pelo Estado, diminuindo a descrença no Judiciário como solucionador de conflitos, que não se esquivam de funcionar para findar problemas por causa da pequena importância patrimonial dos mesmos. Isso significa acesso à Justiça, proporcionar que todos tenham possibilidade de, ao menos, buscar a tutela a seus interesses.
75. Não podemos, contudo, dissociar a idéia de acesso à Justiça daquela referente ao devido processo legal, expressão que encontra sua origem na Magna Carta de 1215 e que se constitui de garantias processuais no âmbito da apreciação judicial do conflito. Um dos pilares do devido processo legal é a garantia do processo justo, ou seja, aquele adequado às necessidades e contornos do direito lesado, da moldura fática da situação narrada em juízo, levando a concluir que ele não é único, mas variável de acordo com a natureza da tutela que se busca.
76. Grande ligação há entre o princípio em comento e a celeridade (ao lado da efetividade) dos procedimentos. Ora, entregar a tutela jurisdicional tardiamente, de modo que não mais possa surtir o efeito pretendido pelo autor da demanda, ou mesmo pelo litigante do pólo passivo, significa que a ele não foi garantido o devido processo legal.
77. Nessa esteira seguem os juizados especiais, que intentam dar azo à rápida solução dos litígios, por meio de formas mais simples e instrumentais de conduzir as questões em juízo, abandonando cânones rígidos do processo tradicional, sem que, com isso, haja mitigação do devido processo legal.
78. Assim sendo, os cânones devido processo legal que se apresentam no âmbito dos Juizados Especiais são diferenciados daqueles do procedimento comum, pois em razão de tratarem de controvérsias de menor complexidade (conceito melhor analisado adiante), fornecem um procedimento com menos formas e rituais estabelecidos, valendo sempre a

busca pela mais rápida resolução do processo, de modo a garantir um perfeito atendimento ao princípio do acesso à justiça.

79. A par das medidas judiciais implementadas no mister de ampliar as vias de acesso à tutela jurisdicional justa, é imprescindível constatar as relevantes funções exercidas por programas políticos que se prestam à mesma finalidade, dentre os quais se destacam a instalação de Juizados Especiais nas Universidades e Faculdades de Direito e na dos denominados Centros Integrados de Cidadania (CIC's), e a implantação da Justiça Comunitária, da Justiça Volante .
80. Essas medidas são de fundamental importância na ampliação das formas de acesso à jurisdição, sobretudo por aproximarem de sobremodo a população do Poder Judiciário e, ainda, por despir os processos de alcance da tutela jurisdicional de ritos formalistas que efetivamente inibem a demanda dos jurisdicionados.
81. A reforma processual implementada pela Lei n.º 10.352/2001 tem importante papel no detalhamento das formas de acesso à justiça já que se prestam a extirpar do trâmite processual a dupla submissão ao juízo de origem, assegurando aos jurisdicionados alcance mais rápido da tutela jurisdicional material, o mesmo se verificando na redução do âmbito de cabimento dos embargos infringentes.
82. Acerca dos obstáculos ao acesso à Justiça, há quem entenda haver problemas de matiz econômico, social, cultural e jurídico. Para outros, os obstáculos ao acesso à Justiça, no Brasil, não se ligam ao problema da assistência judiciária aos necessitados, e nem à defesa de interesses da coletividade, notadamente os interesses difusos, mas à estrutura judiciária, à inadequação dos processos e dos procedimentos e à dimensão que se dá ao princípio do duplo grau de jurisdição.
83. De regra, a resolução formal das lides, principalmente em sede de tribunais, é extremamente dispendiosa, tendo as partes que suportar a grande proporção dos custos necessários à solução da lide, dentre os quais destacam-se as custas judiciais e os honorários advocatícios.

84. Adota-se, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da sucumbência, pelo qual, ao fim da demanda, a parte vencida tem a obrigação de ressarcir ao vencedor as despesas tidas no transcurso do processo antecipadas e os honorários advocatícios.
85. Tantas despesas a serem desembolsadas no transcurso do processo, sem contar as que deverá ressarcir à parte *ex adversa*, fazem com que o litigante pense mais de uma vez se vale a pena propor ação, principalmente, quando não tenha tanta certeza acerca de seu direito.
86. No sistema americano, adotado pelos Estados Unidos e pelo Japão, é reconhecidamente óbvio o alto custo de um processo para as partes, razão pela qual não se obriga o vencido a reembolsar o vencedor pelos efetivos gastos no que tange a honorários advocatícios. D'outra face, tem-se os países que adotam o princípio da sucumbência, como é o caso da Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, nos quais a menos que o litigante esteja certo de vencer – o que é de fato extremamente raro, dadas as normais incertezas do processo – ele deve enfrentar um risco ainda maior do que o adotado no sistema americano. No Brasil, optou o legislador pela adoção do princípio da sucumbência.
87. Fácil perceber que os altos custos tidos em decorrência de um processo, na medida em que as partes devam suportá-los, formam um difícil obstáculo a ser transposto em busca da tutela jurisdicional.
88. Causas que possuem valor modesto são mais prejudicadas pelo óbice dos custos processuais. Postas estão, destarte, as barreiras a uma tutela jurisdicional eficaz às pessoas de baixa renda. E não se fale em assistência judiciária prestada pelas Defensorias Públicas, pois, não raramente, essas repartições funcionam de forma tão precária que ficam longe de prestar uma assistência considerada ideal às classes necessitadas.
89. Alto custo processual cria empecilhos, principalmente, a pessoas cuja demanda seja de valor modesto, tendo em vista a desproporcionalidade entre um e outro e a condição econômico-financeira de quem geralmente é titular do direito pleiteado nesse tipo de ação.

90. Quanto aos recursos financeiros, nota-se que pessoas, jurídicas ou físicas, detentoras de recursos financeiros e patrimoniais consideráveis, têm mais vantagens ao propor demandas ou defender-se delas do que as pessoas de poucas reservas.
91. A uma, elas podem pagar para litigar, contratando bancas de advogados de renome e respectivos assistentes, dotados de larga experiência, e de técnica reconhecidamente impecável. A duas, podem suportar melhor as delongas de um litígio, ao contrário do que ocorre com as pessoas menos favorecidas.
92. Esse fator é visto, principalmente, na Justiça do Trabalho, onde de um lado, tem-se o empregador e, do outro, o obreiro. Geralmente, este tem necessidade de ver a lide solucionada quase que de pronto, face ao caráter alimentício das verbas pleiteadas. Já o segundo, do contrário e, principalmente, quando é grande empresa, com sua banca especializada de profissionais do Direito e assistentes, não tem interesse no encurtamento do andamento processual.
93. Uma outra verificação que pode ser levada a cabo no que diz respeito ao matiz econômico é a de que as despesas processuais afastam, algumas vezes, as demandas deduzidas sem ideal sustentáculo fático, nas quais o indivíduo litiga por litigar.
94. A litigância habitual acaba sendo um efeito colateral da facilitação do acesso à justiça. Este não é o objetivo da tentativa de maior aproximação do Judiciário aos jurisdicionados, por meio de medidas tais como a isenção do pagamento das despesas processuais. O desiderato de atitudes legislativas como esta não é incentivar o ajuizamento de demandas infundadas, o que acaba por tornar certos indivíduos assíduos freqüentadores dos bancos forenses. Buscam tais medidas permitir o acesso irrestrito ao Judiciário àqueles que necessitam de uma prestação efetiva, mas que não têm condições de arcar com os custos para tanto, não de abrir as portas dos Juízos aos litigantes habituais.

95. Entrementes, o possível efeito indesejado da ampliação dos veículos de acesso à justiça não pode representar obstáculo à sua efetivação, sendo preferível suportar ações infundadas, porém permitindo o mais amplo atendimento a quem realmente carece de um adequado pronunciamento judicial.
96. Acessibilidade à justiça encontra óbice, também, em fatores ligados à formação social e educacional dos indivíduos, barreiras que devem ser pessoalmente ultrapassadas pelos indivíduos para que a pretensão possa ser devidamente deduzidas perante o Judiciário.
97. Um das primeiras barreiras ao correto acesso à Justiça reside no reconhecimento da existência de um direito que possa ser exigível juridicamente, obstáculo que não diz respeito apenas aos mais desfavorecidos financeiramente, embora os atinja mais contundentemente.
98. Como exemplo, pode-se falar de normais relações de consumo nas quais pessoas de boa colocação social, razoavelmente informadas, não se dão conta de que a aposição de sua assinatura em um contrato não significa sua sujeição absoluta às cláusulas do pacto.
99. De outro lado, há a consabida ausência de instruções mínimas no que atina às formas de acesso ao Judiciário e maneiras de ajuizamento de uma demanda, privando os particulares da busca da prestação jurisdicional, por fomentar o temor de ingressar em território desconhecido.
100. Esse obstáculo dá origem a um outro de igual importância, que é a disposição psicológica das pessoas para ingresso com demanda judicial. Esse receio perpassa por circunstâncias como a desconfiança nos advogados, fator recorrente nas classes despossuídas, a complexidade dos procedimentos, excesso de formalismos, intimidação pelos ambientes forenses, resultante da pompa e do misticismo que circundam as figuras dos magistrados e dos causídicos, que oprimem o indivíduo no desconhecimento acerca do estranho mundo no qual pretende ingressar para ver atendido um anseio.

101. Vale ressaltar, ainda, que tal óbice pode ser originado da posição social ou econômica do possível adversário no procedimento judicial, visto que, por vezes, o indivíduo vê-se intimidado em recorrer ao Judiciário para afrontar grande oponente.
102. Tais empecilhos, de ordem pessoal e social, demandam uma melhor formação dos indivíduos no sentido de desmistificar o Judiciário, que deve ser visto como uma função estatal a disposição da sociedade para a solução dos conflitos e não como uma instituição opressora e constrangedora que só beneficia aos interesses dos mais favorecidos.
103. Um outro óbice que se apresenta ao acesso à justiça é o descrédito cultivado pela população de uma forma geral em relação ao Judiciário, constatação diariamente divulgada pelos meios de comunicação em massa.
104. Várias são as circunstâncias de fato que carregam essa falta de confiança da população numa efetiva prestação da tutela jurisdicional, o que conduz os contendores a evitar o ingresso com ação judicial.
105. Primeiro fator é a não compatibilização do binômio tempo e processo. O acesso à justiça não se satisfaz apenas com a entrega da prestação jurisdicional, impondo que essa prestação seja ofertada em tempo consentâneo com as necessidades da contenda.
106. É comezinho que uma demanda pode perdurar por vários anos apenas para alcançar o seu deslinde em primeira instância, fato que já é suficiente para espantar os anseios de realização de determinada pretensão.
107. É bem verdade que essa circunstância não tem ligação direta com eventual desleixo no exercício da atividade jurisdicional, seja pelo magistrado, seja pelos auxiliares da justiça, embora exista tal prática em qualquer setor da esfera pública ou privada. Há fatores completamente independentes da presteza de cada servidor ou magistrado.
108. A morosidade na entrega da prestação jurisdicional está muito mais relacionada à obsoleta estrutura do Judiciário brasileiro, aos próprios procedimentais do ordenamento pátrio e a amplitude conferida ao princípio

do duplo grau de jurisdição, também fator relacionado com falhas processuais.

109. Quanto à estrutura do Judiciário, dois são os aspectos a determinar a demora na entrega da prestação jurisdicional. O primeiro deles diz respeito ao próprio modelo adotado pelo sistema nacional para o escalonamento dos órgãos do Judiciário, o qual cria estrutura que migra no sentido de fazer que os órgãos superiores constituam verdadeiros órgãos de dominação e fiscalização das instâncias inferiores, mitigando a importância dos juízos de primeiro grau.
110. De outro turno, temos a própria precariedade da estrutura posta pelo Poder Público em função da máquina do Judiciário. O quadro de pessoal é parco, a estrutura física e os equipamentos dos fóruns são insuficientes para o adequado tratamento com os incontáveis processos ajuizados.
111. Outro elemento que acarreta a lentidão na atuação judicial é a própria seqüência procedimental imposta pela legislação que disciplina os diversos tipos de processo no sistema pátrio. A extensa geografia brasileira, com áreas com desenvolvimento ainda incipiente em relação aos grandes centros econômicos é desconsiderada pelo Código de Ritos.
112. Além disso, a própria burocracia desnecessária inerente à grande parte dos atos processuais acaba por representar um malefício à atuação judicial.
113. Um terceiro problema a embaçar o acesso à justiça e prolongar demasiadamente o curso dos feitos perante o Judiciário é a desmedida efetivação do princípio do duplo grau de jurisdição, com recursos em número desproporcional à necessidade da rápida marcha processual e são utilizados de forma, muitas vezes, inescrupulosas pelas partes que têm como interesse a demora no deslinde da causa, conduta que não pode ser censurada porque o próprio ordenamento oferece uma infindável gama de recursos para cada pronunciamento judicial.
114. Em suma, o descrédito na instituição do Judiciário tem origem não apenas nas notícias maliciosamente veiculadas pelos órgãos de imprensa

de massa, nem na falta de qualidade dos profissionais que militam nessa área, mas sim na estrutura posta a disposição dos órgãos jurisdicionais e da população e na própria legislação que cuida de afastar o ideal de celeridade do processo, desestimulando o particular a perseguir seus direitos, maculando o princípio do acesso à justiça.

115. As incessantes inovações tecnológicas, ao lado do crescimento populacional e, bem assim, das necessidades de uma célere atuação jurisdicional, na medida em que aumenta o número de conflitos e gera controvérsias de naturezas até então inexploradas, impõe ao Judiciário uma adaptação aos novos tempos, de modo a poder prestar a tutela de forma adequada ao momento social, medidas que devem ser tomadas a fim de dar aplicação prática ao princípio do acesso à justiça.
116. Muitas vezes a necessidade de implementação refoge ao âmbito do Judiciário, vez que tem ligação com as prescrições de direito material, o que demandaria, de antemão, uma atuação do Legislativo, no sentido de criar legislação que abarque situações do dia-a-dia para as quais ainda não existe disciplina jurídica.
117. No que tange ao Judiciário especificamente, tendo em consideração o grande, e crescente, número de demandas judiciais, algumas medidas devem ser tomadas de forma a possibilitar uma maior presteza na entrega da tutela, de forma a garantir o acesso à justiça em sua integralidade.
118. Certas medidas são paulatinamente implementadas de forma a melhor atender às necessidades do jurisdicionado. Uma delas é tendência de informatizar a atuação dos órgãos do Judiciário, bem como a postulação. Atualmente já é possível a protocolização de petições via fac-símile ou até mesmo via e-mail, em alguns locais, sobretudo nos grandes centros.
119. Noutro giro, há uma tendência de se levar a cabo uma informatização dos atos processuais, implementando o uso da assinatura eletrônica, em que o magistrado e os servidores realizariam o ato e certificariam sua autenticidade por meio de senhas eletrônicas, sem a necessidade de

impressão de todos os atos e evitando o acúmulo de volume nos cartórios dos juízos.

120. É bem verdade que todas essas medidas demandam uma regulamentação precisa, para que sejam evitados problemas operacionais e também de ordem processual, devendo haver meio de garantir a autenticidade dos atos do feito, bem como a segurança das informações nele contidas.
121. Há, ainda, idéias que já vêm sendo utilizadas que diminuem o tempo e os custos do processo. Falamos aqui da realização de audiências a distância, com a utilização de equipamentos de informática e de vídeo.
122. Contudo, se o Poder Público, muitas vezes, não disponibiliza locais adequados para o trabalho, contingente de pessoal, ou mesmo os equipamentos mais simples para o exercício da atividade jurisdicional, é difícil falar-se em renovações tecnológicas, pois nem mesmo o material ultrapassado é suficientemente posto em uso.
123. Há, ainda, que se falar na necessidade de adaptação da legislação processual aos tempos atuais. É imprescindível a diminuição da quantidade de recursos, das formalidades procedimentais, que não mais se compatibilizam com a ordem jurídica e com os anseios por uma rápida atuação.
124. Todas essas medidas impõem uma reestruturação do Judiciário, inclusive com o aumento do número de profissionais que atuam como servidores do Poder Público, oferecimento de melhores condições de trabalho, equipamentos mais atualizados, compra de novos equipamentos.
125. Não são suficientes boas idéias, é indispensável boa-vontade do Poder Público em propiciar meios de levar a cabo as reformas estruturais que vão conduzir a uma melhor e mais célere atuação do Judiciário.
126. Essa preocupação deve ser objeto de intenso esforço da população, em pleitear a melhora, e do próprio Poder Público em buscar alternativas de implementação de medidas a tanto dirigidas, de forma a fazer valer e

possibilitar a realização do princípio do acesso à justiça de forma verdadeira e efetiva, entregando a tutela de forma mais célere e eficaz, o que incentiva o cidadão a procurar o Judiciário para a solução de seus conflitos, proporcionando a todos a adequada e satisfatória prestação da tutela jurisdicional.

8. Referências bibliográficas

- BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. **Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal: a Lei n.º 9.099/95 e sua doutrina mais recente**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo – influência do direito material sobre o processo**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: juizados especiais e ação civil pública**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CARREIRA ALVIM, J. E. **Justiça: Acesso e decesso**. Disponível em www.jus.com.br. Acesso em 04 jan.2005.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândo Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual – de acordo com a Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988.

- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.
- MORAES, Guilherme Peña. **Instituições da Defensoria Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MORAES, Silvio Roberto Mello de. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. São Paulo: RT, 1995.
- QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (coord.). **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SADEK, Maria Tereza. **Acesso à Justiça**. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 2001.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SOBRINHO, Délio José Rocha. **Despesas processuais, acesso à justiça e questões correlatas**. Revista do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Ano 2004.
- STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- WATANABE, Kazuo. **Juizado Especial de Pequenas Causas – Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984**. São Paulo: RT, 1985.