



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**EMETÉRIO SILVA DE OLIVEIRA NETO**

**ACESSO À JUSTIÇA:**  
**A INSUFICIÊNCIA DA VIA JUDICIAL PARA A SUA EFETIVAÇÃO**

**FORTALEZA**  
**2015**  
**EMETÉRIO SILVA DE OLIVEIRA NETO**

**ACESSO À JUSTIÇA:  
A INSUFICIÊNCIA DA VIA JUDICIAL PARA A SUA EFETIVAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda

**FORTALEZA**

**2015**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca da Faculdade de Direito

- 
- O48a      Oliveira Neto, Emetério Silva de.  
            Acesso à justiça: a insuficiência da via judicial para a sua efetivação / Emetério Silva de  
Oliveira Neto. – 2015.  
            159 f.: 30 cm.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de  
Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2015.  
            Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.  
            Orientação: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.  
            Co-Orientação: Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana.

1. Poder Judiciário. 2. Jurisdição. 3. Acesso à justiça. I. Título.

---

CDD 347.9218



**Universidade Federal do Ceará**  
**Faculdade de Direito**  
**Programa de Pós-Graduação**  
**Mestrado Acadêmico em Direito**  
**Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional**

**“ACESSO À JUSTIÇA:  
A INSUFICIÊNCIA DA VIA JUDICIAL PARA A SUA EFETIVAÇÃO”**

**EMETÉRIO SILVA DE OLIVEIRA NETO**

Dissertação aprovada em 27/11/2015, às 18:30, com menção:

**APROVADO**

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (Orientador)  
UFC

Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana (Coorientador)  
UFC

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral (Membro Interno)  
UFC

Prof. Dr. Martônio Mont'Alverne Barreto Lima (Membro Externo)  
UNIFOR

Primeiramente, a Deus, meu Senhor Eterno, fonte da vida, razão inequívoca das minhas vitórias, autor da minha fé, pai da eternidade, príncipe da paz;

Aos meus pais e à minha irmã, pelo Amor verdadeiro e pelas presenças constantes, a despeito da distância física;

À minha filha Ester, por ter sido um motivo de inspiração e força nesta caminhada;

Aos valorosos colegas e amigos da Turma de 2014, pelos momentos de união e de constante aprendizado, sempre fortalecidos.

## AGRADECIMENTOS

Há um ditado antigo e bastante conhecido segundo o qual *uma andorinha só não faz verão*. Nesse sentido, tenho por certo que jamais teria conseguido a vitória de chegar até aqui se estivesse sozinho nessa caminhada.

Assim, os agradecimentos, inicialmente, são direcionados, de forma geral, a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a consecução desse sonho.

De forma especial, contudo, não poderia deixar de agradecer aos meus pais e a minha irmã, pelos seus apoios e constantes presenças nos momentos de extrema necessidade.

Expresso o meu cordial agradecimento, também, aos Professores Doutores Samuel Miranda Arruda e Juvêncio Vasconcelos Viana, o primeiro por ter gentilmente aceitado ser o meu orientador e o segundo por ter aceitado a coorientação do trabalho, ambos cumprindo os seus papéis com esmero.

Outrossim, agradeço aos Professores Doutores Gustavo César Machado Cabral e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima a aceitação do convite para comporem a banca avaliadora nas condições, respectivamente, de membros interno e externo ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Agradeço, ademais, a todos os professores do Programa, por serem mestres dedicados e pelos preciosos ensinamentos e convivência harmoniosa, bem como aos servidores, pela compreensão constantemente devotada aos alunos.

Por fim, um agradecimento emocionado a todos os colegas do Programa, em especial aos da Turma 2014, os quais se tornaram grandes amigos e sempre o serão.

## RESUMO

O objetivo nuclear desta pesquisa é o de investigar se o acesso à justiça é sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, confundindo-se, deste modo, com o direito subjetivo público de ação, conferido, conforme defenderam Chiovenda e Liebman, a quem pleiteia um direito material. Para tanto, levam-se em consideração alguns diagnósticos, sendo os principais oriundos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como o da satisfação da sociedade ante a prestação jurisdicional em nível nacional e os relativos aos altos investimentos realizados em prol do Judiciário nos últimos anos, comparativamente ao grau de litigiosidade e da qualidade da resposta que esta função estatal dá às situações que se lhe achegam constantemente. Inicialmente, se investiga o conceito de Justiça, a partir dos alicerces construídos por eminentes pensadores, a exemplo de Aristóteles, Hans Kelsen e John Rawls, o que se fez com o fito de descobrir os fundamentos teórico-filosóficos da ideia de acesso à justiça. Em seguida, à luz de uma análise crítica, descobre-se que o acesso à justiça não é sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, o qual, a despeito de ser um importante caminho para tal, afigura-se insuficiente à plena efetivação desta garantia *jus* fundamental. Nesse cenário, ressurgem a possibilidade de se resolver conflitos por vias alternativas, não adversariais, a exemplo da conciliação, da mediação e da arbitragem, meios que em inúmeras situações proporcionam um acesso à justiça mais desembaraçado e digno. Em arremate, defende-se uma necessária releitura do acesso à justiça, fundamentada na quebra do velho paradigma, adotando como referencial teórico Thomas Kuhn e Boaventura de Sousa Santos. Nesse caminho, sob o influxo de que o acesso à justiça deve implicar acesso a uma ordem jurídica justa, dois aspectos de sumo relevo receberam especial atenção, a saber: o do acesso à justiça como acesso direto aos direitos e o de jurisdição compartilhada, fortalecendo-se, assim, uma vez mais, o uso dos meios ditos suasórios e, ademais, a participação democrática para o auferimento dos bens e valores, que em conjunto conformam a justiça social. Como consequência, verifica-se que o acesso preventivo à justiça evita a litigiosidade, e deve ser prioritariamente fomentado pelos Poderes Executivo e Legislativo, cada qual dentro das suas esferas competenciais. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, de cunho marcadamente bibliográfico, mas que em determinados momentos se vale de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e outros tribunais pátrios, além de dados e relatórios produzidos por órgãos públicos e privados, e por estudiosos da matéria.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Poder Judiciário. Meios alternativos. Jurisdição compartilhada. Justiça preventiva.

## ABSTRACT

The core objective of this research is to investigate if access to justice is synonymous to access to the courts, confusing thus by the public subjective right of action, conferred to anyone who claims a material right, as advocated Chiovenda and Liebman. To this end, it takes into account some diagnoses, most of them derived from the “Conselho Nacional de Justiça” (National Council of Justice — CNJ), such as the satisfaction of the society for jurisdictional services at national level and the amount of investments made in support of the judiciary power in recent years, compared to the level of litigation and the quality of response that it gives to the cases constantly brought. Initially, it investigates the concept of Justice, from the foundations built by eminent thinkers, like Aristotle, Hans Kelsen and John Rawls, in order to discover the theoretical and philosophical foundations of the idea of access to justice. Then, in the light of a critical analysis, it finds out that access to justice is not a synonymous to access to the courts, which, despite being an important way for such, is insufficient to the full realization of this jus fundamental guarantee. In this scenario, the possibility of resolving conflicts through alternative, non adversarial means reappears, such as conciliation, mediation and arbitration, ways that, in many situations, provide access to the most resourceful and worthy justice. In tailpiece, it defends a necessary reinterpretation of access to justice, based on the disruption of the old paradigm, adopting as a theoretical framework Thomas Kuhn and Boaventura de Sousa Santos. In this sense, under the consideration that access to justice should imply access to a fair legal system, two relevant aspects receive special attention, namely: access to justice as direct access to the rights and the shared jurisdiction, strengthening, once again, the use of the so-called persuasive means and, moreover, democratic participation for obtainment of goods and values, which together make up the social justice. As a consequence, it is seen that the preventive access to justice avoids litigation, and should be primarily fomented by the Executive and Legislative, each within their competence spheres. It is a qualitative research, of markedly bibliographic nature, but at certain times it makes use of judgments given by the “Supremo Tribunal Federal” (Supreme Federal Court — STF) and other national courts as well as data and reports produced by public and private institutions, and scholars of the subject.

**Keywords:** Access to justice. Judiciary Power. Alternative means. Shared jurisdiction. Preventive justice.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia Geral da União
Ajufe	Associação dos Juízes Federais do Brasil
Anpaf	Associação Nacional dos Procuradores Federais
art.	artigo
Cade	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
DF	Distrito Federal
DNA	Ácido desoxirribonucleico
DP	Defensoria Pública
DPJ	Departamento de Pesquisas Judiciárias
DPU	Defensoria Pública da União
EC	Emenda Constitucional
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
EUA	Estados Unidos da América
FDD	Fundo de Defesa dos Direitos Difusos
IC	Inquérito Civil
ICP	Inquérito Civil Público
inc.	inciso
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
Ipea	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LAI	Lei de Acesso à Informação
LC	Lei Complementar
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Min.	Ministro

MP	Ministério Público
MPT	Ministério Público do Trabalho
MSC	Mandado de Segurança Coletivo
NCPC	Novo Código de Processo Civil
OP	Orçamento Participativo
PIB	Produto Interno Bruto
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado Federal
Procon	Procuradoria de Proteção e Defesa do Consumidor
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TCC	Termo de Compromisso de Cessação
TJ/MG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJ/SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF	Tribunal Regional Federal
TRF3	Tribunal Regional Federal da 3ª Região
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UF	Unidade da Federação
v.g.	<i>verbi gratia</i>

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2 ANÁLISE HISTÓRICO-CONCEITUAL DO ACESSO À JUSTIÇA.....</b>	<b>21</b>
2.1 O conceito de justiça e os fundamentos teórico-filosóficos do acesso à justiça: o surgimento da ideia de acesso à justiça .....	22
2.2 As três ondas de acesso à justiça segundo Mauro Cappelletti e Bryan Garth .....	31
2.3 O acesso à justiça na Legislação brasileira .....	37
2.4 O acesso à justiça como garantia fundamental .....	43
<b>3 UM OLHAR CRÍTICO SOBRE A IDEIA CORRENTE DE ACESSO À JUSTIÇA .</b>	<b>48</b>
3.1 O acesso à justiça como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário e a confusão do acesso à justiça com o direito de ação.....	49
3.2 A falsa ideia de que o fortalecimento do Poder Judiciário garantirá por si só um efetivo acesso à justiça .....	56
3.3 A errônea preferência pela “nomocracia” em detrimento da “telocracia” como forma de resolver o problema do acesso à justiça .....	63
3.4 Por uma universalização do acesso à justiça a partir da conscientização da população quanto aos seus direitos.....	69
<b>4 A INSUFICIÊNCIA DA VIA JUDICIAL PARA O ACESSO À JUSTIÇA.....</b>	<b>76</b>
4.1 A excessiva quantidade de processos e a morosidade do judiciário: a demanda é superior à oferta .....	77
4.2 Os focos de tensão com o Executivo e o Legislativo protagonizados pelo “gigantismo judiciário”: <i>a judicialização da política e a politização do judiciário</i> ...	86
4.3 Os “clientes habituais” do judiciário e os prejuízos para a igualdade no acesso à justiça .....	93
4.4 Os entraves para o acesso ao Poder Judiciário e o conseqüente descrédito na <i>justiça jurisdicional</i> .....	99
4.5 Os meios alternativos de acesso à justiça: conciliação, mediação, arbitragem e intervenção (neutra) de terceiros .....	103
<b>5 A NECESSÁRIA RELEITURA DO ACESSO À JUSTIÇA: A QUEBRA DO VELHO PARADIGMA .....</b>	<b>111</b>
5.1 Do acesso à justiça formal ao acesso a uma ordem jurídica justa.....	113
5.2 O acesso à justiça como acesso a direitos .....	119

5.3	A necessidade de criação de filtros de acesso ao Poder Judiciário em prol de uma prestação judiciária de qualidade <i>versus</i> a democratização do acesso à justiça ...	121
5.4	A perda do monopólio estatal na distribuição da justiça: a ideia de jurisdição compartilhada.....	127
5.5	Da necessidade da <i>passagem judiciária</i> para matérias cuja singularidade demanda provimento judicial .....	133
5.6	O acesso à justiça fomentado pelos Poderes Executivo e Legislativo: a justiça preventiva.....	136
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	140
	REFERÊNCIAS .....	148

## 1 INTRODUÇÃO

A grande questão enfrentada pela vertente pesquisa, que é o acesso à justiça, tem como ponto de partida o Poder Judiciário, considerando-se três aspectos cruciais a ele indissolavelmente ligados, que são: 1º) O modo como se dá a sua atuação numa perspectiva nacional; 2º) Os resultados dessa atuação; 3º) Os índices de aprovação da atividade judiciária pela população.<sup>1</sup>

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dando cumprimento a sua Resolução de nº 70/2009, tem se debruçado sobre tais questionamentos, e anualmente elabora um questionário de pesquisa de satisfação dos usuários do sistema jurisdicional. Os números são avassaladores: 42% dos entrevistados respondem que poucas vezes o atendimento judiciário é rápido e 21,6% que nunca o é; 48,3% dizem que poucas vezes os servidores do Judiciário esclarecem corretamente dúvidas sobre o serviço; 56,7% dos entrevistados são conscientes de que nunca os processos são concluídos no prazo previsto na forma da Legislação.<sup>2</sup>

Esses dados, aliados a outros de igual envergadura<sup>3</sup>, revelam de forma eloquente a insatisfação da grande maioria dos que lidam direta ou indiretamente com o Poder Judiciário e servem, outrossim, para iluminarem os novos caminhos que impende doravante sejam seguidos com o escopo de se aperfeiçoar o entendimento acerca do acesso à justiça.

Nesse cenário, o tema escolhido justifica-se, de um lado, por ser manifestamente atual e, do outro, face não ter recebido, ao longo dos anos, o devido tratamento, sobretudo da doutrina, que não raramente interpreta restritivamente e até mesmo de forma incorreta a garantia fundamental prevista no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, limitando, assim, o acesso à justiça ao direito de ação, do que resulta, por consequência

<sup>1</sup> Uma das funções do Judiciário (chamada de dinâmica) está ligada à resolução das lides com justiça. À luz dessa perspectiva, pode-se entender o jurisdicionado como verdadeiro consumidor do serviço judiciário estatal, de modo que essa prestação deve ser atendida em obediência aos requisitos previstos no artigo 22 do Código de Defesa de Consumidor (CDC, Lei 8.078/90), que reza: “Os órgãos públicos [...] são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 9).

<sup>2</sup> Dados extraídos de CNJ. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Questionário pesquisa de satisfação - Usuários**. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/gestao-planejamento-poder-judiciario/pesquisasatisfacao/usuarios\\_total\\_geral.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/gestao-planejamento-poder-judiciario/pesquisasatisfacao/usuarios_total_geral.pdf)>. Acesso em: 6 de set. de 2015.

<sup>3</sup> Cf. CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA). **Justiça em números 2015: ano-base 2014**. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 15 set. 2015; FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I relatório Supremo em números: o múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: FGV, abr. 2011, p. 66. Disponível em: <[http://www.fgv.br/supremoemnumeros/relatorios/i\\_relatorio\\_do\\_supremo\\_em\\_numeros\\_0.pdf](http://www.fgv.br/supremoemnumeros/relatorios/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf)>. Acesso em: 7 fev. 2015; IPEA (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA). **SIPS: sistema de indicadores de percepção social: justiça**. Brasília: IPEA, 2010. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/101117\\_sips\\_justica.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/101117_sips_justica.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2015.

lógica, entender esse acesso a partir do resultado parcial do fenômeno no qual se encontra inserido, ou seja, como mero sinônimo de processo judicial.

Ora, se para o atingimento do referido escopo o esforço semântico é inglório, de vez que tal equiparação, consoante se demonstra ao longo do trabalho, não se legitima por essa via, mais ainda se torna impraticável pela via material ou substancial, pois reduzir o acesso à justiça pura e simplesmente ao acesso ao Poder Judiciário seria um ato de menoscabo a tão importante garantia fundamental, que nesta restrita acepção restaria submissa às idiossincrasias de magistrados<sup>4</sup> e a uma estrutura de poder que de há muito não corresponde às legítimas expectativas dos cidadãos.

Por regra, é comum se ligar, de forma necessária e inabdicável, malgrado inadvertidamente, a garantia fundamental do acesso à justiça a um ou mais direitos fundamentais que estariam a ela imediatamente atrelados ou, noutra perspectiva, dos quais ela dependeria para subsistir, como se a garantia em essência se confundisse com o direito ou desapegada dele se apresentasse insuscetível a sua existência e destarte não pudesse ser analisada *per se*, nos exatos termos das suas próprias dimensões.

O que ocorre, ao contrário, e bem diversamente, é que o acesso à justiça, uma vez efetivado, leva ao acesso a um ou mais direitos, sendo este uma das facetas daquele. De maneira que acesso à justiça, mais modernamente entendido como acesso a uma **ordem jurídica justa**, e acesso a direitos estão imbricados entre si.

Assim, afigura-se indubioso que unicamente por meio de uma análise correta do fenômeno decifrar-se-ão as causas do vetusto problema, as quais precisam ser atacadas com veemência, embora por regra lamentavelmente as preocupações se voltem para as consequências (ou os efeitos), deixando-se de lado o remédio profilático, de tal forma que as dificuldades do acesso à justiça apresentam-se, na atual quadra, praticamente incólumes.

Nessa toada, é de bom alvitre esclarecer que o acesso à justiça nem sempre implica acesso à justiça estatal, como sói acontecer quando se materializa pelos meios ditos suasórios (alternativos), auto ou heterocompositivos, tais como a conciliação<sup>5</sup>, a mediação, a arbitragem e a intervenção (neutra) de terceiros.

---

<sup>4</sup> Pesquisas, como a relatada por Daniel Kahneman (**Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 58 e 281), demonstram que tanto o cansaço como a **fome** desempenham papel decisivo na tomada de decisões judiciais, ressaltando o autor os efeitos de tais fatores para a negativa de pedidos de liberdade condicional, daí o risco de se deixar exclusivamente nas mãos de magistrados o poder de prestar a Justiça.

<sup>5</sup> A conciliação e os demais meios de autocomposição de conflitos são o *alfa e o ômega* do Novo Código de Processo Civil (NCPC). Veja-se, a propósito da conciliação e da mediação, o que prevê o artigo 319, inciso VII, do novel Diploma processual: “A petição inicial indicará: [...] VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação”.

Pensando em toda essa problemática, que rasga horizontes e séculos sem a devida solução, intenta-se, neste trabalho, analisar detalhadamente o conteúdo jurídico-normativo da garantia fundamental do acesso à justiça, partindo-se da premissa de que o Poder Judiciário não é o único e o mais eficiente ou operoso meio de efetivá-la, mormente porque o acesso à justiça não é o mesmo que convite à litigância.

Sem embargo das dificuldades apontadas logo de início, conforme se infere das linhas acima escritas, há, no interregno das análises empreendidas, substanciosos apontamentos acerca de possíveis soluções para a problemática que é deveras preocupante, podendo-se dizer, alentadoramente, que os caminhos traçados são palmilháveis. Nesse diapasão, o trabalho compõe-se de quatro capítulos, os quais buscam melhor desenvolver o tema proposto, nos termos que se seguem.

O primeiro capítulo, cujo título é “Análise histórico-conceitual do acesso à justiça”, pretende desnudar, a partir das categorias trabalhadas nas obras de Aristóteles, Hans Kelsen e John Rawls, entre outros estudiosos, o conceito de justiça, para assim chegar aos fundamentos teórico-filosóficos do acesso à justiça. Posteriormente, analisam-se as três históricas **ondas** de acesso à justiça vislumbradas, ainda na década de 70 do século passado, por Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Segue-se estudando, sucessivamente, em tópicos apartados: o acesso à justiça na legislação brasileira e o acesso à justiça como garantia fundamental, o que se fez a partir da diferenciação entre direitos e garantias fundamentais proposta por eminentes doutrinadores, entre os quais Paulo Bonavides e J. J. Gomes Canotilho.

A propósito das expressões direitos e garantias fundamentais, é comum que se as utilize indistintamente. Paulo Bonavides<sup>6</sup>, contudo, empresta diferença a tais locuções, esclarecendo que a garantia é um meio de defesa, que se cocola diante de um direito. No mesmo sentido J. J. Gomes Canotilho<sup>7</sup>, ao assentar que “rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos”.

No afã de encontrar soluções práticas para o problema do acesso à justiça e assim melhor defini-la, para com precisão estabelecer o seu alcance, Cappelletti e Garth mencionam três ondas evolutivas enfrentadas pelo processo civil. A “primeira onda”, *grosso modo*, diz com a assistência judiciária aos pobres, através de três meios: o sistema *judicare*; o advogado

---

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 525-528.

<sup>7</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 396. Deste modo, acesso à justiça tem estrutura de garantia. Isso não inviabiliza, todavia, o seu estudo particularizado e independente, qual se pretende fazer neste trabalho.

remunerado pelos cofres públicos; e modelos combinados, uma espécie de miscelânea dos dois primeiros. A “segunda onda” evolve para reconhecer a necessidade de representação em juízo dos interesses difusos, tendo como instâncias de atuação: a ação governamental; a técnica do procurador-geral privado; e a técnica do advogado particular do interesse público.

Ademais, os autores defendem uma “terceira onda” renovatória, por via da qual exsurge um novo enfoque — desta feita mais amplo — de acesso à justiça, o qual, com não eliminar as conquistas das ondas precedentes, adiciona, numa clara visão espectral do fenômeno, a necessidade de alterações nas formas de procedimento, bem como de mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, e, entre outras, a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios.<sup>8</sup>

Destarte, vê-se que o objetivo fulcral do referido capítulo, sem descurar duma indispensável análise histórica do acesso à justiça, é traçar os marcos teóricos — partindo do controvertido conceito de Justiça — e bem assim os fundamentos filosóficos do tema proposto, o que dará o substrato necessário para o prosseguimento do estudo.

O segundo capítulo trata criticamente do acesso à justiça como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, uma vez que acesso à justiça não se confunde com o direito de ação. Busca, *ipso facto*, objetar a ideia assente de que o fortalecimento deste poder garantirá por si só o pleno acesso à justiça. Prossegue com o tópico que estuda a errônea preferência pela **nomocracia** em detrimento da **telocracia**, tendo por base as lições do processualista Rodolfo de Camargo Mancuso. Finaliza propugnando por uma universalização do acesso à justiça a partir da conscientização da população quanto aos seus direitos, em vários níveis.

O propósito, pois, do citado capítulo é fazer uma análise crítica do que se entende e se propaga, à *outrance*, por intermédio dos mais diversos meios de divulgação, a respeito da garantia do acesso à justiça. Com efeito, a incorreta percepção do tema tem levado, por exemplo, à falsa ideia de que a criação de novas normas (nomocracia) é o caminho mais plano e eficiente para se chegar à ampla e efetiva promoção do acesso à justiça, com poder de destravar o sistema, esquecendo-se, todavia, da profícua solução subministrada pela **telocracia**, no seio da qual há forte preocupação em primeiro se diagnosticar o problema, a fim de surpreender sua causa próxima e remota.

Inegável que a excessiva produção de novas leis, quando não de emendas constitucionais, gera pernicioso efeito colateral, qual seja o de mero acautelamento social (engodo apaziguador) em face de que muitas das normas criadas carregam efeitos tão-somente

---

<sup>8</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 71.

simbólicos, portanto com fraca ou diminuta carga normativo-jurídica. É o que Marcelo Neves<sup>9</sup> precedentemente chama de efeitos indiretos ou latentes da norma, “que poderão estar vinculados ou não à sua efetividade e eficácia”.

O terceiro capítulo conecta as artérias do tema tratado. Para tal, busca evidenciar, **a uma**, a excessiva quantidade de processos, onde a demanda é superior à oferta (resposta).<sup>10</sup> **A duas**, os focos de tensão com o Executivo e o Legislativo oriundos do “gigantismo judiciário”, resultado da judicialização da política e da politização do judiciário.<sup>11</sup> **A três**, a pernicioso existência dos “clientes habituais” do Judiciário, sendo o maior deles o Estado, corporificado no Poder executivo, e os prejuízos para o efetivo e amplo acesso à justiça. **A quatro**, análise dos reais entraves para o acesso ao Poder Judiciário e o consequente descrédito sobre a “justiça” produzida por este poder. E, de último, **a cinco**, os meios alternativos de acesso à justiça, sendo os principais a conciliação, a mediação, a arbitragem e a intervenção de terceiros, tudo a par das ingentes mudanças nessa matéria trazidas no bojo do Novo Código de Processo Civil (NCPC).

Assim, o que se observa empiricamente é que a ampliação da “oferta judiciária” retroalimenta a busca, gerando uma infinidade de processos novos, sempre em ritmo crescente, de modo que a resposta do Judiciário nunca terá condições de acompanhar a demanda, e pela quantidade assombrosa de ações intentadas, aliada à exigência, por parte dos jurisdicionados, de rapidez nos julgamentos, a resposta, a mais não poder, pecará em termos de qualidade.

Nesse conspecto, afigura-se prejudicial grande parte do extraordinário investimento que vem sendo feito em favor do Poder Judiciário nacional<sup>12</sup> ao longo dos últimos anos, pois só estimula a demanda, exacerbando, por conseguinte, a contenciosidade

<sup>9</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 48-49.

<sup>10</sup> Aqui, cabe mais uma vez ressaltar a importância do uso dos meios auto e heterocompositivos, encontrados fora da estrutura judiciária estatal. A resolução do conflito operada por essa via, sobre mostrar-se efetiva para a fruição do que se pretende, tem, ainda, no que lhe compete, o condão de atacar a causa da grave crise enfrentada pelo Poder Judiciário, na medida em que, evitando o apelo a tal poder, contribui para a diminuição do número de processos judiciais.

<sup>11</sup> Afirma Luis Roberto Barroso (Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Atualidades jurídicas**: Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, Brasília-DF, n. 4, p. 1-29, jan./fev. 2009, p. 13) que, conquanto direito e política não se equiparem, é tênue a fronteira que os separa no mundo fenomênico. Diante disso, pondera que “a Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social”.

<sup>12</sup> Citando J. E. Faria e J. R. Lopes, Antonio Carlos Wolkmer (**Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa Ômega, 2001, p. 100) afirmou, no longínquo ano de 2001, de forma certa, que “o cerne problemático do Judiciário não é, necessária e exclusivamente, a falta de verbas e o desaparecimento, pois essa situação se constituiria em mera disfunção dentro de uma escala maior de problemas institucionais e estruturais”. Lamentavelmente, passados tantos anos, vê-se que o quadro permanece o mesmo.

social.

As críticas ao precário funcionamento do Poder Judiciário brasileiro fiam-se, entre outros fatores, fundamentalmente em quatro dados, advindos os três primeiros do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) — mormente das informações do “Justiça em números 2015: ano-base 2014” — e o último, do *I Relatório do Supremo em números — O Múltiplo Supremo*, qual se segue: 1º) agigantamento do número de processos em trâmite perante os órgãos do Poder Judiciário, girando as cifras de 2014 em montante exorbitante e inacreditável de aproximadamente 99,7 milhões de processos em andamento (portanto não julgados), sendo que 81% deles encontram-se na Justiça Estadual, que também concentra os maiores gastos; 2º) disparidades na cobrança das custas iniciais dos processos em cada Estado da Federação, em que as custas judiciais tendem a ser mais altas nos Estados menos desenvolvidos, e, ademais, as taxas cobradas são bastante elevadas para as causas de baixo valor e proporcionalmente menores para as causas de maior valor, o que demonstra ser o Judiciário um Poder sobremodo elitista e, nesta senda, excludente; 3º) altas despesas com a manutenção do Poder Judiciário, implicando, no ano de 2014, R\$ 68,4 bilhões, correspondente a 1,2% do PIB nacional, um crescimento de 4,3% em relação ao ano de 2013; 4º) o maior “cliente” do Supremo Tribunal Federal (STF) é o Poder Executivo, com expressiva quantidade de recursos, muitos deles procrastinatórios, o que denota que o “cidadão comum” dificilmente tem acesso à Suprema Corte do país.

A crise do Judiciário, sobretudo nos países da periferia, como o Brasil, o torna inapto e impotente para resolver, com eficácia, os conflitos que se lhes são apresentados a cada dia. Ademais, a perda de identidade do Judiciário, conforme precisas obtemperações de Antonio Carlos Wolkmer<sup>13</sup>, condiz com as próprias contradições da cultura jurídica nacional, “construída sobre uma racionalidade técnico-dogmática e calcada em procedimentos lógico-formais, incapaz de acompanhar os ritmos das transformações sociais e a especificidade cotidiana dos novos conflitos coletivos”.

Junte-se a tudo isso o fato de que no Brasil, o Poder Judiciário, paradoxalmente, tem o histórico de servir precipuamente as elites políticas e econômicas incrustadas na sociedade, com estrutura montada para decidir ao alvedrio dos critérios republicanos e da isonomia, por vezes em detrimento dos desafortunados, quando o contrário é que deveria ocorrer. Essa realidade mudou sensivelmente a partir do advento da Constituição cidadã de 1988, que exige, como regra, concurso público para o ingresso nos quadros da magistratura,

---

<sup>13</sup> WOLKMER, 2001, p. 99-100.

além de assegurar aos juízes as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio.

Em arremate, o quarto capítulo defende uma necessária releitura do acesso à justiça, e por aí se desnudam a intenção e as propostas do trabalho, a saber, o rompimento do velho paradigma, transformado em senso comum, em favor de uma nova visão de acesso à justiça, mais consentânea às aspirações que esta garantia gera ao interno da coletividade.

Quanto aos tópicos tratados, há de se ressaltar que os mesmos guardam conexão entre si, sendo os seguintes: a passagem do acesso à justiça formal para o acesso a uma ordem jurídica justa; o acesso à justiça como acesso a direitos, consequência do primeiro; o confronto entre a necessidade de criação de filtros de acesso ao Poder Judiciário em prol de uma prestação jurídica de qualidade e a democratização do acesso à justiça. Em seguida, analisa-se a perda do monopólio estatal na distribuição da justiça, que se dá com a ideia de *jurisdição compartilhada*, e o reconhecimento de que “ainda assim, há a necessidade da passagem judiciária para matérias cuja singularidade demanda provimento judicial”, divergindo, neste ponto, da ideia de Bachelard de conhecimento por descontinuidade, uma vez que, esgotadas todas as possibilidades de acesso à justiça sem êxito, não se pode negar que o Judiciário é a última trincheira do cidadão. Por fim, será estudada a necessidade do acesso preventivo à Justiça, a ser fomentado pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Sustenta-se, ademais, que é possível a participação da sociedade no acesso à justiça, através do exercício da cidadania, da participação ativa. Assim, uma saída é a participação da sociedade, do povo, na escolha e elaboração das políticas públicas, garantindo-se, sempre que necessário, o socorro ao Judiciário, que é um poder do Estado que precisa ser reconhecido como tal e, ao mesmo tempo, democratizado.

De acordo com Paulo Bonavides<sup>14</sup>, ao versar sobre a Constituição e o povo enquanto depositário da legitimidade dos poderes, certo é que “a Constituição, por determinação principal do parágrafo único do art. 1º bem interpretado, faz do povo a sede inviolável da legitimidade de todos os poderes”. Com a evolução destas ideias, chega-se a outras igualmente cruciais, que reconhecem que um dos papéis mais importantes da justiça (social) é o da participação coletiva na tomada de decisões de cunho político, que pode ocorrer, por exemplo, via Orçamento Participativo (OP), ajudando na elaboração de políticas para garantir, com eficiência, o acesso à justiça na seara da saúde.

Ganha relevo, neste capítulo, dessarte, o aspecto material do acesso à justiça, que

---

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 2.

a aproxima do sentido de acesso a direitos. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), preocupado com o descumprimento desta importante dimensão, estabeleceu por meio da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, em um de seus considerandos, que “o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa”.

Essa ordem jurídica justa implica uma prestação jurisdicional de qualidade, marcada pela eficiência (artigo 37, *caput*, da CF/88), ou seja, “justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível e idônea à fruição efetiva do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado”.<sup>15</sup> A efetividade defendida pode ocorrer dentro ou fora do processo, o qual, conforme Juvêncio Vasconcelos Viana<sup>16</sup> será efetivo quando produzir seus resultados, seus escopos, em que “ao lado de seu escopo jurídico, de atuação ao direito material — aliás, talvez até em um plano de maior importância —, há outros escopos que o processo visa a realizar, quais sejam, os escopos sociais e políticos”.

Frise-se que a prestação jurisdicional não se dá tão-somente por obra do Estado (solução adjudicada estatal), haja vista que o sentido de jurisdição tem recebido ampliação, assim admitindo, com autorização da doutrina, o que se chama de *jurisdição compartilhada*, em que o direito pode ser alcançado — muitas vezes até em melhor qualidade — e a paz social *tout court* restabelecida, pelas vias alternativas ou não estatais, e isso também é acesso à justiça.

No que diz respeito ao monopólio estatal da distribuição da Justiça, uma observação que conduz inevitavelmente ao pluralismo jurídico precisa ser feita. Com efeito, vai para longe a ideia de que o Direito é monopólio do Estado, no sentido de que a fonte de normatividade ou juridicidade promana com exclusividade deste ente.

Ora, se nem mesmo a jurisdição é presentemente sustentada como sendo de “propriedade exclusiva” da função judiciária estatal, conforme acima realçado, o que dizer dos direitos, que são expressão cultural de um povo, num dado espaço geográfico e sob a mediação do fator tempo, portanto passíveis de variabilidade e diversidade nem sempre alcançadas pela legislação positiva? Portanto, sob tal prisma, o acesso à justiça não está adstrito apenas ao que previsto ou positivado no ordenamento jurídico, mas também a uma série de direitos emanados da sociedade como frutos dos usos e costumes das pessoas, grupos, coletividades e instituições.

---

<sup>15</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 88.

<sup>16</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 17.

A não ser deste modo, o Supremo tribunal Federal (STF) não teria admitido os processamentos da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF.<sup>17</sup> Entretanto, além de admiti-los, em julgamento emblemático reconheceu novidadeiramente a inconstitucionalidade da distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo. Eis, pois, um indelével exemplo de acesso à justiça garantido pelo pluralismo jurídico.

O acesso à justiça, dentro do quadro *suslo* esboçado, funciona, em sua primeira acepção, para garantir, no foro próprio, direitos existentes e, numa acepção mais larga, assoma como meio assegurador<sup>18</sup> de direitos novos, ou seja, aqueles *prima facie* ainda não reconhecidos pelo Estado. Em síntese, o trabalho é tributário de duas ideias básicas não excludentes, embora seja a segunda evolucionária em relação à primeira ou, como diria Thomas Khun, revolucionária, pois no fundo rompe com um antigo paradigma.

A primeira, mais correntemente propalada, porém de todo restrita e vetusta, é a de que o acesso à justiça significa, com exclusividade, acesso ao Poder Judiciário, confundindo-se, por esse prisma, com o direito de ação. A segunda, ao revés, amplifica a garantia em apreciação, de modo a entendê-la como acesso a direitos, significando justiça material.<sup>19</sup> Para tanto, abrem-se as mais diversas vias, sendo esta visão o *leitmotiv* de todo o trabalho.

---

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, Rel. Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 5 maio 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 198, 13 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 5 nov. 2015; Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277. Rel. Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 5 maio 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 198, 13 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 5 nov. 2015. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgamento do REsp 1.183.378/RS, proferido em 25 de outubro de 2011, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.183.378/RS, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25 out. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília-DF, 01 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 5 nov. 2015).

<sup>18</sup> A validade desses direitos perante as instâncias ou órgãos estatais, bem como ante os destes delegados, como no caso dos Cartórios de Registro Civil, muitas vezes reclama o reconhecimento por parte do Poder Judiciário, qual se deu no citado caso do reconhecimento, pelo Supremo, como entidade familiar, da união homoafetiva.

<sup>19</sup> O CNJ entende que o acesso ao Judiciário deve representar o acesso a uma ordem jurídica justa, conforme consta na Resolução nº 125/2010.

## 2 ANÁLISE HISTÓRICO-CONCEITUAL DO ACESSO À JUSTIÇA

Pode-se dizer, numa primeira palavra, que a ideia de acesso à justiça norteia as relações entre os homens desde priscas eras. É, portanto, uma aspiração inalienável da espécie humana e não será atingida sem que haja garantia estatal para lhe dar cobro.

Ilustrativamente, Pedro Miranda de Oliveira<sup>20</sup> aduz que as primeiras indicações de acesso à justiça, no sentido da existência de garantias que, ao menos teoricamente, impediam a opressão dos mais fracos, encontram-se no Código de Hamurabi, embora se diga que as remissões ao referido código mereçam cautela.<sup>21</sup>

Partindo dessa constatação, o capítulo abordará, logo de início, o conceito de Justiça, para assim apreender os fundamentos teórico-filosóficos do acesso à justiça *em si* e, bem assim, o surgimento e desenvolvimento no Brasil da ideia de acesso ao longo dos tempos.

Para tanto, as considerações de grandes pensadores, da Idade Antiga à Idade Moderna, receberão especial tratamento. Entre eles, figura Aristóteles, que desenvolveu precursoramente o sentido de Justiça a partir de igualdade proporcional, “o dar a cada qual o que lhe pertence”, no que foi seguido por estudiosos mais modernos, como n’alguma medida Ronald Dworkin e John Rawls.

Em seguimento, já entrando no acesso à justiça propriamente dito, os contributos de alguns autores clássicos, como Mauro Cappelletti e Bryan Garth — a par das suas “três ondas de acesso à justiça”, divulgadas nos anos 1970 —, serão investigados com o devido vagar.

Objetiva-se, neste ponto, aferir as possibilidades do atingimento da Justiça não apenas no âmbito do processo judicial, mas, sobretudo e fundamentalmente, fora dele, pois ficará assentado que o Judiciário é um poder do qual a sociedade deve se servir destacadamente em caráter residual, contendo-se o ímpeto de provocá-lo a todo custo.

Ademais, será averiguada a previsão de acesso à justiça especificamente na Legislação brasileira, nela incluídas as Constituições, desde a Imperial de 1824, e as principais normas infraconstitucionais que garantem direitos.

Tendo em vista que a sua previsão se espraia por vários dispositivos do texto constitucional, bem como considerando que possui estrutura de todo diversa da dos direitos, o

---

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Concepções sobre acesso à justiça. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 82, p. 43-53, jan. 2010, p. 43.

<sup>21</sup> Cf. OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurabi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, 167p.

acesso à justiça será defendido como garantia fundamental, com as consequências daí advinentes.

## 2.1 O conceito de justiça e os fundamentos teórico-filosóficos do acesso à justiça: o surgimento da ideia de acesso à justiça

Quando se fala em acesso à justiça, não importa o local ou o momento em que tal termo é pronunciado ou estudado, o primeiro questionamento que vem à colação, até instintivamente, diz respeito a qual seria o conceito ou significado, a essência mesma, da palavra Justiça, para ao depois se perquirir sobre as formas de acesso a ela.

Assim, afigura-se impraticável se analisar o acesso à justiça, garantia fundamental prevista na Constituição Federal de 1988, sem anteriormente se aferir o conceito de Justiça, eis que a partir deste chegar-se-á inexoravelmente aos sustentáculos teórico-filosóficos desta garantia, portanto às suas bases ou fundamentos primeiros.

Contudo, certo é que o conceito de Justiça é deveras fluido, podendo ser visualizado sob os mais diversos ângulos ou campos de observação, o que gera uma enorme variedade de significados, oriundos de pontos de vista diferentes, os quais são frutos de análises individuadas em cima do mesmo objeto. Pelo que, impende à pesquisa, não importa a sua natureza, a adoção de um referencial teórico, a fim de que seja procedido o correspondente corte para a identificação e posterior definição do objeto examinado.

Nesta senda, a vertente pesquisa se debruçará em torno das definições de Justiça empreendidas por Aristóteles (idade antiga), Hans Kelsen (século XX) e John Rawls (modernidade, mais exatamente século XX e início do XXI), sem embargo de considerar a existência de outras visões não menos interessantes, algumas delas a serem, ainda que brevemente, comentadas, como a de Ronald Dworkin.

Independentemente do ponto de vista adotado, certo é que a Justiça é um valor a que todos os seres humanos<sup>22</sup> aspiram — é dizer, um ideal de vida, que remete, já de início, a dignidade da pessoa humana<sup>23</sup> — ou um princípio próprio da condição de existência do homem.<sup>24</sup> Não sem razão, o filósofo Aristóteles<sup>25</sup> vaticinou:

<sup>22</sup> A busca pela Justiça não é uma busca que escolhe classe social, pois do pobre ao rico, todos têm no mais íntimo do seu ser a predisposição para, quando em precisão, exigirem, dos seus semelhantes ou das autoridades constituídas, esse “valor” ou “direito”.

<sup>23</sup> Segundo o artigo 1º, inciso III, da CF/88, “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] **a dignidade da pessoa humana**”.

<sup>24</sup> Nada obstante, consoante bem aduziu Arnaldo Vasconcelos (**Direito, humanismo e democracia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 84), “não sendo a justiça um ser completo e acabado, mas um modo de ser de uma aspiração que constantemente quer atualizar-se, têm-se que as preocupações com sua prevalência devem

Vemos que todos os homens entendem por justiça aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo; e do mesmo modo, por injustiça se entende a disposição que as leva a agir injustamente e a desejar o que é injusto. Também nós, portanto, assentaremos isso como base geral. Porque as mesmas coisas não são verdadeiras tanto das ciências e faculdades como das disposições de caráter.

Com efeito, uma das primeiras análises sobre a Justiça de que se tem conhecimento é feita exatamente por Aristóteles<sup>26</sup>, o qual, a despeito de aceitar a escravidão e até mesmo a sujeição da mulher ao homem — o chefe de família (*pater familias*) —, entre outras condições de há tempos consideradas discriminatórias pelas civilizações modernas, defendeu uma ética vazada na justiça distributiva, a partir do princípio da igualdade proporcional, que de algum modo sanaria o problema da desigualdade natural.

Em linhas gerais, tal modalidade de Justiça seria exercida, na *práxis*, através da distribuição da honra, da riqueza e de bens divisíveis da comunidade por parte do legislador entre os seus membros em quotas iguais ou desiguais. Essa fórmula, segundo Hans Kelsen<sup>27</sup>, diz que “se forem conferidos direitos e se dois indivíduos forem iguais, direitos iguais devem ser conferidos a eles”.

Dito isto, tem-se que parte de Aristóteles o *gérmen* da diferenciação entre igualdade formal e material, a qual hodiernamente implica tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, nas exatas medidas das suas igualdades ou desigualdades.<sup>28</sup>

Aristóteles, no entanto, relata situações em que a maior densidade deste princípio não admitiria diferenciações de pessoa a pessoa, como, por exemplo, no terreno da liberdade, onde quem era considerado *cidadão* não aceitava qualquer desigualdade, por ínfima que fosse. Em outros aspectos, quais o da riqueza e o da aptidão física, o princípio de justiça se

constituir deveres cotidianos dos democratas de todas as procedências”.

<sup>25</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, Livro V, item 1. O justo, para Aristóteles, é o respeitador da lei e o probo, e o injusto é o homem sem lei e ímprobo, de modo que a justiça, portanto, assoma identificada ao Direito.

<sup>26</sup> Fábio Konder Comparato (**Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 525) sublinha que em *A República*, Platão principia o diálogo buscando encontrar a ideia de justiça, em que parte da definição clássica, atribuída a Simônides, e recolhida pelos juristas romanos, “segundo a qual ela consiste em dar a cada um o que lhe é devido”, chegando a uma primeira definição da essência da justiça: “não devemos fazer aos outros o que não queremos que eles nos façam”.

<sup>27</sup> KELSEN, Hans. **O que é justiça?** 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 125-126. Ao estudar a doutrina de justiça de Aristóteles, Kelsen, outrossim, identifica dois tipos de justiça: a distributiva e a corretiva, em que a última “é aquela que fornece um princípio corretivo nas transações privadas [...] aquelas que são voluntárias e aquelas que são involuntárias”.

<sup>28</sup> ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1985, 1280b. Defendendo a inexistência de uma Justiça dita absoluta, afirma Aristóteles: “Disto resulta que, enquanto justo significa justo apenas para certas pessoas e é distinguido de maneira idêntica em relação às coisas a serem distribuídas e às pessoas que as recebem, [...], os partidários dos dois princípios concordam a respeito do que é a igualdade entre coisas, mas discordam quanto ao que constitui igualdade entre pessoas...”.

apresentava manifestamente limitado e parcial<sup>29</sup>, resultado da diferenciação providenciada pela natureza, contra a qual não se haveria de lutar.

Em sua *Política*<sup>30</sup>, ao versar sobre a igualdade material como princípio de justiça, Aristóteles<sup>31</sup> pontificou:

Efetivamente, todos os homens se apegam à justiça, mas só avançam até um certo ponto e não dizem qual é o princípio de justiça absoluta em seu todo. Pensa-se, por exemplo, que justiça é igualdade — e de fato é, embora não o seja para todos, mas somente para aqueles que são iguais entre si; também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato pode, embora não para todos, mas somente para aqueles que são desiguais entre si.

Destarte, conclui-se que a Justiça é uma concepção fundamental dentro da teoria ético-política aristotélica, pois é a virtude que rege as relações entre os homens na cidade ou pólis, uma predisposição de caráter que torna os homens propensos a fazerem e desejarem o justo, um princípio que redundava da lei natural ou humana<sup>32</sup> e está diretamente ligado à realização do bem (ou interesse) comum<sup>33</sup>, à felicidade da comunidade e, em maior extensão, da cidade-estado.

Só que, situações de resistência entre os indivíduos comumente ocorriam, como ainda hoje ocorrem, o que gerava a necessidade de se levar a aspiração por Justiça a um terceiro imparcial, a quem competiria resolver as dissensões impossíveis pelos meios ordinários, pacificando a comunidade. Nesse sentido, entendia Aristóteles<sup>34</sup> que o fato de as pessoas em disputa recorrerem ao juiz significava que estavam recorrendo à própria justiça, pois para ele era da natureza do juiz ser uma justiça animada, eis que se apresentava como o intermediário, o mediador, a pessoa através de quem os litigantes conseguiriam o meio-termo, portanto o que é justo.

Para Aristóteles cumpriria ao juiz restabelecer a igualdade, dando a cada um "o que lhes pertence", é dizer, a sua esfera de igualdade. Ora, se o justo é chamado de justo devido a ser uma divisão em duas partes iguais e o juiz é aquele que divide em dois, resulta que o juiz promove a Justiça entre as partes.

<sup>29</sup> ARISTÓTELES, 1985, 1280b.

<sup>30</sup> Ressalte-se, contudo, que Aristóteles (384-322 a.C.) jamais escreveu, no rigor do termo, uma obra com unidade temática, de modo que a *Política* não é rigorosamente um trabalho por ele sistematicamente pensado e escrito, mas o resultado de compilações feitas por muitos de seus discípulos, a partir de aulas/palestras proferidas pelo grande mestre, do que resultou o que hoje se chama de *Política de Aristóteles* (KURY, Mário da Gama. Apresentação. In: ARISTÓTELES, 1985).

<sup>31</sup> ARISTÓTELES, 1985, 1280a.

<sup>32</sup> ARISTÓTELES, 1985, 1255a.

<sup>33</sup> ARISTÓTELES, 1985, 1283a.

<sup>34</sup> ARISTÓTELES, 1991, Livro V, item 4.

Alf Ross<sup>35</sup>, em seus estudos sobre a justiça e o direito escreveu que, como princípio do direito, a justiça delimita e harmoniza os desejos, pretensões e interesses conflitantes na vida social da comunidade, e “uma vez adotada a idéia de que todos os problemas jurídicos são problemas de distribuição, o postulado de justiça equivale a uma exigência de igualdade na distribuição ou partilha de vantagens ou cargas. A justiça é igualdade”.

Na Roma Antiga, a Justiça era representada por uma estátua, a deusa *Têmis*, com os olhos vendados, a disseminar os valores máximos segundo os quais todos são iguais perante a lei e todos têm iguais garantias e direitos legais. Deste modo, a Justiça, longe de preferências, deveria buscar a igualdade entre os cidadãos.

No período que compreendeu a Idade Média, São Tomas de Aquino conceituou a Justiça sob as lentes do Direito Natural, tornando-a uma constante vontade predisposta a “dar a cada um o que é seu”, como constava da máxima romana *suum cuique tribuere*, o que não deixou de ser como que um retorno a Aristóteles. Tomás de Aquino classificava a Justiça como comutativa, distributiva e legal, podendo, assim, se fazer entre iguais, do soberano para os súditos ou destes para com aquele.<sup>36</sup>

Hans Kelsen<sup>37</sup> apresenta a Justiça como um conceito importante ao homem, porém não sujeito à cognição humana, uma vez que seria um julgamento subjetivo de valor, irracional, portanto insuscetível de ser analisado cientificamente. Em todo caso, destaca Kelsen<sup>38</sup> que um homem é justo quando o seu comportamento corresponde a uma ordem dada como justa, em que esta significa regular o comportamento dos homens de modo a contentar a todos, ou seja, sobre ela todos devem encontrar a felicidade. Assim, Kelsen revive o aspecto da Justiça atrelado à felicidade social.

A questão que se coloca, no entanto, e que não passou despercebida pelo

---

<sup>35</sup> ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 5. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 313.

<sup>36</sup> Diz-se, pois, que toda a filosofia de Santo Tomás de Aquino, incluindo sua filosofia moral, incorporou extremada influência do pensamento de Aristóteles (Cf. NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 451).

<sup>37</sup> KELSEN, 2001, p. 2-3. Conforme Kelsen, o anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade, sendo esta encontrada dentro da sociedade e não isoladamente, de tal modo que uma ordem social justa é impossível, enquanto justiça significar felicidade individual, eis que “a felicidade capaz de ser garantida por uma ordem social só o é num sentido objetivo-coletivo, nunca num sentido objetivo-individual”. Prossegue, ademais, afirmando que “a justiça é, antes de tudo, uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social. Como virtude do homem, encontra-se em segundo plano, pois um homem é justo quando seu comportamento corresponde a uma ordem dada como justa. Mas o que significa uma ordem ser justa? Significa essa ordem regular o comportamento dos homens de modo a contentar a todos, e todos encontrarem sob ela felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade [...]. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social. No mesmo sentido, Cf. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 40-41.

<sup>38</sup> KELSEN, 2001, p. 2.

imorredouro juspositivista, está em se aferir sobre se efetivamente existe Justiça em meio ao conflito de interesses, uma vez que a realização da justiça para “A” pode implicar a não-realização de Justiça para “B”, ou seja, o direito de “A” leva ao não direito de “B” sobre um mesmo bem da vida. O mesmo ocorre quando se tem conflito de valores, que leva a um juízo eminentemente subjetivo quanto à escolha da precedência entre vida e liberdade, liberdade e igualdade, liberdade e segurança, verdade e justiça, apego à verdade e compaixão, indivíduo e nação.<sup>39</sup>

Não há, pois, segundo Kelsen<sup>40</sup>, uma definição racional<sup>41</sup> para o que efetivamente seja Justiça. Nem mesmo o imperativo categórico de Kant, que elabora uma fórmula geral para a questão da Justiça, escapou às suas acerbas críticas, conforme se deflui do seguinte excerto:

Se examinarmos os exemplos concretos através dos quais Kant procura ilustrar a aplicação de seu imperativo categórico, seremos obrigados a constatar que se trata, sem dúvida, de regulamentos da moral tradicional e do direito positivo de sua época [...]. Por isso, o imperativo categórico — da mesma forma que o princípio “a cada um aquilo que é seu” ou da regra de ouro — pode servir de justificação [...] para toda e qualquer ordem social em geral e para todo e qualquer regulamento em particular. Essa possibilidade explica por que essas fórmulas, apesar e exatamente por causa de sua total falta de conteúdo, ainda hoje são aceitas como respostas satisfatórias à questão da justiça, e provavelmente ainda o serão no futuro.

Herbert Hart<sup>42</sup> seguindo a trilha aristotélica da igualdade proporcional, como de resto a maioria dos teóricos do assunto, define que o princípio geral aplicável à ideia de justiça “é que os indivíduos fazem *jus*, uns em relação aos outros, a uma certa posição relativa de igualdade ou desigualdade”.

Para Hart, portanto, a Justiça tem o condão de restaurar o equilíbrio, pois se fundamenta em duas fórmulas principais, quais sejam: “devem-se tratar os casos iguais de forma igual” e “tratam-se os casos diferentes de forma diferente”, em que esses *standards* representam o critério uniforme ou constante de Justiça. Mas se deflui, ainda, em Hart<sup>43</sup>, um segundo critério de aferição da Justiça, o qual é considerado cambiante ou variável, e consiste em determinar quando os casos devem ser considerados semelhantes ou diferentes para determinado objetivo.

<sup>39</sup> KELSEN, 2001, p. 7.

<sup>40</sup> KELSEN, 2001, p. 19.

<sup>41</sup> Hans Kelsen leva esse raciocínio às últimas consequências, afirmando: “se existe algo que a história do conhecimento humano nos pode ensinar é como têm sido vãos os esforços para encontrar, por meios racionais, uma norma absolutamente válida de comportamento justo, ou seja, uma norma que exclua a possibilidade de também considerar o comportamento contrário como justo” (KELSEN, 2001, p. 23). Para Kelsen, pois, justiça absoluta é um ideal irracional.

<sup>42</sup> HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 206.

<sup>43</sup> HART, 2009, p. 207.

Modernamente, em síntese, as principais teorias sobre a Justiça revelam-se categorizadas em duas grandes vertentes: 1ª) A ideia de justiça relaciona-se diretamente com a ideia de equidade<sup>44</sup> ou *fairness*, sendo o seu maior expoente John Rawls; 2ª) A ideia de justiça está mais ligada ao conceito de bem-estar ou *welfare*, e é defendida por Ronald Dworkin.

Com efeito, o filósofo americano John Rawls, em sua ética política, retoma a teoria do contrato social de J. J. Rousseau<sup>45</sup>, propondo-se a responder de que modo é possível avaliar as instituições sociais. Nesse sentido, sua conclusão leva a que a virtude das instituições sociais consiste no fato de serem justas, de maneira que a estrutura básica da sociedade é a *justiça como equidade*. A fim de chegar a tal resultado, Rawls imaginou uma situação hipotética similar ao estado de natureza, na qual homens e mulheres, submetidos a um *véu de ignorância*, escolheriam aos seus livres alvedrios princípios de Justiça. Nessa tarefa, os indivíduos desconheceriam todas as situações que em tese lhes trariam vantagens ou desvantagens na vida comunitária e, desta forma, livres e iguais, na posição original todos compartilhariam de uma situação equitativa.<sup>46</sup>

Nessa situação, ao retomar a figura do contrato social como método teórico, Rawls intenta fundamentar um processo necessário e inabdicável de escolha de princípios de Justiça, que são inevitavelmente dois. Portanto, nenhum indivíduo haveria de escolher princípios diversos, e essa escolha revelaria um padrão humano de Justiça. Numa análise inicial, Rawls<sup>47</sup> faz uma formulação desses princípios nos seguintes termos: “Primeiro: cada

<sup>44</sup> No âmbito da teoria geral do direito, o termo *Equidade*, que tem origem no latim *aequitas*, significa, a rigor, ideal de justiça enquanto aplicado na interpretação, na integração ou na adaptação da norma, ou, ainda, disposição do órgão julgante para reconhecer, com imparcialidade, o direito da cada um (DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. v. 2 . São Paulo: Saraiva, 1998, p. 353). *Etimologicamente*, designa igualdade, simetria, retidão, imparcialidade, conformidade.

<sup>45</sup> Em defesa do pacto social, Rousseau (**O contrato social**. 3. ed. Tradução de Antonio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 20-21) escreveu: “suponho que os homens tenham chegado àquele ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza sobrepujam, por sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para se manter nesse estado. Então, esse estado primitivo já não pode subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse seu modo de ser. Ora, como os homens não podem engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não têm meio de conservar-se senão formando, por agregação, um conjunto de forças que possa sobrepujar a resistência, aplicando-as a um só móvel e fazendo-as agir em comum acordo”. Nesse tocante, defende que a preservação da força e da liberdade dos homens ocorra no *contrato social*.

<sup>46</sup> Com efeito, numa sociedade minimamente equilibrada, democracia e justiça como equidade são ideais que caminham *pari passu*. É o que escreve Sônia Felipe (Rawls: uma teoria ético-política da justiça. In: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de (org.). **Correntes fundamentais da ética contemporânea**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000, p. 141): “O ideal democrático é chegar cada vez mais próximo ao ideal da justa distribuição das responsabilidades, equivalentes ao montante do investimento social e da remuneração de cada sujeito representativo. Equidade resulta, então, no princípio que regula a distribuição justa da liberdade com vistas a garantir uma igualdade de todos os que sustentam o vínculo da sociedade e prezam por uma igual liberdade apreçada pelas democracias constitucionais”.

<sup>47</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 73. Em prosseguimento ao raciocínio desenvolvido, Rawls pontua que a injustiça se constitui de desigualdades que não são vantajosas para todos.

pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas”, ou seja, trata-se do princípio de liberdade; “Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos”, sendo este o princípio da igualdade, o qual, a despeito de garantir a todos, indistintamente, a acessibilidade aos cargos públicos e aos bens da vida, não anula o princípio da diferença.<sup>48</sup>

Os princípios de justiça desenvolvidos por Rawls exercem o papel de critérios de julgamento sobre a Justiça das instituições básicas da sociedade, que regulam a distribuição de direitos, deveres e demais bens sociais.<sup>49</sup> Para ele, “todos os valores sociais — liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais do auto-respeito — devem ser distribuídos de forma igual, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores seja vantajosa para todos”.<sup>50</sup> Em suma, os postulados de Rawls, consoante ponderosa interpretação de Dworkin<sup>51</sup>:

Estabelecem, *grosso modo*, que cada pessoa deve ter a mais ampla liberdade política compatível com uma igual liberdade para todos, e que as desigualdades em termos de poder, riqueza, renda e outros recursos não devem existir a não ser na medida em que favoreçam o benefício absoluto dos membros em pior situação na sociedade.

Na obra *O liberalismo político*, contudo, John Rawls reformula e “aperfeiçoa” algumas das suas teses, o que fica claro quando argumenta que sua teoria tem um caráter político, sem qualquer conotação moral, de modo que o desafio fundamental a que doravante almeja é buscar um consenso sobre o que é justo ante a multiplicidade e variedade de doutrinas que versam sobre o tema. Tal fragmentação leva Rawls<sup>52</sup> a sustentar, nessa fase de sua produção intelectual, a necessidade de um consenso sobre a concepção de Justiça, uma

<sup>48</sup> Diz Rawls (2008, p. 94) que a desigualdade inicial nas perspectivas de vida segundo o princípio da diferença “só é justificável se a diferença de expectativas for vantajosa para o indivíduo representativo que está em pior situação, neste caso o trabalhador não-qualificado representativo. A desigualdade de expectativas só é permissível se a redução nas expectativas desse indivíduo representativo tornasse a classe trabalhadora ainda mais desfavorecida. Supõe-se que, dada a cláusula do segundo princípio relativa a posições abertas e, de maneira geral, ao princípio da liberdade, as maiores expectativas permitidas aos empresários os incentivam a fazer coisas que elevam as perspectivas da classe trabalhadora. As melhores perspectivas daquelas servem de incentivos para que o processo econômico seja mais eficaz, a inovação se instaure num ritmo mais acelerado, e assim por diante”.

<sup>49</sup> Interpretando o pensamento rawlsiano, Dworkin (**Levando os direitos a sério**. 3. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 282) afirma: “o pressuposto mais básico de Rawls não é o de que os homens tenham direito a determinadas liberdades que Locke ou Mill consideravam importantes, mas que eles têm direito ao igual respeito e à igual consideração pelo projeto das instituições políticas”.

<sup>50</sup> RAWLS, 2008, p. 75.

<sup>51</sup> DWORKIN, 2010, p. 235.

<sup>52</sup> RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 440-515.

pretensão de consistência entre discurso e ações, e neste ponto a sua proposta filosófica aproxima-se sobremodo da visão consensual-deliberativa defendida a *ferro e fogo* por Jürgen Habermas, a cujas críticas ele responde elegantemente.

O outro aspecto da Justiça, que diz com o bem-estar, parte da perspectiva da Justiça ou igualdade distributiva. Reza Dworkin<sup>53</sup>, pois, que essa igualdade afirma que “o esquema distributivo trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere recursos entre elas até que nenhuma transferência adicional possa deixá-las mais iguais em bem-estar”.

De acordo com Ronald Dworkin<sup>54</sup>, na análise do Direito e da Justiça duas ideias principais reclamam consideração: a primeira fia-se em que a distribuição das riquezas sociais deve refletir as escolhas das pessoas; e a segunda implica que as desigualdades materiais se justificam tão-somente a partir de dois aspectos: quando atribuídas às livres escolhas das pessoas ou quando decorrem de circunstâncias que se encontram fora do controle dos indivíduos. Numa palavra, em face da igualdade de recursos, as pessoas são responsáveis pelas escolhas que fazem em suas vidas. Isto porque os atributos naturais de inteligência e talento não devem surtir efeitos sobre a distribuição dos recursos na sociedade, uma vez que os governos se obrigam a proverem uma igualdade material para todos, pois a vida de cada pessoa está em igual patamar de importância. A essa ideia, Dworkin denomina justiça distributiva.

O jurista argentino Carlos Santiago Nino<sup>55</sup>, em trabalho no qual analisa percucientemente o Direito, observa que as teorias de Justiça se bifurcam em duas vertentes, que são: 1ª) teorias teleológicas, com representação em Santo Tomás (a perfeição do homem) e no utilitarismo (a felicidade geral); 2ª) teorias deontológicas, cujas ideias componentes estão em Kant (reino dos fins) e Rawls (posição originária).

Todo o exposto demonstra que o surgimento da ideia de acesso à justiça, apesar de bem diversa da atualidade, tem em Aristóteles o seu consolidador primeiro, pois o filósofo grego se debruçou com proficiência e argúcia não apenas sobre o significado e sentido da Justiça, mas, sobretudo, quanto às suas manifestações no dia-a-dia, identificando-a com o que

---

<sup>53</sup> Referida perspectiva de igualdade, difere da igualdade de recursos, a qual afirma que as pessoas são tratadas como iguais “quando distribui ou transfere de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais iguais suas parcelas do total de recursos” (DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 4-5; no mesmo sentido, DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 537-556). Assim, segundo Dworkin, para que a igualdade como **bem-estar** seja atingida, a distribuição de recursos deve levar em conta as diferenças entre as pessoas, do que redundará desigualação nessa distribuição, ao passo que na igualdade de **recursos** presume-se uma situação em que não haja maior necessidade de uma parte relativamente à outra.

<sup>54</sup> DWORKIN, 2010, p. 235-282.

<sup>55</sup> NINO, 2010, p. 450-489.

entendia por igualdade, e assim fazendo germinar o sentido de acesso aos direitos.

Por outro lado, o estudo das teorias de Justiça revela que o acesso a esta produzirá, ao fim e ao cabo, o acesso aos direitos disponíveis (e/ou almejados) e por vezes reivindicados por pessoas ou grupos que guardam contrariedades entre si ou com o **ente** político, variando apenas os meios à disposição dos indivíduos para a consecução dos seus interesses.

O método primitivo de solução de conflitos era a autotutela ou justiça privada, o qual evoluiu para a autocomposição, ou seja, o acordo de vontades entre os contendores, e, em seguida, para o modelo de resolução de conflitos através da escolha de árbitros imparciais pelas próprias partes, até chegar à organização judiciária atual. A partir dessa evolução, na maioria dos países do Ocidente — não sendo diferente no Brasil — o acesso à justiça tem a conotação de acesso ao Poder Judiciário, cuja função precípua, dentro do Estado Democrático de Direito, é a de julgar, dirimindo lides através do exercício da função jurisdicional, que é inerte e deve ser provocada pelo direito de ação.

Reivindica-se, porém, na pós-modernidade, o exercício compartilhado<sup>56</sup> desta missão, que para além de estatal no sentido estrito, é democrática e social no sentido amplo. Tal se daria por meios outros, diversos da participação estatal direta ou, em certas situações, indireta, hipótese em que o acesso à justiça, portanto à jurisdição materializar-se-ia por ato das próprias partes, praticados, por exemplo, na via da conciliação ou da mediação.

Outra vertente do exercício compartilhado da jurisdição, mas que o Estado atuaria em coparticipação com a sociedade, está na possibilidade de o Poder Judiciário, mormente no exercício da jurisdição constitucional, referendar direitos não previstos na Legislação, mas socialmente reconhecidos e vivenciados, o que já vem ocorrendo em larga escala no Brasil, como sói concluir, entre outras, da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar.

Saliente-se, ademais, que o sentido de Justiça material e, por via de consequência, o de acesso à mesma variarão conforme varie a modalidade de Estado. No Estado liberal, o acesso aos direitos ocorre de forma “igualitária”<sup>57</sup> e livre, o que significa sem a interveniência estatal, eis que não lhe cabe providenciar diretamente à população os bens da vida, mas tão só

---

<sup>56</sup> Jurisdição vem do latim *jurisdictio* e literalmente significa “dizer o direito”.

<sup>57</sup> Em ensaio sobre a transição do Estado liberal para o Estado social, Paulo Bonavides (**Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 61) evidencia que como a igualdade a que se arrima o liberalismo “é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato — econômicas, sociais, políticas e pessoais —, termina a apregoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome”.

fazer cessar os conflitos existentes na sociedade sob os auspícios do Judiciário, órgão imparcial. Nesse caso, o direito de ação se dirige contra o Estado como garantia da efetividade dos direitos individuais de liberdade reconhecidos originariamente pelo Estado burguês.

Já no Estado social, qual o brasileiro, a teor dos artigos 6º, 7º e seguintes da Carta Magna de 1988, tem-se a noção de justiça social, que é materializada a partir de prestações positivas do Poder Público, que se obriga a extirpar as desigualdades sociais (e regionais), assim implementando direitos que atendam as necessidades mais candentes do povo.

Para os principais estudiosos desta travessia, o advento do Estado social significa o inequívoco desgaste do Estado liberal, cujo programa de governo ou de atuação política, com reflexos diretos no sistema jurisdicional, se tornou impotente para satisfazer os interesses primários da sociedade. Na esteira das lições de Paulo Bonavides<sup>58</sup>, conclui-se que a erupção do Estado social<sup>59</sup> configura o resultado da superação ideológica do antigo liberalismo, que “na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise”.

## 2.2 As três ondas de acesso à justiça segundo Mauro Cappelletti e Bryan Garth

Uma vez analisadas as bases teórico-filosóficas, sob as quais está fincado o conceito de Justiça, é de bom alvitre avançar, agora sobre o estudo da evolução por que passou e continua a hodiernamente enfrentar a garantia do acesso a este relevante valor.

Convém esclarecer, *ab initio*, que o acesso à justiça ocorre no seio do Estado e é — num primeiro e mais decisivo momento<sup>60</sup> — por este fomentado através de seus órgãos e agentes, muitos dos quais vinculados a alguma das funções estatais<sup>61</sup>, outros não, como os representantes do Ministério Público.

Ora, se a Justiça conclama a igualdade de tratamento, que implica a distribuição equitativa dos bens e valores, em suma das riquezas sociais, quem terá acesso a tais direitos: o indivíduo isoladamente considerado (interesses individuais), os grupos (interesses coletivos) ou a sociedade como um todo (interesses difusos)?

Com efeito, historicamente o acesso à justiça esteve reservado primordialmente

<sup>58</sup> BONAVIDES, *Do estado liberal...*, 2004, p. 188.

<sup>59</sup> A igualdade no Estado social, “já não se trata de dar a cada cidadão o que é seu, mas de nivelar politicamente todo valor participativo na formação da vontade do Estado” (BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 122).

<sup>60</sup> Com o tempo, vê-se que por vezes a função jurisdicional claudica, o que gera a imperiosa necessidade de criação de meios extrajurídicos de acesso à justiça, fora, portanto, da estrutura do Estado.

<sup>61</sup> Tais funções são: executiva, legislativa e jurisdicional.

para as elites econômicas e políticas, bem como religiosas. Na idade antiga, conforme acentuado, apenas os considerados “cidadãos”, um número diminuto, fruíam da Justiça, ideia à época considerada “justa”. A Idade Média, além de ter sepultado a racionalidade do pensamento antigo, deu poder supremo à Igreja, o que certamente impediu a igualitária distribuição da Justiça, portanto dos direitos, já que estes eram “privilégios” auferidos por categorias específicas.

O nascimento do Estado moderno rompeu com muitas práticas absolutistas vigentes no período anterior, mudando, no mesmo tom, o sentido dos valores e o foco relativamente aos seus destinatários. Mais à frente, a filosofia iluminista do século XVIII, capitaneada por pensadores do quilate de Montesquieu, Rousseau, Voltaire, Diderot e D’Alambert, pregou a igualdade de todos perante as leis, em suma o que ora se pode chamar de ruptura com a injustiça, em prol da Justiça. Entre os séculos XIX e XX, a doutrina do constitucionalismo houve por bem positivar nos textos constitucionais a garantia do acesso à justiça, no louvável intento de promover o salto da igualdade formal para a igualdade material.

Ressalte-se, no entanto, que essas travessias não ocorreram sem grandes sobressaltos e turbulências, porquanto variadas resistências das classes epocalmente privilegiadas se antepuseram às mudanças nascentes. O acesso à justiça, nessa quadra histórica, sobre ser visualizado unicamente como acesso aos Tribunais, inclinava-se, ainda, para o atendimento exclusivo de interesses individuais, sendo completamente desconhecido o sentido coletivo dos direitos.

O conceito teórico de acesso à justiça, segundo Cappelletti e Garth<sup>62</sup>, passou por evolução desde os estados liberais burgueses (sécs. XVIII e XIX), nos quais os litígios civis refletiam a então vigente filosofia essencialmente individualista dos direitos, que embora fossem considerados naturais não necessitavam de uma ação do Estado para a sua proteção.

Todo o exposto demonstra que malgrado positivado o acesso à justiça, os meios para assegurá-lo ainda eram restritos e precários, e os juízes, naquele período, não tinham a plena confiança dos setores emergentes, tendo em vista que historicamente representavam o braço forte de opressão do soberano, pois por longo tempo estiveram ligados ao *Ancien Régime*. Daí que a sua função se resumia a aplicar os textos legais através de um processo meramente subsuntivo.

A consolidação do Estado liberal trouxe inúmeras contradições<sup>63</sup> e, na prática,

---

<sup>62</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 9.

<sup>63</sup> As categorias da Revolução Francesa são tratadas por Eros Roberto Grau (**A ordem econômica na**

ingentes desigualdades, embora o lema que sobreviveu à Revolução Francesa fosse: *Liberté, Egalité, Fraternité*. Avulta que nesse período a igualdade no acesso à justiça não passava de uma quimera. Ao Judiciário recorria exclusivamente os que detinham condições financeiras de arcar com as altas e insuportáveis custas desse acesso (despesas inerentes ao direito de ação). Até o início do Século XX não se vislumbrava uma saída para a efetivação de tão importante garantia.

Pensava-se que a saída estava no intervencionismo estatal, com vistas à concretização dos direitos sociais e à tutela dos mais fracos em suas relações com os mais fortes, entre estes o próprio Estado. Nesse ínterim, em alguns países muitas ideias do Estado liberal são criticadas e substituídas pelas trazidas por um novo modelo, o Estado social.<sup>64</sup>

O reconhecimento dos direitos sociais pelas constituições modernas, cujo marco foi a Mexicana de 1917<sup>65</sup>, mereceu de Cappelletti e Garth<sup>66</sup> o tratamento adiante transcrito:

Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos.

Os autores, nesse sentido, se preocuparam com a problemática vigente do acesso à justiça, tanto que na década de 1970 estudaram meios e possibilidades facultadores da democratização ou distribuição igualitária deste acesso, argumentando que “a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação”.<sup>67</sup>

O despertar de interesse em torno da efetividade do acesso à justiça gerou a imperiosa necessidade de soluções práticas para a sanção da ausência do acesso, o que se afigurava comum, como ainda hoje se afigura, nas sociedades do século XX. Tais soluções foram incorporadas em “ondas de acesso à justiça”, consoante será delineado com o devido pormenor.

---

**constituição de 1988.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21-25) como imperfeições do liberalismo, uma vez que à idealização de liberdade, igualdade e fraternidade se contrapôs a realidade do poder econômico. Para o autor, “a liberdade econômica, porque abria campo às manifestações do poder econômico, levou à supressão da concorrência”; a igualdade, “de outra parte, alcançava concreção exclusivamente no nível formal”; e a fraternidade, “a toda evidência não poderia ser lograda no seio de uma sociedade na qual compareceriam o egoísmo e a competição como motores da atividade econômica”.

<sup>64</sup> Consoante Paulo Bonavides (**A constituição aberta**, 2004, p. 112), o Estado liberal nasce abraçado à liberdade, com o culto da personalidade como valorização tutelar, ao passo que o Estado social nasce preso à igualdade, com o culto democrático da dignidade humana.

<sup>65</sup> Registre-se que a Constituição de Weimar, de 1919, trouxe uma dimensão mais ampla dos direitos sociais.

<sup>66</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 11.

<sup>67</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 11-12.

Antes, porém, não é despidendo reiterar que a Justiça — assim como os outros bens — em sua origem só podia ser obtida por aqueles que tivessem condições financeiras de enfrentar seus elevados custos. Cuidava-se de um acesso meramente formal, discriminatório e seletivo, portanto não efetivo.<sup>68</sup> Por isso, os primeiros esforços para incrementar o acesso à justiça — e dessarte ceifar as injustiças reinantes — sustentados por Cappelletti e Garth<sup>69</sup>, concentraram-se em proporcionar serviços jurídicos para os pobres, que se apresentavam completamente apeados de seus mais basilares direitos.

Seguindo esse trilhar, a “primeira onda” de acesso buscou colmatar a lacuna vazada na ausência de assistência judiciária aos mais carentes, sustentando e defendendo o direito de os pobres acorrerem ao Judiciário com o auxílio de advogados pagos pelos cofres públicos. Tão férteis ideias reverberaram, de modo que os “sistemas de justiça” da maior parte do mundo moderno passaram por profundas transformações, para incluírem, em suas entranhas, como estrutura elementar, a assistência judiciária, assim desdobrada: sistema *judicare*; advogado remunerado pelos cofres públicos; e modelos combinados.

Pelo sistema *judicare*, aplicado entre outros países na Inglaterra e na França, a assistência judiciária era estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadravam nos termos da lei. Estava assim articulado:

Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. A finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado. O ideal é fazer uma distinção apenas em relação ao endereçamento da nota de honorários: o Estado, mas não o cliente, é quem a recebe.<sup>70</sup>

Ocorre, entretanto, que este sistema limitava-se a tentar vencer os obstáculos econômicos ao acesso à justiça, mas não os obstáculos sociais e culturais, já que, conforme abalizado magistério de Boaventura de Sousa Santos<sup>71</sup>, “nada fazia no domínio da educação jurídica dos cidadãos, da conscientização sobre os novos direitos sociais dos trabalhadores, consumidores, inquilinos, jovens, mulheres etc.”.

Por conta disso, o modelo subsequente, de assistência judiciária com “advogados remunerados pelos cofres públicos”, tem objetivo diverso, pois enquanto o sistema *judicare*

<sup>68</sup> Nessa esteira, Cappelletti e Garth (2002, p. 9-10) aduzem: “a partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas declarações de direitos, típicas dos séculos dezoito e dezenove”.

<sup>69</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 31-32.

<sup>70</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 35.

<sup>71</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013, p. 211.

trata os pobres como indivíduos<sup>72</sup>, ele sobe um degrau e passa a os tratar como classe. A diferença assoma clarividente na seguinte passagem dos autores: “contrariamente aos sistemas judicare existentes, no entanto, esse sistema tende a ser caracterizado por grandes esforços no sentido de fazer as pessoas pobres conscientes de seus direitos e desejosas de utilizar advogados para ajudar a obtê-los”.<sup>73</sup>

A atividade do advogado nesse sistema, portanto, é bem mais proativa que no primeiro, pois nele os advogados frequentemente auxiliavam os pobres a identificarem e, só *a posteriori*, reivindicarem os seus direitos, atacando, assim, na origem o sério problema da desinformação jurídica pessoal dos pobres.<sup>74</sup>

Referidos sistemas, entretanto, apresentaram falhas e imperfeições, levando a que os autores pensassem em “modelos combinados”:

Esse modelo combinado permite que os indivíduos escolham entre os serviços personalizados de um advogado particular e a capacidade especial dos advogados de equipe, mais sintonizados com os problemas dos pobres. Dessa forma, tanto as pessoas menos favorecidas, quanto os pobres como grupo, podem ser beneficiados.<sup>75</sup>

No Brasil, a Defensoria Pública (DP), após a promulgação da Constituição de 1988, é um elemento central às políticas de acesso à justiça em prol dos hipossuficientes, a despeito de a sua plena consolidação ainda enfrentar pesados obstáculos, sobrelevando os de cunho financeiro, que obstam a sua instalação, por leis próprias, em todos os Estados da Federação.

Nada obstante os esforços desenvolvidos na “primeira onda”, viu-se que nem todas as arestas concernentes ao acesso à justiça haviam sido aparadas. Nesse contexto, exsurge a “segunda onda”, em que reconhece a necessidade de representação em juízo dos interesses difusos, tais como os dos consumidores ou dos defensores do meio ambiente. Esses interesses, também chamados de coletivos ou grupais<sup>76</sup>, conforme esclarecem Cappelletti e Garth<sup>77</sup>, contrapunham-se à ideia de processo como assunto de duas partes, que envolvia interesses individuais, tendo provocado uma forte revolução no âmbito do processo civil, que passou a adequar os seus vetustos institutos a essa nova e surpreendente realidade.

<sup>72</sup> As deficiências do referido sistema foram vislumbradas pelos autores: “o *judicare* desfaz a barreira de custo, mas faz pouco para atacar barreiras causadas por outros problemas encontrados pelos pobres. Isso porque ele confia aos pobres a tarefa de reconhecer as causas e procurar auxílio; não encoraja, nem permite que o profissional individual auxilie os pobres a compreender seus direitos e identificar as áreas em que se podem valer de remédios jurídicos” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 38).

<sup>73</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 40.

<sup>74</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 40.

<sup>75</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 44.

<sup>76</sup> Importa ressaltar que para Rodolfo de Camargo Mancuso (**Jurisdição coletiva...**, 2014, p. 55), o instrumento que alavancou o processo coletivo no Brasil foi a Lei nº 7.347/85, conhecida como lei da ação civil pública.

<sup>77</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 50.

O primeiro método de representação dos interesses difusos foi identificado pelos autores como “ação governamental”, cuja função seria a de proteger o interesse público. Exemplo hodierno de órgão governamental de proteção desse interesse é o Ministério Público, o qual, no Brasil, tem relevante atuação nessa seara.<sup>78</sup> Os pesquisadores citam, também, como exemplo, o “ombudsman do consumidor”<sup>79</sup>, na Suécia, instituição criada para representar os interesses coletivos fragmentados dos consumidores.

Com o escopo de superar as limitações da solução governamental, criou-se “a técnica do procurador-geral privado”, consistente em “permitir a propositura, por indivíduos, de ações em defesa de interesses públicos e coletivos”.<sup>80</sup> No território brasileiro, essa possibilidade é facultada pela ação popular, regulamentada pela Lei Federal nº 4.717/65.<sup>81</sup>

Por fim, ainda na “segunda onda”, falou-se na “técnica do advogado particular do interesse público”, a qual reconhece a necessidade de permitir ações coletivas no interesse público, possibilitando-se aos grupos representativos demandarem direitos coletivos que o Ministério Público não tenha eficientemente postulado.<sup>82</sup>

Com efeito, as reformas empreendidas por tais ondas, conquanto revolucionárias e importantíssimas, não resolveram por inteiro a questão do acesso à justiça. Conforme acentuado por Cappelletti e Garth<sup>83</sup>, o fato de se reconhecer a importância dessas reformas não deve impedir que os seus limites sejam visualizados. Nesse sentido, emerge a “terceira onda” de acesso à justiça, com um novo enfoque, mais amplo e informal, o qual, com não eliminar as conquistas das *ondas* precedentes<sup>84</sup>, adiciona, conforme os autores, numa clara visão espectral do fenômeno, a necessidade de:

<sup>78</sup> A Constituição Federal de 1988, ao versar sobre as funções essenciais à justiça, em seu artigo 127 prescreve que: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

<sup>79</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 54.

<sup>80</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 55.

<sup>81</sup> Assim dispõe o artigo 1º da sobredita Lei: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos”.

<sup>82</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 56-57.

<sup>83</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 67. Os autores destacam que os programas implementados pela primeira *onda* têm promovido progressos no sentido da reivindicação dos direitos, tanto tradicionais quanto novos, dos menos privilegiados, e quanto à segunda *onda*, um passo de importância fulcral foi a criação de mecanismos para representar os interesses difusos dos pobres e dos consumidores e do público em geral.

<sup>84</sup> Observa Juvêncio Vasconcelos Viana (2003, p. 16) que a “terceira onda” de acesso à justiça não abandona as técnicas reveladas pelas *ondas* que lhe precederam, pois em verdade “a onda do acesso à justiça acaba sendo algo emergente e resultante dos movimentos que lhe foram precedentes, atentos à representação melhor e mais efetiva de certos interesses”.

Alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios.<sup>85</sup>

O novo enfoque de acesso à justiça tem um alcance destacadamente mais amplo que os anteriores. A **terceira onda**, portanto, “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”.<sup>86</sup> Vê-se, ademais, aqui, o vislumbre da mediação como um meio pacífico de resolução de conflitos, bem como de se evitá-los.

Em suma, afirma José Eduardo Carreira Alvim<sup>87</sup> que no ordenamento jurídico brasileiro as “ondas evolutivas” em estudo estão assim representadas: a primeira onda pela assistência judiciária; a segunda onda pelas ações coletivas; e a terceira onda por uma nova estrutura do Poder Judiciário e os novos procedimentos (juizados especiais, conciliação, arbitragem, etc.).

### 2.3 O acesso à justiça na Legislação brasileira

A regra do acesso à justiça como acesso ao Judiciário, fiadora do direito de ação em face da violação ou do não atendimento de um direito, antes de ser agasalhada em norma constitucional, foi positivada no artigo 75 do revogado Código Civil de 1916, com o seguinte teor: “a todo o direito corresponde uma ação que o assegura”.<sup>88</sup>

A primeira Constituição brasileira a prevê-la expressamente, sob a fórmula da não exclusão da apreciação de direitos pelo Judiciário, foi a de 1946<sup>89</sup>, a qual, dentro do capítulo alusivo aos direitos e garantias individuais, determinou que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (artigo 141, § 4º). Essa regra, considerada, por muitos, como princípio<sup>90</sup>, foi repetida na Constituição de 1967, *ex vi*

<sup>85</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 71.

<sup>86</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 67p. 67-68. Ainda, os autores sustentam que “é necessário, em suma, verificar o papel e importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 67p. 73).

<sup>87</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. Justiça: acesso e descesso. **Direito Federal**: Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil, v. 73, p. 165-184, jan./jun. 2003, item 9.

<sup>88</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental de ação. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 358.

<sup>89</sup> As Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937 não expressaram normas com conteúdo semelhante. Registre-se, porém, que o *item* 32 do artigo 113 da Constituição de 1934 determinava que: “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”.

<sup>90</sup> As regras e os princípios são normas presentes na Constituição Federal, as quais têm características e estruturas próprias, o que não significa dizer que uma seja mais importante do que a outra ou que existam de forma isolada, uma independentemente da outra. Dependendo do critério avaliativo, uma mesma norma-

do artigo 150, § 4º<sup>91</sup>, e na Emenda Constitucional nº 1 de 1969, conforme artigo 153, § 4º.<sup>92</sup>

A vigente Constituição Federal, que entre todas as que lhe precederam figura como a mais democrática e cidadã<sup>93</sup>, *mutatis mutandis* repete-a no artigo 5º, inciso XXXV, com o seguinte teor: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Com efeito, a mudança está em que agora, de forma mais ampla, a norma veda ao Judiciário a recusa em analisar não apenas a lesão, mas também a ameaça a Direito, seja ele de qual espécie for.

De se ver que o acesso à justiça versado nesse dispositivo constitucional é portador de dupla face, haja vista que gera para o demandado o direito de defesa em face de quem exerceu o direito de ação. Consoante José Afonso da Silva<sup>94</sup>, “invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude de defesa, agora mais incisivamente assegurada no inc. LV do mesmo artigo [...]”.

De acordo com a doutrina, essa norma carrega o princípio da proteção judiciária, também chamado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que deflui da regra do acesso à justiça, na vista do qual o juiz, por determinação legal, não pode se eximir de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei (artigo 126 do CPC). Interpretando esse princípio, José Afonso da Silva<sup>95</sup> afirma ser o mesmo a principal garantia dos direitos subjetivos e vai mais além ao escrever que:

A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o

---

princípio pode figurar como norma-regra ou até como postulado normativo. A **igualdade**, por exemplo, segundo Humberto Ávila (**Teoria dos princípios**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 171), pode funcionar como **regra**, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como **princípio**, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como **postulado**, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos e da relação entre eles.

<sup>91</sup> Com a seguinte redação: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

<sup>92</sup> MARINONI, 2013, p. 358.

<sup>93</sup> Com respeito a Constituinte que desaguou na promulgação de Constituição de 1988, Paulo Bonavides e Paes de Andrade afirmam: “enfim, uma Constituinte, como nunca aliás houve em nossa história constitucional de várias repúblicas e um império, em que o povo esteve realmente perto dos mandatários da soberania e sem quaisquer obstáculos lhes trouxe o subsídio de sua colaboração e o préstimo de sua vontade. A presença da sociedade nunca faltou, portanto, nas diversas ocasiões em que ocorreram dramáticos conflitos de interesses, dos quais haveria de emergir afinal as regras básicas disciplinadoras de matéria a ser posta no texto da Constituição” (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 491).

<sup>94</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 431 O autor, em complemento ao seu argumento, cita o magistério de Liebman: “O poder de agir em juízo e o de defender-se de qualquer pretensão de outrem representam a garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e competem a todos indistintamente, pessoa física ou jurídica, italianos [brasileiros] e estrangeiros, como atributo imediato da personalidade e pertencem por isso à categoria dos denominados direitos *cívicos*”.

<sup>95</sup> SILVA, J., 2007, p. 431.

monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, pois a Constituição já não mais o qualifica de individual, no que andou bem [...].

Ocorre, contudo, que tal interpretação não diz tudo sobre o acesso à justiça, de vez que ele vai para além de um mero acesso ao Poder Judiciário<sup>96</sup>, sobretudo quando focalizado pela ótica do acesso (direto) aos direitos ou bens da vida. É o que se infere da literalidade do dispositivo constitucional em análise, a evidenciar, a partir de uma leitura mais atenta, que o acesso ao Poder Judiciário não pode ser excluído por nenhum tipo de Lei, pelo que é direcionada, primeiramente, ao Legislador como cláusula impeditiva, e não aos indivíduos em geral, como se fosse um convite à litigância.

Afigura-se, portanto, que no afã de dar operatividade à defesa dos direitos fundamentais, bem como os resguardar de adversões provocadas pelos entes estatais, o princípio da garantia da via judiciária é uma imposição dirigida diretamente ao legislador.

De mais a mais, segundo relanço de J. J. Gomes Canotilho<sup>97</sup>, “o princípio visa garantir uma melhor definição jurídico-material das relações entre Estado-cidadão e particulares-particulares, e, ao mesmo tempo, assegurar uma defesa dos direitos segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado”. Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>98</sup>, por sua vez, elaborou os comentários subsequentes ao princípio de que se cuida:

Em verdade, o inc. XXXV do art. 5º da CF/1988, ao vedar que a lei venha excluir do Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito, não foca o jurisdicionado como seu precípua destinatário, e sim o legislador; de outro, tampouco aquele enunciado garante que venha sempre examinado o mérito dos históricos de danos temidos ou sofridos, sabido que a resolução do fulcro das demandas depende do atendimento das *condições* de admissibilidade da ação, e, ainda, que o processo que lhe serve de instrumento atenda aos pressupostos de existência e validade.

Em pensamento complementar, embora contrário em alguns pontos, o professor Samuel Miranda Arruda<sup>99</sup> acentua:

<sup>96</sup> A evolução histórica da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, desde as suas matrizes portuguesas, passando pelos primórdios da Justiça no Brasil, do período colonial ao império, chegando ao modelo de todo o período republicano até os dias presentes foi minudentemente estudada por Ives Gandra da Silva Martins Filho (Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 1, n. 5, set. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_05/evol\\_historica.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2015).

<sup>97</sup> CANOTILHO, 2003, p. 275.

<sup>98</sup> MANCUSO, 2011, p. 24.

<sup>99</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília jurídica, 2006, p. 75-76. Marinoni também considera que essa norma é direcionada contra o Legislador, porém ressalta que “a proibição de exclusão da apreciação, assim como a proibição de o juiz se negar a decidir, constituem garantias a um não fazer do Estado. Um não fazer imprescindível para a efetividade do direito à tutela jurisdicional” (MARINONI, 2013, p. 360).

Uma exegese apressada tomaria o legislador como destinatário único desta norma constitucional que aparentemente contém apenas um comando negativo: um não fazer ou uma proibição de legislar. Contudo, se por um lado a intenção do constituinte foi vedar as iniciativas legislativas que limitassem o recurso à jurisdição, parece restar evidenciado que se pretendeu também afirmar o reverso: que a tutela jurisdicional será prestada a quem quer que recorra ao Poder Judiciário. Realmente, ao referir que a lei não poderá excluir do âmbito de cognição dos juízes quaisquer lesões ou mesmo ameaças a “direito”, restou implicitamente pressuposto que todas essas lesões ou ameaças já se consideravam *a priori* inseridas no quadro de matérias submissíveis a esse Poder.

A despeito da interpretação que se confira ao dispositivo constitucional em testilha, certo é que nenhum dos três poderes pode impor indevidos óbices ao exercício do direito de ação. Por exemplo, ao Legislador é defeso criar lei que imponha a cobrança excessiva de taxas judiciárias, pois como diz a súmula nº 667 do STF, “viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”.

Com efeito, de nada adiantaria a norma constitucional de garantia se não houvesse, na prática, os meios para torná-la efetiva, mormente tendo em vista que o aspecto do acesso à justiça ligado ao acesso ao Judiciário notabiliza-se por ser, nomeadamente, caro, demorado e, já por esses motivos, seletivo.

Ora, se por um lado a lei não pode impedir ou dificultar o acesso ao Judiciário, por outro ela deve fomentar o acesso à justiça, através da asseguuração de direitos e, por igual, da ampliação e facilitação dos canais para persegui-los em juízo quando injustificadamente denegados ou d’algum modo malferidos. Preocupado com essa realidade, portanto almejando a facilitação do acesso ao Judiciário para os necessitados, o legislador federal editou, no ano de 1950, a Lei nº 1.060, a qual estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos indivíduos mais carentes.<sup>100</sup>

Essa assistência, a teor do artigo 3º da referida lei, compreende, *inter alia*, as seguintes isenções: taxas e selos judiciários; emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça; despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; honorários de advogado e peritos; despesas com a realização do exame de código genético — DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade; depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório. Ainda conforme a lei, os benefícios

---

<sup>100</sup> Necessitado, nos termos da mencionada Lei, é todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família (artigo 2º, par. único).

da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias (artigo 9º).

O Novo Código de Processo Civil (NCPC) traz dois dispositivos que de forma expressa intentam viabilizar um melhor acesso à justiça. O primeiro determina que a cooperação jurídica internacional, observará a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados (artigo 26, inciso II). O segundo, diz que “a petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça” (artigo 319, § 3º).<sup>101</sup>

A Constituição Federal de 1988, na qual toda a legislação infraconstitucional deve se inspirar, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, afirma que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. E em complemento, seguindo os ditames da primeira onda acima analisada, determina que a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados (artigo 134).

O direito de ação, portanto, traz ínsito a si a necessidade de legislação infraconstitucional capaz de lhe atribuir exequibilidade. É o que pondera Luiz Guilherme Marinoni<sup>102</sup>:

O direito de ação, quando visto na direção das prestações positivas devidas pelo legislador, além de adquirir a feição de direito de acesso à justiça, assume a figura de direito à pré-ordenação das técnicas processuais idôneas à viabilidade da obtenção das tutelas prometidas pelo direito substancial. O direito de ação, como direito fundamental, deve ser devidamente protegido pelo legislador infraconstitucional, seja através de prestações viabilizadoras do acesso, seja mediante prestações normativas instituidoras de técnicas processuais adequadas.

Por fim, afirma-se que o exercício do direito em apreço legitima a participação popular direta e democrática na tutela de direitos, bem como na gestão da coisa pública, como sói ocorrer através do manejo pelo cidadão da ação popular, prevista no artigo 5º, inciso LXXIII, da CF/88.<sup>103</sup> O outro lado do acesso à justiça, sem prejuízo de um melhor e constante

---

<sup>101</sup> Cf. NCPC, artigo 319: “A petição inicial indicará: [...]; II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu”.

<sup>102</sup> MARINONI, 2013, p. 361-362.

<sup>103</sup> *In verbis*: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente

aperfeiçoamento das técnicas processuais, está vinculado à necessidade de prestações positivas por parte do Estado, agora não mais direcionadas a fomentação de um melhor e mais igualitário acesso ao Judiciário<sup>104</sup>, mas sim ao acesso pela população diretamente aos direitos sociais, hoje constitucionalizados (artigos 6º e 7º, etc., da CF/88). Trata-se da integração entre a democratização do direito de ação e a prestação pelo Estado de políticas públicas que atendam aos mais carentes.

Há, ainda, referentemente ao Poder Legislativo, o dever imperioso de reconhecer as manifestações e exigências sociais, positivando os variados direitos emanados dos interesses da sociedade, nos mais diversos setores, o que representará um acesso à justiça independentemente do Poder Judiciário e do direito de ação, o que não ocorreu nos casos de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e de autorização de aborto para gestantes de fetos anencéfalos, situações que exigiram manifestação do Judiciário ante o vácuo legislativo. Esses dois aspectos serão melhor estudados no último capítulo, quando se trabalhará a ideia de **justiça preventiva**.

Não se pode negar, contudo, que para além dos exemplos até aqui analisados, e a despeito de em momentos importantes quedar-se inerte, o Legislativo, no Brasil, resguardou o acesso aos direitos em inumeráveis momentos, o que fez dando atenção às situações específicas, que exigiram medidas igualmente especiais para uma proteção diferenciada, dentro dos padrões da justiça distributiva, com isso contribuindo para o acesso à justiça.

É o que se observa das legislações que protegem os interesses dos idosos (Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003), das pessoas portadoras de deficiência (Lei nº 7.853/1989), dos índios (Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/1973), dos consumidores (Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990), da criança e do adolescente (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990), do meio ambiente (Lei dos Crimes Ambientais, nº 9.605/1998), entre outros. Nessas hipóteses, a Legislação funciona como o primeiro grande passo, pois é o reconhecimento formal do dever de proteção, cabendo ao Poder Público, doravante, imbuído do mesmo *animus*, vitalizar os institutos previstos, assim materializando os direitos

---

e ao patrimônio histórico e cultural [...]” (MARINONI, 2013, p. 367).

<sup>104</sup> Aqui atuariam primordialmente o Estado legislador (Poder Legislativo) e o Estado administrador (Poder Executivo). É o que Alexy (**Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 201-202) chama de direitos a ações positivas, que são os direitos que o cidadão tem contra o Estado, podendo ser divididos em dois grupos: 1º) Aquele cujo objeto é uma ação fática, a exemplo de um direito de um proprietário de escola privada a um auxílio estatal por meio de subvenções ou quando se fundamenta um direito a um mínimo existencial ou quando se considera uma pretensão individual do cidadão à criação de vagas nas universidades; 2º) Aquele cujo objeto é uma ação normativa, que são direitos a atos estatais de criação de normas, sendo um dos exemplos citados por Alexy o direito de um titular do direito fundamental à liberdade científica, através do qual o Estado normatizará com vistas a proteção de sua esfera de liberdade constitucionalmente protegida.

queridos pelo legislador. Apenas secundariamente, na ausência dessas medidas, ditas administrativas, o direito de ação autorizará o acesso ao Judiciário.

## 2.4 O acesso à justiça como garantia fundamental

Os direitos (e também as **garantias**) fundamentais são normas jurídicas que podem apresentar estrutura de regras ou de princípios.<sup>105</sup> O ponto decisivo na diferenciação entre essas categorias normativas, segundo o diz Alexy<sup>106</sup>, está em que:

*Princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

A moderna teoria dos direitos fundamentais, capitaneada por renomados doutrinadores (v.g., Paulo Bonavides e J. J. Gomes Canotilho), entende por diferenciar os direitos das garantias. Essa diferenciação não é inócua para a correta percepção do fenômeno, conquanto nossa ordem constitucional confira tratamento paritário a tais categorias<sup>107</sup>, é dizer, não há grau hierárquico ou sobrelevação de força normativa de uma em face da outra.

Em verdade, como dito por Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>108</sup>, os direitos têm como objeto imediato um bem específico da pessoa, como a vida, a honra ou a liberdade física, enquanto as garantias são normas que protegem esses direitos indiretamente, o fazendo ao

<sup>105</sup> Humberto Ávila (**Teoria dos princípios**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 143) acrescenta a essas duas uma terceira espécie, os postulados normativos aplicativos, os quais, segundo afirma, são normas imediatamente metódicas, instituidoras dos critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Sobre o direito como normas-regra e normas-princípio, cf. OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. A superação da dicotomia entre direito natural e direito positivo por meio do pluralismo jurídico. In: SILVA, Eduardo Pordeus; REPOLÉS, Maria Fernanda Salcedo (Coord.). **Filosofia do Direito I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 162-190. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f18c1b79cf5eb73>>. Acesso em: 15 ago. 2015, p. 174-180. Ainda, criticando alguns equívocos presentes na distinção entre regras e princípios, Cf. SILVA, 2003.

<sup>106</sup> ALEXY, 2012, p. 90-91.

<sup>107</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 192.

<sup>108</sup> MENDES; BRANCO, 2011, p. 192. E continua em que as garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam, muito embora nem sempre “a fronteira entre uma e outra categoria se mostra límpida — o que, na realidade, não apresenta maior importância prática, uma vez que a nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais”. O direito à liberdade, *verbi gratia*, pode ser assegurado pelo *habeas corpus*, garantia fundamental que o instrumentaliza.

limitar o exercício do poder. Nessa ótica, a garantia fundamental se coloca como instrumento protetor do direito solenemente declarado, de modo a fazer com que essa declaração, corporificada no direito, desça das regiões teóricas e afigure efetiva realizabilidade no mundo vivido quando necessário se fizer, nem que para tanto se tenha de limitar o poder do Estado.

Segundo Paulo Bonavides<sup>109</sup>, o termo garantia, etimologicamente, deriva de *garant*, designando “uma posição que afirma a segurança e põe cobro à incerteza e à fragilidade”, com isso não se confundindo, em nenhum aspecto, com o direito diante do qual se coloca como meio de defesa.

O grande publicista brasileiro Rui Barbosa, ao reconhecer a confusão existente na definição desses termos, assim os distinguiu:

A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre direitos e garantias, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. Direito é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos. Garantia ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil.<sup>110</sup>

De seu turno, e essencialmente no mesmo caminhar, J. J. Gomes Canotilho<sup>111</sup> assevera que as clássicas garantias são também, em rigor, direitos, embora muitas vezes tenham o caráter instrumental de proteção dos direitos. E adita que:

As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (ex.: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, princípio *non bis in idem*).

Adverte José Afonso da Silva<sup>112</sup>, a propósito, que não são nítidas as linhas divisórias entre direitos e garantias. Na mesma toada, defende não ser decisiva a afirmação de que os direitos são sempre declaratórios e as garantias, assecuratórias, de vez que estas em certa medida são textualmente declaradas e aqueles, por vezes, são declarados de forma assecuratória. Conforme o autor, o conjunto de garantias dos direitos fundamentais forma o sistema de proteção desses direitos, que são de três ordens: proteção social, proteção política<sup>113</sup> e proteção jurídica.<sup>114</sup> E aduz:

<sup>109</sup> BONAVIDES, 2006, p. 525-526. Para o constitucionalista, ainda, o fim das garantias “é fazer eficaz a liberdade tutelada pelos poderes públicos e estampada nas célebres e solenes declarações de direitos”.

<sup>110</sup> BARBOSA, Rui apud BONAVIDES, 2006, p. 528-529.

<sup>111</sup> CANOTILHO, 2003, p. 396.

<sup>112</sup> SILVA, J., 2007, p. 186. O autor cita, ainda, alguns exemplos em que a Constituição reconhece alguns direitos garantindo-os: “é assegurado o direito de resposta”; “é assegurada a prestação de assistência religiosa”; “é garantido o direito de propriedade”; “é garantido o direito de herança”; todos distribuídos em incisos do artigo 5º da Lei Maior (SILVA, J., 2007, p. 186-187).

<sup>113</sup> Os poderes e órgãos políticos devem, de um lado, atuar de modo a garantir o acesso aos direitos pela

As garantias constitucionais em conjunto caracterizam-se como imposições, positivas ou negativas, aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de violação, a reintegração dos direitos fundamentais.

As garantias constitucionais especiais são normas constitucionais que conferem, aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade de seus direitos.<sup>115</sup>

Uma vez mais lembrando as lições de Rui Barbosa, Paulo Bonavides<sup>116</sup> acerca das *garantias constitucionais* asseverou serem as mesmas as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns dos direitos contra os abusos do poder. Comentando a Constituição brasileira de 1891, mais precisamente o instituto do estado de sítio, que em tese poderia suspender as garantias constitucionais, Rui Barbosa<sup>117</sup> as conceituou qual se segue:

Garantias constitucionais se chamam, primeiramente, as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizado pelos autores da nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana. Nele se contempla a igualdade legal, a consciência, a palavra, o ensino, a associação, o domicílio, a propriedade. Tudo o que essa região toca, se inscreve sob o domínio das garantias constitucionais, no sentido mais ordinário desta locução.

Ao longo dos anos, a partir das injunções recebidas do Estado social, o sentido de garantia constitucional foi alargado, do modo que em seu corpo hoje se podem também encaixar as *garantias institucionais*. Conforme Paulo Bonavides<sup>118</sup>, “a garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado”.

Inobstante as diferenças terminológicas, o que sobreleva em importância é o qualificativo da fundamentalidade dessas categorias (direitos e garantias) dentro do sistema, noção essa que guarda, de acordo com Ingo Sarlet<sup>119</sup>, hierarquia normativa no âmbito interno do ordenamento de cada Estado, especialmente no que diz respeito à limitação jurídica do poder, consequência da supremacia das normas constitucionais.

Por tal razão, referidas normas, uma vez hierarquicamente superiores, geram efeitos paralisadores da eficácia de qualquer outra infraconstitucional com elas incompatível, ao que se acresce a existência de um núcleo constitucional composto de normas intocáveis, as

---

população e, do outro, respeitar os limites desses mesmos direitos.

<sup>114</sup> Aqui entra o direito de ação.

<sup>115</sup> SILVA, J., 2007, p. 189.

<sup>116</sup> BONAVIDES, 2006, p. 529.

<sup>117</sup> BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. v. 6. São Paulo: Saraiva, 1934, p. 278.

<sup>118</sup> BONAVIDES, 2006, p. 537.

<sup>119</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 184.

chamadas **cláusulas pétreas** (artigo 60, § 4º, CF/88), cujos conteúdos são os próprios direitos e garantias fundamentais.

Eis porque, em face da soberania da Constituição, a atividade dos órgãos legislativos está adstrita aos direitos fundamentais nela inseridos. Nesse contexto, a passagem de Ingo Sarlet<sup>120</sup> abaixo:

A vinculação aos direitos fundamentais significa para o legislador uma limitação material de sua liberdade de conformação em sua tarefa de regulamentar e concretizar a Constituição, especialmente gerando uma limitação das possibilidades de intervenção restritiva no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Mais ainda, a obrigação de respeitar e garantir a prevalência dos direitos e garantias fundamentais consiste no dever dos órgãos estatais de eliminar perigos e de destruir os obstáculos que venham a ameaçar a realização dos interesses resguardados por esses direitos.<sup>121</sup>

Todas essas considerações demonstram que o acesso à justiça é indubitavelmente uma garantia fundamental, uma vez que a sua finalidade é a de assegurar, em juízo ou fora dele, a fruição dos direitos que resguarda, em benefício do cidadão lesado ou que esteja na iminência de sê-lo. Assim reconheceu Paulo Bonavides<sup>122</sup>, ao analisar as novas e antigas garantias constitucionais de natureza processual introduzidas na Constituição de 1988, em que alça o acesso à justiça a essa condição no seio da Lei Maior.

Nessa altura, não se deve perder de vista que a garantia em estudo pode e merece ser considerada debaixo da maior amplitude possível, evitando-se, portanto, que reste circunscrita ao direito de ação exercido de forma restrita perante o Poder Judiciário. Com efeito, cumpre que as projeções de tal garantia reflitam sobre outras esferas, que não apenas os setores do Estado, mas fora dele, nas vias auto e heterocompositivas, através das quais o acesso à justiça, qual defendido neste trabalho, é comprovadamente assegurado em maior e melhor medida.

Posto isto, tem-se que assim como os direitos não se confundem com as garantias fundamentais, o acesso à justiça no mesmo caminhar não se confunde ou se reduz ao acesso ao Poder Judiciário, até porque se no primeiro aspecto o fracasso da garantia não anula a existência do direito, de igual sorte no segundo o fracasso no acesso ao Poder Judiciário não faz cair por terra ou torna irremediável a garantia fundamental do acesso à justiça, que em sendo necessário e conveniente terá o seu alcance viabilizado alhures, sob outros

---

<sup>120</sup> SARLET, 2013, p. 194-195.

<sup>121</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 107.

<sup>122</sup> BONAVIDES, 2006, p. 553.

fundamentos.

Assinala-se, por exemplo, que o acesso ao Judiciário, *in concreto*, pode proporcionar a aquisição de um direito, portanto o vero acesso à justiça, se porventura vier a garantir, individual ou coletivamente, a fruição do direito à saúde, na hipótese de o Poder Público manquejar ante o dever de fornecer um serviço público qualitativo e amplo, no sentido de que atenda com esmero e integralmente, nesta importante seara, as necessidades da população mais carente.

No dia a dia, constantemente os indivíduos buscam dos órgãos do Judiciário uma atuação que compila o Estado-administração<sup>123</sup> a fornecer medicamentos de alto valor para tratamento de doenças, com isso na maioria das vezes obtendo, por esse secundário caminho, um direito de cariz *jus* fundamental desidiosamente não adimplido por agentes de uma função estatal aos quais originariamente competia fazê-lo, prática corrente em todo o Brasil.<sup>124</sup> A atuação do Judiciário, nesse aspecto, afigura-se polêmica, embora se defenda que ela é efetivada dentro de um flanco legítimo, aberto desde a inércia dos outros Poderes.

Minimizando os efeitos desse argumento, Virgílio Afonso da Silva<sup>125</sup> defende que a não-regulamentação ou a não-realização dos direitos sociais pelos poderes políticos não pode resultar em ativismo incontrolado por parte do Poder Judiciário, mas, ao contrário, em atuação moderada, parametrizada deste. Vale dizer:

Para dar ensejo a alguma intervenção do Judiciário nesse âmbito, não basta que se verifique que uma ação que poderia eventualmente realizar um direito fundamental não tenha sido realizada – por exemplo, a compra de remédios para combater determinada doença; é necessário, além dessa verificação, que se analise se há, ou não há, fundamentação jurídico-constitucional para a omissão. *Somente nos casos de omissão infundada é que se poderia imaginar alguma margem de ação para os juízes nesse âmbito.*

Na prática, como resultado do regular exercício do direito de ação pela parte interessada, a prestação jurisdicional (comando) tem o condão de implementar uma política pública (direito à saúde), realizando-se, formal e materialmente, a garantia fundamental do acesso à justiça.<sup>126</sup>

<sup>123</sup> Leia-se: União, Estados-membros e Distrito Federal, ou Municípios.

<sup>124</sup> OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. À fruição do direito fundamental à saúde pelos hipossuficientes através da democratização do acesso à justiça. In: COUTO, Mônica Bonetti; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Maria dos Remédios Fontes (Coord.). **Acesso à justiça I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 173. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=79a5f1b63234a7eb>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

<sup>125</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 249-251.

<sup>126</sup> Não se nega que a decisão judicial proferida ainda precisará ser executada pelo administrador público recalcitrante, sob pena de responsabilidade penal.

### 3 UM OLHAR CRÍTICO SOBRE A IDEIA CORRENTE DE ACESSO À JUSTIÇA

Esta segunda parte do estudo tem como objetivo fundamental analisar de modo crítico a ideia correntemente propugnada e aceita acerca do acesso à justiça, o que se fará por variadas perspectivas. Nesse intento, e pautada em rígidos critérios, buscará, por primeiro, estudar o acesso à justiça como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário e a confusão do acesso com o direito de ação.

Em seguida, analisar-se-á a falsa ideia de que o fortalecimento do Poder Judiciário garantirá, de si mesmo, um efetivo acesso à justiça, bem como a errônea preferência pela **nomocracia** em detrimento da **telocracia** como forma de resolver o problema posto. Por fim, dentro da questão que envolve os hipossuficientes, defenderá a universalização do acesso à justiça a partir da conscientização da população quanto aos seus direitos, sendo a universalização da informação potente via para tal.

Destarte, tratará o acesso à justiça para além do sistema jurisdicional e da legislação processual, libertando-o da reduzida ideia de direito de ação na qual se encontra encapsulado, e ampliando o significado e o uso desta locução com o fito de fomentar o efetivo acesso.

Nesse contexto, por ser fio condutor do acesso, a legislação processual exerce um papel importante, razão pela qual não pode se furtar a seguir os passos do evoluer social.<sup>127</sup> Animado por essa necessidade, o NCPC traz reflexos positivos, uma vez que prevê e em certos aspectos obriga a adoção de melhores — e mais ágeis — formas de acesso. Entretanto, é cediço que o problema do (não) efetivo acesso à justiça não se resolve unicamente a partir da edição de novas normas jurídicas, ainda que os institutos vislumbrados se entremostrem irreprocháveis no plano teórico, portanto reveladores da boa-fé do legislador.

Já se disse que no Brasil o problema da efetividade dos direitos não está na criação de novas leis, pois estas existem em larga escala (há muitas leis). Advoga-se, nesse sentido, que o problema está na ausência de eficácia das normas, que existem e não são aplicadas ou o são a descontento, mormente quando a aplicação por algum modo prejudica indivíduo ou classe social detentora de recursos econômicos e/ou políticos, assim como, paradoxalmente, quando favorece um indivíduo hipossuficiente, cujos direitos são de regra menoscabados.

---

<sup>127</sup> Conforme lições de Rodolfo de Camargo Mancuso (2011, p. 22), que vão ao encontro dos propósitos do presente estudo, “o Direito, como produto cultural aderente à vida em sociedade, não pode se autoexcluir de uma continuada avaliação sobre as novas necessidades e realidades que se vão apresentando, por modo que, em as reputando relevantes, dê-lhes guarida no ordenamento positivo...”.

A despeito da correção de tais assertivas, alguns pontos merecem observação detida, uma vez que, sobretudo quando as vistas se voltam para a produção da Justiça no seio do Judiciário, outras variantes entram na análise, como a que questiona essa relação de necessidade. O nó górdio, pois, está em que as grandes questões por vezes são tratadas com paliativos e *a latere*, ou seja, não se desce às regiões mais centrais e elementares do problema, a fim de atingi-lo no seu cerne, extirpando-o.

Talvez isso aconteça por tratar-se, a resolução adequada, de um processo mais custoso, que exige maior trabalho, tempo e abnegação, aos quais nem todos estão dispostos. Em outras palavras, busca-se resolver o problema, enganando-se, pois nada é resolvido, e a “bola de neve aumenta”.

Nada obstante, o acesso à justiça é de uma dignidade tamanha que não pode ser considerado de forma banal ou simplória.<sup>128</sup> Uma análise que se preze há de estar atrelada às próprias estruturas de poder, pois mais que a criação de novas leis ou reformas à Constituição (“emendismo” constitucional), exige-se uma reforma do Estado que o induza a servir a toda sociedade e não a uma pequena parte dela.

O estudo empreendido no capítulo ora introduzido, portanto, não apenas investigará a esfera dogmática de que o acesso à justiça, assim como qualquer outro direito ou garantia fundamental, é depositário, mas versará em larga medida sobre a sua ontologia, seu significado material e espectro de abrangência.

### **3.1 O acesso à justiça como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário e a confusão do acesso à justiça com o direito de ação**

A propósito, o capítulo antecedente empreendeu análise introdutória em cima da ideia de acesso à justiça, ocasião em que trouxe, em tópicos específicos, luzes sobre o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, assim esclarecendo, além de outros aspectos, tratar-se o mencionado dispositivo constitucional de norma dirigida primacialmente ao Legislador e não ao jurisdicionado.

Nesse sentido, já *prima facie* evidenciou que o Judiciário abre-se tão-somente como **uma**, entre as muitas vias facultadoras do acesso à justiça, jamais como o único caminho, realidade que será clareada subsequentemente com o devido pormenor.

---

<sup>128</sup> Na obra já citada em tópicos precedentes deste trabalho, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002) alertavam para a necessidade de se abordar e compreender o problema à luz das “sociedades contemporâneas” (isso na década de 1970). A análise, originando-se da ruptura das crenças tradicionais e inspirando-se no desejo de tornar efetivos (e não meramente simbólicos) os direitos do cidadão comum, exigirá, na *práxis*, reformas de mais amplo alcance, assim como uma nova criatividade.

Este capítulo, de seu turno, começará por decifrar o significado do direito de ação, desde as suas estruturas elementares, para assim solidificar o entendimento esboçado, concluindo-se que o acesso à justiça, entendido como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário é incorreto, pois perigosamente associa a Justiça ao direito de ação.

Com efeito, que é o direito de ação senão o agasalho jurídico de que dispõe o cidadão ou a coletividade para levar à função judiciária estatal uma pretensão resistida por outrem ou mesmo o reclamo de um direito individual ou social aviltado ou não implementado pelo Poder Público?

Dono do pensamento que levou à autonomia da ação enquanto direito potestativo conferido ao autor, Giuseppe Chiovenda<sup>129</sup> averbou que a ação é o poder jurídico que dá vida e condiciona a atuação da vontade da lei,<sup>130</sup> concluindo:

A ação, pois, é um direito substantivo, que consiste em uma relação entre a vontade de um particular e a organização jurídica. Este poder pode encaminhar-se à atuação da lei de diferentes maneiras: em forma de declaração mediante sentença, em forma de aplicação de medidas de previsão, de medidas executivas.

Infere-se, pois, das lições do processualista italiano, que a ação é a manifestação do direito subjetivo do cidadão de obter do Estado a tutela jurídica daquilo que pode lhe ser devido. Assim, dois direitos se colocam: o de ação e aquele por este reivindicado.

Lê-se em Luiz Guilherme Marinoni<sup>131</sup> que o conceito clássico de ação atribui ao Estado somente o dever de solucionar o litígio, sendo suficiente para garantir o direito de ação o princípio de que o juiz não pode se eximir em prestar a tutela jurisdicional. Deste modo, há inescusável interesse público na ação, pois ela provoca o exercício da jurisdição, enquanto função estatal que atua animada por normas que primeiramente regulam o *jus actionis*. É o que afirmava Enrico Tullio Liebman<sup>132</sup>:

A ação é, portanto, o direito subjetivo que consiste no poder de produzir o evento que está condicionado ao efetivo exercício da função jurisdicional: por efeito da

<sup>129</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Traducción de Jose Casais y Santaló. t. 1 e 2. Madrid: Reus, 1925, p. 79. No original em espanhol: “La acción, pues, es un derecho sustantivo, que consiste en una relación entre la voluntad de un particular y la organización jurídica. Este poder puede encaminarse a la actuación de la ley de diferentes maneras: en forma de declaración mediante sentencia, en forma de aplicación de medidas de previsión, de medidas ejecutivas”.

<sup>130</sup> Sobre a autonomia da ação, escreveu: “La acción es un bien y un derecho autónomo, generalmente nace del hecho de que quien debía conformarse con una norma garantizadora de un bien de la vida ha transgredido la norma” (CHIOVENDA, 1925, p. 73). A ação, considerada como um direito distinto e autônomo, nasce e pode se extinguir independentemente da obrigação.

<sup>131</sup> MARINONI, 2013, p. 359.

<sup>132</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957, p. 38. Tradução livre do original: “L’azione è dunque il diritto soggettivo che consiste nel potere di produrre l’evento a cui è condizionato l’effettivo esercizio della funzione giurisdizionale: per effetto della proposizione della domanda, l’organo giudiziario si pone in movimento in obbedienza alle regole interne che disciplinano la sua funzione. Essa può perciò definirsi il diritto alla giurisdizione”.

proposição da demanda, o órgão judiciário se põe em movimento em obediência às regras internas que disciplinam a sua função. Por conseguinte, pode ser definida como o direito à jurisdição.

Nesse conspecto, alguns questionamentos ressumam inexoráveis, como: o direito de ação garantirá por si só a Justiça? A Justiça tem domicílio apenas no Poder Judiciário? Em síntese, Justiça e Judiciário são uma só e a mesma coisa?

Em que pesem as confusões de ordem terminológica, as respostas a esses questionamentos são intuitivamente **Não**, e o são não apenas pela morosidade e ineficiência do Poder Judiciário, mas também por fatores mais complexos, que demandam estudo aprofundado e isento.

Imagine-se o caso em que o direito de ação de um determinado indivíduo tenha sido fulminado pela prescrição<sup>133</sup> ou uma situação na qual, dentro do processo já instaurado, incida uma causa de preclusão.<sup>134</sup> Nessas hipóteses, máxime na primeira, teria o interessado perdido, em sua inteireza, a garantia do acesso à justiça ou apenas o direito de obter uma tutela jurisdicional?

Com efeito, duas possibilidades se abrem. Pela primeira, conforme Chiovenda, uma vez prescrito o direito de ação, a despeito de o bem da vida que tutelaria restar incólume, o acesso ao Judiciário para assegurá-lo se afigura inviabilizado. Pela segunda possibilidade, observa-se que o acesso ao direito poderá ser admitido pelo sistema, através de outras fórmulas. O resultado é que o não acesso ao Poder Judiciário pela perda do direito de ação não pode, no mesmo caminhar, ser traduzido como perda do acesso à justiça. Isto porque o Judiciário, acaso fosse admitido o exercício do direito de ação em tal hipótese, poderia, aplicando as regras que entendesse conveniente, perpetrar alguma injustiça, de modo que no âmbito do Judiciário o verdadeiro acesso à justiça, ou seja, a efetivação da Justiça material

<sup>133</sup> A prescrição é instituto jurídico que faz perecer a exigibilidade do direito em juízo, está prevista no artigo 189 e seguintes do Código Civil brasileiro e tem como principal fundamento um interesse de ordem pública, qual seja a segurança jurídica, e em última análise a paz social. Para Caio Mário da Silva Pereira (**Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral do direito civil**. 23. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 582-589), existem dois tipos de prescrição, a aquisitiva, que representa a aquisição de um direito real pelo decurso do tempo, e a extintiva ou liberatória, que conduz à perda da pretensão pelo seu titular negligente, ao fim de certo lapso de tempo. Segundo Chiovenda (1925, p. 89), “la acción ordinariamente hallase sujeta a un término más o menos largo, dentro del cual debe ser ejercitada; en otro caso se pierde por prescripción. Perdida la facultad de exigir la actuación de la ley, es natural que la expectación de los bienes que se fundaba en la voluntad concreta de esa ley desaparezca; por eso el Código civil habla de la prescripción como de un medio de extinción de las obligaciones, etc.”.

<sup>134</sup> O instituto da preclusão tem o escopo de imprimir maior precisão ao processo, bem como tornar possível a definitiva certeza dos direitos, assegurando-lhes rápida satisfação. A essência da preclusão, para Chiovenda (**Instituições de direito processual civil**. 3. ed., v. 3. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002, p. 183-184), é a “perda, ou extinção, ou consumação, ou como quer que se diga, de uma faculdade processual pelo só fato de se haverem atingido os limites prescritos ao seu exercício”. Há três modalidades de preclusão: a) temporal: referente ao tempo; b) consumativa: quando o ato já se consumou, não podendo fazê-lo novamente; c) lógica: quando se pratica determinado ato que o impeça de fazê-lo de outra forma.

pode ou não acontecer.

Veja-se, por exemplo, que a Constituição Federal dispõe que, além de outros, é direito dos trabalhadores urbanos e rurais a ação quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, que deverá ser exercida com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho (artigo 7º, inciso XXIX). Em verdade, ultrapassados *in albis* os mencionados prazos, nem por isso a atividade laboral do trabalhador que lhe conferiu o direito trabalhista legalmente previsto, será apagada. No máximo o que se terá é a impossibilidade de reivindicá-lo por ação judicial (reclamação trabalhista). Ilustrativamente, ele poderia obter o acesso a esse direito através da via extrajudicial, decerto uma possibilidade mais confortável.<sup>135</sup>

Suponha-se, por outro lado, a situação em que sobre a procedência de um determinado direito há entendimento favorável do magistrado que por alguns anos atua na Comarca “A”. Ocorre que esse magistrado é removido tão logo o cidadão “B” ingressa com ação judicial nessa mesma Comarca reivindicando tal direito, que por infortúnio é denegado pelo novo Magistrado, o qual decidiu dentro da sua ampla discricionariedade. Ora, “B” não tem condições financeiras de recorrer a fim de reverter essa situação que se lhe afigura desfavorável, porém no seu íntimo está irresignado com o que considera “injusto *decisum*”.<sup>136</sup> Aqui, o acesso à justiça foi esgotado?

Eis algumas situações. Transitando em julgado a decisão judicial, o perdedor terá, conforme dito, uma enorme sensação de injustiça. Noutra giro, poderia acontecer de o mesmo recorrer às instâncias superiores sem êxito. Contudo, se esse for um direito social, qual, por exemplo, o acesso a um tratamento de saúde, há outras formas de se resolver o problema, avultando entre elas a possibilidade de intervenção extrajudicial do Ministério Público, por meio de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o administrador público, o que certamente resultará no acesso ao direito vindicado originariamente em juízo. Ou seja, não se poderá dizer que o direito expirou e da mesma forma o acesso à justiça.

De último, tem-se uma terceira hipótese, que é: um indivíduo ingressa com ação judicial, a qual tramita por anos a fio, demora essa corroborada pela legislação processual

<sup>135</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso (**A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 62-63) deixa muito claro em sua obra que o Judiciário há de ser reservado para as grandes questões, citando como exemplo emblemático dessa asserção a Justiça do Trabalho, “em que a jurisdição, típica ou estatal (“solução adjudicada”), aparece como *uma das formas* — não a mais ocorrente — de resolução dos conflitos, porque o universo de possibilidades a respeito se estende por outras modalidades, passando pela *autodefesa* (greve, *lock out*), pela heterocomposição (arbitragem) e pela autocomposição, máxime a conciliação”.

<sup>136</sup> Esse sentimento se potencializará acaso o Tribunal local e/ou os Superiores tenham entendimento pacificado favorável à procedência do direito.

brasileira que favorece o litigante de má-fé etc., porém ao fim é julgada procedente, com trânsito em julgado. Suponha-se que antes ou logo após o resultado definitivo o autor venha a óbito, não auferindo, obviamente, o bem da vida reconhecido no julgado. Indaga-se: houve acesso à justiça?

Com efeito, no máximo teria havido o acesso formal, eis que o Judiciário, neste caso específico, por decidir serodidamente, se transformou num meio inadequado de promoção da esperada Justiça, um palco de iniquidade, a qual ninguém em sã consciência quer se submeter. Pela clareza da situação, ninguém se levantaria a dizer que houve acesso à justiça, mesmo tendo o Judiciário reconhecido a procedência do pedido. Eis porque o presente trabalho sustenta que o Judiciário compõe apenas uma pequena parte do amplo espectro que envolve a garantia fundamental do acesso à justiça. É a *ultima ratio*, uma espécie de escudo de reparo a ser manejado quando a solução para a controvérsia se torne impossível, seja no âmbito dos demais poderes seja pelos métodos alternativos, portanto fora dos seus quadros.

Nada obstante a importância de se ter em mente essa *supletividade*, que deve nortear o movimento de acesso ao Judiciário, em numerosas situações movimentá-lo será imprescindível, de modo que muito se estuda sobre possíveis melhoras dos instrumentos usados para se chegar e para sair da jurisdição estatal com o sentimento de Justiça. Esses instrumentos são dois, a saber: a ação e o processo.

Com efeito, ação e processo são termos correlatos, interdependentes, uma vez que a toda ação judicial corresponderá um processo, cujos ritos devem ser obedecidos para o bom desfecho daquela. Assim, é no seio do processo onde será desenvolvida uma série de atos até a decisão final, que reconhecerá ou não o direito material vindicado. Interligando os termos ação, direito e processo, Chiovenda<sup>137</sup> escreveu que a ação se apresenta “como um direito por meio do qual, omitida a realização de uma vontade concreta da lei mediante a prestação do devedor, se obtém a realização daquela vontade por outra via, a saber, mediante o processo”.

Fruto dessas ideias iniciais, o sentido de processo só posteriormente é desenvolvido pela doutrina, que passa a desvendar os escopos que o movem, as suas finalidades precípua. Para Cândido Rangel Dinamarco<sup>138</sup>, três são as perspectivas metodológicas do direito processual, a saber: sincretismo, autonomia e instrumentalidade.

A instrumentalidade, diferentemente das outras duas<sup>139</sup>, tem o seminal objetivo de

---

<sup>137</sup> CHIOVENDA, 2002, v. 1, p. 37-38.

<sup>138</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 13-24.

<sup>139</sup> Para o autor o sincretismo e a autonomia são caracterizados por um viés metafísico, sem o endereçamento teleológico que deve nortear o processo.

transformar o processo em uma realidade efetiva, ou seja, torná-lo, na prática, apto a proporcionar à(s) parte(s) a aquisição do bem da vida perquirido através do exercício do direito de ação.

Nesse contexto de mudança de perspectiva, o processo deixa de representar para o interessado uma mera sujeição ao Poder estatal, se comportando rigorosamente como um meio eficiente de resolução de conflitos, que se abre a adequações ou ajustes durante o seu evoluir. Dinamarco<sup>140</sup> assim esquadrinha o significado da instrumentalidade do processo:

É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução.

O aspecto positivo da instrumentalidade do sistema processual radica-se em que o processo deve cumprir a contento todos os escopos institucionais a que se predetermina, os quais acham-se imbricados entre si, e são de três ordens: sociais, políticos e jurídico. Os escopos sociais visam à pacificação social com Justiça. Os escopos políticos orientam que a jurisdição é vital e indispensável para a própria subsistência do Estado e sua imposição imperativa sobre as pessoas, quando necessário se fizer. Já o escopo jurídico, que é inerente ao processo, nada mais é que a produção de decisões, de título executivo ou da coisa julgada.<sup>141</sup>

Todas essas considerações demonstram que o objetivo final do processo, na modernidade, é o de produzir uma decisão justa, que atenda ao bem-comum, a paz social, em suma que traga a felicidade ao interno da coletividade, abalada a partir da explosão do conflito. Destarte, é nesta teleologia que está domiciliado o significado da Justiça, sob o signo do bem-estar social (e individual), conforme tematização de Ronald Dworkin<sup>142</sup>, bem-estar esse que leva à juridificação.

Aliado à ideia de instrumentalidade do processo e apontado por Dinamarco<sup>143</sup>

<sup>140</sup> DINAMARCO, 1990, p. 22-23.

<sup>141</sup> DINAMARCO, 1990, p. 220-316. Especificamente sobre os escopos políticos Dinamarco acentua que em três aspectos o sistema processual é predisposto a influir politicamente, quais sejam: afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (*poder*); concretizar o culto ao valor *liberdade*, com isso eliminando e fazendo observar os contornos do poder; finalmente, assegurar a *participação* dos cidadãos nos destinos da sociedade política.

<sup>142</sup> DWORKIN, 2005, p. 3-77.

<sup>143</sup> DINAMARCO, 1990, p. 381-385. De acordo com Dinamarco (1990, p. 383), “o processo bem estruturado na lei e conduzido racionalmente pelo juiz cômico dos objetivos preestabelecidos é o melhor penhor da segurança dos litigantes”.

como o aspecto negativo — ainda que com individualizados pontos positivos — deste propósito instrumentalista, vem o princípio da instrumentalidade das formas, com previsão nos artigos 154, 244 e 249 do Código de Processo Civil (CPC).

Com efeito, esse princípio admite no âmbito do processo civil a realização de atos processuais que, conquanto não sigam o procedimento formalmente previsto, na prática não tragam prejuízos às partes<sup>144</sup>, a teor da parêmia *pas de nullité sans grief*. Conforme remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), embora todo ato processual tenha uma forma prevista, esta é apenas o meio, não é fim, daí o Supremo admitir o princípio da instrumentalidade das formas dos atos processuais, pelo qual se por outro meio se alcançou o mesmo fim, não se pode, por amor à forma, sacrificar o ato<sup>145</sup>, anulando-o.

Tendo em vista que o processo não contém nada de essencial em si mesmo, senão unicamente a potencialidade, por vezes diminuta, de realizar, com o contributo de vários atores e das regras jurídicas, o acesso à justiça, não há porque o hipervalorizar, embora assim se proceda reiteradamente, como se o processo fosse um fim em si mesmo, sendo esse fim a Justiça.

De mais a mais, afigura-se que para o aperfeiçoamento da função judiciária estatal é imprescindível uma reorganização do processo, desde as suas estruturas internas, cientes todos, no entanto, de que essas reformas não necessariamente redundarão em um melhorado acesso à justiça, pois este, conforme assentado, tem uma conotação ampla, que extravasa os lindes do Judiciário e do processo, exigindo, destarte, a adoção de outros caminhos para o fim de melhor atendê-lo.<sup>146</sup>

<sup>144</sup> Radicalmente contrário a essa flexibilização, Chiovenda (2002, v. 3, p. 6) demonstrava a seguinte preocupação, não tão procedente nos dias atuais: “a experiência, todavia, tem demonstrado que as formas são necessárias no processo, tanto ou mais que em qualquer relação jurídica; sua ausência carrega a desordem, a confusão e a incerteza”.

<sup>145</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 742.764/RJ. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 110, 11 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 5 nov. 2015; Mandado de Segurança 28.003/DF. Rel. Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 8 fev. 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 106. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 5 nov. 2015; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 647.426RJ. Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 6 dez. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 230, 16 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 5 nov. 2015. No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça (STJ), *ex vi* do seguinte julgado: “Processual Civil. Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial. Investigação de Paternidade. Emenda à petição inicial após a apresentação da contestação. Possibilidade. Oferecimento de novo prazo ao réu. Ausência de prejuízo. Observância aos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 196.345/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 17 dez. 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 04 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 5 nov. 2015).

<sup>146</sup> Consoante entendimento de Rodolfo de Camargo Mancuso (**A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 33), o enfrentamento desse estado de coisas reclama o implemento de uma política judiciária em várias frentes, como sendo:

Buscando d'alguma forma atingir esse propósito, os mais notáveis motes do Novo Código de Processo Civil (NCPC) são, de um lado, a democratização do acesso ao Poder Judiciário e, do outro, a conquista da tão sonhada celeridade dos processos judiciais, a ser alcançada com a mudança de regras sobre prazos etc., bem como a par de instrumentos e institutos modernos como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).<sup>147</sup>

No mesmo proceder, o NCPC concita os cidadãos a resolverem as suas pendências em outros territórios, como sendo fora do aparelho judiciário do Estado, de modo consensual ou não litigioso, avultando esse método como o mais propínquo a um acesso à justiça significativamente mais aligeirado e robusto.

Tudo isso comprova que o Judiciário é, por assim dizer, “o *stricto senso* do acesso à justiça”, a despeito de ser a via ordinariamente difundida e correntemente aceita de acesso a esse valor inominável.<sup>148</sup> Entretanto, o grande sistema de Justiça pode ser metaforicamente considerado como uma **equação** que comporta uma série de variáveis, umas mais importantes do que as outras, sendo o Judiciário uma delas.

Longe de representarem desdouro ao Poder Judiciário, que permanece sobranceiro para tratar das questões nacionais cuja singularidade demanda essa passagem, as considerações até aqui desenvolvidas propugnam um entendimento de acesso à justiça mais consentâneo aos ideais da modernidade, um acato a “terceira onda” renovatória de acesso à justiça trabalhada por Cappelletti e Garth.<sup>149</sup>

### 3.2 A falsa ideia de que o fortalecimento do Poder Judiciário garantirá por si só um efetivo acesso à justiça

O grave problema da incomensurável e sempre crescente quantidade de processos

---

“mudança de mentalidade do jurisdicionado brasileiro; efetiva informação à população quanto aos outros modos de resolução de conflitos; valorização destes últimos mesmo no âmbito dos processos judiciais em curso; prévio encaminhamento dos contraditores aos agentes, órgãos e instâncias capacitados à composição justa do conflito; concepção residual do acesso à justiça estatal, por modo a valorizá-la e preservá-la para a recepção das lides relevantes para a comunidade, efetivamente complexas, ou ainda aquelas que, em razão de peculiaridades da matéria ou das pessoas envolvidas, não comportam resolução por outros meios (ou quando estes tenham sido esgotados), inclusive as ações ditas necessárias”.

<sup>147</sup> Conforme artigo 976 do Novo Código de Processo Civil: “É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

<sup>148</sup> Tanto que os estudos sobre o acesso à justiça não fazem essa separação, levando a uma visão curta do fenômeno, conforme é coligido desta passagem de José Renato Nalini (**O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 42): “sem a via aberta ao Judiciário nenhuma pessoa terá reconhecida em plenitude sua dignidade, quando vulnerada em seus direitos”.

<sup>149</sup> Esse movimento sinalizava para a busca de outros meios de resolução dos conflitos, fora e além dos quadrantes da Justiça estatal, posteriormente vindo consagrado na expressão *alternative dispute resolutions*, de largo curso nos EUA (Cf. MANCUSO, 2011, p. 142).

em trâmite perante os diversos órgãos do Judiciário nacional não é, lamentavelmente, analisado com a devida profundidade e correção. Por consequência, se propaga à *outrance* a falsa asserção de que o fortalecimento do Judiciário terá o condão de garantir um efetivo acesso à justiça.<sup>150</sup>

O primeiro equívoco, conforme visto anteriormente, está em se atribuir ao acesso à justiça o mesmo sentido de acesso ao Poder Judiciário, quando este acesso é apenas um *minus* diante do *plus* que é o acesso à justiça. No demais, as estatísticas comprovam a veracidade da premissa inicial, como sói concluir do: “Justiça em números 2015: ano-base 2014”.<sup>151</sup>

Com efeito, no ano de 2014, as despesas totais do Poder Judiciário brasileiro somaram aproximadamente R\$ 68,4 bilhões, o que representou um crescimento de 4,3% em relação ao ano de 2013, e de 33,7% no último sexênio. Essa despesa equivale a 1,2% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, a 2,3% dos gastos totais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, a um custo pelo serviço de justiça de R\$ 337 por habitante. Segundo o relatório, ainda, a Justiça Estadual é responsável por 55% da despesa total do Poder Judiciário (R\$ 37,6 bilhões) e em seguida está a Justiça do Trabalho, com 20,8% (R\$ 14,2 bilhões).<sup>152</sup> Comparativamente, os gastos nos anos anteriores foram: 2009, R\$ 51,2 bilhões; 2010, R\$ 53,0 bilhões; 2011, R\$ 60,2 bilhões; 2012, R\$ 64,6 bilhões; 2013, R\$ 65,6 bilhões<sup>153</sup>; o que denota uma curva sempre ascendente de gastos.

Do outro lado, representado pelo binômio entrada *versus* saída de processos, vê-se que em 2014, o Poder Judiciário iniciou com um estoque de 70,8 milhões de processos, sendo que o total de processos baixados no mesmo período foi inferior ao de ingressados. Houve, portanto, aumento de 1,4% no total de processos baixados, o que representa cerca de 28,5 milhões de processos em 2014, porém o número de casos novos aumentou em 1,1%, atingindo quase 28,9 milhões de processos ingressados durante o ano de 2014.<sup>154</sup>

Como consequência do aumento da quantidade de casos novos, com elevado

---

<sup>150</sup> Consoante magistério de Rodolfo de Camargo Mancuso (2011, p. 9), “salta aos olhos que uma prestação jurisdicional de qualidade [...] não tem como se realizar em remanescendo o formidável volume de processos em trâmite na Justiça brasileira”.

<sup>151</sup> CNJ, **Justiça em números...**, 2015. O Relatório “Justiça em Números 2015, ano-base 2014”, é construído a partir dos dados fornecidos por 90 tribunais, divididos em cinco segmentos: Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Militar, Justiça Eleitoral, além dos Tribunais Superiores (exceto Supremo Tribunal Federal).

<sup>152</sup> CNJ, **Justiça em números...**, 2015, p. 29.

<sup>153</sup> CNJ, **Justiça em números...**, 2015, p. 30. O relatório também revela que o Judiciário ficou 34% mais caro no período de seis anos. Como se não bastassem tais despesas, em 2014 existiam 45 mil cargos de servidores e juízes criados por Lei, porém vagos.

<sup>154</sup> CNJ, **Justiça em números...**, 2015, p. 34.

número de casos pendentes, a Taxa de Congestionamento do Poder Judiciário foi de 71,4% no ano de 2014, com aumento de 0,8 pontos percentuais em relação ao ano anterior<sup>155</sup>, perfazendo um total exorbitante, segundo os dados, de mais de 99,7 milhões de processos em curso pelos órgãos judiciários do país quando do lançamento dos dados, ou seja, em tese um processo para cada dois habitantes.

Para debelar essa crise, o fortalecimento do Poder Judiciário é pensado em várias frentes, como as da: contratação de novos juízes e servidores; criação de novas varas e seções judiciárias, e até mesmo de novos tribunais, com ampliação de cargos, etc.; ampliação do número de magistrados nos tribunais em geral; constante aumento dos já elevados vencimentos dos servidores do Judiciário; informatização e digitalização dos processos; entre muitas outras pensadas e executadas ou em adiantada fase de execução.<sup>156</sup>

Houve, inclusive, nessa perspectiva, a aprovação de uma polêmica Emenda à Constituição Federal, a de nº 73/2013, que criou os Tribunais Regionais Federais da 6ª, 7ª, 8ª e 9ª Regiões, alegando-se para tal a necessidade de fortalecimento do Poder Judiciário no nível federal, o que garantiria uma jurisdição mais efetiva.<sup>157</sup> O erro, todavia, está em que o conjunto de medidas até aqui adotadas volta-se contra as consequências do problema (a crise numérica de processos), e não contra a sua causa remota e elementar (cultura demandista).<sup>158</sup>

<sup>155</sup> CNJ, **Justiça em números...**, 2015, p. 34.

<sup>156</sup> Observa-se um substancial incremento de recursos humanos e materiais em todas as frentes, corporificados em mais fóruns, mais serviços de segurança, mais juízes e desembargadores, mais serventuários e assessores, mais equipamentos de informática. Entretanto, a lógica trabalhada é o inverso do ideal, estando com a razão Rodolfo Mancuso (2011, p. 131), especialmente quando diz que “a medida em que, por essa estratégia se aumenta a oferta (sem um proporcional cuidado com a *qualidade* do produto final), se retroalimenta a demanda, porque o *gigantismo* da máquina judiciária induz no jurisdicionado a percepção de tratar-se de um serviço estatal cuja capacidade instalada assegura uma prestação satisfatória”.

<sup>157</sup> A constitucionalidade dessa Emenda é questionada no STF por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5017, de autoria da Associação Nacional dos Procuradores Federais (Anpaf), e um de seus fundamentos é o vício de iniciativa, que deveria ter partido do Judiciário, mas partiu do Legislativo. Na ocasião, o presidente do STF, ministro Joaquim Barbosa, deferiu liminar para suspender os efeitos da Emenda, tendo assentado, além de outros argumentos, que “é muito provável que a União esteja às voltas com carências e demandas tão ou mais relevantes do que a criação de quatro novos tribunais. A despeito de suas obrigações constitucionais e legais, a União não terá recursos indispensáveis para cumprir seu papel para com os administrados” e que “não se prestigia a magistratura com a criação de tribunais; prestigia-se a magistratura pela valorização e pela formação do magistrado, especialmente aqueles que estão distantes da estrutura ideal para que esses servidores públicos possam atuar com equilíbrio e sem prejuízo à vida pessoal”. Contrariando o que determina a Lei, o Relator da ADI, Min. Luiz Fux, ainda não levou a liminar ao plenário do STF para ser ou não referendada.

<sup>158</sup> Em posicionamento público, a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) (Suspensão da instalação dos novos tribunais regionais federais completa dois anos. **Portal Ajufe**, Brasília, 17 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.ajufe.org/imprensa/noticias/suspensao-da-instalacao-dos-novos-tribunais-regionais-federais-completa-dois-anos/>>. Acesso em: 17 jul. 2015), favorável à constitucionalidade da EC nº 73/2013, destacou: “outro aspecto importante diz respeito ao impacto social que a implantação dos TRFs geraria para toda a população brasileira, uma vez que é a Justiça Federal quem concede aos idosos, carentes, deficientes e trabalhadores em geral os benefícios previdenciários negados indevidamente pelo INSS”. Tal assertiva esquece que o **demandismo** judiciário é a **consequência** de um problema maior (**causa**), qual seja, *in casu*, a falta de critério dos órgãos do Executivo para denegarem pedidos de benefícios, fazendo medrar a litigância

Não são pensadas, pois, sequer de relance, medidas profiláticas, com raízes na origem das dificuldades enfrentadas, a fim de extirpá-las de vez.

Rara exceção foi pioneiramente abraçada pela Advocacia Geral da União (AGU), quando editou, nos anos de 2008 e 2009, nove enunciados de súmulas que orientam procuradores federais e advogados da união a reconhecerem certos tipos de benefícios previdenciários, estorvando ou fazendo cessar a litigância do particular contra o INSS.<sup>159</sup>

Atitude desse jaez tem gerado expressiva economia para os cofres públicos, bem como evitado desgaste dos órgãos federais perante o Judiciário e a população, sem falar no desestímulo à excessiva e evitável demanda judiciária.

Em trabalho dedicado ao acesso à justiça, Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>160</sup> com acuidade interpretou o fenômeno de que ora se trata, conforme se vê:

Ao invés dessa perspectiva justificadamente reducionista, a justiça estatal, premida pela angusta necessidade de dar *alguma solução* ao avassalador e crescente estoque de processos, entrou por uma vereda arriscada, qual seja a de tentar resolver o problema a qualquer preço, numa sorte de *fiat iustitia, pereat mundus*, tratando de

---

do Estado contra o próprio Estado, com efeitos implosivos para o Judiciário.

<sup>159</sup> ALVES, Adler Anaximandro da Cruz e. A atuação cidadã da AGU na redução da litigiosidade envolvendo o Instituto Nacional do Seguro Social: considerações acerca de instrumentos de ação da AGU capazes de promover o amplo reconhecimento de direitos sociais. **Revista da AGU**, Brasília-DF, ano 9, n. 23, jan./mar. 2010, p. 16-17. Seguem as Ementas das referidas Súmulas da AGU: “Enunciado Nº 44/2009. É permitida a cumulação do benefício de auxílio-acidente com benefício de aposentadoria quando a consolidação das lesões decorrentes de acidentes de qualquer natureza, que resulte em sequelas definitivas, nos termos do art. 86 da Lei nº 8.213/91, tiver ocorrido até 10 de novembro de 1997, inclusive, dia imediatamente anterior à entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.596-14, convertida na Lei nº 9.528/97, que passou a vedar tal acumulação”; “Enunciado Nº 32/2008. Para fins de concessão dos benefícios dispostos nos artigos 39, inciso I e seu parágrafo único, e 143 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, serão considerados como início razoável de prova material documentos públicos e particulares dotados de fé pública, desde que não contenham rasuras ou retificações recentes, nos quais conste expressamente a qualificação do segurado, de seu cônjuge, enquanto casado, ou companheiro, enquanto durar a união estável, ou de seu ascendente, enquanto dependente deste, como rurícola, lavrador ou agricultor, salvo a existência de prova em contrário”; “Enunciado Nº 30/2008. A incapacidade para prover a própria subsistência por meio do trabalho é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente, conforme estabelecido no art. 203, V, da Constituição Federal, e art. 20, II, da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993”; “Enunciado Nº 29/2008. Atendidas as demais condições legais, considera-se especial, no âmbito do RGPS, a atividade exercida com exposição a ruído superior a 80 decibéis até 05/03/97, superior a 90 decibéis desta data até 18/11/2003, e superior a 85 decibéis a partir de então”; “Enunciado Nº 28/2008. O pagamento das parcelas atrasadas de benefício previdenciário deve ocorrer sempre com correção monetária, independentemente de ocorrência de mora e de quem lhe deu causa, vez que representa mera atualização da moeda”; “Enunciado Nº 27/2008. Para concessão de aposentadoria no RGPS, é permitido o cômputo do tempo de serviço rural exercido anteriormente à Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, independente do recolhimento das contribuições sociais respectivas, exceto para efeito de carência”; “Enunciado Nº 26/2008. Para a concessão de benefício por incapacidade, não será considerada a perda da qualidade de segurado decorrente da própria moléstia incapacitante”; “Enunciado Nº 25/2008. Será concedido auxílio-doença ao segurado considerado temporariamente incapaz para o trabalho ou sua atividade habitual, de forma total ou parcial, atendidos os demais requisitos legais, entendendo-se por incapacidade parcial aquela que permita sua reabilitação para outras atividades laborais”; “Enunciado Nº 24/2008. É permitida a contagem, como tempo de contribuição, do tempo exercido na condição de aluno-aprendiz referente ao período de aprendizado profissional realizado em escolas técnicas, desde que comprovada a remuneração, mesmo que indireta, à conta do orçamento público e o vínculo empregatício”.

<sup>160</sup> MANCUSO, 2011, p. 136-137.

ofertar justiça em padrão massivo, estratégia que, se até certo ponto responde aos anseios pragmáticos, finalistas ou mesmo midiáticos, todavia não se revela satisfatória a médio e longo prazos, por não levar em conta certas questões premonitórias ou prejudiciais, até hoje não enfrentadas ou não respondidas, a saber: (a) se é adequado à Justiça estatal oferecer-se como prestação primária, postando-se no mesmo rol dos serviços básicos a cargo do Estado, tais a segurança pública, a educação fundamental, a infraestrutura urbana, a saúde pública; (b) se o tratamento massivo de processos — sobretudo os repetitivos — através de expedientes como os julgamentos em bloco ou por amostragem, porventura não leva a um singelo “manejo da consequência”, deixando em aberto a *causa*, a qual, por isso mesmo, continua a se expandir na base do problema; (c) se, antes e superiormente à opção “livrar-se dos processos múltiplos e replicados”, não caberia, em melhor técnica, identificá-los como tal e encaminhá-los desde logo à jurisdição coletiva, com o que se evitariam, em tempo hábil, os efeitos deletérios da pulverização das macrolides, a menor custo e de modo a preservar o tratamento isonômico aos jurisdicionados.

Deste modo, vê-se que a ampliação da oferta, mormente quando divorciada de educação judiciária, projeta efeitos sobre a demanda, retroalimentando-a, num círculo vicioso infindo, pois dá a entender que a ampliação do Judiciário é um convite à litigância através do aforamento ilimitado de lides muitas das quais temerárias.<sup>161</sup> O fenômeno foi metaforizado por Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>162</sup> nos termos seguintes:

É como o que se passa com certas intervenções urbanísticas de grande impacto, tais os imensos túneis, pontes e viadutos, em princípio preordenados a *aliviar* o trânsito das megalópoles: tais vultosos empreendimentos não tocam na verdadeira causa, que reside no crescimento desmesurado da frota de veículos e, por isso mesmo, o problema não se resolve, e não raro até se agrava, levando os usuários à desalentada constatação de que, ao fim e ao cabo, apenas “mudou-se o congestionamento de lugar...”.

Dados atualizados do CNJ, segundo os quais a quantidade de casos novos entre os anos de 2010 e 2014 só aumentou, acompanhando a elevação dos investimentos direcionados ao Poder Judiciário ratificam a constatação de que as saídas buscadas não têm levado aos objetivos vislumbrados. Os números são os seguintes: o ano de 2010 recebeu 24,1 milhões de processos novos, contra 24,0 milhões de processos baixados; sucessivamente, tem-se: 2011, 26,1 milhões, contra 25,8 milhões; 2012, 28,0 milhões, contra 27,7 milhões; 2013, 28,6 milhões, contra 28,1 milhões; e 2014, 28,9 milhões, contra 28,5 milhões<sup>163</sup>, estando o Brasil, a mais não poder, na dianteira entre os países de maior cultura judiciarista ou demandista.

Em vista disso, fosse o fortalecimento do Judiciário a panaceia à celeridade processual, enfim à satisfação do jurisdicionado a partir de uma resposta rápida e de

<sup>161</sup> No ponto, Rodolfo Mancuso (2011, p. 209) assevera: “essa a principal razão por que o investimento massivo em justiça estatal (mais processos = mais juízes, fóruns, informática, assessores, serventuários, enfim, mais custeio), não só é incapaz de resolver o problema da sobrecarga de processo, como ainda projeta externalidades negativas: retroalimenta a demanda, como resultado da exarcebção da oferta; desestimula a busca pelos meios suasórios, auto e heterocompositivos; exarceba a contenciosidade social, ao fomentar a cultura judiciarista”.

<sup>162</sup> MANCUSO, 2011, p. 28.

<sup>163</sup> CNJ, **Justiça em números...**, 2015, p. 34.

qualidade, não se teria uma demanda sempre superior à resposta, do que redundaria insatisfação da população no que toca aos principais aspectos do funcionamento do sistema estatal de justiça.<sup>164</sup> Nesse diapasão, o vultoso investimento voltado a favor do Judiciário afigura-se manifestamente inócuo<sup>165</sup>, é o **fogo que não queima**, pois incapaz de projetar efeitos positivos sobre o objetivo a que se propõe, a saber: desafogar os órgãos e instâncias do Poder em menção.

A despeito da justificativa de que o crescimento da demanda judiciária autoriza a ampliação da oferta, as atitudes tomadas, como sendo a que diz com maiores investimentos em geral, apresentam-se como oferta de *mais do mesmo*, uma vez que fundamentadas em justificativas falaciosas, que receberam de Rodolfo Mancuso<sup>166</sup> as críticas abaixo:

O investimento a ser feito não pode se reduzir ao crescimento físico da Justiça em termos materiais e de recursos humanos, porque, como antes demonstrado, a prestação jurisdicional é prenhe de singularidades, e por isso deve receber manejo diferenciado, diverso daquele empregado nas políticas públicas do Estado, voltadas às prestações primárias. A justiça estatal é um campo diferenciado no ambiente do setor público, e, por isso mesmo, precisa ser vista e regulada, superiormente, pela óptica *qualitativa*, a saber, pela busca de uma resposta revestida de seis atributos: justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível e idônea à satisfação efetiva do bem da vida, valor ou direito reconhecido no julgado.

Impõe-se que na medida do possível sejam consideradas as peculiaridades do serviço judiciário, o qual merece análise diferenciada comparativamente aos outros serviços estatais (v.g., saúde e educação), evitando-se que o seu oferecimento não passe de uma garantia retórica e que o seu uso gere frustração ao jurisdicionado, por simbolizar a inoperância de tão importante função estatal.

Dentro desse cenário, duas questões de elevado valor se colocam perante a sociedade, quais sejam: 1ª) O acesso ao Poder Judiciário, materializado via exercício do direito de ação; 2ª) A necessidade de se pensar o acesso à justiça de forma macro e escoreita.

Primeiramente, observa-se que o momento inicial do acesso ao Judiciário deve sofrer contingenciamentos, a fim de que se admitam à passagem judiciária tão-somente as demandas que de fato mereçam uma atenção especial, fortalecendo o argumento de que o exercício da função judicial é residual ou supletivo<sup>167</sup>, e não primacial, como se pensa e se faz. Essa postura implica troca da quantidade pela qualidade, o verdadeiro filtro à redução da

---

<sup>164</sup> CNJ. 2011, online.

<sup>165</sup> Em sentido contrário, tanto na análise do que compõe a crise enfrentada pelo Judiciário, quanto relativamente aos elementos para ceifa-la, cf. MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **Teses, estudos e pareceres de processo civil, volume 1: direito de ação, partes e terceiros, processo e política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 255-262.

<sup>166</sup> MANCUSO, 2011, p. 139.

<sup>167</sup> MANCUSO, 2011, p. 207-214; MANCUSO, **A resolução dos conflitos...**, 2014, p. 152-160.

mole de processos que assola o Judiciário.

Demais disso, sustenta-se que o fortalecimento do Judiciário ocorra proporcionalmente ao que dele se espera e no bojo da sua capacidade de oferecer um serviço adequado à coletividade. Não se pode esquecer, outrossim, que o Judiciário é composto de pessoas, as quais erram, além do que têm opções políticas, de modo que as suas decisões nem sempre coincidirão com a vera Justiça aspirada pelas partes, sujeitando-se a dela discrepar visceralmente, mormente nas hipóteses de corrupção e erro judiciário.<sup>168</sup>

O risco oriundo da indevida associação da Justiça com o Poder Judiciário, ganha acentuada visibilidade em casos de voluntarismo do órgão julgador, que faz eclodir, na prática, o temido fantasma da “ditadura dos juízes”, com prejuízos para a segurança jurídica.<sup>169</sup> Outra observação pertinente e que serve como sinal de alerta, diz com a necessidade de a população fiscalizar não apenas a integridade das decisões emanadas do Judiciário, mas também a aplicação que este Poder vem dando aos recursos financeiros por ele geridos. Tal fiscalização proporcionará um maior cuidado quanto à adequação e economia dos gastos. Com isso, sobrarão recursos para outras áreas e setores tão ou mais importantes dentro do arranjo do Estado.

No que toca ao momento pós-ingresso no Judiciário, espera-se uma legislação processual mais moderna, que fomente a celeridade na aquisição do bem da vida pretendido pelo uso do direito subjetivo de ação. Nessa toada, sobreleva em importância as reformas legislativas, porém as mesmas devem vir acompanhadas de *motes* dissuasórios da litigiosidade, induzindo e obrigando magistrados e partes a primarem pelo consenso como caminho legítimo à resolução dos conflitos, no que andou bem o NCPC.

Sobre a segunda questão, reitera-se a validade da premissa vazada na imperiosidade de se combater, desde a academia, a enviesada ideia de que é necessário um Judiciário forte e robusto para enfrentar a litigiosidade, e por consequência os processos cuja quantidade

---

<sup>168</sup> O exercício da atividade jurisdicional não é um papel em branco no qual os magistrados podem nele escrever o que bem entenderem. Numa palavra, não significa que os juízes sejam pessoalmente irresponsáveis pelos atos lesivos que venham a praticar. Com efeito, se agirem com desvio, se sujeitam à responsabilidade penal, civil ou disciplinar, que podem ser cumuladas (Cf., nesse sentido, CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989, p. 58-78).

<sup>169</sup> Eros Roberto Grau (**Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 138-139), em livro de título sugestivo, sobre a *ditadura judiciária* afirma categoricamente: “Hoje tenho medo. [...]. O que tínhamos, o que nos assistia [...], o Poder Judiciário aqui, hoje, coloca em risco. [...]. O Estado de direito fundado na divisão dos Poderes — diz Rüthers [...] — transformou-se em um ‘Estado de Juízes’ [...]”. A despeito dessa visão do ex-ministro, esperançosa observação é feita pela professora Germana Moraes (**Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 218) sobre a humanização e conscientização do julgador: “a humanização da função de julgar inicia-se com tentativa pelo juiz de conhecimento e de domínio de si mesmo”.

aumenta avassaladoramente a cada dia. Essa tomada de postura levará irremediavelmente ao estímulo da desjudicialização dos conflitos, conscientizando que o acesso à justiça pode ser atingido pelo que se chama de *jurisdição compartilhada*, e bem assim fora do aparelho do Estado, na auto e heterocomposição.

Numa palavra, ao invés de se pensar o fortalecimento físico e estrutural do Judiciário, defende-se que o sistema jurisdicional seja aprimorado primeiramente sob o prisma da seletividade, é dizer, uso de critérios para admitir processamento apenas de matérias relevantes, e qualidade nas decisões proferidas.<sup>170</sup>

Tais atitudes produzirão externalidades positivas, aumentando-se substancialmente as chances de verdadeiro (e amplo) acesso à justiça, que poderá ocorrer tanto dentro — a par de decisões consistentes e socialmente adequadas — quanto fora do Judiciário, no âmbito da consensualidade, alquebrando, assim, o entendimento de que os cidadãos não podem resolver proficuamente as suas querelas pelos seus próprios meios, livres dos olhos do Estado.<sup>171</sup>

### **3.3 A errônea preferência pela “nomocracia” em detrimento da “telocracia” como forma de resolver o problema do acesso à justiça**

Com efeito, o Brasil é pródigo no uso do método da criação de leis para a solução imediata dos problemas sociais.<sup>172</sup> Muitas delas são aprovadas de afogadilho, outras resultam de comoção popular incentivada pela divulgação midiática de casos trágicos. Por exemplo, a Lei nº 8.930/1994, que alterou a chamada Lei dos Crimes Hediondos (nº 8.072/90), incluindo no seu rol o crime de homicídio qualificado, na prática foi uma resposta legislativa insuflada por um caso que ganhou enormes proporções a partir da mídia.

Ademais, sempre que há o recrudescimento de crimes perpetrados por adolescentes, volta às agendas social e política o tema da redução da maioria penal, como se a pretendida redução tivesse o condão, por si mesma, de inibir a criminalidade juvenil, cujas causas não se combatem por um simples ato legislativo, pois que são de todo profundas

<sup>170</sup> O direito à administração da justiça, conforme José Ignacio Botelho de Mesquita (2005, p. 101), “inclui no seu objeto não apenas o dever estatal de decidir, mas o de decidir de um modo que assegure a realização do fim a que o julgamento se destina, ou seja, a eliminação da incerteza sobre o seu dever de prestar a atividade jurisdicional”.

<sup>171</sup> A doutrina tem atualizado e ampliado o conceito de jurisdição, para torná-la mais consentânea às exigências de uma sociedade massificada e cada vez mais exigente. Por conseguinte, passa a ser secundário o direito de ação.

<sup>172</sup> Concernente ao excessivo intervencionismo estatal na vida das pessoas, o jornalista americano David Harsanyi (**O estado babá**. Rio de Janeiro: Litteris, 2011, *passim*) escreveu interessante trabalho voltado para a sociedade americana, no qual analisa casos exorbitantes de normatividade da vida social, que transformam o Estado num verdadeiro “babá dos seus cidadãos”.

e diversificadas, com epicentro nas desigualdades sociais.

Em matéria de direitos sociais, mais exatamente de acesso à justiça social, a Advocacia Geral da União (AGU) entendeu nos idos anos de 2000-2001, que a melhor maneira de assegurar parcela desse rol de direitos seria através da criação, por Lei, de um ramo de justiça especializada, que atrairia os processos em curso perante as varas previdenciárias da justiça federal, além de se tornar competente para processar e julgar feitos novos alusivos a tal temática, imprimindo maior celeridade e, como um todo, efetividade processual. Esse *desideratum* foi cumprido a partir da edição da Lei 10.259/2001, a qual criou os juizados especiais federais, ampliando generosamente o valor da causa para 60 (sessenta) salários mínimos, assim permitindo o acesso à justiça dita *informal* em casos de previdência e assistência social. Ocorre, porém, que após o advento desta lei, ao invés de se manter estável, consoante se esperava, o número de processos aumentou avassaladoramente, chegando aos milhares.

No âmbito processual, a aprovação do Novo Código de Processo Civil ressoou, num primeiro instante, como acontecimento alentador, o esperado marco para a materialização de uma justiça célere e democrática, numa inequívoca (e equivocada) confusão do Judiciário com a Justiça, e desta com o direito de ação, que exercido produz o processo, aprimorado pela novidadeira legislação. A comissão que se debruçou na análise do projeto de lei realizou incontáveis audiências públicas em todo o país, debates os mais diversos com os setores jurídicos, econômicos, políticos e sociais, em todos os foros possíveis, sem contar os muitos pareceres sobre dispositivos e institutos, antigos e novos, vislumbrados no Código.

Não obstante os ingentes esforços deixassem antever, consoante se estudará logo abaixo, que o cerne do ideal perfilhado era o melhoramento do acesso à justiça, os debates à época da gestação da nova lei davam a entender, assim como hoje, após a sua aprovação, ainda dão, o que é contraditório, que o processo é o único meio de alcançá-lo.<sup>173</sup>

Não se nega que o processo é um dos meios de acesso à justiça e que necessita de

---

<sup>173</sup> Aprovado e sancionado o Novo Código, ainda sobreestrem críticas e contestes a partes do seu texto, em que alguns setores jurídicos, como o da magistratura, têm apresentado resistências quanto às questões da fundamentação, da cronologia dos julgamentos e da ampliação da colegialidade, entre outras. Há, outrossim, quem defenda a ampliação da sua *vacatio legis*, que originariamente é de um ano (Lei nº 13.105/2015, artigo 1.045). Contrariando as críticas da magistratura, Lenio Luiz Streck (apud ROVER, Tadeu. Novo CPC não precisa de prazo maior para entrar em vigor, dizem advogados. **Consultor jurídico**, São Paulo, 14 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-14/vacancia-cpc-nao-ampliada-dizem-advogados?>>. Acesso em: 17 set. 2015) apresentou os seguintes argumentos: “falta só um projeto de lei retirando do CPC aquilo que incomoda a magistratura. Assim seria a soma de dois desejos: estender o prazo para 2018 e expungir do CPC aquilo que a magistratura não gosta, como o dever de fundamentação (artigo 489), a não surpresa (artigo 10) e o 926 (coerência e integridade)”. Para Streck, não é possível ter fé no Judiciário se ele mesmo já pretende não cumprir o artigo que trata da entrada em vigor.

aprimoramento, tanto que antes da aprovação do novo Código, o atual CPC recebeu o instituto da tutela antecipada, vista como uma arma contra os males advenientes do tempo de durabilidade do processo, “sendo viável não apenas para evitar um dano irreparável ou de difícil reparação [...], mas também para que o tempo do processo seja distribuído entre as partes litigantes na proporção da evidência do direito do autor e da fragilidade da defesa do réu [...]”.<sup>174</sup> Entretanto, o problema não foi integralmente resolvido, exigindo-se novas mudanças parciais que transformaram o Código numa “colcha de retalhos”.

Pensando nessas relevantes problemáticas, as principais propostas do NCPC para melhorar o acesso à justiça são: ampliação da conciliação; redução de custos do processo; simplificação dos procedimentos de um modo geral; busca de fórmulas para aplicar as mesmas soluções jurídicas a ações semelhantes, valorizando-se os precedentes<sup>175</sup>; redução de recursos para as instâncias superiores etc. O ponto comum de todas as reformas mencionadas é o combate da morosidade, em prol de um processo célere e menos injusto<sup>176</sup>, portanto que funcione como instrumento garantidor de Justiça.<sup>177</sup>

Após detida averiguação da duração razoável do processo e a gestão do tempo à época do projeto do Novo CPC, Antonio Cabral<sup>178</sup> lançou a conclusão que se segue:

Se, de um lado, pode-se dizer que muito se avança neste tema pelo Projeto, seja por ampliar mecanismos de controle e aplicação da cláusula, seja por explicitar consequências que já poderiam ser extraídas do texto constitucional e dos tratados internacionais de que o Brasil é signatário, deve ser ressaltado e alertado que ainda restam algumas questões controvertidas que não parecem ser solucionadas pelo Código vindouro, e continuarão gerando e reclamando da doutrina e da jurisprudência reflexão renovada, já à luz da nova legislação.

Assim, a celeridade, a efetividade e a deformalização foram os principais

<sup>174</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento**. 9. ed., v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 198.

<sup>175</sup> Os termos precedente, jurisprudência e súmula são diversos, sendo o primeiro uma espécie de gênero que abrigaria os dois últimos. Em estudo vanguardeiro sobre os precedentes, Juraci Mourão Lopes Filho (**Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 281-282) assenta que tal instituto “é uma resposta institucional a um caso (justamente por ser uma decisão), dada por meio de uma *applicatio*, que tenha causado um ganho de sentido para as prescrições jurídicas envolvidas (legais ou constitucionais), seja mediante a obtenção de novos sentidos, seja pela escolha de um sentido específico em detrimento de outros ou ainda avançando sobre questões não aprioristicamente tratadas em textos legislativos ou constitucionais”.

<sup>176</sup> O erro está em que a “injustiça” é vista sob o ângulo das dificuldades enfrentadas dentro do processo — que por esse motivo levaria a um penoso acesso à justiça — e não na impossibilidade de se falar em acesso à justiça quando os elementos deste acesso não se fazem presentes *in concreto*.

<sup>177</sup> Diz que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si (princípio da cooperação) para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Em relação à cooperação internacional, prevê a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, quanto ao acesso à justiça.

<sup>178</sup> CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre et al. (Orgs.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 119.

caminhos vislumbrados pelo legislador federal. Pensou-se também na necessidade de aparelhar o Judiciário, suprimindo as lacunas que entendiam serem de ordem legal e estrutural.

Entretanto, a despeito de todos os esforços empreendidos, cujos propósitos a eles ínsitos são louváveis, certo é que o substrato legislativo novidadeiro, isolado de outros fatores, não será bastante a sanar os problemas sobre os quais gravitam as dificuldades de acesso à justiça, uma vez que mudar a lei pura e simplesmente, sem a correspondente mudança nas estruturas sob as quais ela será aplicada ou as que a aplicará, pode ser uma medida que não produza os efeitos esperados.

A propósito, narrando a sua experiência no Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Boaventura de Sousa Santos<sup>179</sup> afirma que realizadas duas pesquisas à opinião pública com um intervalo de dez anos sobre o que pensam os cidadãos do sistema judicial português, passado esse tempo as opiniões negativas continuaram a dominar as opiniões positivas, apesar das reformas legais implementadas. Diante disso, a preferência pela edição de normas como estratégia para resolver problemas, difíceis ou não, é bastante criticada, estando comprovado que a efetividade dessa metodologia afigura-se diminuta, a vingar o adágio segundo o qual “já se viu os homens mudarem as leis, porém nunca se viu as leis mudarem os homens”.

A fúria legislativa provoca uma série de problemas para o Estado, podendo degenerar em **nomocracia**, que significa o “governo ou império da lei”.<sup>180</sup> Nesse governo, fatores de governabilidade que não sejam a Lei, ainda que tenham potencialidade de eficácia, mormente em matéria de acesso à justiça, não são levados em consideração. Por outro lado, a excessiva produção legislativa pode levar a desequilíbrios, que se dão quando as leis, inobstante aprovadas pelo órgão competente, apresentam efeitos meramente simbólicos, o que ocorre quando há prevalência do aspecto latente ou político sobre o normativo-jurídico, em vista do qual a norma infralegal carece de efetividade social, conforme denunciado por Marcelo Neves.<sup>181</sup>

Junte-se a isso o fato de que os direitos e garantias fundamentais consagrados no texto supremo não estão a salvo, dado que a sempre possível passagem do simbolismo das normas infraconstitucionais para a Constituição pode os atingir, dando-se o fenômeno da constitucionalização simbólica, o qual recebeu a seguinte interpretação de Marcelo Neves<sup>182</sup>:

---

<sup>179</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 123.

<sup>180</sup> DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 364.

<sup>181</sup> NEVES, 2007, *passim*.

<sup>182</sup> NEVES, 2007, p. 90-94.

Ao texto constitucional não corresponde normatividade concreta nem normatividade materialmente determinada, ou seja, dele não decorre, de maneira generalizada, norma constitucional como variável influenciadora-estruturante e, ao mesmo tempo, influenciada-estruturada pela realidade a ela coordenada. [...]. Dessa maneira, ao texto constitucional incluyente contrapõe-se uma realidade constitucional excludente do “público”, não surgindo, portanto, a respectiva normatividade constitucional; ou, no mínimo, cabe falar de uma normatividade constitucional restrita, não generalizada nas dimensões temporal, social e material.

No Brasil, conforme ressaltado inicialmente, prepondera um acentuado otimismo sobre o papel desempenhado pela legislação, quando esse método deveria, ao contrário, ser visto *cum grano salis*. Nesse sentido, as reflexões do jurista espanhol Miguel Rodríguez-Piñero<sup>183</sup> merecem atenção:

Existe uma exagerada confiança na função social da normatividade jurídica, pensando-se que por meio de umas normas escritas e impostas de cima pode-se dizer às pessoas o que elas têm que fazer, como têm que fazer e assim amoldar de modo preciso as relações sociais. Acredita-se que é possível suprimir por decreto a luta de classes. Hoje, os estudiosos do Direito somos mais cétricos sobre o valor do Direito na conformação efetiva das relações sociais, muito mais suscetíveis aos próprios controles do que às disposições jurídicas. [...]. O papel da Lei e do Direito é, assim, modesto e secundário nas relações trabalhistas; mas entre nós não se entende desta maneira e existe uma visão excessivamente otimista sobre a operatividade do Direito neste campo, de forma que se pretende regular de forma minuciosa e detalhada a configuração e a atuação dos agentes sociais. Curioso, cabe assinalar que essa confiança tem sido continuamente desmentida pelos fatos, porém, o fracasso da norma tem sido imputado a defeitos técnicos da própria norma. Não se toma consciência de que ineficaz é o próprio instrumento legal, sua aptidão para conformar autoritariamente as relações de trabalho.

Com efeito, no mais das vezes a profusão de normas no ordenamento jurídico traz insegurança tanto para a população quanto para os próprios operadores do direito, pois leva a um cenário incapaz de proporcionar previsibilidade de expectativas nas relações sociais, qual se espera numa sociedade multicomplexa. Portanto, o excesso de normas jurídicas traz efeitos danosos aos mais diversos setores, inclusive ao econômico.<sup>184</sup>

Ressalte-se, porém, que essas críticas não significam que as normas jurídicas não exerçam um papel importante na sociedade. Ao revés, atentam para a realidade de que a Lei não se justifica só por existir, pois é preciso que sirva como autêntico canal de representação social ou de manifestação, embora indireta, da vontade popular, na medida em que a lei não é o fim, o fim último é a Justiça.

<sup>183</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO apud ROMITA, Arion Sayão, A Constituição e os direitos sociais: dez anos depois. **Juris poiesis**: revista do curso de direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Universidade Estácio de Sá, 1999, v. 1, n. 1, mar./jul., 1999, p. 17-18.

<sup>184</sup> Sobre a função dos juízes, Eros Grau (2013, p. 13-15) esclarece que uma das funções do Direito moderno, que o imanta de racionalidade, é fornecer previsibilidade e calculabilidade em relação aos comportamentos humanos, em síntese segurança. Nesse quadro, o Direito joga com o capitalismo industrial, portanto com os mercados e a economia em geral. Assim, um Direito cambiante, que muda ao sabor das circunstâncias, além de não fornecer segurança para os cidadãos, é inábil para cumprir o mister da pacificação social com Justiça.

Em suma, tem-se que entre as várias formas que uma ocorrência socialmente relevante pode ser recepcionada com vistas a sua solução, duas avultam em importância: 1ª) A judicialização do fato, fundamentada em normas jurídicas previamente editadas pelos órgãos competentes, num governo eminentemente *nomocrático*, pois que resolve seus problemas com mais normas; ou 2ª) O manejo do fato em sua substância, fazendo-se preciso diagnóstico a partir do estudo das alternativas mais idôneas para solucioná-lo, a par de critérios seletivos e consistentes.<sup>185</sup>

A segunda opção, conforme se observa numa rápida comparação, é consideravelmente mais difícil e de execução mais demorada que a primeira, embora os seus efeitos ganhem em intensidade, uma vez que atua no cerne do problema, causando impacto significativo, a ponto de resolvê-lo com a nota da Justiça, fato que legitima uma mudança de paradigma, em detrimento da **nomocracia**, que já se mostrou um processo ineficiente. Essa novel metodologia, também chamada de **telocracia**, ensina que “um problema deve, primeiramente, ser devidamente diagnosticado, em ordem a surpreender sua causa próxima e remota, eventual ou necessária, conjuntural ou eficiente, para só depois, através de condutas, programas e estratégias, ser eficientemente combatido”.<sup>186</sup>

Nesse diapasão, como preconizado pelo sociólogo francês Raymond Aron<sup>187</sup>, urge que se complete a passagem da **nomocracia**, caracterizada como império da lei na tradição democrática, para a **telocracia**, conceituada como império dos fins e objetivos, pois para o autor:

A tradição dos Estados modernos, pelo menos nos países anglossaxões, é pela *nomocracia*: o reino da lei. A função doravante atribuída ao Estado moderno, para resumir a expressão de Bertrand de Jouvenel, consiste em atingir determinados objetivos: a *telocracia* se substitui à *nomocracia*.<sup>188</sup>

Esse processo de transição, assaz difícil, exige ação eficiente do governo, voltada para a resolução concreta e material dos problemas sociais, sendo que tal trabalho será facilitado se houver abertura dos canais da democracia participativa e, por conseguinte, interferência direta da população nesse sentido. A perspectiva da **telocracia** recomenda, destarte, ações minuciosas do Estado, que deve agir *pari passu* com a sociedade na prossecução da Justiça, mormente tendo em conta que os influxos das decisões estatais são diretamente sentidos pelos membros do corpo social.

<sup>185</sup> Cf. MANCUSO, 2011, p. 63.

<sup>186</sup> MANCUSO, 2011, p. 52-53.

<sup>187</sup> ARON, Raymond. **Essai sur les libertés**. Calmann-Lévy, Pluriel, Paris, 1976, p. 90.

<sup>188</sup> Tradução livre do original: “La tradition des États modernes, au moins dans les pays anglosaxons, est celle de la *nomocratie*: le règne de la loi. La fonction désormais attribuée à l’État moderne, pour reprendre l’expression de Bertrand de Jouvenel, est d’atteindre certains buts: la *télocratie* se substitue à la *nomocratie*”.

Segundo Rodolfo Mancuso<sup>189</sup>, o manejo dos problemas através da gradual mudança de mentalidade, e bem assim com adoção de programas e estratégias idôneos a alcançar o resultado desejado nada é senão uma manifestação genuína da **telocracia**.

Isso dito, indaga-se: de que maneira a **telocracia** influenciaria positivamente para a universalização da fruição do direito fundamental à saúde? Sem maiores delongas, induziria o Poder Público a fazer, logo *ab initio*, uma investigação pormenorizada que envolvesse as principais demandas da sociedade sobre esse direito, considerando as doenças ou outros males que frequentemente atingem a população, por áreas ou regiões, e só após acurado estudo, teria condições de aplicar medidas certas contra as causas do problema, com alta probabilidade de erradicar o que originou os danos investigados, como, por exemplo, as causas mais comuns de acidentes de trânsito ou de determinadas epidemias, que geram doenças e mortes, tornando-se, nesse contexto, despiciendo o trabalho legislativo para atender a contento o direito em testilha, bem como o recurso ao Poder Judiciário.<sup>190</sup>

### **3.4 Por uma universalização do acesso à justiça a partir da conscientização da população quanto aos seus direitos**

Ninguém, em sã consciência, há de negar que a universalização do acesso à justiça é uma questão que deve ser prioritária no âmbito de qualquer Estado, uma vez que a Justiça é o anseio de todos os seres humanos. Entrementes, um dos fatores que no passado obstava e ainda hoje se põe à frente da democratização desse acesso é a ausência de conscientização da população, sobretudo dos setores mais carentes — que são por regra também os mais ignorantes —, quanto aos seus direitos.

No mais das vezes, conquanto haja, no Brasil, modernos instrumentos destinados a remediar essa chaga, a sua força geratriz é a ausência de informação, sob três vertentes: 1ª) Informação quanto à existência de direitos e garantias fundamentais catalogados na Constituição Federal (pode ser alcançada, *exempli gratia*, através da criação de instrumentos de conscientização); 2ª) Informação com a finalidade de proteger direitos da personalidade (pode ser obtida pela via do *habeas data*<sup>191</sup>); 3ª) Informação sobre assuntos de interesse público, que dimanam reflexos a toda coletividade (encontra o devido resguardo na recente Lei de Acesso à Informação).

Quando tratavam da primeira onda renovatória de acesso à justiça, em específico

---

<sup>189</sup> MANCUSO, 2011, p. 64.

<sup>190</sup> De igual modo, sabe-se que não se combate a criminalidade criando novos tipos penais, endurecendo as penas dos já existentes ou reduzindo a maioria penal.

<sup>191</sup> Nesse caso, uma vez esgotada a via administrativa sem sucesso, a ida ao Judiciário se afigura inevitável.

do instrumento *judicare*, Cappelletti e Garth<sup>192</sup> salientavam que, inobstante o avanço, ali pouco se fazia para atacar as barreiras de acesso enfrentadas pelos pobres, pois em tal sistema os profissionais não auxiliavam os indivíduos atendidos a compreenderem seus direitos e a identificarem as áreas em que poderiam se valer de remédios jurídicos para assegurá-los.

Com efeito, educar e informar são verbos designadores de ações que se conectam, pois é no ato mesmo de educar que a informação é transmitida ao interlocutor (sujeito passivo). Segundo disposição constitucional, a educação, que é direito de todos e dever do Estado, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, **seu preparo para o exercício da cidadania** e sua qualificação para o trabalho (CF/88, artigo 205).

Para o acesso à justiça, existem inúmeras maneiras de, educando, se informar ao cidadão sobre seus direitos e os caminhos para alcançá-los. Algumas se sobressaem às outras, mas todas guardam importância nesse cenário. Por exemplo, a reformulação dos currículos escolares, introduzindo disciplinas jurídicas primárias nas séries iniciais de ensino seria uma medida louvável, vez que aguçaria o sentimento de cidadania logo no início do desenvolvimento biopsicológico do indivíduo.<sup>193</sup>

No mesmo sentido, a distribuição de cartilhas ou informativos para a população, nos quais constem a importância da Constituição Federal e o rol de direitos e garantias de cariz fundamental nela previstos ressuma essencial. Além disso, não se pode desprezar a importância da realização de palestras, colóquios e debates em escolas ou locais públicos por parte de agentes do Estado, como membros do Ministério Público e das Defensorias Públicas, pois trata-se de um meio eficaz de se educar e informar para Direitos.

Mas não é só. Veja-se, a propósito, que intimamente ligada à questão da ausência de informação acerca de existência de direitos, está a que envolve a pobreza, pois aqueles que não têm recursos financeiros ou econômicos, *ipso facto* se apresentam tecnicamente<sup>194</sup> inferiores em relação aos que os têm. Na prática, essa deficiência de ordem técnica resulta de dificuldades no desenvolvimento cultural do indivíduo, motivado por fracasso escolar.

---

<sup>192</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 38. Os autores prosseguem afirmando que, “é, sem dúvida, altamente sugestivo que os pobres tendam a utilizar o sistema *judicare* principalmente para problemas que lhes são familiares — matéria criminal ou de família — em vez de reivindicar seus novos direitos como consumidores, inquilinos, etc.”.

<sup>193</sup> O PLS 70/2015 do Senado Federal pretende alterar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, incluindo o estudo da Constituição nos currículos do ensino fundamental e médio.

<sup>194</sup> Diz-se tecnicamente hipossuficiente aquele que é ignorante (não tem conhecimento) acerca dos seus direitos, ou seja, que não tem aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação em sua defesa, o que é sobretudo grave.

É o que Cappelletti e Garth<sup>195</sup> chamavam de “capacidade jurídica pessoal” — conceito de crucial importância para determinar a acessibilidade à Justiça —, relacionada com as vantagens de recursos financeiros e a diferenças de educação, meio e *status* social.

Em países subdesenvolvidos, a exemplo do Brasil, onde os índices de educação e escolaridade são baixos, o reconhecimento dos direitos e a universalização do acesso à justiça assomam dificultosos. Neste ponto, conforme disse Maria Tereza Sadek<sup>196</sup>, “a escolaridade desempenha um papel fundamental, tanto como fator que opera no sentido da diminuição das desigualdades sociais, quanto como motor para o conhecimento de direitos e como pleiteáveis”.

Assim, não há como um direito ter efetividade se o seu titular o desconhece completamente, ainda que a sua força normativa seja incontestada. Para Cappelletti e Garth<sup>197</sup>, essa barreira é especialmente “séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres”, eis que as vezes o desconhecimento jurídico *stricto sensu*, que não significa ausência de educação *lato sensu*, pode trazer prejuízos a uma pessoa de condição econômica satisfatória, só que a mesma em algum momento terá maiores condições de reaver, no Judiciário ou não, os danos sofridos, com a facilidade do próprio meio em que vive, se comparada à situação de um hipossuficiente, geralmente entregue à própria sorte.

Em verdade, muitos são os fatores conducentes ao desconhecimento dos direitos, indo dos materiais aos psicológicos (ou de predisposição), caracterizando-se estes pelo deliberado desinteresse das pessoas quanto à existência de direitos passíveis de exigência frente o Estado. Mesmo assim, e levando-se em consideração a massa de pessoas potencialmente interessadas — exatamente por necessitarem dos bens da vida —, porém ignorantes, afigura-se imperiosa a necessidade de informação, embora não se possa informar sem primeiro educar, sob pena de a informação não ser efetivamente apreendida por quem a recebe.<sup>198</sup>

<sup>195</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 22.

<sup>196</sup> SADEK, Maria Aina Tereza. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, São Paulo, v. 93, 2014, p. 59-60. A autora aponta que, “dados do Censo do IBGE de 2010 indicam que 9,6% da população com 15 anos ou mais é analfabeta. Essa condição sofre expressivas diferenciações regionais e entre as áreas urbanas e rurais. Naquele ano, mais do que a metade (53,3%) dos analfabetos do país concentrava-se no Nordeste; na população rural a taxa atingia 23,2%, enquanto na urbana era de 7,3%. O Censo de 2012 aponta a existência de 13,2 milhões de analfabetos plenos e mais 27,8 milhões de analfabetos funcionais” e lembra, ademais, estudo realizado pela Escola de Direito da FGV-SP, em 2012, o qual evidencia que a procura pelo Judiciário se concentra entre pessoas com maior nível de renda e de escolaridade.

<sup>197</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 23.

<sup>198</sup> O professor Manfredo Oliveira (**Ética, direito e democracia**. São Paulo: Paulus, 2010, p. 332), ao analisar — a par da profundidade e responsabilidade inerentes ao seu vasto manancial bibliográfico — temas cruciais como autonomia, direito e educação, reivindica que esta, a partir de uma reestruturação de todo o processo educativo, deve ser considerada sob a perspectiva da solidariedade, pois a “educação para a solidariedade é a

A efetividade do acesso à justiça, portanto, reclama o incremento de vários fatores: educação; informação; assessoria técnico-jurídica; abertura do Judiciário para o cidadão, através da democratização dos meios; ações positivas do Estado sobre a vida em sociedade, visando educar e simultaneamente informar; entre outros. Nessa senda, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem com destacado êxito buscado aproximar o cidadão da missão jurisdicional, o que faz desenvolvendo mecanismos de informação, como os relatórios anualmente publicados sobre dados relevantes do Poder Judiciário.

Dentro dessa conjuntura, a necessidade de simplificação do direito, lembrada por Cappelletti e Garth<sup>199</sup>, merece especial atenção. Para os autores, se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns. Afirmam, além disso, que a simplificação, no contexto do movimento de acesso à justiça, facilita o uso adequado dos remédios jurídicos pelas pessoas.

Ressalte-se que essa simplificação deve se dirigir a todos os campos do direito. As dificuldades em se interpretar a difícil e por vezes impenetrável linguagem jurídica sem dúvida contribuem para a morosidade do Poder Judiciário. Nesse sentido, Maria Tereza Sadek<sup>200</sup> adverte:

O excesso de formalismo somado à linguagem hermética, prolixa, ostentando cultura e erudição, também são apontados como causas da morosidade, provocando o retardamento das decisões e, na maior parte das vezes, a incompreensão por parte dos jurisdicionados.

Outra maneira consistente de ampliação do acesso à justiça dentro do contexto da informação e da participação da sociedade neste processo, desenvolvida, inicialmente, por Cappelletti, e hoje bem amadurecida diz respeito aos “centros de vizinhança”, modelos de participação dos membros da comunidade no processo de educação jurídica. Tal instrumento busca eliminar o desconhecimento das leis e do direito, bem como informar acerca de caminhos que não o Judiciário para resolução dos conflitos, possibilitando uma maior atuação da população frente aos órgãos do Estado. Com isso, tem-se uma significativa melhora da conscientização sobre a maneira correta de se reivindicar direitos.

Os autores, mais precisamente, pensaram em “Tribunais de Vizinhança” ou “Sociais” para solucionar divergências na comunidade, modos de solução dos conflitos de menor vulto, impassíveis de composição pelos indivíduos sozinhos ou através do Judiciário, que não se ocuparia de lides simples, mas apenas das consideradas complexas. Sobre esse

---

exigência suprema num período histórico marcado por uma lógica de exclusão arrasadora”.

<sup>199</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 156-158.

<sup>200</sup> SADEK, 2014, p. 61.

método, pontificaram:

Espera-se que essa forma de solução de litígios, descentralizada, participatória e informal, estimulará a discussão, em comunidade, de situações nas quais as relações comunitárias estejam em pronto colapso. Essa discussão poderia servir para educar a vizinhança sobre a natureza, origem e soluções para os conflitos que os assediam.<sup>201</sup>

Já existe no Brasil, *mutatis mutandis*, uma forte tendência de implantar essas ideias, como sói perceber da Recomendação do CNJ de nº 16/2009, onde se inicia o desenvolvimento das chamadas “Casas de Justiça e Cidadania”, cujas criações pelos tribunais devem servir para o desenvolvimento de ações destinadas a efetiva participação do cidadão e de sua comunidade na solução de seus problemas ou controvérsias de maneira efetiva, e sua aproximação com o Poder Judiciário.

Há, na Constituição de 1988, inequívoca preocupação com o tema. Tanto que ordena à União, no Distrito Federal e nos Territórios, e aos Estados a criação de justiça de paz, remunerada, **composta de cidadãos** eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação (art. 98, inc. II). Por outro lado, vê-se que num sistema onde o acesso ao Judiciário é deveras intrincado e complexo, como o brasileiro, em que existem vários ramos da “justiça” e inúmeros problemas de competência, a informação institucional, ou seja, proveniente do próprio Judiciário, a respeito do serviço público prestado por este poder — qual ocorre em vários Estados Norte-Americanos —, pode, no dizer de Renato Nalini<sup>202</sup>, funcionar como canal de facilitação do acesso.<sup>203</sup>

Tomando-se o termo acesso à justiça sob uma acepção ampla, como vem sendo defendido no presente trabalho, vê-se que a informação traz inquestionáveis benefícios para o amplo acesso. As razões são muitas e levarão, inexoravelmente, a uma melhor qualidade não só da prestação jurisdicional, mas da estatal de um modo genérico. Em primeiro lugar, porque a conscientização sobre direitos está atrelada à conscientização quanto aos meios de obtê-los, de logo levando ao conhecimento coletivo a correspondente separação entre acesso à justiça e

<sup>201</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 115.

<sup>202</sup> NALINI, 2000, p. 85.

<sup>203</sup> Para a prossecução da divulgação do serviço judiciário, entende o autor que o juiz pode e deve contribuir diretamente, sem prejuízos para a dignidade do cargo que ocupa. É o que se lê do seguinte excerto: “não compromete a dignidade da função prestar informações a respeito do funcionamento da justiça, esclarecendo os destinatários a respeito da competência, da necessidade de se servir de profissional dotado de capacidade postulatória, dos trâmites normais de um processo e de suas consequências plausíveis e concretas” (NALINI, 2000, p. 86).

acesso ao Poder Judiciário, de modo que se terá, a partir da conscientização, uma universalização do acesso à justiça, independentemente do acesso ao Judiciário.

Contrariamente ao que se possa cogitar, ações temerárias não acorrerão ao Judiciário, inflando-o ainda mais, pois espera-se que o cidadão, uma vez conscientizado dos múltiplos meios de acesso à justiça, não estatais ou extrajudiciais, bem como de que é detentor de deveres, como o de obediência às leis e à Constituição, venha a contribuir, abstendo-se de exercer o direito de ação quando não se afigure correto fazê-lo, o que gerará do outro lado eficiência na prestação jurisdicional, que é supletiva.

Aliado ao direito de informação quanto ao conjunto de direitos que estão ou venham a estar ao seu dispor, também se deve informar o cidadão, acaso ele escolha a via judicial, do resultado da apreciação do seu pleito, sendo essa consequência o corolário do direito de petição. Por isso, conforme salienta Gilmar Mendes<sup>204</sup>, “afirma-se que do direito de petição decorre uma pretensão quanto ao exame ou análise da petição (*Prüfung*) e à comunicação sobre a decisão (*Bescheidung*)”.

Acrescente-se que em variados momentos de sua vida em sociedade o cidadão pode desejar alguma informação pessoal sua que esteja ao resguardo do Estado, porém não saiba como agir para consegui-lo. Para tanto, precisará ter prévia consciência de que ser informado pelo Poder Público sobre si mesmo é um direito subjetivo que lhe assiste, de modo que a informação a esse respeito sem sombra de dúvida representará para a pessoa interessada um caminho para o acesso à justiça.

Com efeito, é direito do cidadão o conhecimento de informações pessoais constantes de registro de bancos de dados governamentais ou de caráter público, podendo ensejar a retificação de dados errôneos deles constantes, de modo que para obter uma informação pessoal eventualmente denegada pelo Poder Público, pode-se valer do acesso ao Judiciário através do instituto do *habeas data*, concebido pela Constituição Federal na linha da defesa dos direitos individuais.

Por fim, a Lei do Acesso à Informação (LAI), determina que o acesso à informação pública, direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXXIII, da CF/88<sup>205</sup>,

---

<sup>204</sup> MENDES; BRANCO, 2011, p. 519-520. De igual sorte, a outra parte (adversa) tem o direito de ser informada de que contra si fora interposta, perante o Judiciário, uma pretensão.

<sup>205</sup> Com a seguinte redação: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Ademais, a Constituição Federal tratou do acesso à informação pública nos artigos 5º, inciso XIV, 37, § 3º, inciso II, e 216, § 2º, de modo que a Lei de Acesso às Informações regulamenta esses dispositivos constitucionais, estabelecendo requisitos mínimos para a divulgação de informações públicas, bem como procedimentos para facilitar e agilizar o seu acesso por qualquer pessoa.

como expressão de transparência pública, deve não apenas compreender a acessibilidade das informações, mas, também, a garantia de que o ambiente onde são geradas tais informações não seja contaminado por ações de corrupção, abusos e desmandos.<sup>206</sup>

A intenção desta norma, conforme se observa, é incentivar a democracia participativa, pois na medida em que o cidadão é informado com transparência sobre assuntos de ordem pública, a possibilidade do exercício direto da democracia é aberta, podendo se materializar através do manejo de ações judiciais, como a ação popular, aplacando-se lesões ao patrimônio ou interesse público, sem embargo de, numa outra mirada, o cidadão informado exercer o poder-dever de informar aos órgãos de investigação, como o Ministério Público, eventuais atos atentatórios à moralidade pública, para que tomem as providências de estilo.

---

<sup>206</sup> Trata-se da Lei nº 12.527/2011, que regulamenta o direito constitucional do cidadão ao acesso às informações produzidas ou detidas pelo Governo. Dessume-se do seu texto que todo cidadão terá direito a informação sobre: dados institucionais dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal; dados gerais para o acompanhamento de programas e ações de órgãos e entidades; inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo; registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros; registros das despesas; procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados; formas de solicitação de informação.

#### 4 A INSUFICIÊNCIA DA VIA JUDICIAL PARA O ACESSO À JUSTIÇA

Ancorado nos avanços conquistados a partir das constatações vertidas nos tópicos antecedentes, o presente capítulo cuidará da insuficiência da via judicial para a efetivação do acesso à justiça, o que será pautado por diversos fatores ainda não diretamente trabalhados, entre eles a morosidade do Judiciário, fruto da excessiva quantidade de processos, os quais se acumulam nos foros e Tribunais na medida em que a demanda por este Poder é sempre superior a sua capacidade de resposta.

Não sem razão, os elevados investimentos realizados ao longo dos últimos anos em favor do Poder Judiciário, que consumiu, no ano de 2014, valores alarmantes em termos de PIB nacional, vêm se mostrando impotentes para a resolução dos problemas que o afligem, e assim proporcionar ao jurisdicionado uma atividade judiciária eficiente.

Tal realidade, mesmo isolada de outras variáveis, já seria bastante para ratificar o entendimento *prima facie* esposado, porquanto além de o acesso à justiça não estar circunscrito ou dependente de uma função estatal, não se mostrará efetivo se, admitido o acesso ao Judiciário — pressupondo-se que a parte conheça o seu direito e que o sistema lhe garanta um profissional com habilidade técnica para postulá-lo —, os atos praticados no bojo do processo discrepem dos ditames constitucionais, a exemplo da igualdade de tratamento que às partes deve ser dispensada.

Entretanto, outros problemas somam-se ao acima exposto, entre eles o alusivo aos focos de tensão com o Executivo e o Legislativo protagonizados pelo “gigantismo judiciário”. Sob esse prisma, a atuação do Judiciário torna-se perigosa na medida em que a **judicialização da política e a politização do judiciário**, em tese aceitáveis, na prática redundem em excessivo **ativismo judicial**, adversando o princípio da separação entre os poderes, com extravasamento da teoria dos *checks and balances*.

Ademais, os “clientes habituais” do Judiciário e os consequentes prejuízos para a democratização e a igualdade do (e no) acesso à justiça assomam como realidades que preocupam, pois em tais situações o Judiciário é manipulado pela parte dita “mais forte”, em prejuízo da “mais fraca”. Destarte, indaga-se: a “parte fraca” que eventualmente obteve acesso ao Judiciário, mas que tem como contraparte um “cliente habitual” teve (na entrada) ou, quiçá, terá (na saída) real acesso à justiça?

Serão investigados, outrossim, entraves adicionais para o acesso ao Poder Judiciário, a exemplo dos culturais, econômicos e sociais, os quais encontram-se subjacentes aos primeiros e, somados, geram na população descrédito na *justiça jurisdicional* ou oficial.

Nesse quadro, os meios alternativos de acesso à justiça, a saber, a conciliação, a mediação (a par da intervenção neutra de terceiros) e a arbitragem, além de inúmeros outros, aparecem como canais viáveis de acesso à justiça, e se dão num ambiente bem mais saudável, daí serem chamados de não adversariais ou pacíficos ou consensuais.

#### **4.1 A excessiva quantidade de processos e a morosidade do judiciário: a demanda é superior à oferta**

Ficou assentado, em linhas gerais, que o mais pesado fardo carregado de há muito pelo Judiciário é o da elevada quantidade de processos que administra, a qual, sendo sempre crescente, sobreexcede a sua capacidade estrutural e humana de resposta, ainda que nos últimos decênios tenha recebido vultosos investimentos, distribuídos em múltiplas frentes, entre elas a da informatização, com a virtualização de julgamentos, em casos específicos.

Nessa toada, infere-se que a excessiva quantidade de processos é irmã gêmea da morosidade do Judiciário, tudo levando à veracidade da assertiva segundo a qual a demanda é infinitamente superior à capacidade de oferta do serviço ou, noutras palavras, há mais *inputs* do que *outputs*.

Com efeito, a Carta da República em vigor confiou ao Judiciário papel singular, até então não outorgado a tal Poder por nenhuma outra Constituição ao longo da história constitucional brasileira.<sup>207</sup> Garantiu-se autonomia institucional, administrativa e financeira, e assegurou-se aos magistrados autonomia funcional, realidade, segundo Gilmar Mendes<sup>208</sup>, digna de destaque no plano do direito comparado.

As conquistas em referência, portanto, significaram, simultaneamente, o fortalecimento do Judiciário enquanto Poder e o de seus membros, pois que conquistaram a verdadeira independência para o exercício do valoroso *múnus* a que estão cometidos. Todavia, a sociedade não recebeu a devida educação acerca de como e quando utilizar o serviço judiciário, de modo que de 1988 para cá a litigiosidade cresceu exponencialmente.

Junte-se a isso o fato de que no Brasil há uma aguçada inclinação para o *demandismo*<sup>209</sup>, fomentada precipuamente pela falsa ideia de que a Constituição assegura um poder ou dever de ação, quando em verdade o que ela prevê é a possibilidade de, em último

<sup>207</sup> MENDES; BRANCO, 2011, p. 963. Sobre a evolução do Judiciário no Brasil, cf. MARTINS FILHO, 1999, *passim*.

<sup>208</sup> MENDES; BRANCO, 2011, p. 963.

<sup>209</sup> Trata-se de fenômeno peculiar de países de *civil law*, de família romano-germânica, onde a **lei escrita** favorece a judicialização. Nos países de *common law*, de família anglo-saxã, ao contrário, preponderam as chamadas formas alternativas de solução de conflitos, que nos Estados Unidos, conforme já visto, recebem o nome de *Alternative Dispute Resolution* (ADR).

caso, o interessado se valer desse instrumento, que é, portanto, residual em meio a outros, modernamente considerados primários.

Conforme visto, dissemina-se ao interno da coletividade que o fortalecimento do Judiciário é o caminho para a resolução do problema da morosidade, havendo vozes segundo as quais, aumentando-se o número de magistrados nos tribunais os processos andariam com maior rapidez e outras acentuando que a criação de Tribunais, Fóruns e Varas resolveria. Tais asserções estão na mesma linha de erros da que defende a edição de normas como saída para a amplificação do acesso à justiça, enfim como meio para garantir direitos e assim pacificar a sociedade.

Registre-se que esses equívocos foram investigados por Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>210</sup>, estudioso da matéria, tendo observado que o gigantismo judiciário é fruto da oferta de *mais do mesmo*, a qual, levada às suas últimas consequências, retroalimenta a demanda, deixando a solução do problema a descoberto. Ora, se o serviço é público, e de fato o é, e encontra-se à disposição da coletividade, quem, uma vez dele necessite — ainda que por uma falsa representação da realidade —, não o utilizará?

Atualmente, com a explosão da informatização, *internet*, redes sociais, Tv Justiça e outros canais, as pessoas se tornaram bem mais **informadas** (talvez não tão conscientes, por ausência de educação) acerca dos seus direitos, mais até do que das suas obrigações. Isso contraria, no entanto, o que foi defendido no tópico da universalização do acesso à justiça através da informação sobre direitos, uma vez que esta, talvez por ser difusa, não tem prezado pela devida educação sobre os meios corretos para reivindicá-los. Ademais, o aumento do número de cursos de direito no país trouxe expressiva quantidade de novos advogados para o mercado jurídico, em que hoje se visualiza o fenômeno da aproximação dos advogados particulares das pessoas, muitos deles oferecendo **litigância barata**.

Nesse sentido, o cidadão comum é alimentado da expectativa de que o Judiciário (e apenas ele) é a panaceia para as suas demandas, se omitindo que o processo tem começo, meio e fim, ou seja, falta o esclarecimento de que a grande dificuldade está não em entrar — haja vista as facilidades narradas, consequências da “primeira onda” renovatória de Cappelletti e Garth —, mas em sair do Judiciário, sobretudo com a sensação de Justiça, o modo pelo qual o cidadão recebe a prestação jurisdicional.

Como não poderia deixar de ser, o resultado dessa equação é o fenômeno que o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos<sup>211</sup> chama de “explosão da litigiosidade”,

---

<sup>210</sup> MANCUSO, 2011, p. 130-139.

<sup>211</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas

cujas causas remontam aos fins do século XIX, com a ideia de Estado-providência e a socialização dos direitos. São as palavras do autor:

Em primeiro lugar, a juridificação do bem-estar social abriu caminho para novos campos de litigação nos domínios laboral, civil, administrativo e da segurança social, o que, nuns países mais do que noutros, veio a se traduzir no aumento exponencial da procura judiciária e na conseqüente explosão da litigiosidade. As respostas que foram dadas a esse fenómeno variaram de país para país, mas incluíram quase sempre algumas das seguintes reformas: informalização da justiça; reapetrechamento dos tribunais em recursos humanos e infraestruturas, incluindo a informatização e a automatização da justiça; criação de tribunais especiais para a pequena litigação de massas, tanto em matéria civil como criminal; proliferação de mecanismos alternativos de resolução de litígios (mediação, negociação, arbitragem); reformas processuais várias (ações populares, tutela de interesses difusos, etc.). A explosão da litigação deu maior visibilidade, social e política aos tribunais e as dificuldades que a oferta da tutela judicial teve, em geral, para responder ao aumento da procura suscitaram com grande acuidade a questão da capacidade e as questões com ela conexas: as questões da eficácia, da eficiência e da acessibilidade do sistema judicial.

Em meio a tantos problemas, as saídas encontradas se mostraram insuficientes e, em alguns casos, também ineficientes. Eis porque a resolução da morosidade do Poder Judiciário exige novas metodologias, vazadas em novas técnicas<sup>212</sup>, mais consentâneas às necessidades do presente. Como disse Ada Pellegrini Grinover<sup>213</sup>:

O elevado grau de litigiosidade, próprio da sociedade moderna, e os esforços rumo à universalidade da jurisdição (um número cada vez maior de pessoas e uma tipologia cada vez mais ampla de causas que acedem ao Judiciário) constituem elementos que acarretam a excessiva sobrecarga de juízes e tribunais. E a solução não consiste exclusivamente no aumento do número de magistrados, pois quanto mais fácil for o acesso à Justiça, quanto mais ampla a universalidade da jurisdição, maior será o número de processos, formando uma verdadeira bola de neve.

Essas constatações demonstram que o acesso desmesurado ao Judiciário gera complicações, as quais não estão ligadas apenas à excessiva demanda contra um número reduzido de servidores<sup>214</sup>, mas a diversos fatores multiplexos, como à ausência de paridade de

---

sociedades contemporâneas. **Revista brasileira de ciências sociais**, São Paulo, v. 11, n. 30, fev. 1996. Disponível em: <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm)>. Acesso em: 30 set. 2015.

<sup>212</sup> No que atine ao processo penal, merecem destaque as iniciativas do CNJ, vazadas em metas e mutirões carcerários anuais, com o escopo de evitar que pessoas fiquem presas irregularmente, de prestar atendimento aos presos de baixa renda e de criar meios de reinserção social para ex-detentos. Segundo o CNJ, a promoção dos mutirões carcerários nos Estados faz parte da política de acompanhamento do sistema carcerário desenvolvida no seu âmbito. Com a publicação da Portaria nº 513, de 15.04.2009, o Conselho instituiu metas a serem cumpridas dentro de um ano, entre elas a realização desses mutirões em todos os Estados. (CNJ. **Metas 2015**: sistema carcerário. Portal CNJ, Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/met/276-aco-es-e-programas/programas-de-a-a-z/mutiroes-carcerarios/13223-apresentacao-sistema-carcerario>>. Acesso em: 30 set. 2015).

<sup>213</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, Brasília, ano 2, n. 5, 2008, p. 22-23.

<sup>214</sup> Reitere-se que o problema não é de ordem estrutural, no sentido de ausência de investimentos, pois estes, já se disse, existem em grande medida, mas sim cultural, com raízes no excesso de litigância, bem como na distorção das regras pelas chicanas processuais perpetradas, por regra, pelos clientes habituais do Judiciário.

armas no processo, evidenciada quando o sujeito detentor de poder econômico e informado, mas sem direito legítimo, manipula maliciosamente o Judiciário, que é lento, em detrimento do pobre e desinformado, a quem o direito mais aproximadamente lhe assistiria. Nessa situação, é tendencioso que a parte mais fraca venha a abdicar do que lhe é devido ou a se sujeitar a acordos irrisórios ou ilegais, conformando-se com a “justiça do acaso”.

Assim, é de se afirmar uma vez mais que o Judiciário nem sempre corporifica, por seus atos, a vera Justiça, pois por vezes pode ser ilaqueado e destarte incorrer em injustiças, mormente em prejuízo dos mais carentes. Eis porque tal acesso deve ser visualizado não apenas sob o aspecto do *antes*, mas também pelo do *durante* e do *depois*, após o que se poderá aferir se a Justiça foi ou não alcançada.<sup>215</sup>

Dito isto, não há porque se confundir o acesso à justiça com o mero acesso ao Judiciário, pois isso seria negar a essência da Justiça, assim desconsiderando o inverso desse valor, a injustiça, que é verificada pelo só fato da morosidade.<sup>216</sup> Daí a necessidade de se pensar um acesso mais amplificado e condizente com o próprio direito material objetivado, diferente da ideia de direito ao processo, a qual hodiernamente já não supre todas as lacunas da sociedade.

Por tais razões, o presente trabalho defende o acesso à justiça como acesso ao Direito e, sustenta com ênfase, ademais, que a via judicial, ainda que por esforço semântico, se afigura insuficiente para a sua plena efetivação, no quadro de uma visão global do fenômeno.

Quanto às causas da morosidade, vê-se que outro mote para o aumento do acervo de processos em trâmite, com prejuízos ao princípio constitucional da razoável duração dos feitos<sup>217</sup>, diz com o fato de que na quadra atual, por contingências cujas origens dimanam da própria conjuntura social, o Judiciário avulta preeminente em face dos outros poderes, em certas situações se eximindo do dever de autocontenção.

Em pronunciamento recente, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Ricardo Lewandowski disse que no século XXI a Justiça (leia-se o Judiciário) tende a ter um papel de protagonismo no funcionamento do Estado, assim como em séculos anteriores os poderes Legislativo e Executivo assumiram posições de maior relevo. Para o Ministro, numa

<sup>215</sup> A cientista política Maria Tereza Aina Sadek (2014, passim), ao versar sobre o acesso à justiça, fala de três etapas para a sua efetiva consecução: o ingresso visando a obtenção de um direito; os caminhos posteriores a entrada; e, por derradeiro, a saída.

<sup>216</sup> Conforme dito, há riscos claros de o Judiciário produzir uma decisão iníqua. Esse risco, no entanto, é atenuado sobremaneira quando o acesso se dá por outras vias.

<sup>217</sup> O direito fundamental à razoável duração do processo tem como destinatários os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, podendo-se dizer que o juiz e em última instância o próprio Estado-juiz são os responsáveis maiores pela observância deste direito (Cf. ARRUDA, 2013, p. 509-510).

época em que direitos humanos e fundamentais estão fartamente assegurados na Legislação, falta ainda sua concretização, sendo dever dos magistrados executarem essa tarefa. Prossegue afirmando que depois do surgimento dos direitos individuais, como os direitos à liberdade em geral, ainda no século XIX, o mundo viu surgirem os chamados direitos sociais<sup>218</sup>, que demandam do Estado prestações positivas, um *facere*, e exatamente nesse contexto o papel do Judiciário cresce enormemente, pois a ele cabe concretizá-los.<sup>219</sup>

Além disso, reconheceu que o Judiciário assume no momento uma importância capital para o funcionamento do Estado, como em períodos anteriores coube a outros poderes, lembrando que o século XIX foi o século do Poder Legislativo, num momento em que a soberania popular se manifestava por meio de seus representantes, que decidiram grandes questões relativas à organização da sociedade, ao passo que o século XX foi o século do Executivo, época de fenômenos extremos como grandes guerras, revoluções, e de transformações trazidas pela globalização, em que nesse contexto o único poder mais aparelhado para reagir de forma rápida e eficaz a essas provocações era o Executivo. Por fim, pontuou que hoje os grandes problemas estão nas mãos do Judiciário, que age inclusive na confecção e elaboração das próprias políticas públicas, como na área do consumidor, do meio ambiente, dos povos indígenas, da proteção à criança e ao adolescente, ao idoso e aos deficientes físicos.<sup>220</sup>

Com efeito, conquanto revele um fenômeno indiscutível, qual seja o da preeminência do Judiciário nos tempos correntes, a fala do Ministro merece, *data venia*, algumas considerações. Ora, não é função essencial do Judiciário, ao menos num primeiro momento, prover prestações sociais ou obrigações primárias do Estado, vazadas em políticas públicas. Embora a Constituição estabeleça uma gama de direitos, muitos de cunho social, cujas prestações se direcionam a parcela carente da população, isso não significa que se outorgou ao Judiciário a prerrogativa de como um autêntico “prestador” se imiscuir, ao seu livre alvedrio, sobre matérias que lhe são infensas, pois em assim agindo se tornaria um Poder eminentemente político<sup>221</sup>, ao invés de jurídico.

---

<sup>218</sup> Os direitos sociais passaram a ser reconhecidos formalmente nas Constituições a partir do advento do Estado Social de Direito. Este, pela lente do Professor Paulo Bonavides (**Do estado liberal...**, 2004, p. 185), é num regime democrático o Estado de todas as classes.

<sup>219</sup> Contudo, essa concretização não é primária, como tenta inculir o nobre Ministro, pois o Judiciário deve ser convidado a agir apenas em caráter subsidiário.

<sup>220</sup> STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL). Judiciário tem papel de protagonismo no funcionamento do Estado, diz Lewandowski. **Portal do STF**, Brasília, 21 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=280306>>. Acesso em: 15 set. 2015.

<sup>221</sup> A questão sobre ser ou não o Judiciário um poder político é indubitavelmente controversa. O professor Felipe Braga Albuquerque (**Direito e política**: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. Florianópolis: Conceito, 2013, p. 91) defende que é um poder político

Nem sempre, porém, o Judiciário poderá se escusar sob o pálio de que o Poder Público descumpra ou não cumpra a contento o seu papel, embora essa seja uma das concausas da excessiva judicialização dos direitos. Acrescente-se, na esteira do pensamento de Luís Roberto Barroso, que há casos em que o Judiciário é compelido a atuar sobre matérias que não encontram previsão legal, em face da falta de consenso na sociedade, refletida no processo político majoritário.

Outro fator digno de realce responsabiliza direta e imediatamente o Poder Executivo, uma vez que a inércia na elaboração das políticas públicas, bem como a malversação de recursos públicos produzem judicialização. O Executivo ainda contribui para a morosidade quando não se comporta adequadamente como parte processual, recorrendo abusivamente e destarte prejudicando a aquisição em tempo razoável do bem da vida vindicado pela parte necessitada. Com olhos fitos nessa problemática, o professor Samuel Miranda Arruda<sup>222</sup> lavrou as seguintes considerações:

É o Estado-parte o responsável por grande parcela dos feitos que praticamente inviabilizam o andamento da justiça nacional. Não custa lembrar que há todo um ramo da justiça brasileira (a Justiça Federal) quase exclusivamente dedicado às causas que têm a União, suas empresas públicas e autarquias como litigantes ativos ou passivos. Ora, enquanto destinatário da norma compete ao Executivo tomar as medidas ao seu alcance para evitar a lesão ao direito fundamental. Aí se inclui, sem sombra de dúvida, o dever de evitar a proliferação de causas inúteis que congestionam a justiça e a obrigação de não utilizar o Poder Judiciário como instrumento de postergação do cumprimento de deveres próprios do poder público.

Em que pese o simbolismo, o legislador constituinte derivado, no propósito de fazer ceifar, ou atenuar, à morosidade do Poder Judiciário, houve por bem positivar na Constituição Federal, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, o direito fundamental à razoável duração do processo.<sup>223</sup> No mesmo sentido, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) traz vários dispositivos sobre duração razoável, positivando no nível infraconstitucional a matéria já constitucionalizada, que se aplicará no ambiente de um processo oxigenado e renovado.<sup>224</sup>

---

precisamente por lhe ser permitido declarar a inconstitucionalidade de uma norma produzida pelo parlamento. São suas palavras: “a investidura do Poder Judiciário, como o poder político, resulta, em primeiro lugar, de sua competência como autoridade responsável pelo controle de constitucionalidade; em segundo lugar, por ser o intérprete final da constituição e, por último, por lhe ter sido conferida competência exclusiva para dirimir os conflitos entre os poderes”.

<sup>222</sup> ARRUDA, 2013, p. 510.

<sup>223</sup> Cuida-se do inciso LXXVIII, acrescido ao artigo 5º, assim redacionado: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

<sup>224</sup> É o que se dessume dos seguintes artigos: “Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”; “Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”; “Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

A despeito dessas preocupações, não se pode esquecer que correlato ao problema da morosidade vem o da irrazoável rapidez no andamento do processo judicial, que assim como a morosidade, também é passível de ocasionar sérios prejuízos às partes.<sup>225</sup> Coloca-se, pois, de um lado o reclamo por uma tutela jurisdicional efetiva, e do outro a necessidade de preservação da segurança jurídica, sendo de mister, conforme defendido por Eduardo Camargo Righi<sup>226</sup>, que se faça uma ponderação entre tais direitos, chegando-se a uma solução que os “prejudique” na menor medida possível.

No contexto restritivo de acesso ao Judiciário, por exemplo, a compactação de ritos ou mesmo a supressão de um determinado recurso só se legitima se for pensada holisticamente, levando em consideração o devido processo legal, além de outros postulados, a fim de que os direitos dos postulantes não sejam indevidamente sacrificados.

Com efeito, a influência do tempo na relação processual não é em si mesma boa ou má, pois depende muito do caso concreto. O réu que responde ao processo criminal em liberdade, por exemplo, torce para que a marcha processual seja lenta, ao passo que o sujeito que judicializa o direito à saúde espera do Judiciário pronta resposta. É o que aponta Rodolfo Mancuso<sup>227</sup>:

Bem vistas as coisas, o interstício temporal, *em si mesmo*, não comporta um juízo de valor em termos de *certo-errado*, senão que, a depender da circunstância em que ele opera, tanto pode advir uma melhora na situação da parte a quem o fator tempo aproveita, como pode resultar uma situação pior ou um estado de sujeição.

A morosidade do funcionamento do Judiciário — em si complexa e permeada de *nuances* — será doravante analisada sob outras perspectivas, como a que diz com o ignominioso aproveitamento das mazelas do sistema judicial (nele incluídas as leis processuais) pelos chamados “clientes habituais” do Judiciário, um deles, por sem dúvida, o Poder Executivo.

Por ora, conclui-se que a abertura de estradas vicinais ao andamento do processo se de um lado facilita e melhora o acesso ao Judiciário, pois que visa minorar o sofrimento dos litigantes na caminhada até final julgamento, como se deflui das motivações do NCPC, do outro não garantirá, *só por só*, o acesso à justiça. As razões estão no “Relatório Justiça em Números — 2015: Ano-base 2014”, do CNJ, que mostra o congestionamento do Judiciário, na contramão das mudanças realizadas tanto no âmbito do processo, quanto no dos investimentos recebidos.

<sup>225</sup> Cf. ARRUDA, 2006, p. 340.

<sup>226</sup> RIGHI apud MANCUSO, 2011, p. 285.

<sup>227</sup> Cf. MANCUSO, 2011, p. 280.

O panorama global do Poder Judiciário, segmentado entre informações sobre recursos financeiros (despesas e receitas), recursos humanos e litigiosidade, constante no sobredito relatório, revela o que se vê:

- a) Recursos Financeiros: “no ano de 2014, as despesas totais do Poder Judiciário somaram aproximadamente R\$ 68,4 bilhões, o que representou um crescimento de 4,3% em relação ao ano de 2013, e de 33,7% no último sexênio. Essa despesa equivale a 1,2% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, a 2,3% dos gastos totais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, a um custo pelo serviço de justiça de R\$ 337 por habitante. A Justiça Estadual é responsável por 55% da despesa total do Poder Judiciário (R\$ 37,6 bilhões) e em seguida está a Justiça do Trabalho, com 20,8% (R\$ 14,2 bilhões); os gastos com recursos humanos somam R\$ 61,2 bilhões e são responsáveis por 89,5% do orçamento total, sendo que compreendem, além da remuneração com magistrados, servidores, inativos, terceirizados e estagiários, todos os demais auxílios e assistências devidos, tais como auxílio-alimentação, diárias, passagens, entre outros”;<sup>228</sup>
- b) Recursos Humanos: “em 2014, o Poder Judiciário contou com a atuação de 16.927 magistrados, dos quais 11.631 (68,7%) atuavam na Justiça Estadual. Ao final do ano, eram 17.558 cargos de magistrados providos e 631 magistrados afastados da jurisdição. Existem, criados por lei, 22.451 cargos de magistrados no Poder Judiciário, estando vagos, ao final de 2014, 21,8% desses cargos. O número de magistrados no Poder Judiciário tem aumentado desde o ano de 2009. Do total de magistrados (16.927), são 77 ministros de Tribunais Superiores (0,45%), 2.190 desembargadores (12,9%), 142 juízes substitutos de 2º grau (0,8%) e 14.518 juízes de primeiro grau (85,8%). Os cargos vagos são basicamente de juízes de primeiro grau, pois, ao passo que no segundo grau existem 72 cargos de desembargadores criados por lei e não providos (3%), no primeiro grau tem-se 4.821 (24%). Em relação aos servidores, ao final de 2014, o Poder Judiciário possuía uma equipe de 278.707 servidores, sendo 245.335 do quadro efetivo os quais, excluídos os 4.306 que estavam requisitados e cedidos para outros órgãos, resultou em uma força de trabalho de 241.029 efetivos (87%). Somem-se, ainda, à equipe, 22.679 requisitados e cedidos de outros órgãos (8%) e 14.724 comissionados sem vínculo efetivo (5%). Cumpre informar a existência de 40.248 cargos criados por lei e ainda não providos, que representam 14% dos cargos efetivos existentes. A Justiça

---

<sup>228</sup> CNJ, **Justiça em números...**, 2015, p. 29.

Estadual detém 64,5% do total de servidores do Poder Judiciário, seguida da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, com, respectivamente, 14,8% e 10,3% do total de servidores. São 218.151 servidores lotados na área judiciária, que compõem 78% da força de trabalho, restando 22% na área administrativa. Entre os que atuam diretamente com a tramitação do processo, 182.623 (84%) estão no primeiro grau de jurisdição, incluindo juizados especiais e turmas recursais, onde também estão 86% dos processos ingressados e 95% do acervo processual. Por fim, o Poder Judiciário conta, ainda, com o apoio de 139.298 trabalhadores auxiliares, que se dividem entre 70.830 terceirizados (51%), 60.241 estagiários (43%), 6.427 conciliadores (5%) e 1.800 juízes leigos (1%). A contratação de auxiliares tem crescido e chegou a acumular variação de 60% no sexênio, embora de apenas 2,4% entre 2013 e 2014<sup>229</sup>;

- c) Litigiosidade: “em 2014, o Poder Judiciário iniciou com um estoque de 70,8 milhões de processos, que tende a aumentar devido ao total de processos baixados ter sido inferior ao de ingressados. Estima-se, portanto, que ao final de 2014 o estoque cresça em meio ponto percentual, ultrapassando, assim, 71,2 milhões de processos pendentes. Apesar deste cenário, desfavorável, houve aumento de 1,4% no total de processos baixados e que representa cerca de 28,5 milhões de processos em 2014. Já o número de casos novos aumentou em 1,1%, atingindo quase 28,9 milhões de processos ingressados durante o ano de 2014. Como consequência do aumento do quantitativo de casos novos e de pendentes, a Taxa de Congestionamento do Poder Judiciário foi de 71,4% no ano de 2014, com aumento de 0,8 pontos percentuais em relação ao ano anterior. Os casos pendentes (70,8 milhões) crescem continuamente desde 2009 e, atualmente, equivalem a quase 2,5 vezes do número de casos novos (28,9 milhões) e dos processos baixados (28,5 milhões). Dessa forma, mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários quase 2 anos e meio de trabalho para zerar o estoque. Além disso, apesar do aumento de 12,5% no total de processos baixados no período 2009-2014, os casos novos cresceram em 17,2%, fato que contribuiu para o acúmulo do estoque de processos. A Justiça Estadual detém 70% dos casos novos e quase 81% do total de casos pendentes do Poder Judiciário. Assim, verifica-se que o maior gargalo da litigiosidade do Poder Judiciário está na fase de execução, que abrange 51% do acervo.

---

<sup>229</sup> CNJ, **Justiça em números...**, 2015, p. 31.

Enquanto estes processos permanecerem pendentes, o jurisdicionado não terá sua demanda atendida pela Justiça”<sup>230</sup>.

De forma clara, portanto, esses resultados evidenciam que de nada adianta ampliar os recursos financeiros e humanos<sup>231</sup>, se não houver uma preocupação desde a base, com o fito de conter o avanço da litigiosidade a partir da dissuasão. Em verdade, se as despesas não logram garantir sequer o acesso a um processo digno, que dizer do genuíno acesso à justiça!

Numa palavra, a explosão da litigiosidade tem sistematicamente inviabilizado o alcance dos objetivos pretendidos através dos múltiplos investimentos realizados, tornando inócua, por conseguinte, qualquer alteração empreendida na legislação processual.

#### **4.2 Os focos de tensão com o Executivo e o Legislativo protagonizados pelo “gigantismo judiciário”: a judicialização da política e a politização do judiciário**

Na mesma linha dos países não desenvolvidos, o Brasil sofre com ingentes problemas de cunho social, motivados pelas desigualdades sociais e regionais, situação essa que demanda a confecção de políticas públicas pelo Governo, fundamentalmente nas áreas da educação, da saúde e da moradia, para garantir à população o acesso direto à justiça, no sentido de acesso aos direitos.<sup>232</sup>

Entrementes, as políticas públicas existentes são insuficientes para atenderem a todas as demandas e necessidades da população. Nada obstante, a atual Constituição ampliou o processo de constitucionalização dos temas reservados ao campo estritamente político e, ao fortalecer o Judiciário, abriu ensanchas à judicialização na hipótese de o Poder Público claudicar.

Na prática, o cumprimento dos ditames constitucionais, seja sobre direitos individuais seja sobre direitos sociais, custa dinheiro, e mais ainda quanto aos últimos, que por tal razão possuem efetividade reduzida, pois de quando em vez os meios políticos ordinários se escusam a implementá-los.<sup>233</sup> Quando isso ocorre, se acentua o fenômeno da

<sup>230</sup> CNJ, **Justiça em números...**, 2015, p. 34. Ponto relevante sobre a litigiosidade não abordado pelo CNJ nesta pesquisa está relacionado ao número de ações judiciais desfundamentadas, mas que motivadas pelo indevido e ganancioso incentivo que muitos advogados particulares, imbuídos de má-fé, empregam às pessoas incautas, que inconscientemente se sujeitam a lides temerárias, inclusive com adiantamento de honorários.

<sup>231</sup> Plasmados no aumento da despesa com o Poder Judiciário, as vezes desproporcional ao investimento realizado em outros setores, como saúde e educação.

<sup>232</sup> O artigo 3º da CF/88 diz que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

<sup>233</sup> Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 591-592.

*judicialização*, o qual deve ser controlado para que não origine problemas mais graves, como o do desequilíbrio entre os poderes, tensionando-os.

Apesar do corrente equívoco doutrinário, a judicialização, cujas motivações serão analisadas com cuidado, não se confunde com ativismo judicial<sup>234</sup> ou politização do judiciário ou judicialização da política, sendo essas realidades diferentes dentro do contexto do acesso ao Judiciário. Em recente manifestação sobre o tema, Luís Roberto Barroso<sup>235</sup> sublinhou que cada vez mais o Judiciário tem sido chamado a se manifestar sobre assuntos novos, para os quais ainda não há previsão na legislação existente e a resposta para muitos desses casos acaba sendo construída pelos juízes de forma argumentativa, com fulcro nos princípios da Constituição Federal. Para o Ministro, o papel do Judiciário é agir com parcimônia, visando unicamente a proteção dos direitos fundamentais e a manutenção das regras do jogo democrático.

Em assim agindo, não incorreria o Judiciário propriamente em *ativismo*, pois que estaria no exercício legítimo e parametrizado da sua atividade precípua, sem riscos para o equilíbrio que deve haver entre os poderes. O ativismo judicial, portanto, e tendo em vista as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o seu significado, pode ser encarado tanto sob o aspecto positivo, quanto sob o negativo, a depender do ângulo sob o qual seja observado o fenômeno.<sup>236</sup>

A propósito das diferenciações aplicadas ao mesmo fenômeno, vê-se que os Ministros do STF interpretam-no positivamente, pois consideram o ativismo necessário e inescapável, ao passo que os integrantes das categorias profissionais mais ligadas à defesa do Estado, sustentam o lado pernicioso do fenômeno, o que demonstra que as tergiversações sobre o seu significado precisam ser superadas no ponto de partida da sua conceituação ou definição, evitando-se mal entendidos.

<sup>234</sup> Conforme Luís Roberto Barroso (**O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 372), a *judicialização* é um fato, uma circunstância, já o *ativismo* é uma atitude, “a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.

<sup>235</sup> BARROSO apud SOUZA, Giselle. Judicialização não se confunde com ativismo, diz ministro Luís Roberto Barroso. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-25/judicializacao-nao-confunde-ativismo-ministro-barroso>>. Acesso em 29 set. 2015.

<sup>236</sup> Veja-se, a propósito, o seguinte excerto: “Primeiramente, é de bom alvitre esclarecer que a expressão *ativismo judicial* possui pelo menos dois sentidos, um *positivo* e o outro aqui denominado de *negativo*, os quais estão diretamente ligados à maneira como o Poder Judiciário recepciona as lides que se lhe achegam e, em última análise, à forma como interpreta o direito. Tal observação releva de importância em face de que a ausência de critério na análise do termo ou mesmo a sua interpretação incorreta gera, no mais das vezes, a atribuição ao ativismo judicial de *um* significado pejorativo, ou seja, a análise torna-se parcial e tendenciosa” (In: OLIVEIRA NETO, Emetério. A participação da sociedade na formulação das políticas públicas por meio do orçamento participativo. In: FÓRUM BRASILEIRO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA, 4., 2015, Niterói. **Anais...** Niterói: ABCP, 2015. No prelo.).

Elival da Silva Ramos<sup>237</sup> visualiza o *ativismo judicial* sob o prisma negativo, não conferindo a esse movimento o sentido que ordinariamente se lhe atribui de autorizada jurisprudência criativa. Diz que o direito moderno está baseado em textos escritos, que são pautas sob as quais o julgador deve trabalhar, sempre fora da perspectiva da discricionariedade<sup>238</sup> ou do subjetivismo, que se aplicado abusivamente extravasará tal pauta. Em sua análise o ativismo é uma disfunção, um defeito caracterizado pela ultrapassagem de limites, portanto um fenômeno de ruptura com o sistema jurídico e em última análise com o Estado de Direito, uma vez que, desrespeitando os limites normativos substanciais da função jurisdicional, o Judiciário se torna formulador e não aplicador do Direito, assim usurpando no exercício da sua função em prol de opções políticas.<sup>239</sup>

Ronald Dworkin<sup>240</sup>, a despeito de ser considerado antipositivista, se posiciona contrariamente ao ativismo judicial, sendo dele a seguinte passagem:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. Um julgamento interpretativo envolve a moral política, e o faz da maneira complexa que estudamos em vários capítulos. Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade de virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam umas às outras. Uma delas é a equidade: o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição. A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania.

Noutro giro, há quem defenda que o ativismo judicial é bem-vindo no contexto da proteção dos direitos fundamentais das minorias, funcionando como correção de disfunções do processo político majoritário. Essa corrente exige uma atuação enérgica do Judiciário para a concretização dos valores supremos entabulados na Constituição, sem embargo de aceitar que o **ativismo excessivo** é prejudicial à democracia, na medida em que asfixia as funções dos

<sup>237</sup> Cf. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 171-177.

<sup>238</sup> Para Cappelletti (**Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 23-24), contudo, “discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos”.

<sup>239</sup> RAMOS, 2015, p. 106-140.

<sup>240</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 451-452; RAMOS, 2015, p. 138.

demais poderes.

Com efeito, o ativismo nasce na crista do novo “protagonismo” assumido pelo Judiciário no mundo contemporâneo, sendo que no Brasil a própria Constituição de 1988 fincou os alicerces para uma maior movimentação do Judiciário, sobretudo ao inscrever, com força normativa, princípios e direitos que exigem materialização.<sup>241</sup> Ademais, diversamente do século XVIII, época do florescimento do dogma da separação entre os poderes, em cujo contexto o juiz, era um mero reproduzidor de textos legais, na expressão de Montesquieu<sup>242</sup> *la bouche de la loi*, na atual quadra ele exerce uma atividade mais criadora, embora envolto em limites cuja ultrapassagem é vedada, pois são os limites constitucionais dos demais poderes, as suas esferas de competências.

Nesse ambiente, não atingindo o Judiciário o espaço dos outros poderes, diz-se que o ativismo serviria à democracia. Para o Min. Luiz Fux<sup>243</sup>, a seara política não é infensa à incidência das normas constitucionais e a experiência histórica demonstrou que os Poderes Executivo e Legislativo não são capazes de sozinhos, assegurar o respeito aos direitos que compõem o substrato mínimo da democracia, de modo que a interferência do Judiciário, mesmo em questões de ordem moral, é essencial para o equacionamento de eventual descompasso comunicativo verificado entre as demais funções estatais, tendo escopo mediador.

Por sua vez, Luís Roberto Barroso<sup>244</sup> explica que a ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla do Poder Judiciário, e ocorre quando na concretização dos mandamentos constitucionais interfere indevidamente no espaço pertencente aos outros Poderes. Ressalta que o ativismo é um fenômeno mundial, pois ao

<sup>241</sup> No que tange a força normativa da constituição, cf. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, *passim*. Esse trabalho de Hesse veio exatamente em contraposição ao de Ferdinand Lassale (**O que é uma Constituição?** 2. ed. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2007, *passim*), segundo o qual a Constituição não passava de um documento político, uma folha de papel, assim destituída de qualquer força cogente.

<sup>242</sup> MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois**. Paris: Gallimard (Bibliothèque de la Pléiade), 1951 [1748], XI, 6.

<sup>243</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [Palavras dos senhores ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux na Sessão Solene de posse dos excelentíssimos senhores ministros Joaquim Benedito Barbosa Gomes e Enrique Ricardo Lewandowski na presidência e na vice-presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça]. In: SESSÃO SOLENE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 3., 2012, Brasília. Ata da [...], em 22 de novembro de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 35, p. 29, 24 fev. 2015. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/JoaquimBarbosa/Discursos/Proferidos/2012\\_nov\\_22.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/JoaquimBarbosa/Discursos/Proferidos/2012_nov_22.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2015.

<sup>244</sup> BARROSO, 2009, p. 6. Nesse diapasão, esclarece que a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: “(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”.

redor do mundo, após a segunda grande guerra, as matérias atinentes aos direitos da pessoa humana vêm sendo constitucionalizadas em larga escala, o que significa tirá-las da política e trazê-las para o Direito, de onde migrarão para os órgãos judiciários. Em vista disso, o problema não estaria no ativismo, porém no excesso de ativismo. Ademais, lembra Barroso<sup>245</sup> que, cunhada nos EUA, a expressão ativismo judicial assumiu uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial, mas que:

Depurada dessa crítica ideológica — até porque pode ser progressista ou conservadora — a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.

Quanto ao fenômeno da judicialização no Brasil, Barroso<sup>246</sup> lhe atribui as seguintes causas: 1. A redemocratização do País, cujo ponto culminante foi a Constituição Federal de 1988; 2. A constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição direitos antes previstos tão-somente na legislação infraconstitucional; 3. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que é um dos mais abrangentes do mundo.

No que pesem as opiniões contrárias, não há negar que política e direito são realidades que se comunicam, e nada impede que o Judiciário seja chamado a se debruçar sobre temas de conotação notadamente política, como sói ocorrer em matéria de direitos sociais.

A **judicialização da política**, por seu turno, ocorre quando o Judiciário se imiscui em decisões concernentes a políticas estritamente governamentais e que só reflexamente atingem a população, os atos próprios do Executivo e do Legislativo, que não envolvem necessariamente prestações sociais. Vale lembrar, a esse propósito, os ensinamentos de Rodolfo Mancuso<sup>247</sup>:

Para que a expressão *judicialização da política* preserve a devida clareza e densidade conceitual e não se disperse em indesejável vacuidade ou latitude excessiva, ela há de significar o acesso à justiça de controvérsias envolvendo as diversas políticas públicas programadas ou implantadas pelo Estado, assim, por exemplo, a de recursos hídricos e geração de energia [...] ou aquela que objetiva a irrigação do semiárido mediante a captação das águas do Rio São Francisco [...]. Ainda, poderiam ser lembradas as ações populares que há tempos foram propostas objetivando impedir a iniciativa governamental de *privatizar* empresas estatais (política de gestão do chamado *custo Brasil*) e as ações civis públicas que buscavam

<sup>245</sup> BARROSO, 2012, p. 369-371.

<sup>246</sup> BARROSO, 2009, p. 3-4. Em suma, a judicialização de direitos é interpretada como o fato de que “questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”. No mesmo sentido, cf. OLIVEIRA NETO, *À fruição do direito fundamental...*, 2014, p. 178.

<sup>247</sup> MANCUSO, 2011, p. 76. Conforme o autor a faixa de sindicabilidade judicial nesses campos se dá crucialmente através do instrumento da ação civil pública

impedir o plantio e comercialização de produtos transgênicos (política de saúde pública e regulação do agronegócio).

Assim sendo, essa especial judicialização levaria o Judiciário, na prática, a definir políticas públicas ou a corrigir distorções das já implementadas, no mais das vezes entrando em rota de colisão com os outros Poderes da República.<sup>248</sup>

Mesmo certo dos riscos da sua atuação sobre assuntos delicados, a menos que tenha de plano indeferido a inicial o juiz não pode se omitir quanto ao *meritum causae* de uma ação judicial, forrando-se num singelo *non liquet*, sob pena de negativa de jurisdição.<sup>249</sup> Isso não autoriza, porém, que o Judiciário aceite ser politizado, numa deturpação da atividade jurisdicional desenvolvida pelos órgãos julgadores.<sup>250</sup>

Pelo que, entre os extremos do *ativismo* e da *contenção judicial*, deve-se preferir o **caminho do meio**, que é o que no conjunto se afigura mais propínquo ao atingimento dos valores constitucionais. Virgílio Afonso da Silva<sup>251</sup> entende que:

É certo que os partidários da idéia de contenção judicial têm que defender que os juízes devem se manter afastados de decisões relativas a políticas públicas, mas isso não significa que toda corrente ativista tenha necessariamente que defender o seu oposto, ou seja, que os juízes devam sempre decidir sobre políticas públicas. Nesse sentido, é possível defender uma forma de ativismo judicial - ou seja, defender que os juízes são legítimos para discutir políticas públicas - e, mesmo assim, sustentar que esse ativismo é limitado por uma série de razões estruturais. Isso significa que, embora o ativismo judicial seja uma possibilidade, ele depende de diversas mudanças estruturais na educação jurídica, na organização dos tribunais e, sobretudo, nos procedimentos judiciais, para que passe a ser possível tratar os direitos sociais e sobre eles decidir de forma coletiva.

Outra característica que avulta do ativismo judicial é a de que ele possibilita que os órgãos jurisdicionais se coloquem como “legisladores positivos”, o que deve ser aceito *cum grano salis*, malgrado no reconhecimento de direitos o órgão julgador enfrente a delicada questão da “conexão interna” entre vinculação à estreita legalidade e sua independência.<sup>252</sup>

<sup>248</sup> O campo propício para a **judicialização da política** é o dos megaconflitos. Nesse sentido, Rodolfo Mancuso (2011, p. 79) sublinha que as intervenções do STF são sempre de largo impacto, como quando se debruçou sobre: o direito à vida dos fetos anencefálicos, o cultivo de sementes geneticamente modificadas, a delimitação territorial de terras indígenas, a definição do que seja crime político ou do que se entende por fidelidade partidária. A elas se junte a decisão que considerou as uniões homoafetivas como **entidade familiar**, bem como a questão, ainda em análise, concernente a descriminalização do porte de maconha para consumo próprio, todas de larga repercussão social e de nítido teor político. Sobre controle das políticas públicas pelo Judiciário, cf. BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, p. 1-31, jan./mar. 2007Nº, *passim*.

<sup>249</sup> O artigo 4º da LINDB reza: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

<sup>250</sup> Ao Judiciário é defeso esboroar dos limites que lhe foram traçados pela Constituição Federal.

<sup>251</sup> SILVA, Virgílio, 2008, p. 596.

<sup>252</sup> Em artigo no qual analisa o Judiciário alemão, defendendo sua independência, Ingeborg Maus (Judiciário Como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na Sociedade Órfã. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 194 e 197) acentua que “a Justiça transformou em fetiche sua independência mediante exigências políticas

Diante disso, entende-se que no exercício do seu *múnus* o juiz está vinculado tão-somente pelo dever de aplicar a Constituição e as leis, sendo-lhe proibido decidir de acordo com o seu senso de Justiça<sup>253</sup>, desapegado dos parâmetros normativos e da racionalidade que devem guiá-lo. Ao julgador, pois, cumpre primar pela observância das pautas da consistência jurídica e da adequação social do direito.<sup>254</sup>

A temática da criação judiciária do direito é antiga, e não passou despercebida por estudiosos como Mauro Cappelletti, Boaventura de Sousa Santos<sup>255</sup> e Castanheira Neves<sup>256</sup>, para quem conquanto um dos fatores que permitam a criação judiciária do direito tenha sido a *revolt against formalism* (a revolta contra o formalismo), tal criação também tem a ver com a transformação do próprio sentido do direito, o sentido de direito social, ligado ao *welfare state* (Estado de Bem Estar Social), e que reclama indeclinável participação da função jurisdicional por formas diversas, entre elas a criativa.

Em seus estudos, Cappelletti<sup>257</sup> investigou a possibilidade de os juízes, para além de autômatos aplicadores, também produzirem, em sua função julgadora, o direito, assim participando da atividade legislativa. Num certo instante observou que “o intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa”. Ao fim do trabalho *Juízes legisladores?*, o jurista italiano averbou:

A resposta dada neste ensaio à indagação de se a tarefa do juiz é interpretar ou criar o direito, posiciona-se no sentido de que o juiz, inevitavelmente, reúne em si uma e outra função, mesmo no caso — que constitui, quando muito, regra não sem muitas exceções — em que seja obrigado a aplicar uma lei preexistente.<sup>258</sup>

As tensões provocadas a partir de atuações excessivas do Judiciário ocorrem não apenas quando ele adentra sobre matérias que estão fora da sua zona de competência, mas também nas hipóteses em que quaisquer de seus membros decidem sem observar o inter-relacionamento entre o Direito e o interesse coletivo. Tal realidade ocorre, por exemplo, a

corporativistas, ao mesmo tempo que, ao negar fundamentalmente sua vinculação à legalidade exigiu independência do recém-democratizado Poder Legislativo”, e prossegue afirmando que “uma justiça que não precise derivar a legitimação de suas decisões das lei vigentes torna-se no mínimo dependente em face das necessidades políticas conjunturais, degradando-se a mero instrumento dos aparelhos administrativos”.

<sup>253</sup> Cf. GRAU, 2013, p. 22.

<sup>254</sup> Cf. NEVES, Marcelo. **Entre hidra e hércules**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 170.

<sup>255</sup> No que respeita ao **direito vivo**, o autor afirma que “é central a contraposição entre o direito oficialmente estatuído e formalmente vigente e a normatividade emergente das relações sociais pela qual se regem os comportamentos e se previne e resolve a esmagadora maioria dos conflitos”, e quanto à *criação judiciária* do direito, entende que “é ainda a mesma visão fundante que dá sentido à distinção entre normatividade abstrata da lei e a normatividade concreta e conformadora da decisão do juiz” (SANTOS, 2013, p. 190).

<sup>256</sup> Cf. NEVES, A. Castanheira. Entre o Legislador a Sociedade e o Juiz ou entre Sistema Função e Problema — os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. **Revista da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, n. 74, 1998, p. 11-12.

<sup>257</sup> CAPPELLETTI, 1999, p. 22.

<sup>258</sup> CAPPELLETTI, 1999, p. 128.

partir de decisões judiciais que determinam ao Poder Público o custeio integral de caros tratamentos individuais de saúde, por vezes contrariando orçamento prévio que já dera as essas especiais verbas destinação mais geral<sup>259</sup>, num precário sopesamento entre os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível. Nesse contexto, a experiência tem confirmado que as manifestações do Judiciário no âmbito do direito à saúde, determinando a distribuição de remédios de forma desordenada, irracional e individualista, não contribuem para a real implementação dos direitos sociais no país.<sup>260</sup>

A crescente aceitação da ideia de que o Judiciário tem competência para analisar matérias eminentemente políticas, mormente via jurisdição constitucional, cuja expressão máxima é o ativismo judicial, exorta a que os poderes Executivo e Legislativo reassumam as suas funções primárias, diminuindo o espectro de interferência judicial sobre as decisões políticas fundamentais<sup>261</sup>, e aliviando as tensões provocadas no sistema.<sup>262</sup>

Desse modo, dúvidas não há de que a via judicial é insuficiente para a plenitude do acesso à justiça, daí a necessidade de se repensar o modelo de Justiça hoje vigente, estendendo o seu alcance não só aos Poderes Executivo e Legislativo, mas de igual sorte estimulando a sua consecução para além do Estado, onde decerto será alcançado em melhor qualidade e em maior medida.

### 4.3 Os “clientes habituais” do judiciário e os prejuízos para a igualdade no acesso à justiça

O ideal do amplo acesso à justiça por meio do Judiciário, também encontra

---

<sup>259</sup> Ressalte-se, por oportuno, que o direito fundamental à saúde pode ser tutelado tanto individual, quanto coletivamente, hipótese esta em que o Judiciário, quando provocado, controla e intervém diretamente nas políticas públicas.

<sup>260</sup> Em minuciosa pesquisa sobre a judicialização do direito à saúde, realizada em conjunto com outros profissionais especificamente nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, as coordenadoras Ada Pellegrini Grinover e Lígia Paula Sica (**Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde**: relatório de pesquisa. São Paulo: FGV, 2014. Disponível em: <[http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio\\_final\\_judicializacao\\_da\\_saude.pdf](http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio_final_judicializacao_da_saude.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2015) constataram, em relatório final, que o direito à saúde tem sido judicializado esmagadoramente por intermédio de ações individuais, alimentando o fenômeno da litigância repetitiva, com todas as suas desvantagens (acúmulo de trabalho, decisões contraditórias, condução atomizada de questões que poderiam ser agrupadas num tratamento único e uniforme), inclusive o Ministério Público contribuindo para tal realidade, na medida em que entra com ações civis coletivas (em verdade, pseudocoletivas) em benefício de indivíduos.

<sup>261</sup> Com isso não se nega tenha o Judiciário papel relevante sobre algumas dessas questões, mas não sobre todas e a todo instante.

<sup>262</sup> No ponto, Rodolfo Mancuso (2011, p. 84-85) esclarece: “A questão é polêmica e complexa, comportando o contra-argumento de que as intervenções pontuais do Judiciário na área da saúde, embora projetem certas externalidades negativas, acabam por estimular, no plano macro, o Administrador Público a investir na melhoria do atendimento à população, o que resulta menos oneroso do que o cumprimento, *no varejo*, das recorrentes ordens judiciais para fornecimento de remédios, realização de implantes e cirurgias em pacientes determinados”.

embaraço quando o mencionado Poder é inundado pelos chamados “clientes habituais”, o que gera, além da morosidade já tratada, profundas desigualdades no acesso, verificadas, sobretudo, durante e ao fim do marchar processual.

Esses “clientes” sempre existiram e sempre haverão de existir, uma vez que aqueles que detêm alguma condição de superioridade, mesmo que transitória, costuma usá-la em juízo de maneira abusiva, assim prejudicando seu semelhante. Cappelletti e Garth<sup>263</sup> estudaram os comportamentos dos indivíduos a quem o professor americano Galanter chamava naquela época de litigantes “eventuais” e litigantes “habituais”, baseado na frequência de encontros com o sistema judicial.

Para Galanter, comparativamente as dos “eventuais”, as vantagens dos litigantes “habituais” eram numerosas, a saber: a maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; por terem mais casos, têm economia de escala; têm oportunidade de desenvolverem relações informais com os membros da instância decisora; podem diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e, ademais, podem testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.

Neste ponto, convém salientar que os litigantes “habituais” (ou *repeat players*, na nomenclatura norte-americana) ali estudados costumavam ser as grandes empresas e corporações, e os seus opositores indivíduos, entregues à própria sorte, pois o sistema não os ajudava quando em confronto com aqueles.<sup>264</sup> Daí que os autores criaram, através da segunda onda revolucionária de acesso à justiça, instrumentos de defesa dos interesses difusos e coletivos (v.g., ambiente saudável e proteção do consumidor), a serem manejados pelos litigantes “eventuais” (ou *one shot players*, na terminologia norte-americana), pois só assim, na união, os seus direitos lograriam ser defendidos com maior força.

Diante disso, pode-se concluir que os obstáculos criados já nos anos 1970 e que ainda hoje lamentavelmente permanecem intocados são mais pronunciados para as pequenas causas, cujos autores, especialmente os pobres, litigam individualmente. Ao mesmo tempo, os litigantes organizacionais possuem inumeráveis vantagens, e por tal motivo usam o sistema judicial, que é público, para obterem interesses próprios.<sup>265</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro admite, basicamente, dois tipos de processos

---

<sup>263</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 25.

<sup>264</sup> Fazendo uma analogia com o sistema de justiça penal brasileiro, ressuma que os “clientes habituais” deste são os pobres e todos aqueles que de qualquer outro modo sofrem discriminação na sociedade (por cor, raça, costumes, etc.).

<sup>265</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 28.

para garantir a tutela judicial de direitos: o tradicional processo individual, que assegura à pessoa o acesso ao Judiciário para garantir seus direitos subjetivos clássicos; e o processo coletivo, que visa à tutela de interesses transindividuais, que são os difusos, coletivos ou individuais homogêneos.<sup>266</sup> Rodolfo Mancuso<sup>267</sup> sublinha que o processo coletivo, sobre o qual é exercida a jurisdição coletiva,

Por sua notória aptidão para resolver – com menor custo e duração – as controvérsias de largo espectro, próprias de uma sociedade de massa, por certo vem *somar* ao esforço que hoje se desenvolve para a consecução de um *novo modelo*, onde uma única resposta judiciária possa resolver os mega-conflitos, de modo isonômico, antes que eles se fragmentem em multifárias ações individuais.

Inobstante os ganhos trazidos pela utilização do processo coletivo, a esmagadora maioria das ações que presentemente ingressam no Judiciário nacional são ações individuais, em grande parte das quais figuram como promovidos os clientes “habituais” do sistema jurisdicional.

Mas há outro dado preocupante, provavelmente não observado por Cappelletti e Garth à época do estudo acima referenciado, porém em bom tempo descortinado pelas professoras Ada Pellegrini Grinover e Lígia Paula Sica<sup>268</sup>, o qual envolve a judicialização do direito à saúde, em que os autores dessas ações individuais — nova categoria de clientes “habituais” do Judiciário que litigam contra o Estado — não são, por óbvio, grandes corporações, mas indivíduos de alto nível econômico e social, que reivindicam no Judiciário atomizadamente a materialização do mandamento constitucional. A multiplicação de demandas individuais de tal ordem, sobre atravancar o Poder Judiciário, prejudicando a eficiência e a celeridade da prestação jurisdicional sob o ângulo global, igualmente interfere consideravelmente com o orçamento público, desvirtuando, conforme já acentuado, as políticas públicas de saúde elaboradas pelo Poder Público.

Ocorre que apesar da gravidade das práticas até aqui narradas, tais constatações evidenciam apenas a ponta do *iceberg*, pois do outro lado da moeda, ou seja, quanto à litigação agitada pelo poder público contra o particular (ou particulares), verifica-se que a cada ano o governo tem se tornado o mais habitual e inconsequente “cliente” do Judiciário,

<sup>266</sup> Os instrumentos de proteção destes últimos são basicamente: a Lei da Ação Civil Pública (LACP); o Código de Defesa do Consumidor (CDC); o Mandado de Segurança Coletivo (MSC); e, com o NCPD, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

<sup>267</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 80.

<sup>268</sup> GRINOVER; SICA, 2014. O relatório conclui, paradoxalmente, que as chances de êxito de ações judiciais coletivas que envolvam o direito à saúde são inferiores comparativamente as das ações individuais sobre o mesmo direito, bem como que o Judiciário de primeira instância tende a conceder o direito pleiteado, sendo baixíssimo o índice de reforma na segunda instância (TJ/SP, 93% de procedência; TJ/MG, 86,4%; TRF3, 91,6%, p. 75).

principalmente no que diz respeito ao manejo de recursos carentes de fundamentos mínimos, portanto nitidamente protelatórios, junto ao STF.

A propósito, o “I Relatório Supremo em números: o múltiplo Supremo” revela o **abc** do *modus operandi* de tão reprochável prática. Ora, do Relatório infere-se que a natureza das partes que compõem a *persona* recursal perante o STF é majoritariamente a seguinte: pública (90%), Poder Executivo (87%) e âmbito federal (68%).<sup>269</sup> Em resumo, o grande cliente do STF Recursal é de natureza pública e do Executivo Federal, distribuído nos seguintes órgãos: “entre os 12 maiores litigantes apenas um não é do setor público, a Telemar, que é a oitava; apenas três partes figuram em mais de 50% dos processos do STF Recursal, quais sejam, Caixa Econômica Federal, União e INSS; a Caixa Econômica Federal, Banco Central do Brasil e Telemar se destacam pela alta taxa de litigância ativa, beirando os 100%”.<sup>270</sup>

Assim, não são simplesmente os recursos que afogam o Supremo, são os recursos de algumas poucas partes, quase todas do Poder Executivo. Vale notar que esse número decresce rapidamente, tornando-se praticamente residual após o 10º maior litigante. A Caixa Econômica Federal responde por 18,87% dos recursos. A União, por 16,48%. E o INSS, por 14,87%.<sup>271</sup>

Ao que se observa, o acesso ao Judiciário produz alguns paradoxos, entre os quais a simultaneidade da existência de **demandas de mais** e de **demandas de menos**, ou seja, poucos procurando muito e muitos procurando pouco. Não injustificadamente, pois, o extraordinário número de processos se concentra em uma fatia específica e por isso privilegiada da população, até porque a sua grande parcela sequer conhece a existência do Judiciário, a não ser quando é compelida a usá-lo em questões criminais.

Em artigo publicado na folha em 22 de abril de 2015, intitulado “Novos amigos

<sup>269</sup> FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p. 67.

<sup>270</sup> FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p. 69.

<sup>271</sup> FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p. 69. Na outra página, o Relatório informa que esses recursos são em sua maioria improvidos. E logo a seguir conclui elucidativamente: “os processos recursais dominam o STF com larga vantagem — representam quase 92% dos casos —, mas são responsabilidade de pouquíssimos atores — apenas 10 partes respondem por quase 65% desses processos. E, desses 10 maiores litigantes, nove são diretamente ligados ao Poder Executivo. As mudanças realizadas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 foram muito positivas. Reduziram muito os processos recursais, mas estes estão se estabilizando em patamares ainda bastante elevados (mais de 30 mil casos ao ano). Os números ainda estão além da capacidade de julgamento do Supremo, e não se pode afirmar que, para os cidadãos, seu efeito tenha sido positivo, com efetiva redução do número de etapas e do tempo até o trânsito em julgado de seus casos. [...] o maior responsável por essa grande quantidade de recursos não é o cidadão comum, que litiga em excesso, mas um agente muito bem definido: o Poder Executivo, em especial o da esfera federal” (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p. 70).

para a Justiça”, José Renato Nalini e Wilson Levy<sup>272</sup> realçam que o percentual de ações envolvendo indivíduos é ínfimo se comparado aos movidos pelos “clientes habituais” do sistema de Justiça, que são o poder público e as empresas prestadoras de serviços, os quais fermentam a cultura nacional do litígio.

Registre-se que a má administração do Judiciário e dos atos do Executivo e do Legislativo é o cenário favorito para o litigante habitual, sempre a espreita para se aproveitar de tais mazelas no afã de manter intacto seu *status quo*.

Bem vistas as coisas, o princípio da igualdade, mormente na sua acepção material, nunca será atingido na relação entre clientes “habituais” e “eventuais” do Judiciário, porquanto estes jamais litigarão com igual proporção de êxito frente àqueles, considerando que a estrutura judiciária não lhes favorece. Comparando essas categorias, Boaventura de Sousa Santos<sup>273</sup> narrou com propriedade a crônica da astúcia empreendida pelos litigantes “habituais”, por ele chamados de frequentes, e as conclusões são as que se seguem:

Ele programa e estrutura as suas relações contratuais de forma a garantir a sua defesa em caso de eventual conflito, sendo muitas vezes ele próprio a escrever o contrato; tem um acesso fácil a especialistas; beneficia de economias de escala, sendo baixo o investimento inicial para cada litígio; tem oportunidades para estabelecer relações informais com os responsáveis das instituições nos diferentes níveis hierárquicos; tem uma reputação como litigante que se esforça por manter como meio para tornar mais credíveis as suas posições; pode arriscar-se a litigar em acções onde não são claros os seus direitos, na medida em que o facto de litigar com frequência o leva a calcular as suas vantagens relativamente ao conjunto das situações, minimizando os altos riscos que possam existir num caso ou noutro; pode e tem interesse em influenciar, não só o próprio conteúdo das leis, substantivas ou processuais, mas também a sua interpretação, para que ambas lhe sejam favoráveis, visto ser repetidamente afetado por elas.

É neste sentido que o litigante habitual utiliza, *exempli gratia*, o tempo como arma, provocando habilidosa e estrategicamente a morosidade processual, na teia da defasada legislação que nunca acompanha o evoluer social. Conforme disse o professor Samuel Miranda Arruda<sup>274</sup>, “estando acostumados às estratégias forenses, é mesmo natural que estes litigantes — especialmente quando se posicionam no polo passivo — valham-se dos recursos da instrumentalização temporal dos procedimentos”.

Feitas essas considerações gerais, tem-se que essa relação de litigância, comum no Brasil, não traduz as principais ideias de Justiça trabalhadas no primeiro capítulo do presente estudo, corroborando-se a tese de que Judiciário e Justiça são realidades de todo diferentes,

<sup>272</sup> NALINI, José Renato; LEVY, Wilson. Novos amigos para a justiça. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Opinião, 22 abr. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/04/1619387-jose-renato-nalini-e-wilson-levy-novos-amigos-para-a-justica.shtml>>. Acesso em: 3 out. 2015.

<sup>273</sup> SANTOS apud MANCUSO, 2011, p. 121.

<sup>274</sup> ARRUDA, 2006, p. 343.

sem embargo de que eventualmente venham a coincidir ou intercomunicarem-se, o que por sem dúvida ocorrerá fora do contexto em apreciação.

Deste modo, as desigualdades sociais, econômicas e até mesmo políticas existentes entre as partes projetam, indubitavelmente, efeitos perniciosos no seio do processo, estando este indefeso contra as injunções manipulativas que sofre ao sabor de interesses, escusos ou confessados, da parte superior. Como se não bastasse, ao fim da demanda judicial tal parte ainda pode opor resistência ao cumprimento do julgado que a desfavoreceu, com o apanágio do ordenamento jurídico, que admite uma plêiade de recursos procrastinatórios, retardando para tempo indeterminado o verdadeiro acesso à justiça.

Com efeito, um processo que logo no ponto de partida não é conduzido de forma igualitária, é inapto a no ponto de chegada produzir uma decisão Justa e, por conseguinte, o real alcance do direito pretendido, vez que a Justiça leva à efetivação da igualdade no plano concreto.

Urge, pois, sejam sem demora ativados novos e mais adequados meios de acesso à justiça, auto e heterocompositivos, tais a conciliação, a mediação pela intervenção neutra de terceiros e a arbitragem, exigindo-se, ademais, mesmo dentro da estrutura estatal, porém com a ativa participação da sociedade no horizonte da democracia participativa<sup>275</sup>, que os Poderes Legislativo e Executivo profilaticamente promovam a aquisição pela população dos direitos ou bens da vida, mormente os de cunho social, o que evitará a proliferação de demandas judiciais desnecessárias e por vezes descontextualizadas.

Outra frente contra determinadas categorias de clientes “habituais” está na reforma da legislação processual que se realize sobre o instituto da litigância de má-fé, ferindo de morte as práticas atentatórias à dignidade da Justiça. Nessa linha, comparativamente ao ainda vigente Código, que é frouxo nesse aspecto, o NCPC andou relativamente bem ao endurecer as penalidades para o litigante de má-fé, etc.<sup>276</sup>

Enquanto esses problemas não se resolvem, os agentes econômicos pautam suas condutas em relação ao Poder Judiciário levando em conta a **mora** para atingir um provimento judicial definitivo, óbice esse que se por um lado incentiva os maus pagadores, do outro contribui para o aumento do número de processo e recursos interpostos.

---

<sup>275</sup> Por exemplo, deliberando através do Orçamento Participativo.

<sup>276</sup> Ao passo que o artigo 18 do CPC/73 diz que a multa a ser aplicada ao litigante de má-fé **não pode exceder a um por cento sobre o valor da causa**, o artigo 81 do NCPC estabelece que esse percentual **deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa**. No mesmo propósito, novidadeiramente prescreve que se convencendo, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé (artigo 142).

Portanto, no âmbito da litigiosidade promovida pelos “clientes habituais”, além das reformas legislativas e estruturais que devem ser empreendidas, dois agentes podem contribuir para desafogar o Poder Judiciário e destarte democratizar o acesso à justiça, são eles: as empresas privadas e o poder público, este de duas formas, 1) realizando políticas públicas na área dos direitos sociais e 2) se abstendo dos recursos judiciais protelatórios.

#### **4.4 Os entraves para o acesso ao Poder Judiciário e o conseqüente descrédito na *justiça jurisdicional***

São incomensuráveis os entraves para a efetivação do amplo acesso ao Poder Judiciário e, nele ingressando, para o vero acesso à justiça, do que resulta inevitável descrédito por parte do cidadão comum ao que a essa altura do estudo se pode especificamente chamar de *justiça jurisdicional*.

Até aqui foram vistos os seguintes percalços: desinformação; morosidade do Judiciário; oferta de *mais do mesmo* (mais demanda → mais investimento em estrutura → mais demanda; num pesado círculo vicioso); “clientes” habituais etc. Contudo, outros fatores dignos de nota avultam neste cenário, tudo a dificultar, sobremaneira, a desejada universalização e democratização do acesso, bem como a Justiça em si como resultado derradeiro do acesso.<sup>277</sup>

Nesse sentido, algumas barreiras precisam ser descerradas, entre elas as físicas<sup>278</sup>, que por vezes obstaculizam o acesso principalmente dos indivíduos mais ignorantes dos seus direitos, conforme já visto em tópico específico. Ademais, cabe aos órgãos do poder em estudo maior maleabilidade no trato das questões que envolvem os necessitados, em obediência ao retratado princípio da isonomia material.

Com efeito, ninguém, em sã consciência, negaria que de todos os Poderes da República o Judiciário é o mais hermético e o menos democrático de todos, haja vista, inclusive, a forma pela qual os seus membros nele ingressam (concurso público, exceto para os Tribunais), seletiva e distante do ideal democrático-participativo<sup>279</sup>, sendo, ainda, esse

<sup>277</sup> Reitere-se que após esse acesso outros problemas se apresentam, como a excessiva demanda contra um número reduzido de juízes e serventuários e a ausência concreta de paridade de armas no seio do processo.

<sup>278</sup> As barreiras físicas de acesso lamentavelmente existem, basta ver a estrutura dos fóruns e tribunais nacionais, repletos de cercos, espaços cerrados e salas trancadas, nas quais se “escondem” magistrados e servidores. Do outro lado, o jurisdicionado, bem como o seu patrono, se obrigam a diariamente fazerem exercícios de dinâmica e paciência a fim de obterem simples informações, como a do estado de um processo, sem falar nas dificuldades para despachar com o juiz.

<sup>279</sup> No Brasil, diferentemente de países como os EUA, onde apenas em alguns casos enfrentam processo eletivo, os juízes não representam as correntes da sociedade, sendo indivíduos técnicos e preparados, em tese, para friamente aplicarem às leis do país.

fechamento corroborado pela solenidade dos ritos, linguagem jurídica rebuscada, traje dos julgadores, etc.

Em linhas gerais, os obstáculos podem ser classificados em seis categorias principais, delineadas por Luciana Camponez Moralles<sup>280</sup> em estudo sobre o acesso à justiça e o princípio da igualdade, sendo eles: econômicos, culturais, sociais, funcionais, psicológicos e éticos. Conforme se esclarecerá em seguida, alguns deles, embora *a latere*, já foram estudados ao longo deste trabalho.

A corrupção existente em vários setores da sociedade e do Poder Judiciário é o obstáculo ético encontrado pela autora, pois faz com que a decisão proferida não tenha conteúdo justo.<sup>281</sup> Os obstáculos psicológicos emergem de fatores tipo estrutura imponente dos Tribunais e postura intimidatória de muitos juízes, que, aliados a ausência de familiaridade com o sistema, geram descrédito na efetividade da atuação do poder Judiciário. Cita-se ainda o medo de erro judiciário, que não é incomum. Esses efeitos dissuasórios, para a autora, motivam as pessoas a buscarem outros meios, como os religiosos.

Os obstáculos funcionais estão intimamente ligados à burocracia e exulcerante formalismo, existentes na organização dos trabalhos forenses, de resto problema comum em todos os setores públicos no Brasil. O resultado é a demora na tramitação dos feitos, “causando um choque entre as expectativas das partes, aqui compreendidas os cidadãos, as grandes empresas, instituições financeiras, e os componentes do Poder Judiciário”.<sup>282</sup>

A barreira social de acesso ao Judiciário, identificada pela autora recebeu atenção no segundo capítulo do presente texto, quando se reivindicou, em tópico apartado, a universalização do acesso à justiça a partir da conscientização da população quanto aos seus direitos. Nesse sentido, pode-se dizer que tal barreira está atrelada ao grau de pouca educação e informação das pessoas sobre os seus direitos e a forma de reivindicá-los.

Em conjunto, a descrença da população no Poder Judiciário, o desconhecimento dos direitos, a formação liberal individualista dos operadores do direito<sup>283</sup> e bem assim a

---

<sup>280</sup> MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à justiça e princípio da igualdade**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006, p. 67-80.

<sup>281</sup> Por consequência, destarte, o Poder Judiciário não está infenso ao mal da corrupção, em que pese as corregedorias locais e, sobretudo, o CNJ atuarem rigorosamente para coibir tais práticas. No Estado do Ceará, o magistrado da 2ª Vara da Fazenda Pública recebeu, recentemente, a penalidade de aposentadoria compulsória, sob a acusação de violação dos deveres da Magistratura e de cometer falhas funcionais em plantões natalinos entre os anos de 2011 e 2013 (TJCE retifica pena e juiz Chagas Barreto é condenado à aposentadoria compulsória. **Portal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**, Fortaleza, Notícias, 24 set. 2015. Disponível em: <[http://www.tjce.jus.br/portal-2010/noticias/noticia-detalle.asp?nr\\_sqtex=36873](http://www.tjce.jus.br/portal-2010/noticias/noticia-detalle.asp?nr_sqtex=36873)>. Acesso em: 05 out. 2015).

<sup>282</sup> MORALLES, 2006, p. 77.

<sup>283</sup> Atualmente há um forte movimento no sentido de se priorizar as demandas coletivas, numa sociedade de

conduta do Estado administrador, que é um dos maiores consumidores do serviço judiciário conformam o que se chama de obstáculos culturais.<sup>284</sup>

Há alguns anos o desaparecimento do Poder Judiciário, vazado na insuficiência material e de qualificação de seus servidores, consequência do diminuto orçamento lhe destinado, era um dos obstáculos ditos econômicos de acesso. Hoje, contudo, tal não mais ocorre, basta analisar o “Relatório Justiça em números 2015: ano-base 2014”, do CNJ, segundo o qual os investimentos a ele destinados têm aumentando exponencialmente ao longo dos últimos anos, correspondendo, as cifras de gastos de 2014, a nada menos que 1,2% do PIB nacional.<sup>285</sup>

Um dos obstáculos econômicos de acesso ao Judiciário que ainda permanecem é o relativo aos altos custos do processo, que englobam, sem embargo de outros, valores despendidos com honorários do advogado e periciais, pagamento de custas judiciais, estadia de testemunhas e produção de provas.<sup>286</sup> Nesse tocante, Cappelletti e Garth<sup>287</sup> relatavam as despesas de sucumbência, que erigem barreiras substanciais, uma vez que obrigam o perdedor a pagar os custos de ambas as partes. Essas despesas existem no Brasil e o § 2º do artigo 98 do NCPC diz que a concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

Os custos, aliados à incerteza quanto ao resultado da lide (“loteria judiciária”), sem sombra de dúvida desestimulam o cidadão comum (leia-se: “cliente” eventual) a buscar o Judiciário, pois compromete o seu já escasso orçamento. Paradoxalmente, há no Brasil um fenômeno inverso, vazado em disparidades na cobrança das custas iniciais dos processos em cada Estado da Federação, em que os custos judiciais tendem a ser mais altos nos Estados menos desenvolvidos, e, ademais, as taxas cobradas são bastante elevadas para as causas de baixo valor e proporcionalmente menores para as causas de maior valor<sup>288</sup>, o que demonstra

---

massas em que os direitos assumem novas feições (meio ambiente, consumidores, torcedores, etc.), embora o Judiciário esteja acostumado com litígios individuais, do tipo *Caio vs. Tício*. Frise-se que o NCPC deu importantes passos para tal.

<sup>284</sup> Cf. MORALLES, 2006, p. 72-75.

<sup>285</sup> CNJ, **Justiça em números...**, 2015, p. 29. Com tão elevada cifra, o Judiciário no Brasil torna-se um dos mais caros no mundo. Junte-se a isso os gastos com o Ministério Público, as Defensorias Públicas e a Advocacia Pública. Com efeito, os valores aqui gastos com tal sistema correspondem a: 0,2% do PIB da França; 0,3% do PIB da Itália; 0,35 do PIB da Alemanha; ou 0,37% do PIB de Portugal (SAFATLE, Claudia. *Justiça no Brasil é uma das mais caras do mundo. Valor econômico*, São Paulo, 30 set. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/4248692/justica-no-brasil-e-uma-das-mais-caras-do-mundo>>. Acesso em: 4 out. 2015).

<sup>286</sup> Cf. MORALLES, 2006, p. 67.

<sup>287</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 15-18.

<sup>288</sup> Estudos elaborados pelo CNJ evidenciam essa disparidade, ao que se debruçará mais a frente. Na consagrada obra, Cappelletti e Garth (2002, p. 19) relataram: “os dados reunidos pelo Projeto de Florença mostram claramente que a relação entre custos a serem enfrentados nas ações cresce na medida em que se reduz o

ser o Judiciário um Poder sobremodo elitista e, nesta senda, excludente.

Com efeito, esse obstáculo econômico ao acesso à justiça, no sentido de acesso aos Tribunais, também foi observado na Europa. Em relação que calha de citar, Boaventura de Sousa Santos<sup>289</sup> escreveu: “quanto aos obstáculos econômicos, verificou-se que, nas sociedades capitalistas em geral, os custos da litigação eram muito elevados e que a relação entre valor da causa e o custo da sua litigação aumentava à medida que baixava o valor da causa”.

Não se pode esquecer, porém, nesse diapasão, que a Lei nº 9.099/95, sobre os Juizados especiais, com competência para processar e julgar as causas cíveis consideradas de menor complexidade, cujo valor não ultrapasse quarenta salários mínimos, na esfera estadual, e sessenta salários mínimos, na federal<sup>290</sup>, trata as custas processuais diferentemente, de vez que determina que o acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas (artigo 54).<sup>291</sup> Em estudo voltado para essa “justiça especial” brasileira, Boaventura de Sousa Santos<sup>292</sup> assim se pronunciou:

Os juizados especiais têm sido reconhecidos como solução, dentro da estrutura do judiciário, de celeridade para a solução das contendas e de aproximação da decisão judicial dos cidadãos, permitindo a conciliação, a transação, a desistência de recursos e extinguindo o reexame necessário.

De último, a sociedade é desestimulada pela impressão, em parte procedente, de que “o Judiciário existe apenas para os ricos”. Isso revela o quanto o Judiciário de fato é um Poder excludente, portanto inacessível para a grande massa, sobretudo quando as vistas se voltam para as suas instâncias Superiores, especialmente o STJ e o STF.

Nada se compara, porém, ao *elitismo* aplicado à qualidade e rapidez das decisões judiciais, que por regra são bem mais consistentes e expeditas quando em jogo interesses de partes detentoras de elevado poder econômico, político ou social. No romance “*Sua majestade, o juiz*”, por exemplo, o cearense Jader de Carvalho<sup>293</sup> narra detalhadamente a forma como o Poder Judiciário cearense (1º e 2º graus) era estruturado e “julgou” durante vários períodos da história, sendo presa fácil de políticos inescrupulosos e do poder econômico, assim legitimando as mais repugnantes ilegalidades perpetradas por membros do

valor da causa”. Cf., ainda, SANTOS, 2011, p. 55-56.

<sup>289</sup> SANTOS, 2013, p. 206. Cf. CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 19-20.

<sup>290</sup> Cf. Lei nº 10.259/2001, artigo 3º.

<sup>291</sup> Ressalte-se, inobstante, que o artigo 55 da mesma lei estabelece: “A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa”.

<sup>292</sup> SANTOS, 2011, p. 75.

<sup>293</sup> CARVALHO, Jader de. *Sua majestade, o juiz*. Fortaleza: Forgel, 2001, *passim*.

Executivo ou por estes autorizadas.

Dito isto, e a despeito dos esforços empreendidos no sentido de facilitar e amplificar o acesso ao Judiciário, como se deduz do fortalecimento do Ministério Público e da paulatina criação de Defensorias Públicas em todos os Estados da Federação, sem contar na existência da Defensoria Pública da União (DPU) para as questões federais, certo é que o acesso à justiça exige mais atitudes positivas, e quem sabe o exercício compartilhado da atividade jurisdicional, fora do aparelho do Estado, não seja uma boa saída.

#### **4.5 Os meios alternativos de acesso à justiça: conciliação, mediação, arbitragem e intervenção (neutra) de terceiros**

Todas as considerações expendidas ao longo deste estudo vão no sentido de que a ideia de acesso à justiça *à outrance* propalada merece revisão, a fim de se evitar que o continente, o Poder Judiciário, se confunda com o conteúdo, a Justiça.

Com efeito, a justiça oficial, para que avulte realmente Justa, deve oferecer uma solução, no mínimo, equitativa, de modo que, nas tensões do mundo vivido, a solução adjudicada estatal concorre com outras. Imbuída por essas claras luzes, Maria Tereza Aina Sadek<sup>294</sup>, em estudo alhures referido, procedentemente averbou:

O direito de acesso à justiça não significa apenas recurso ao Poder Judiciário sempre que um direito seja ameaçado. Esse direito envolve uma série de instituições estatais e não estatais. Como consta do texto constitucional, são vários os mecanismos e instituições que podem atuar na busca da solução pacífica de conflitos e do reconhecimento de direitos.

Daí ter-se que a postulação por uma releitura atualizada e ampliada dos sentidos vetustamente atribuídos aos termos Justiça e Judiciário, não se afigura em vão, mormente numa quadra, qual a vertente, em que novos valores carecem de sedimentação para a realização dos preceitos constitucionais.

Historicamente, como bem lembrado por Kazuo Watanabe, a preocupação pela solução amigável dos conflitos sempre existiu no Brasil. As Ordenações Filipinas, no Livro 3º, T. 20, § 1º, trazia norma que dizia: “E no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e se sigam entre elles os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre he duvidoso ...”. A Constituição Imperial de 1824 confeccionou: “sem se fazer constar, que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum” (artigo 161). Já o Código de Processo Criminal de 1832, que trouxe disposição provisória

---

<sup>294</sup> SADEK, 2014, p. 57.

atinente à administração da Justiça Civil, disciplinou o procedimento de conciliação. Ao comentar este instituto, Moacyr Lobo da Costa<sup>295</sup> ponderou:

Inspirada nas ideias liberais de que estavam imbuídos os homens que detinham o poder, destinava-se a transformar o processo civil em instrumento mais dúctil e menos complicado, despindo-o de atos e formalidades inúteis e de recursos excessivos, para possibilitar distribuição de justiça mais rápida e menos dispendiosa.

Todas essas ideias ganharam força ao longo dos anos, sendo hodiernamente a primazia dos sistemas processuais e constitucionais. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 4º, inciso VII, estabelece que deve reger a República Federativa do Brasil, nas relações internacionais (acresça-se que não apenas nelas), entre outros o princípio da solução pacífica dos conflitos.

Assim, os meios alternativos<sup>296</sup>, auto e heterocompositivos, de resolução de conflitos, portanto de efetivo acesso à justiça, destacando-se a conciliação, a mediação e a arbitragem, de longa data são considerados como caminhos necessários e essenciais para se alcançar o objetivo da pacificação social, trazendo, ademais, em seu bojo, a vantagem da **desjudicialização**.

Aplicada tal fórmula, restaria para o Judiciário, em caráter residual ou supletivo, unicamente as controvérsias que, em razão de fatores tecnicamente consistentes, efetivamente exigem intervenção desta função estatal. Válido destacar, neste tocante, as considerações tecidas pelo processualista Rodolfo Mancuso<sup>297</sup>:

Realisticamente, sobreleva ter presente o que ordinariamente acontece em uma ou outra daquelas vertentes de solução de conflitos, a fim de que se possa identificar e distinguir os casos que efetivamente reclamam passagem judiciária e solução adjudicada (v.g., o controle de constitucionalidade; uma ação rescisória; uma anulação de casamento) daqueles outros que podem e devem ser solucionados de outras formas.

Em síntese, o autor, ao defender a solução negociada, defende, no mesmo diapasão, que a jurisdição estatal se ocupe de matérias cuja complexidade e peculiaridade das partes, inviabilizem a solução por outras formas ou que as tenha esgotado sem êxito, num patente abandono do que Cândido Rangel Dinamarco identifica como *fetichismo da*

<sup>295</sup> Cf. COSTA, Moacyr Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 6-10.

<sup>296</sup> Referidos meios, para Mancuso (**A resolução dos conflitos...**, 2014, p. 219), compreendem: “(i) as instâncias ou órgãos parajurisdicionais (v.g., Tribunais de Contas, de Impostos e Taxas, de Arbitragem, Juizados de Paz, Comissões de Conciliação Prévia); (ii) agentes e/ou métodos preordenados à composição justa dos conflitos, como a conciliação, a mediação, a avaliação neutra de terceiro, os compromissos de ajustamento de conduta, e até, a certos respeito, o *amicus curiae*”.

<sup>297</sup> MANCUSO, 2011, p. 124.

*jurisdição.*<sup>298</sup>

É o que pretendem, por exemplo, no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), os programas Empresa Amiga da Justiça e Município Amigo da Justiça, que foram instituídos pelas portarias nº 9.126 e nº 9.127, ambas de 2015, e que são políticas públicas judiciárias orientadas a estabelecer uma nova forma, extra-autos, de o Judiciário local se relacionar com as instituições. Conforme lembrado por Nalini e Levy no artigo acima citado, esses programas estão articulados com a estratégia nacional de não judicialização, do Ministério da Justiça, e a política nacional de atenção prioritária ao primeiro grau de jurisdição, do CNJ, e têm como foco o estabelecimento de compromissos de redução de ações judiciais novas, por meio de metas construídas de maneira dialogada com os participantes (empresas e municípios).

Aderindo a doutrinariamente festejada “cultura da paz” ou da “não sentença”, o NCPJ alçou à categoria de norma basilar os métodos extrajudiciais, determinando que a conciliação, a mediação e outros meios de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (artigo 3º, § 2º).

Pelas técnicas **autocompositivas**, as próprias partes buscam uma solução consensual para a disputa, com ou sem o auxílio de um terceiro facilitador. No que alude às **heterocompositivas**, um terceiro é chamado a intervir e por fim ao litígio. Ambas podem se postar fora e além da estrutura judiciária estatal, produzindo, conforme Mancuso<sup>299</sup>, as seguintes vantagens:

Alivia a pressão causada pelo excesso de processos judiciais; estimula as partes e interessados a comporem suas divergências, de per si ou com intercessão de um facilitador; agrega estabilidade e permanência às soluções consensuais ou negociadas, pela natural tendência dos envolvidos a prestigiarem a fórmula por eles mesmos industriada; propicia ganho de tempo para os juízes, o qual pode assim ser realocado para a análise mais aprofundada das lides singulares e complexas [...]; enfim, essa distribuição, *pluralista e democrática*, da justiça, pode atenuar o peso, no orçamento estatal, dos crescentes investimentos na estrutura judiciária, que culminam por erigir um mega-Poder, o qual, nem por isso, conseguirá corresponder à expectativa dos jurisdicionados.

Sobre o fortalecimento da política nacional da pacificação, Elthon Siccola Kersul,

<sup>298</sup> São suas palavras: “a justiça estatal não deve tomar o proscênio no palco dos acontecimentos da contemporânea sociedade, mas deve operar como oferta residual, em modo de uma *cláusula de reserva*, inclusive para que o Estado não tenha seus recursos exauridos com o *gigantismo do Judiciário*, e assim possa preservar os recursos materiais e pessoais para que seja ofertada resposta judiciária de boa qualidade e num tempo razoável” (MANCUSO, **A resolução dos conflitos...**, 2014, p. 72).

<sup>299</sup> MANCUSO, 2014, p. 223-224.

defensor público no Estado de São Paulo, e Júlio Camargo de Azevedo<sup>300</sup> cuidadosamente nominaram os principais instrumentos previstos no NCPC, tanto que merecerão destaque neste estudo, como se segue: 1) a inclusão de conciliadores e mediadores como auxiliares da justiça (Título IV, Capítulo III, Seção V); 2) a positivação dos princípios informadores das práticas conciliatórias (art. 166, *caput*); 3) a liberdade procedimental no processo consensual (art. 166, § 4º); 4) o incentivo à resolução extrajudicial de conflitos envolvendo a Administração Pública (art. 174); 5) a inclusão da etapa consensual no procedimento de tutelas urgentes (art. 303, § 1º, inc. II); 6) a necessidade de indicação expressa do autor, como requisito da petição inicial, acerca do interesse na composição consensual (art. 319, inc. VII); 7) a possibilidade de realização de mais de uma sessão conciliatória (art. 334, § 2º); 8) o uso de instrumental eletrônico (art. 334, § 7º); 9) a especial contagem do prazo para a contestação (a partir da última sessão de mediação ou do pedido de cancelamento efetuado pelo requerido — art. 335, incs. I e II); 10) a inclusão de etapa consensual prévia no procedimento previsto para conflitos familiares (art. 695).

Respeitante à técnica da conciliação, Cappelletti e Garth<sup>301</sup> escreveram:

A conciliação é extremamente útil para muitos tipos de demandas e partes, especialmente quando consideramos a importância de restaurar relacionamentos prolongados, em vez de simplesmente julgar as partes vencedoras ou vencidas. Mas, embora a conciliação se destine, principalmente, a reduzir o congestionamento do judiciário, devemos certificar-nos de que os resultados representam verdadeiros êxitos, não apenas remédios para problemas do judiciário, que poderiam ter outras soluções.

O NCPC, ao conferir destaque a conciliação, pretende converter o processo em instrumento mais sintonizado com a realidade fática e o contexto social subjacente à causa (mundo vivido), enfatizando a possibilidade de as partes, *moto proprio*, porem fim ao conflito por uma via mais suave.

A mediação, por sua vez, feita por mediadores neutros, é um processo voluntário, que oferece àqueles que estão vivenciando um conflito familiar ou qualquer outro de relação continuada, a oportunidade e o espaço adequados para solucionarem questões relativas à separação, sustento e guarda de crianças, visitação, pagamento de pensões, divisão de bens e outras matérias, especialmente as de interesse da família, entre outros. O objetivo da mediação é prestar assistência na obtenção de acordos.<sup>302</sup> Eduardo da Silva e Cristiano de

<sup>300</sup> KERSUL, Elthon Siecola; AZEVEDO, Júlio Camargo de. Novo CPC abre novos modelos de participação da defensoria nos litígios. **Consultor jurídico**, São Paulo, 5 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-05/cpc-abre-novos-modelos-participacao-defensoria>>. Acesso em: 5 out. 2015.

<sup>301</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 87.

<sup>302</sup> MEDIAÇÃO: o que é mediação? **Portal do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/mediacao/estrutura-administrativa/o->

Andrade Iglesias<sup>303</sup> trouxeram à baila três tipos de mediação:

(a) A mediação-facilitação na qual o mediador usa da sua criatividade para auxiliar as partes e seus advogados a fim de que juntos cheguem a uma solução adequada para o conflito. Já a (b) mediação-avaliação se caracteriza pela atuação do mediador no sentido da emissão de um parecer ou recomendação quanto ao valor do acerto ou quanto a alguma solução. O terceiro tipo, a (c) mediação-combinada vale-se inicialmente, da técnica da facilitação e, eventualmente, da avaliação, com a emissão do parecer.

A intervenção neutra de terceiro ocorre no seio do instituto da mediação, que para Maria de Nazareth Serpa<sup>304</sup> trata-se de:

Um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções sem propriamente interferir na substância destas.

Quanto ao método da arbitragem, a Lei nº 9.307/1996 estabelece que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis e que a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes, onde estas poderão escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública; e convencionarem que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. Por essa técnica, o direito é aplicado livremente, desapegado das formalidades inerentes ao processo judicial propriamente dito, uma vez que a arbitragem se relaciona com o princípio da autonomia da vontade.<sup>305</sup>

Segundo a lei em comento, as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral<sup>306</sup> mediante convenção de arbitragem, que compreende a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, e é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. O compromisso arbitral, de seu turno, é a convenção através da qual as partes

que-e-mediacao>. Acesso em: 25 nov. 2014.

<sup>303</sup> SILVA; IGLESIAS apud MANCUSO, **A resolução dos conflitos...**, 2014, P. 282.

<sup>304</sup> SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação, processo judicial de resolução de conflito**. Belo Horizonte. - Fac. de Direito da UFMG, 1997, p. 105. A despeito de poder ocorrer dentro ou fora de um processo judicial, o procedimento da mediação tem características próprias e ao fim formalizará, em termos contratuais, a solução obtida, que deverá englobar todos os aspectos particulares do caso e suas dimensões respectivas, sendo fonte de obrigações.

<sup>305</sup> Cf. MARINONI; ARENHART, 2011, p. 36.

<sup>306</sup> Trata-se de “uma instituição antiga caracterizada por procedimentos relativamente informais, julgadores com formação técnica ou jurídica e decisões vinculatórias sujeitas a limitadíssima possibilidade de recursos” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 82).

submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda. O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

As principais características da arbitragem receberam destacada atenção de Rafael Francisco Alves<sup>307</sup>, que descreveu o instituto como *infra* se observa:

Consiste na técnica heterocompositiva extrajudicial por meio da qual um ou mais terceiros, capazes e de confiança das partes, decidem, com base em uma convenção, um conflito que envolve direitos patrimoniais disponíveis, seguindo um processo informado pelo devido processo legal e tendo esta decisão a mesma eficácia jurídica de uma sentença judicial. Heterocompositiva, porque a decisão cabe a um terceiro. Extrajudicial, porque este terceiro não faz parte dos órgãos jurisdicionais estatais.

Apesar da celeridade e simplicidade, um problema que se coloca ao processo de arbitragem é o relativo aos altos custos que tal medida acarreta, uma vez que às partes cumpre arcar com os honorários do árbitro. Contudo, assim como ocorre com a Defensoria Pública, criada para promover o acesso à justiça, em que os seus membros são pagos pelo Estado, nada impede, num futuro próximo, antes se tem por viável, que na arbitragem, criada para resolver conflitos extrajudicialmente, os honorários dos árbitros sejam de igual sorte pagos pelo Estado.<sup>308</sup> Com isso, se perfectibilizaria uma importante e moderna via de acesso à justiça.

Em síntese, a resolução pacífica de conflitos, pela conciliação, ocorre por meio da ação de um terceiro parcial, o conciliador, ao passo que na mediação um terceiro neutro e imparcial auxilia as partes, e na arbitragem estas elegem um terceiro, o árbitro ou o tribunal arbitral, para resolver a controvérsia.

Além desses, Cappelletti e Garth<sup>309</sup> visualizaram outro método geral para evitar o litígio judicial, consistente em encorajar acordos (conciliação extrajudicial) pelo uso seletivo de incentivos econômicos. O mais conhecido desses mecanismos é o chamado “sistema de pagar o julgamento”, cuja ideia básica consiste em apenar o autor que negue aceitação à conciliação oferecida à corte pela outra parte, quando, após o julgamento, se comprove ter sido razoável essa proposta e a penalidade é o pagamento dos custos de ambas as partes pelo autor.

Destarte, a arbitragem, a mediação, a conciliação e os *incentivos econômicos*, são institutos que alternativamente concorrem para fomentar o acesso à justiça sob um viés não

---

<sup>307</sup> ALVES apud MANCUSO, **A resolução dos conflitos...**, 2014, p. 270.

<sup>308</sup> A hipótese aventada seria autorizada unicamente quando as partes envolvidas sejam declaradamente hipossuficientes. Sabe-se que a arbitragem se debruça mais comumente sobre questões comerciais sofisticadas, de grande vulto.

<sup>309</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 87-90.

adversarial, configurando caminhos para a deformalização das controvérsias. A conciliação e de certa forma a mediação podem servir para a resolução de problemas de implementação de direitos fundamentais, através de acordos e compromissos extrajudiciais celebrados entre o administrador público e a sociedade, esta intermediada pelo Ministério Público, dispensando-se o Poder Judiciário.<sup>310</sup>

Os meios consensuais ou alternativos de acesso à justiça são alcançados sem a interveniência direta e obrigatória (o que não implica negar a participação) de órgãos, agentes, instituições ou poderes do Estado, embora exijam, em algumas situações, o aparato ou suporte estatal, bem como previsão legal.

A lei dos Juizados Especiais estaduais, por exemplo, tratando da composição judicial, prevê a possibilidade de **composição civil de danos**, que ocorre sem a necessidade de pronunciamento judicial, mas com o suporte do órgão público, bastando haver acordo livre entre as partes (autor do fato e vítima), o qual, uma vez cumprido, leva à extinção do processo.<sup>311</sup>

Vale ressaltar, sobremais, a importância de outros meios auto e heterocompositivos, encontrados fora da estrutura judiciária estatal, que se apresentam facilmente nos Departamentos de Recursos Humanos das empresas, nas Delegacias do Trabalho e nas Comissões de Conciliação Prévia, nas Procuradorias Fazendárias (no tocante a cobrança de ativos tributários), nos Departamentos Jurídicos dos bancos e atividades financeiras, na Comissão de Valores Mobiliários, nos Procons, no Ministério Público, no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).<sup>312</sup>

<sup>310</sup> Esse tipo de composição extrajudicial, portanto, tem o condão de levar ao acesso à justiça, podendo ocorrer no bojo de um Inquérito Civil Público (ICP) ou de outro procedimento administrativo qualquer, dès que prevista em lei. Aqui os interessados firmarão compromissos, sujeitando-se ao pagamento de multas e até mesmo a execução judicial em caso de inadimplemento. O § 6º, do artigo 5º, da Lei nº 7.347/85, legitima para a tomada do compromisso as entidades públicas listadas no *caput* do artigo 5º, entre elas o Ministério Público.

<sup>311</sup> Igualmente, a Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153/2009), que em seu artigo 1º determina: “Os Juizados Especiais da Fazenda Pública, órgãos da justiça comum e integrantes do Sistema dos Juizados Especiais, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para **conciliação**, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência”.

<sup>312</sup> Cf. MANCUSO, 2011, p. 170. Sobre a eficiência do papel heterocompositivo desempenhado pelo Cade, na luta contra a formação de cartéis, cumpre registrar que este órgão homologou, na sessão de julgamento do dia 11/02/2015, seis Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) em casos de investigação de cartéis, onde pelos acordos as partes admitiram participação na conduta investigada e se comprometeram a cessarem a prática e a colaborarem com o órgão antitruste na elucidação dos fatos, bem como a recolherem um total de R\$ 53,1 milhões ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD). De se assinalar que o cartel começou a ser investigado a partir da assinatura de acordo de leniência, ou seja, ajuste que permite ao infrator participar da investigação (CADE. Assessoria de Comunicação. Cade celebra seis acordos em investigações de cartéis. **Portal do Cade**, Brasília, Notícias, 11 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?c47886936da279ba4ffc4ee679df/>>. Acesso em: 17 fev. 2015). A resolução do conflito operada por essa via, além de mostrar-se efetiva para a fruição do que se pretende, tem, ainda, no que lhe compete, o

Importante papel extrajudicial, a partir do advento da Emenda Constitucional nº 80/2014, que deu nova redação ao artigo 134 da CF/88, passa a Defensoria Pública a exercer, na medida em que, doravante, tem a autoridade e a obrigação constitucional de defender direitos individuais e coletivos fora do Judiciário.

Assim, as Defensorias Públicas<sup>313</sup>, como órgãos que integram uma instituição estatal constitucionalmente prevista, também são de fundamental importância para o acesso à justiça (*intra* ou *extra* Judiciário), estando a serviço dos pobres na forma da lei. A sua atuação deve visar, de forma altaneira, o atingimento da justiça distributiva, da igualdade social, na busca incessante pela democratização desse acesso. Interessa realçar, ademais, que as Defensorias Públicas (DP's) atuam primordialmente na “justiça de base”. Ou seja, em se esgotando sem sucesso as vias administrativas de solução dos litígios, seus órgãos ou agentes são fundamentais no ajuizamento de ações em primeiro grau de jurisdição, onde ganham maior visibilidade, embora haja previsão constitucional de atuação junto aos Tribunais pátrios, a qual ainda é tibia.

Sobre a atuação extrajudicial das Defensorias Públicas, notadamente das dos Estados e do DF, como meio alternativo de acesso à justiça, convém ser ressaltado que antes do advento da sobredita Emenda Constitucional tal atuação já era intensa, principalmente em matérias alusivas aos direitos sucessórios e ao direito de família (alimentos, reconhecimento de paternidade, divisão de bens etc.), não sendo raras as ocasiões em que a parte *ex adversa* recebia (e agora, mais ainda, recebe), de membro da Defensoria, notificação para entabular naquele órgão algum acordo ou composição amigável, assim evitando a judicialização da controvérsia. Com o passar do tempo, as estatísticas haverão de mostrar a eficiência dessa atuação *suasória*.

---

condão de atacar a causa da grave crise enfrentada pelo Poder Judiciário, na medida em que, evitando o apelo a tal poder, contribui para a diminuição do número de processos judiciais.

<sup>313</sup> A Instituição Defensoria Pública se divide em Defensorias Estaduais, da União, do DF e dos Territórios. No âmbito dos Estados-membros, são criadas por leis específicas, e no da União, a Lei Complementar nº 80, de 1994, tratou de organizar e criar a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, além de prescrever normas gerais para sua organização nos Estados.

## 5 A NECESSÁRIA RELEITURA DO ACESSO À JUSTIÇA: A QUEBRA DO VELHO PARADIGMA

Conforme visto ao longo das linhas antecedentes e agora efusivamente reiterado, a ideia de acesso à justiça precisa passar por uma releitura, rompendo-se definitivamente com o entendimento meramente formal — e por que não dizer empírico, dada a sedimentação de um costume equivocadamente vivenciado tempos a fio — de acesso ao Judiciário ainda reinante.<sup>314</sup>

Isto porque, consoante defendido por estudiosos de nomeada e acolhido pelo CNJ na Resolução nº 125/2010, o vero acesso à justiça somente ocorrerá no seio de uma **ordem jurídica justa**, a qual, na prática, deve ser perseguida por todos os Poderes do Estado, em conjunto com a sociedade, receptora imediata dos impactos positivos advindos, completando-se, nesse intercurso, a substituição do que se transformou em *sensu comum* por uma nova realidade, produzida pelo conhecimento científico.

Ressalte-se que muitas das decisões tomadas no âmbito dos três Poderes, máxime no do Judiciário, se fiam em entendimentos doutrinários, científicos, não se podendo negar a autonomia científica do direito, daí que é possível pensá-lo e estudá-lo dentro da ideia de paradigma<sup>315</sup>, sujeitando-o às mudanças e aperfeiçoamentos, quando em determinadas ocasiões o paradigma vigente não se afigure capaz de resolver todos os problemas, sendo posto em cheque, como sói acontecer de há muito no “sistema de justiça” brasileiro.

Ancorado nessa perspectiva, o capítulo em liça, enquanto arremate de todo o trabalho, defenderá a derrocada do velho paradigma de acesso à justiça, impulsionado inicialmente pelas lições científicas, hauridas no terreno teórico, chegando, empós, com maior consistência, aos domínios do mundo vivido para substituir antigos e embotados modelos por perspectivas inovadoras, atualizadas e mais propínquas à plena realização do mandamento constitucional.

Nesse caminhar, ganharão ressonância os ensinamentos de Thomas Khun<sup>316</sup>,

<sup>314</sup> Com efeito, a *práxis* brasileira de acesso à justiça ora se assemelha ao que Aftalión, Vilanova e Raffo (**Introducción al derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 28-29) denominavam de saber “practognótico”, implícito numa ação mais ou menos eficaz, ora ao que chamavam de saber da “opinião”, mais suscetível ao erro.

<sup>315</sup> Defendendo a aplicação ao direito do conceito de paradigma, cf. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O discurso científico na modernidade**: o conceito de paradigma é aplicável ao direito? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, *passim*.

<sup>316</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 9. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005. Para Kuhn, o conhecimento científico se desenvolve segundo determinadas fases: **o estabelecimento de um paradigma**, que é um marco ou perspectiva que se aceita de forma geral por toda a comunidade científica; **a ciência normal**, que é o período durante o qual se

constantes de sua obra clássica *As Estruturas das Revoluções Científicas*, em que se defenderá a (r)evolução científica do tema tratado por intermédio de rompimentos, tendo em vista que as crises são reais e já foram descobertas.

Com efeito, aplicado ao objeto de estudo do presente trabalho, o pensamento de Khun autoriza a utilização de novos instrumentos científicos para se colmatar as incompletudes dos métodos comumente difundidos de acesso à justiça. A propósito, calha transcrever elucidativo excerto do autor:

Enquanto os instrumentos proporcionados por um paradigma continuam capazes de resolver os problemas que este define, a ciência move-se com maior rapidez e aprofunda-se ainda mais através da utilização confiante desses instrumentos. A razão é clara. Na manufatura, como na ciência — a produção de novos instrumentos é uma extravagância reservada para as ocasiões que o exigem. O significado das crises consiste exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos.<sup>317</sup>

Noutro giro, esse movimento científico é por Gaston Bachelard identificado como superação de um **obstáculo epistemológico**. Do mesmo modo que a de Khun, tal noção pontifica rupturas, materializadas ao longo do processo de evolução do conhecimento científico. Entretanto, para Bachelard a evolução do conhecimento científico é descontínua e acontece por oposição aos sistemas anteriores, numa procura de ultrapassar os obstáculos epistemológicos que neles se patenteiam, e ocorre quando uma nova teoria não apenas rompe com a teoria anterior e com o problema por ela formulado, mas também com todo o sistema de explicações contido no conhecimento acumulado retificando-o profundamente e acrescentando-se a ele por descontinuidade, limitando-o e abrindo consequentemente um espaço teórico inteiramente novo dentro da ciência.<sup>318</sup> Em suas palavras:

Ao retomar um passado cheio de erros, encontra-se a verdade num autêntico arrependimento intelectual. No fundo, o ato de conhecer dá-se contra um conhecimento anterior, destruindo conhecimentos mal estabelecidos, superando o que, no próprio espírito, é obstáculo à espiritualização.<sup>319</sup>

E cita dois exemplos de obstáculos epistemológicos: 1º) O obstáculo da realidade,

---

desenvolve uma atividade científica baseada num paradigma; **a crise**, que se instala quando em determinadas ocasiões o paradigma não é capaz de resolver todos os problemas, sendo posto em cheque; **a ciência extraordinária**, que é o tempo em que se criam novos paradigmas que competem entre si tentando impor-se como o enfoque mais adequado; **a revolução científica**, que é produzida quando um dos novos paradigmas substitui o paradigma tradicional; por fim, e como consequência, se estabelece um **novo paradigma**, pois a cada revolução o ciclo inicia de novo e o paradigma que foi instaurado dá origem a um novo processo de ciência normal.

<sup>317</sup> KUHN, 2005, p. 105.

<sup>318</sup> Em termos de acesso à justiça, conquanto se defenda que o antigo modelo de acesso ao Judiciário, ao qual se alia a ideia de jurisdição, deva enfrentar transformações/revisões, tal não significa dizer que será de todo abandonado, e nesse ponto específico não haveria uma descontinuidade nos moldes *bachelardianos*.

<sup>319</sup> BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**. Contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 17.

em que o pesquisador ao olhar seu objeto de estudo pode incorrer no perigo de se deixar levar pelo que lhe é visível, dando a este um estatuto de verdade que ele não tem. A realidade nada responde por si mesma, mas somente o faz através de questões levantadas teoricamente; 2º) Obstáculo do senso comum (opinião), alusivos aos preconceitos, às avaliações relacionadas à posição social e econômica. O cientista social deve construir seu conhecimento apesar e contra o senso comum, apesar e contra a realidade.<sup>320</sup> A ciência, sustenta, opõe-se à opinião e se vier a legitimar esta é por motivos diversos daqueles que lhe deram origem.<sup>321</sup>

Por tudo isso, e tendo em conta que o modelo no qual subjaz o sentido de acesso à justiça encontra-se em crise, sobretudo diante da sua incompletude, é inegável a necessidade de superá-lo, a partir de uma revolução que em seu lugar coloque o paradigma emergente<sup>322</sup>, suplantando-se, a um só tempo, os dois obstáculos referidos por Bachelard, os quais, uma vez presentes, embaraçam a evolução do entendimento e da aplicabilidade de tão importante garantia fundamental.<sup>323</sup>

### 5.1 Do acesso à justiça formal ao acesso a uma ordem jurídica justa

Restou salientado em diversos momentos do presente estudo que a passividade dos órgãos estatais, aliada ao aspecto da estrita vinculação ao acesso ao processo, consubstancia, em verdade, apenas o acesso ao Judiciário, o que não é, *só por só*, garantia de acesso à justiça.

Em contrapartida, a ideia de acesso à ordem jurídica justa pleiteia a inversão desse vetusto e cansado paradigma, se consubstanciando na transição da justiça formal (mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário) à justiça material, dentro ou fora do Judiciário, mas sempre com o apanágio do Poder Público. Segundo Kazuo Watanabe<sup>324</sup>, “a problemática do acesso à

<sup>320</sup> Boaventura de Sousa Santos (**Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 88), ao tratar de paradigma, voltando sua análise para o paradigma dominante e o emergente, não sustenta haver incompatibilidades entre o senso comum e o conhecimento científico, pois para ele todo o conhecimento científico visa constituir-se em senso comum: “Ao contrário, a ciência pós-moderna sabe que nenhuma forma de conhecimento é, em si mesma, racional; só a configuração de todas elas é racional. Tenta, pois, dialogar com outras formas de conhecimento deixando-se penetrar por elas. A mais importante de todas é o conhecimento do senso comum, o conhecimento vulgar e prático com que no cotidiano orientamos as nossas ações e damos sentido à nossa vida”.

<sup>321</sup> Cf. BACHELARD, Gaston. Conhecimento comum e conhecimento científico. **Tempo Brasileiro**, São Paulo, n. 28, p. 47-56, jan./mar. 1972.

<sup>322</sup> Segundo a lógica defendida por Kuhn (2005, p. 122), a transição para um novo paradigma é uma revolução científica.

<sup>323</sup> Reitere-se, por oportuno, que a **passagem judiciária** permanecerá intocada para as matérias cuja singularidade demanda provimento judicial, como se dá nas **macrolides** ou em questões que, embora previamente utilizados, não se mostraram os meios alternativos aptos a resolvê-las.

<sup>324</sup> WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. (Coords.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.128.

Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata de apenas possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”.

Com efeito, durante muito tempo se entendeu e se propalou que bastava admitir o exercício do direito público subjetivo de ação (previsão no sistema) e por aí *tout court* estaria assegurada, em todas as suas dimensões, a garantia fundamental em estudo, independentemente dos percalços encontrados durante o desdobrar do processo judicial, fruto das desigualdades (naturais e provocadas) das partes e do descaso dos órgãos julgadores, aqui e acolá ocorrentes.

Por tais razões, não se reconhecia o alcance da Justiça fora do terreno do Estado, de modo que tão-somente à função judiciária estatal caberia pronunciar a derradeira palavra sobre valor de tão grandes e variáveis dimensões, qual o é a Justiça.

Com o passar do tempo, contudo, viu-se a recorrência de duas ordens de problemas, a saber: 1ª) O acesso ao judiciário não estava produzindo um processo justo, dificuldade essa verificada desde o seu início até final decisão; 2ª) As vias autocompositivas ou alternativas de resolução de conflitos, a despeito de importantes, não eram difundidas e usadas a contento.

Atento aos reportados problemas, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, no ano de 2010, a Resolução de nº 125, a qual dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

O mencionado documento diz, em um de seus considerandos, que “o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa”. E determina, no § único do artigo 1º, que aos “órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão”, um sinal verde à *jurisdição compartilhada*, a ser analisada mais à frente.

Em verdade, a exegese alusiva à ordem jurídica justa exige e obriga uma prestação jurisdicional de qualidade, marcada pela eficiência, a teor do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, o que significa justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível e idônea à fruição efetiva do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado, atributos esses desenvolvidos e minudentemente explicitados por

Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>325</sup>, conforme transcrição abaixo:

(i) *justa*, quando for equânime, ponderada, assimilável mesmo pela parte sucumbente, [...], pela boa razão de que a efetividade prática da decisão depende em boa medida de que ela se vocacione à duração e permanência, o que só ocorre quando o julgado é naturalmente recepcionado pelas partes, por se apresentar em harmonia com valores maiores, tais o bom senso, a razoabilidade e a proporcionalidade; (ii) *jurídica*, quando for consistente em face dos parâmetros fornecidos pelo ordenamento, é dizer, quando tenham sido aplicados os princípios e as normas de regência, e feita a correta exegese de uns e de outras, mediante técnicas interpretativas confiáveis [...]; (iii) *econômica*, quando vem prolatada no bojo de um processo que tramitou sob uma boa relação custo-benefício, e, ainda, mostre-se capaz de projetar no plano prático o resultado mais próximo possível ao que teria sido alcançado caso a norma de regência fosse cumprida espontaneamente [...]; (iv) *tempestiva*, quando vem proferida num processo cuja dilação temporal guarde proporção razoável com a matéria objeto da lide, o comportamento das partes e a massa probatória produzida [...]; (v) *razoavelmente previsível*, quando, apesar do inevitável contexto de riscos e incertezas que se descortina desde a deflagração do processo, seja possível inferir, em confiável prognóstico, o desfecho da causa, seja pela robustez da prova ofertada por uma das partes, seja pela apriorística recepção, no direito Positivo, da pretensão do autor [...]; (vi) *idônea à efetiva e concreta satisfação do direito, valor ou bem da vida* reconhecidos no julgado, engajamento que se afina à diretriz da jurisdição integral e vem sinalizado no bojo do PL 166/2010 do Senado [...], a teor do art. 4º: “As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa.

Nessa toada, um importante ponto a se destacar diz com o fato de que o processo judicial deve promover às partes a solução integral da lide em tempo razoável, resultando numa prestação jurisdicional idônea à efetiva e concreta satisfação do direito, valor ou bem da vida, pois só assim se materializarão os seus escopos sociais, cuja expressão maior é a pacificação social com Justiça.<sup>326</sup>

Vale mencionar, a propósito, passagem de Cândido Rangel Dinamarco<sup>327</sup>:

Isso não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderando o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor justiça. Eliminar conflitos mediante critérios justos — eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado.

Diante disso, a hipótese de acesso à justiça como acesso ao processo ganhou novos contornos, entrando a efetividade<sup>328</sup> no rol dos objetivos a serem perseguidos, combatendo-se, pois, desta feita num patamar axiológico, a retórica vazia do argumento que

<sup>325</sup> MANCUSO, 2011, p. 88 e 383-384.

<sup>326</sup> Nesse tocante, afirma Cândido Rangel Dinamarco (1990, p. 222-223) que “o importante não é o consenso em torno das decisões estatais, mas a imunização delas contra os ataques dos contrariados; e indispensável, para cumprimento da função pacificadora exercida pelo Estado legislando ou sub *specie jurisdictionis*, é a eliminação do conflito como tal, por meios que sejam reconhecidamente idôneos”.

<sup>327</sup> DINAMARCO, 1990, p. 223-224.

<sup>328</sup> Etimologicamente, contudo, efetividade é a capacidade de produzir um efeito, que pode ser positivo ou negativo. Assim, o que é efetivo não é necessariamente eficiente ou eficaz, exigindo-se cuidado para com o trato deste termo. Mais correto, portanto, seria exigir uma justiça eficiente e eficaz, pois em o sendo automaticamente será efetiva.

até então o sustentava. Assim, respeitar o conjunto de valores que norteiam o processo afigurou-se como o passo mais decisivo para se atingir as aspirações sociais por via desse instrumento.

Tais valores ou princípios são basicamente os seguintes: imparcialidade e independência do órgão judicial; o contraditório e a ampla defesa; igualdade formal e material das partes; juiz natural; motivação das decisões; publicidade das audiências; término do processo em prazo razoável; direito à prova etc.

Para Juvêncio Vasconcelos Viana<sup>329</sup>, além da produção de resultados, que são os seus escopos, “em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento”.

O acesso à justiça por obra do Judiciário, portanto, para ter efetividade deve seguir os seguintes caminhos sensíveis: a) a regular admissão ao processo; b) o “modo de ser” do processo; c) a justiça das decisões; d) a efetividade das decisões. Com isso, exige-se um processo ágil e desembaraçado, em que a decisão nele proferida atinja os objetivos propostos (exequibilidade do *decisum*), garantindo, ademais, ao fim, à parte derrotada, o direito ao recurso.<sup>330</sup>

Idêntico sentimento é perfilhado por Samuel Miranda Arruda<sup>331</sup>, para quem facultado e promovido o recurso à via judicial, deve-se passar a uma segunda análise, a qual contempla o plano qualitativo da tutela judicial, é dizer, o direito a uma justiça de qualidade, caracterizada, entre outros fatores, pela independência e imparcialidade dos órgãos julgadores.

Numa tutela judicial efetiva o jurisdicionado apresenta seu caso em juízo e seus argumentos são ouvidos e extensivamente discutidos e respondidos pelo órgão julgador, sob o pálio dos postulados acima referenciados.

Para Samuel Miranda<sup>332</sup>, a prestação jurisdicional “só será efetiva se forem respondidas todas as questões encaminhadas ao crivo do Judiciário, o que se consubstancia no princípio do *non liquet*”. E prossegue defendendo que a dimensão temporal do provimento

---

<sup>329</sup> VIANA, 2003, p. 17-19.

<sup>330</sup> Por não está expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha (**Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 9. ed., v. 3. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 25) entendem que o duplo grau de jurisdição não constitui uma garantia fundamental, o que descerra caminho para que a legislação infraconstitucional limite para certos casos a possibilidade de recurso. Em sentido contrário, entendendo o duplo grau como princípio constitucional, cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 77.

<sup>331</sup> ARRUDA, 2006, p. 72.

<sup>332</sup> ARRUDA, 2006, p. 73.

judicial também não pode ser descurada, pois o excessivo transcurso do tempo de intervenção dificulta a pacificação social, ademais de contribuir com a disseminação do sentimento de incerteza.<sup>333</sup>

Nada obstante, como bem anota Juvêncio Vasconcelos Viana<sup>334</sup>, “ainda que se pudesse estabelecer aquele processo ideal, absolutamente ágil e totalmente infenso a procrastinações, sempre teríamos de constatar certo lapso temporal entre a demanda [...] e a final resposta do órgão jurisdicional”.

Donde a necessidade de um processo que possua uma natureza mais rápida, como o cautelar, trabalhado pelo autor em sua obra, e, agora, através do NCPC, as Tutelas de Urgência (antecipada e cautelar) e de Evidência.<sup>335</sup>

Em síntese, no âmbito do Judiciário a efetividade do acesso à justiça tem como horizonte um processo principiológico e democrático, com as seguintes características: respeito às garantias constitucionais e legais; julgamento por um órgão imparcial; decisão executada.

No que toca ao segundo móvel da Resolução do CNJ em análise, ressalta Rodolfo Mancuso<sup>336</sup> que as deficiências decorrentes do puro e simples exercício do direito de ação perante os órgãos judiciários, com lides destituídas de substância ou passíveis de solução por outros meios, promovem uma sensação geral de *aporia*, na medida em que desacredita o Direito Positivo, desprestigia o Judiciário e acirra a litigiosidade social.

Com efeito, essa *aporia* a que alude o autor justifica-se em face das dificuldades e dos paradoxos decorrentes da impossibilidade de se obter uma conclusão precisa para as situações em que o Judiciário, que seria a “Justiça”, não dá cobro ao pródigo uso do direito de ação ou quando profere decisões onde há patente negação da Justiça, resumando a auto ou heterocomposição como saídas plausíveis.

Nesse sentido, propõe-se uma agenda renovada para o Poder Judiciário, levando-se em consideração os atributos mencionados, a fim de que haja mudança da condição legitimante da função judicial, em prol do esperado acesso à justiça via jurisdição oficial, pois

---

<sup>333</sup> ARRUDA, 2006, p. 74-75. O autor ressalta que está ligada a tal dimensão a necessidade de existência de instrumentos de tutela cautelar e preventiva, a fim de obstaculizar o perecimento de direito ou a lesão grave e irreparável, a que se acrescenta a de difícil reparação.

<sup>334</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Do processo cautelar**. São Paulo: Dialética, 2014, p. 11.

<sup>335</sup> Esses institutos encontram-se previstos no Título II do Livro V do Novo Código, compreendendo os artigos 300 a 311. Versando sobre o que nomina de “era das cautelares”, cujas espécies no atual sistema são as cautelares *stricto sensu* e as antecipatórias, aludindo acerca das intenções do NCPC nessa matéria, Juvêncio Vasconcelos Viana (2014, p. 131) pontua que “o novo CPC quer trazer o passo seguinte, qual seja, uma aproximação legal plena entre uma e outra forma de tutela de urgência, moldando, inclusive, um regime jurídico único para essas medidas”.

<sup>336</sup> MANCUSO, 2011, p. 376.

como disse Rodolfo Mancuso<sup>337</sup>,

Não mais basta a singela aplicação da norma de regência aos fatos da lide, mas hoje se espera mais do que isso, reclamando-se o engajamento do juiz no esforço geral pela pacificação justa e tempestiva dos conflitos. Esse elevado objetivo só pode ser alcançado mediante uma decisão judicial de mérito que atenda seis atributos: justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível, com aptidão para promover a efetiva e concreta satisfação do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado.

Noutro giro, o segundo caminho vislumbrado de acesso à ordem jurídica justa leva à ideia de *jurisdição compartilhada* — a ser desenvolvida em momento próprio —, pois combate e faz cair por terra o equivocado entendimento, já impregnado na sociedade e bem assim nos círculos jurídicos, de que é potestade exclusiva da função judiciária estatal promover o acesso à justiça.

A propósito, a política pública de tratamento de conflitos de interesses adotada pelo CNJ na Resolução nº 125/2010 alberga entre outros cuidados: a) critério técnico-científico na organização do serviço de solução conciliada dos conflitos; b) formação de um quadro de mediadores e de conciliadores adequadamente preparados; c) determinação de estratégias na instalação, em todo país, dos setores de conciliação e de mediação; d) criação de uma nova cultura na sociedade brasileira, qual seja a da solução negociada e amigável dos conflitos de interesses.<sup>338</sup>

A ordem jurídica justa querida pelo CNJ como sinônimo de acesso à justiça, portanto, não está vinculada apenas à resposta Judiciária, embora propugne pelo seu aperfeiçoamento, que de fato deve ocorrer sem demora. Mas a festejada ordem também pode ser encontrada em toda e qualquer maneira de resolução de conflito que atenda aos seus requisitos, bem como nos métodos preventivos (atuação dos outros poderes) e na sistemática do acesso à justiça como acesso direto aos direitos.

<sup>337</sup> MANCUSO, 2011, p. 383.

<sup>338</sup> Cf. WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse. In: PELUSO, Antônio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). **Conciliação e mediação: estrutura da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 3-9. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/parecerdeskazuowatanabe.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2015. Em suma, para Watanabe são os seguintes alguns dos pontos mais importantes dessa Resolução: “a) atualização do conceito de acesso à justiça, não como mero acesso aos órgãos judiciários e aos processos contenciosos, e sim como **acesso à ordem jurídica justa**; b) direito de todos os jurisdicionados à solução dos conflitos de interesses pelos meios mais adequados a sua natureza e peculiaridade, inclusive com a utilização dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação; c) obrigatoriedade de oferecimento de serviços de orientação e informação e de mecanismos alternativos de resolução de controvérsias, além da solução adjudicada por meio de sentença; d) preocupação pela boa qualidade desses serviços de resolução de conflitos, com a adequada capacitação, treinamento e aperfeiçoamento permanente dos mediadores e conciliadores; e) disseminação da cultura de pacificação, com apoio do CNJ aos tribunais na organização dos serviços de tratamento adequado dos conflitos, e com a busca da cooperação dos órgãos públicos e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos de interesses; [...]”.

## 5.2 O acesso à justiça como acesso a direitos

Em última análise, o resultado do acesso à justiça não deixa de ser o acesso aos direitos, pois ao fim e ao cabo é o Direito (bem ou bens da vida) que as partes pretendem com o auxílio das vias assecuratórias, entre as quais avulta a da inafastabilidade do controle jurisdicional, vazada no acesso ao Poder Judiciário pelo direito de ação.

Assim, sob os influxos dos pressupostos de Justiça estudados no primeiro capítulo e desenvolvidos subsequentemente ao curso do presente trabalho, em certa medida pode o acesso à justiça ser, sem anteparos, concebido como acesso a direitos, tendo em vista o ângulo material do acesso e a proximidade das ideias de Justiça e de Direito, uma vez que o atingimento deste produz na intimidade do indivíduo a sensação de Justiça, ou seja, o sentimento de que *lhe foi dado o que lhe pertence*.<sup>339</sup>

Pois bem, os termos Justiça e Direito se imbricam desde o ponto de partida e sem sombra de dúvida fecham a abóbada do sistema jurídico, disso nascendo como produto de suma relevância a salutar diferenciação entre acesso à justiça e acesso ao Judiciário, porquanto a assecuração de direitos (sentido *lato*) pode e deve ser fomentada nos mais diversos âmbitos, desde que legais e legítimos — *v.g.* a via administrativa aberta pelo canal legislativo —, bem como em órgãos e instâncias estatais ou paraestatais alheios ao *quod plerumque accidit* (justiça jurisdicional).<sup>340</sup>

Não sem o costumeiro acerto, Gustavo Zagrebelsky<sup>341</sup> escreve que deve resultar claro que por detrás da linguagem dos direitos se escondem significados, aspirações, ideais e concepções da vida social, profundamente distintos e que ligam o direito à justiça.

*Ab initio*, dois exemplos colhidos da legislação brasileira ajudarão a esclarecer as considerações precedentes, na medida em que se evidenciarão as motivações pelas quais é possível e correto se considerar o acesso à justiça, de logo, como acesso a direitos e não como acesso ao Judiciário.

Tais exemplos estão na Lei nº 11.441/2007, que alterou o atual Código de Processo Civil, possibilitando inovadoramente a realização de inventário e partilha como também de separação consensual e divórcio consensual por via administrativa, ou seja, em

<sup>339</sup> A despeito do sentimento individualista, é sempre de bom alvitre lembrar passagem de Rudolf von Ihering (**A luta pelo direito**. Tradução de João Vasconcelos. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 41), segundo a qual “quem defende o seu direito, defende também na esfera estreita desse direito, todo o direito. O interesse e as consequências do seu ato dilatam-se portanto muito para lá da sua pessoa”.

<sup>340</sup> Por exemplo: Tribunais de Contas, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Tribunais de Arbitragem, Ministério Público e outros colegitimados à ação civil pública etc. (Cf. MANCUSO, 2011, p. 266-267).

<sup>341</sup> Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Traducción de Marina Gascón. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 88.

cartório, através de escritura pública.<sup>342</sup>

Independentemente dos requisitos exigidos para o uso e validade desse importante método, certo é que o ordenamento jurídico permitiu que direitos de herança e alusivos ao estado da pessoa, antes com obrigatória e inescusável passagem judiciária, doravante possam ser alcançados em instância administrativa, com isso ao mesmo tempo desafogando o Poder Judiciário e permitindo ao cidadão um rápido e efetivo acesso à justiça, que destarte nada mais é que o direto e imediato acesso ao direito que se lhe tornou disponível a partir de determinadas circunstâncias.

Nesse ambiente, o sujeito que pela via administrativa recebeu a sua herança (direito) ou que teve do Estado o reconhecimento da condição de divorciado (direito), podendo casar novamente sem incorrer em crime, na prática obteve acesso à justiça sem se valer do Poder Judiciário, e nesse aspecto ninguém há de questionar que o acesso ao direito foi direto, confundindo-se com o acesso à própria justiça.

Um terceiro exemplo é encontrado no âmbito das relações de consumo, em que importantes direitos dos consumidores podem ser alcançados pelo instrumento da “Convenção Coletiva de Consumo”, prevista no artigo 107 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), proporcionando justeza na qualidade, quantidade, garantia e características de produtos e serviços etc.<sup>343</sup>

Do mesmo modo que a auto ou a heterocomposição, como meios alternativos e consensuais de composição de litígios, garantem o acesso à justiça fora do aparelho do Judiciário, os exemplos aqui analisados denotam, com maior clareza até, que o acesso à justiça também é acesso a direitos e vice-versa.

Considera-se, destarte, no presente estudo, o acesso à justiça de forma ampla, em que esse mecanismo é visualizando não apenas pelo lado processual (ou formal), mas, sobretudo, sob o aspecto material ou substancial, densificando-se o fenômeno.

Nesse viés, a quebra do paradigma é corroborada na esteira do que se entende por ordem jurídica justa, a qual, partindo do que essencialmente expressa o termo Justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano, bem longe do mero exercício do direito de ação.

Essas considerações reforçam que a via judicial é insuficiente para o amplo e

---

<sup>342</sup> O novo Código de Processo Civil (NCPC) traz dispositivos semelhantes, respectivamente, nos artigos 610, § 1º, e 733.

<sup>343</sup> Artigo 107, *verbis*: “As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo”.

efetivo acesso à justiça por dois fatores: 1º) É inviável em determinados casos, para os quais a auto e a heterocomposição são mecanismos mais eficientes; 2º) Não abrange todas as situações possíveis, uma vez que a própria lei retira do Poder Judiciário o acesso a determinados direitos.

### **5.3 A necessidade de criação de filtros de acesso ao Poder Judiciário em prol de uma prestação judiciária de qualidade *versus* a democratização do acesso à justiça**

De que adianta o acesso ao Poder Judiciário se na prática não houver acesso à justiça? Este acesso diz respeito ao ingresso em si e à qualidade do desenvolvimento do acesso e da prestação jurisdicional. Destarte, a questão que se coloca é a de se o Poder Judiciário (estrutura física, juízes, servidores, etc.) está preparado para fornecer Justiça em pé de igualdade para o rico e para o pobre, isto é, como os processos de tais categorias sociais são recebidos, desenvolvidos e concluídos.

Sendo o acesso ao Poder Judiciário um caminho a ser percorrido apenas *residualmente* — e isso por diversos fatores já estudados anteriormente, entre os quais a incapacidade deste poder de absorver todos os conflitos presentes na sociedade e a existência de outros métodos adequados para determinadas situações —, urge que se faça um controle mais rígido e profícuo sobre esse acesso, a ser alcançado com a criação dos chamados *filtros*.

Com efeito, o objetivo nevrálgico dessas barreiras é o de assegurar uma prestação jurisdicional de qualidade, na qual coexistam, conforme explicitado por Rodolfo Mancuso, as seguintes características inalienáveis: justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível e idônea à fruição efetiva do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado.

Porém, tem-se que o uso de filtros por modo algum deve prejudicar a democratização do acesso à justiça, mormente no que respeita ao acesso ao Poder Judiciário, que já é de natureza elitista e segregador, não podendo as dificuldades de a ele se chegar serem agravadas por barreiras adrede endereçadas à população carente, e que, globalmente consideradas, não se afigurem aptas a resolverem os problemas que intentam combater.

Assim, o paradigma que se objetiva afastar é o da “passagem judiciária” obrigatória para toda e qualquer controvérsia, em suma busca conjurar a prodigalização do acesso e do (re)acesso via recursos e impugnações procrastinatórios, o que efetivamente alcançado possibilitará um Judiciário mais seletivo e, por conseguinte, expedito.

Para o alcance desse propósito, dois filtros assomam de logo imprescindíveis, ambos contra os “clientes habituais” do Judiciário. O primeiro é direcionado às **grandes**

**corporações**, que por regra encaminham ao sistema jurisdicional pleitos de elevado valor financeiro e para os quais tal filtro reivindica custas processuais<sup>344</sup> diretamente proporcionais ao valor atribuído à causa, revertendo-se, assim, a (i)lógica surreal hoje existente em vários Estados da Federação, em que quanto maior o valor da causa menor é o valor da custa do processo.<sup>345</sup>

O segundo filtro, voltado ao Poder Público, relaciona-se com a ativação no território brasileiro da justiça administrativa, que desenvolveria um papel não necessariamente nos moldes da França<sup>346</sup> e da Itália, mas se encarregaria basicamente de solucionar conflitos envolvendo o próprio Estado, evitando-se que o Executivo, o maior cliente do STF na atualidade, figure corriqueiramente no Judiciário seja como autor, seja como réu. Pelo modelo aqui versado, adotar-se-ia a figura do administrador-juiz, vedando-se aos órgãos da justiça comum o exame de questões relativas aos atos praticados pela administração pública. Exemplificativamente, uma questão que envolvesse matéria previdenciária, de benefício da assistência social, negada pelo INSS, jamais desaguaria no Judiciário, recaindo a competência recursal sobre uma instância administrativa.<sup>347</sup> De igual sorte, matérias que questionem competências entre os entes políticos etc.

<sup>344</sup> Custas judiciais ou custas processuais são o gênero do qual fazem parte custas judiciais em sentido estrito, as taxas judiciárias e os emolumentos.

<sup>345</sup> O CNJ (**Perfil da fixação de custas judiciais no Brasil e análise comparativa da experiência internacional**. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/poder-judiciario/relatorio%20pesquisas%20custas%20judiciais\\_julho\\_260710.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/poder-judiciario/relatorio%20pesquisas%20custas%20judiciais_julho_260710.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2015) concluiu o que se segue: a cobrança de custas no Brasil adquire contornos de complexidade diante do fato de o Brasil ser uma Federação, formada por diversos Estados que possuem autonomia constitucional na definição de suas organizações judiciárias, conforme dispõe o artigo 125 da CF/88. As custas judiciais são devidas nas três grandes esferas da justiça: federal, trabalhista e estadual. As justiças federal e trabalhista contam com leis federais que regulam a cobrança das custas (respectivamente, nº 9.289/96 e nº 10.537/2002). As custas judiciais são mencionadas em dois artigos da Constituição Federal, a saber: artigo 98, § 2º, que dispõe que “as custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça” e artigo 24, inciso IV, segundo o qual “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre custas dos serviços forenses”. Aos estados, caberia a edição de leis específicas obedecendo à lei nacional. Apesar disso, a lei nacional nunca foi editada e o STF tem entendido que, na ausência dessa norma, valem a leis estaduais sobre a matéria. Com isso, há enormes disparidades na cobrança de custas pelos Estados da Federação. O Ceará, por exemplo, adota uma tabela de faixas de valores que termina por se revelar onerosa para os valores de causa mais baixos e proporcionalmente bem menos custosa para valores mais elevados (há um limite máximo de R\$ 897,00). Situação semelhante ocorre no caso do Piauí, que no âmbito da pesquisa foi identificado como a UF que está em segundo lugar entre os Estados que cobram as custas mais elevadas, pois observa-se que, para uma causa de R\$ 2.000,00, são cobrados R\$ 241,44 (ou 12% do valor da causa). Já para uma causa de R\$ 100.000,00 são cobrados R\$ 4.653,77 que, por seu turno, correspondem a 4,65% do valor da causa. O estudo também revelou que de modo geral as custas processuais não são de valor elevado na Europa.

<sup>346</sup> A justiça administrativa no Direito francês é composta de duas instâncias: os tribunais administrativos e o Conselho de Estado francês (Cf. SOARES, José de Ribamar Barreiros. A justiça administrativa no direito comparado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF, a. 38, n. 152, out./dez. 2001, p. 56).

<sup>347</sup> Os juizados especiais federais têm sido palco quase que exclusivo de demandas contra o Poder Executivo, na maioria das situações envolvendo interesses previdenciários, conjurados pelo INSS, o que torna esse especial ramo do Judiciário “refêem” do Executivo.

Passa-se, agora, a democratização do acesso, que, repita-se, deve ser contido visando a qualidade da prestação jurisdicional apenas no que concerne às matérias e às possibilidades abertas para recursos, jamais por fatores relativos à condição econômica do cidadão, de modo que se facultem ao pobre às mesmas condições de acesso que têm aquele socialmente melhor colocado.

Tendo em vista a constelação de meios facultadores do acesso à justiça e a necessidade de se conter o fenômeno conhecido como *explosão da litigiosidade*, o primeiro filtro deve partir do próprio Judiciário. É o que diz Luís Roberto Barroso<sup>348</sup> no relatório abaixo:

No tocante à capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos, o Judiciário deverá verificar se, em relação à matéria tratada, um outro Poder, órgão ou entidade não teria melhor qualificação para decidir. Por exemplo: o traçado de uma estrada, a ocorrência ou não de concentração econômica ou as medidas de segurança para transporte de gás são questões que envolvem conhecimento específico e discricionariedade técnica. Em matérias como essas, em regra, a posição do Judiciário deverá ser a de deferência para com as valorações feitas pela instância especializada, desde que possuam razoabilidade e tenham observado o procedimento adequado.

No mesmo tom e partilhando de idênticas preocupações, ao versar sobre o que criticamente apodou de “investida radical e obsessiva contra a crise numérica dos processos”, Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>349</sup> teceu as considerações que se veem:

O bom senso e a experiência servem a evidenciar que a *facilitação desarrazoada* do acesso à justiça, sem limites nem critérios, é um verdadeiro *tiro no pé* do próprio Judiciário que, ao depois, não tem como recepcionar e dar resposta adequada e tempestiva à *consequência* da aplicação de uma tal política, a saber, a *crise numérica* de processos, incontrolável e ascendente. Especialmente nos temas precipuamente preordenados à atuação da Administração Pública (v.g., escolhas primárias, opções políticas), melhor fora que o Judiciário exercesse uma sorte de *autocontenção em sua* propensão a emitir comandos condenatórios ou prestacionais, cabendo, antes e superiormente, instar a instância faltosa ou leniente, sob as sanções e *astreintes* cabíveis, a diligenciar em prazo hábil o quanto necessário para enfrentar a controvérsia prenunciada ou instalada.

Segue-se que o Judiciário tem papel relevante no que toca a admissão ou não do processamento de determinados interesses, devendo cumpri-lo pressurosamente e com rigor, ou não terá condições de dar, senão em frações diminutas, respostas consistentes e sem dilações excessivas, é dizer, qualitativas.

A preocupação com a qualidade dos atos judiciais não tem estado na ordem do dia dos políticos e dos estudiosos, que em sua grande maioria se ocupam de sanar apenas os problemas afeitos à quantidade. Boaventura de Sousa Santos<sup>350</sup> denunciou essa dificuldade

<sup>348</sup> BARROSO, 2009, p. 18.

<sup>349</sup> MANCUSO, 2011, p. 271.

<sup>350</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Que formação para os magistrados nos dias de hoje? **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 82, separata, jul./set. 2000. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/cesfct/bss/>>

encontrada em Portugal, mas que sem dúvida não é exclusiva do país ibérico:

Ninguém fala hoje na qualidade das sentenças, das decisões, de como o valor da vida e do corpo dos cidadãos portugueses é processado nos tribunais, porque a qualidade da justiça não está na agenda política. Está apenas a quantidade, a morosidade, a ineficácia, as prescrições. São sempre indicadores quantitativos.

Voltando aos filtros, tem-se que os filtros de ordem processual funcionam: como impedimentos a que certas matérias sigam o procedimento ordinário, sendo deslocadas ao sumário ou sumaríssimo; que outras sejam aceitas, seguindo para outras vias de acesso à justiça, estatais ou paraestatais, conforme visto; e, por fim, limitam a utilização dos recursos às instâncias de sobreposição do Judiciário, nomeadamente o STJ e o STF.

Vê-se que o sistema de recursos costuma ser contado possivelmente como a principal causa da morosidade dos processos judiciais.<sup>351</sup> No entanto, adverte Rodolfo Mancuso<sup>352</sup> que a cruzada contra a “finalidade procrastinatória”, através da supressão dos recursos, de restrições ao âmbito das impugnações, como também da aplicação de sanções ao manejo abusivo daqueles e destas é de ser vista e tratada com a devida reserva, a fim de se preservar o manejo justificado e legítimo dos recursos e meios de defesa.

Tirante esses cuidados, de todo aceitáveis, alguns mecanismos de contenção podem ser citados: julgamento por amostragem de recursos extraordinários (REs) e especiais (REsp) sobre um mesmo assunto (artigos 543-B e 543-C, do CPC); repercussão geral da questão constitucional no âmbito do STF, com o fito de afastar os REs onde a *quaestio juris* não seja transcendente (EC nº 45/2004); fórmula da transcendência da questão judicializada no recurso de revista ao Tribunal Superior do Trabalho (TST); divergência jurisprudencial como requisito para a subida de recursos ao STJ; entre muitos outros.<sup>353</sup> Com esses óbices, busca-se evitar que a quantidade afete a qualidade, sem embargo das controvérsias doutrinárias existentes.

No que tange à democratização do acesso ao Judiciário, importa asseverar que ela se apresenta de duas formas, que são: 1ª) Ao Judiciário deve acorrer em iguais ou, no mínimo, aproximadas condições ricos e pobres; 2ª) O processamento do feito deve, quando necessário se fizer, receber injunções dos diversos atores sociais, legitimando-se, ao fim, sobretudo em

formacaodemagistrados.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2015, p. 17.

<sup>351</sup> Cf. MANCUSO, 2011, p. 291.

<sup>352</sup> MANCUSO, 2011, p. 294-295. O autor vai além, escrevendo: “Nesse sentido, o alerta de José Carlos Barbosa Moreira: Se uma justiça lenta demais é de certo uma injustiça, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem; não, contudo, a qualquer preço. A se entender de outro modo, corre-se o risco de trocar um problema por outro: *a morosidade excessiva, “substituída” pela injustiça célere*”.

<sup>353</sup> MANCUSO, 2011, p. 184-194.

matérias afeitas à jurisdição constitucional, o provimento judicial.

Pois bem, cumpre assinalar, logo de início, que o princípio da diferença é o núcleo de onde se caminha rumo à igualdade, não importa se à igualdade por equiparação, na qual *se iguala para igualar*, ou à por desequiparação (diferenciação), em que, por força de lei, *se desiguala para igualar*.

Sobre a igualdade por equiparação, no sentido de que todos são iguais e como tal devem ser tratados perante a lei (e na feitura da lei), não havendo distinção em virtude de sexo, raça, cor etc., não há o que se objetar, pois é intuitivo que as pessoas, seres humanos que são, detenham a nota da igualdade desde o nascimento, com isso perfazendo-se a relação entre Direito e Justiça.<sup>354</sup>

Já quanto ao alcance da igualdade a partir da implementação de *discrímens* legais, as dificuldades encontradas são de maior monta. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>355</sup> sublinha que “o que autoriza discriminar é a diferença que as coisas possuem em si e a correlação entre o tratamento desequiparador e os dados diferenciais radicados nas coisas”. E para justificar seu abalizado argumento, apresenta duas situações, uma autorizativa, outra obstativa do *discrímén*, conforme segue:

Com efeito, há espontâneo e até inconsciente reconhecimento da juridicidade de uma norma diferenciadora quando é perceptível a congruência entre a distinção de regimes estabelecidos e a desigualdade de situações correspondentes. De revés, ocorre imediata e intuitiva rejeição de validade à regra que, ao apartar situações, para fins de regulá-las diversamente, calça-se em fatores que não guardam pertinência com a desigualdade de tratamento jurídico dispensado. Tem-se, pois, que é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles, o *quid* determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia. Segue-se que o problema das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da igualdade não se adscribe aos elementos escolhidos como fatores de desigualação, pois resulta da conjuntura deles com a disparidade estabelecida nos tratamentos jurídicos dispensados.<sup>356</sup>

Para o autor, em suma, deve-se primeiramente investigar aquilo que é erigido como critério discriminatório e ao depois se há justificativa racional para, à vista do traço

<sup>354</sup> Em nota dialética sobre o direito e a justiça, Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 82-83) escreveu: “outro modo de entrever relações entre o Direito e a justiça pode advir da observação da história jurídica dos povos. Têm-se verificado, sobretudo a partir dos estudos de Savigny e Ihering sobre o Direito Romano, que a evolução desse sistema jurídico se deu pela constante ampliação do Direito, de início monopólio dos poucos privilegiados, à grande massa da população. Com o correr do tempo, passou-se a conceder o título de cidadão a círculos cada vez maiores de pessoas de baixa categoria social, o que equivalia a incluí-las na vida jurídica, com a conseqüente elevação de sua posição econômica, social e política. Tudo isso fez em nome de um ideal, a igualdade, e através da invocação de um propósito, a realização da justiça. Com o correr do tempo, a justiça passou a significar igualdade perante a lei. E, com essa feição, incorporou-se ao ideário político-constitucional do Estado de Direito moderno”.

<sup>355</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 34.

<sup>356</sup> MELLO, 2013, p. 37-38.

desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada. Por fim, aclara sua privilegiada linha de raciocínio com o exemplo *infra*:

Suponha-se hipotética lei que permitisse aos funcionários gordos afastamento remunerado para assistir a congresso religioso e o vedasse aos magros. No caricatural exemplo aventado, a gordura ou esbeltez é o elemento tomado como critério distintivo. Em exame perfunctório parecerá que o vício de tal lei, perante a igualdade constitucional, reside no elemento fático (compleição corporal) adotado como critério. Contudo, este não é, em si mesmo, fator insuscetível de ser tomado como fator deflagrador de efeitos jurídicos específicos. O que tornaria inadmissível a hipotética lei seria a ausência de correlação entre o elemento de *discrimen* e os efeitos jurídicos atribuídos a ela. Não faz sentido algum facultar aos obesos faltarem ao serviço para congresso religioso porque entre uma coisa e outra não há qualquer nexos plausível. Todavia, em outra relação, seria tolerável considerar a tipologia física como elemento discriminatório. Assim, os que excedem certo peso em relação à altura não podem exercer, no serviço militar, funções que reclamem presença imponente.<sup>357</sup>

Dito isto, a democratização do acesso ao Judiciário, através da criação de leis específicas que favoreçam nomeadamente os hipossuficientes, implantando medidas, quais, *exemplificandi gratia*, dispensa de taxas judiciárias, disponibilidade de advogados públicos, recursos *ex officio* para os Tribunais, tudo em prol de quem possui renda baixa, vislumbrando-se diminuir os abismos existentes nessa seara entre a população e o Judiciário, é perfeitamente compatível com a ideia de isonomia, de vez que tal medida guarda correlação entre o elemento de *discrimen* e os efeitos jurídicos atribuídos a ela, ou seja, a desigualação estabelecida.

De mais a mais, a democratização ou participação não só do imediatamente interessado quanto ao regular andamento do processo, mas também da própria sociedade, sobretudo em questões relevantes, na tomada de decisões pelos órgãos do Poder Judiciário, avulta imprescindível na atual quadra histórica.

Em Peter Häberle fica muito clara a abertura da interpretação constitucional para a sociedade, o que revela o pluralismo democrático. Os influxos dessa participação social são sentidos positiva e diretamente no campo de estudo ora versado, pois a abertura dos canais constitucionais garante a legitimidade da implementação dos direitos fundamentais pela via judicial. Segundo Häberle<sup>358</sup>, ainda,

A interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política [...]. A interpretação

<sup>357</sup> MELLO, 2013, p. 38.

<sup>358</sup> HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 22-24.

constitucional é, todavia, uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo.

Infere-se do exposto que sobre ser aceito tão-somente em caráter residual, em termos da matéria posta, daí a imperiosidade do soerguimento de filtros, o acesso ao Judiciário, por outro lado, se torna falho quando restrito a pequena parcela da população, em vista de fatores econômicos, sociais, culturais, psicológicos, legais, bem como em face da ausência de informação e consciência (conhecimento), ao que se adiciona a morosidade dos processos judiciais em desfavor do “cliente eventual”, pelo que impende seja tal acesso democratizado, sepultando-se de vez a ideia de que “não há justiça para o pobre”.

#### **5.4 A perda do monopólio estatal na distribuição da justiça: a ideia de jurisdição compartilhada**

Como os seis atributos da prestação judiciária estatal, a saber, “justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível e idônea à fruição efetiva do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado”, visualizados por Rodolfo Mancuso (e trabalhados em **item** próprio), no mais das vezes — e contraditoriamente — dão lugar a prestação jurisdicional tizada de caracteres como “massiva e funcionalizada, tardia, juridicamente inconsistente, descompromissada com o justo, onerosa e imprevisível (loteria judiciária)”, novos e mais eficientes modelos de acesso à justiça, que passam pela mudança no sentido de jurisdição<sup>359</sup> (do latim, *juris + dicere* = dizer o direito), foram pensados e postos em prática.

Nesse diapasão, a moderna ideia de *jurisdição compartilhada* tem como ponto de inflexão a perda do monopólio estatal na distribuição da Justiça, cujos fios condutores desembocam na resolução de conflitos por meios diferentes, caprichosamente engendrados, ditos não adversariais, nos quais as próprias partes decidem o que fazerem em face dos seus problemas.

Muito bem lembrado por Rodolfo Mancuso<sup>360</sup>, na esteira da terceira onda de renovação do processo civil, propugnada por Cappelletti e Garth, pode-se argumentar que a palavra jurisdição evoluiu semanticamente ao longo do tempo, indicando *lato sensu* composição justa de um conflito, por modo que,

Hoje perdeu atualidade o sentido majestático da Jurisdição, ligado ao monopólio

<sup>359</sup> Conforme Aftalión, Vilanova e Raffo (1999, p. 940), “La etimología latina de la palabra (iuris dictio), que hace referencia a la "dicción" o enunciación del derecho que rige el caso concreto, nos ayuda también a encontrar la nota esencial de la definición: la aplicación del Derecho a los casos individuales, la creación de la norma individual”.

<sup>360</sup> MANCUSO, **A resolução dos conflitos...**, 2014, p. 265.

estatal na distribuição da Justiça (dimensão estática, ligada ao Poder e à soberania do Estado), substituído pelo senso de uma função estatal (dimensão dinâmica, comportando avaliação pelo critério da efetiva capacidade de composição justa dos litígios), tarefa não centrada exclusivamente no juiz togado, mas consentindo outras instâncias e órgãos, componentes da chamada justiça paraestatal: conciliadores, mediadores, árbitros, Tabelionatos, Ministério Público, Tribunais de Impostos e Taxas, de Contas, Desportivos, Comissão de Conciliação Prévia na Justiça do Trabalho, Juízes de Paz, etc.

A jurisdição compartilhada é, portanto, fomentada, além de outros, pelos meios auto e heterocompositivos, tratados no capítulo anterior, destacando-se a conciliação, a mediação, e a arbitragem.

Diferentemente do puro e simples acesso à justiça oficial que, conforme analisado anteriormente, por diversos fatores não está sempre autorizado, o acesso à justiça via jurisdição compartilhada não encontra estorvos, mas, ao revés, pode e deve ser estimulado ao interno da sociedade, haja vista as vantagens que lhes são ínsitas.

Nessa trincheira, cai por terra a vetusta máxima *da mihi factum dabo tibi jus*, exigindo-se do Estado (juiz, administrador ou legislador) um acesso justo, tempestivo, plural (no sentido de igualitário), efetivo e permanente, numa boa equação entre custo e benefício, que frequentemente suprime a atuação do órgão jurisdicional, quando não remodela esta nos moldes mais sofisticados de uma sociedade do Século XXI. Em suma, a resolução dos conflitos deve ocorrer em um ambiente renovado e oxigenado, evitando-se a *resposta de mais do mesmo*, comum quando o assunto é acesso ao Judiciário.

A mudança do sentido de jurisdição, que deixa de ser monopólio estatal, possibilitando uma distribuição pluralista e participativa da justiça, uma vez mais recebeu de Rodolfo Mancuso<sup>361</sup> tratamento digno de nota:

O sentido de jurisdição enquanto monopólio estatal hoje pode-se dizer superado pela noção pluralista e participativa da distribuição da justiça, admitindo-se que esta última está realizada sempre que um conflito venha prevenido ou composto, em modo justo e num tempo razoável, por intermédio de um agente, órgão ou instância capaz de fazê-lo, ainda que fora da estrutura judiciária estatal, e, em alguns casos, até preferencialmente sem ela; daí o notório crescimento dos meios suasórios, tais a conciliação, a mediação e, [...], a arbitragem.

Com efeito, o Estado contemporâneo não pode ser um ente monopolizador de direitos, pois se assim o for estará violando as liberdades individuais, pondo-se em “guerra” contra a comunidade, o que é inadmissível.

Conforme lembrado pelo professor Márcio Diniz<sup>362</sup>, “a especificidade do Estado reside em ser uma instituição que se encontra entre o grupo social e os indivíduos que o

<sup>361</sup> MANCUSO, 2011, p. 458.

<sup>362</sup> DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Sociedade e estado no pensamento político moderno e contemporâneo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1999, p. 60.

compõem; ele é o ente político que, sem com eles confundir-se, responde por sua unidade”. Por isso, distribuir o acesso à justiça para esferas autônomas é perfeitamente compatível com o Estado Democrático de Direito.

Seguindo esse propósito, indagam José Renato Nalini e Wilson Levy<sup>363</sup>: por que não optar pelo protesto da dívida ativa junto aos cartórios, celeiros de eficiência e inovação? Ora, a taxa de recuperação de crédito nessa modalidade é maior do que no sistema judicial das execuções fiscais, que custam, de acordo com o Ipea, cerca de R\$ 4,4 mil e têm tramitação de quase dez anos, de modo que “a Justiça do século 21 não pode mais se fechar em si mesma, o que sempre deu margem a incompreensões sobre seu papel, devendo se abrir à sociedade civil e chamá-la ao exercício da cidadania, sendo parte de seu processo de aperfeiçoamento”.

Não há negar, pois, que a ideia de jurisdição compartilhada está intimamente ligada a de participação direta da sociedade nos domínios do Estado, formatando instituições e inovando sobre métodos de acesso aos direitos. Isso faz lembrar o direito fundamental à democracia participativa, definido por Paulo Bonavides<sup>364</sup> da seguinte maneira:

Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesses.

Dito isso, é possível a participação da sociedade no acesso à justiça, através do exercício da cidadania, da participação ativa. Assim, uma saída é a participação da sociedade, do povo, na escolha e elaboração das políticas públicas, pois o povo, de acordo com Paulo Bonavides, é o depositário da legitimidade dos poderes<sup>365</sup>, sendo certo que “a Constituição, por determinação principal do parágrafo único do art. 1º bem interpretado, faz do povo a sede inviolável da legitimidade de todos os poderes”.<sup>366</sup>

Com a evolução destas ideias, chega-se a outras igualmente cruciais, que reconhecem que um dos papéis mais importantes da justiça (social) é o da participação coletiva na tomada de decisões de cunho político, que pode ocorrer, por exemplo, via

<sup>363</sup> NALINI; LEVY, 2015, online.

<sup>364</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51. Esse direito também é considerado pelo autor de quarta geração ou dimensão, “é direito constitucional progressivo e vanguardeiro. É direito que veio para repolitizar a legitimidade e reconduzi-la às suas nascentes históricas, ou seja, àquele período em que foi bandeira de liberdade dos povos”, pois sem legitimidade “o direito é injusto e a norma aplicada uma violação dos cânones da constitucionalidade” (BONAVIDES, 2008, p. 33 e 39).

<sup>365</sup> Já pontificou Simone Goyard-Fabre (**O que é democracia?**: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 46) que em toda democracia, o povo é motor principal do modo de governo.

<sup>366</sup> OLIVEIRA NETO, A. *fruição do direito fundamental...*, 2014, p. 185.

Orçamento Participativo (OP), ajudando na elaboração de políticas públicas.

O Orçamento Participativo afigura-se como instrumento governamental de democracia participativa que permite a influência e decisão dos cidadãos sobre os orçamentos públicos, relativos a investimentos de prefeituras municipais<sup>367</sup>, pelo que é expressão da cidadania fiscal.<sup>368</sup>

Para Denise Vitale<sup>369</sup>, o fundamento jurídico do Orçamento Participativo reside nos princípios e determinações constitucionais que asseguram a democracia participativa ou semidireta, bem como nas normas atinentes à espécie estipuladas pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00, art. 48, parágrafo único) e pelo Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/01, arts. 2º, inc. II, f, § 3º, e 44). Como braço da democracia semidireta, faculta que o cidadão debata e defina os destinos de um município. Por ele, a população decide as prioridades de investimentos não só em obras, mas também em serviços a serem realizados a cada ano, com os recursos do orçamento da prefeitura.<sup>370</sup> Nesse conspecto, esse instrumento estimula o exercício da cidadania e o compromisso da população com o bem público, numa “gestão de corresponsabilização com o governo”.<sup>371</sup>

No que diz respeito ao monopólio estatal da distribuição da Justiça, uma observação que conduz inevitavelmente ao pluralismo jurídico<sup>372</sup> precisa ser feita. Com efeito, restou assentado que vai para longe a ideia de que o Direito é monopólio do Estado, no sentido de que a fonte de normatividade ou juridicidade promana com exclusividade deste

<sup>367</sup> Aponta Denise Vitale (Democracia direta e poder local: a experiência brasileira do orçamento participativo. In: COELHO, Vera Schattan P; NOBRE, Marcos (Orgs.). **Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 241) como uma das razões para que o OP tenha aplicação notadamente em municípios o fato de que a Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente o papel e a autonomia dos municípios, que foram elevados à condição de ente federativo, passando a gozarem de autonomias política, financeira e administrativa.

<sup>368</sup> Entende a doutrina que a elaboração do orçamento público, especialmente no âmbito municipal, pode ser aperfeiçoada pela participação da comunidade na análise e discussão dos problemas e na identificação das possíveis soluções em favor dos interessados (Cf. GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 250).

<sup>369</sup> VITALE, 2004, p. 243.

<sup>370</sup> Cf. OLIVEIRA NETO, 2015.

<sup>371</sup> Cf. CONTROLE social: orçamento participativo. **Portal da transparência**, Brasília, 9 dez. 2006. Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/controlesocial/OrçamentoParticipativo.asp>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

<sup>372</sup> Há várias espécies e subespécies de pluralismo jurídico, sendo a mais marcante a que o define como pluralidade de ordens jurídicas no seio de um mesmo Estado (Cf. VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 244-245). Marcelo Neves (Do pluralismo jurídico a miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Revista direito em debate**, Ijuí-RS, v. 4, n. 5, 1995, p. 8) identifica quatro tendências básicas de pluralismo jurídico: 1) o pluralismo institucionalista em oposição ao monismo formalista; 2) o pluralismo antropológico em contraposição ao imperialismo metropolitano; 3) o pluralismo sociológico contra o legalismo estatal; 4) o pluralismo pós-moderno. O presente trabalho, porém, na linha de Antônio Carlos Wolkmer, defenderá a visão participativa de pluralismo, assim como a que reconhece normatividade jurídica a direitos não-estatais. Cf. WOLKMER, 2001; OLIVEIRA NETO, **A superação da dicotomia...**, 2014, p. 162-190.

ente.

Ora, se nem mesmo a jurisdição é presentemente sustentada como sendo de “propriedade exclusiva” da função judiciária estatal, o que dizer dos direitos<sup>373</sup>, que são expressão cultural de um povo, num dado espaço geográfico e sob a mediação do fator tempo, portanto passíveis de variabilidade e diversidade nem sempre alcançadas pela legislação positiva?

Nesse caminhar pontificou Roberto Lyra Filho<sup>374</sup>, ao negar, em síntese digna de decalque, estar o Direito aprisionado em conjunto de normas estatais:

No entanto, como notava o líder marxista italiano Gramsci, a visão dialética precisa alargar o foco do Direito, abrangendo as pressões coletivas (e até, como veremos, as normas não-estatais de classe e grupos espoliados e oprimidos) que emergem na sociedade civil (nas instituições não ligadas ao Estado) e adotam posições vanguardistas, como determinados sindicatos, partidos, setores de igrejas, associações profissionais e culturais e outros veículos de engajamento progressista.

Portanto, sob tal prisma, o acesso à justiça não está adstrito apenas ao que previsto ou positivado no ordenamento jurídico, mas também a uma série de direitos emanados da sociedade como frutos dos usos e costumes das pessoas, grupos, coletividades e instituições.

A não ser deste modo, o Supremo tribunal Federal (STF) não teria admitido os processamentos da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF (ambas sobre união homoafetiva).<sup>375</sup> Entretanto, além de admiti-los, em julgamento emblemático reconheceu novidadeiramente a inconstitucionalidade da distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo.<sup>376</sup> Eis, pois, um indelével exemplo de acesso à justiça garantido pelo pluralismo jurídico, pela normatividade social, esta verificada antes mesmo da normatividade

<sup>373</sup> Malgrado essa tendência insopitável, não é despidendo salientar, na esteira de Antonio Carlos Wolkmer (2001, p. 96-97), que “a cultura jurídica brasileira é marcada por uma tradição monista de forte influxo kelseniano, ordenada num sistema lógico-formal de raiz liberal-burguesa, cuja produção transforma o Direito e a Justiça em manifestações estatais exclusivas”.

<sup>374</sup> LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 9-10.

<sup>375</sup> No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgamento do REsp 1.183.378/RS, proferido em 25 de outubro de 2011, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2011, online)

<sup>376</sup> O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), seguindo a trilha das decisões tomadas nas referidas ações constitucionais, editou, em 14 de maio de 2013, a Resolução nº 175, a qual dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo, cabendo transcrever seus principais artigos, *verbis*: “art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo” e “art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis”. Insta aclarar que o artigo 103-B, § 4º, inciso III, da CF/88, assegura, entre as competências do CNJ, “receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa” (grifos nossos).

jurídica propriamente dita (fenômeno da *nomogênese compartilhada*).

O acesso à justiça, dentro do quadro esboçado, funciona, em sua primeira acepção, para garantir, no foro próprio, direitos existentes e, numa acepção mais larga, assoma como meio assegurador<sup>377</sup> de direitos novos, ou seja, aqueles *prima facie* ainda não reconhecidos pelo Estado.

A crise do sistema de jurisdição estatal moderna, enquanto causa próxima do reaparecimento de esferas alternativas para solução de controvérsias, tem levado ao que Antonio Carlos Wolkmer<sup>378</sup> precedentemente denomina de perda de identidade do Poder Judiciário, conforme se lê:

O alcance dessa crise de identidade do Judiciário condiz com as próprias contradições da cultura jurídica nacional, construída sobre uma racionalidade técnico-dogmática e calcada em procedimentos lógico-formais, e que, na retórica de sua “neutralidade”, é incapaz de acompanhar os ritmos das transformações sociais e a especificidade cotidiana dos novos conflitos coletivos. Trata-se de uma instância de decisão não só submissa e dependente da estrutura de poder dominante, como, sobretudo, de um órgão burocrático do Estado, desatualizado e inerte, de perfil fortemente conservador e de pouca eficácia na solução rápida e global de questões emergenciais vinculadas, quer às reivindicações dos múltiplos movimentos sociais, quer aos interesses das maiorias carentes de justiça e da população privada de seus direitos. A crise vivenciada pela justiça oficial, refletida na sua inoperacionalidade, lentidão, ritualização burocrática, comprometimento com os “donos do poder” e falta de meios materiais e humanos, não deixa de ser sintoma indiscutível de um fenômeno mais abrangente, que é a própria falência da ordem jurídica estatal.

As exigências centrais que hodiernamente recaem sobre a Justiça Estatal brasileira são basicamente duas, a saber: a informalização e a mutabilidade.<sup>379</sup> Enquanto não são cumpridas a contento, novas saídas se impõem, avultando em importância a ideia de jurisdição compartilhada aqui estudada. O que não se pode, contudo, é negar ao Judiciário o caráter de imprescindibilidade, como última *ratio*, mormente em face de situações extremadas, em que houver esgotamento dos meios não convencionais sem atingimento do direito vindicado.

<sup>377</sup> A validade desses direitos perante as instâncias ou órgãos estatais, bem como ante os destes delegados, como no caso dos Cartórios de Registro Civil, muitas vezes reclama o reconhecimento por parte do Poder Judiciário, qual se deu no citado caso do reconhecimento, pelo Supremo, como entidade familiar, da união homoafetiva.

<sup>378</sup> WOLKMER, 2001, p. 99-100. Por tudo isso, prossegue o autor: “ainda que seja um *locus* tradicional de controle e de resolução dos conflitos, na verdade, por ser de difícil acesso, moroso e extremamente caro, torna-se cada vez mais inviável para controlar e reprimir conflitos, favorecendo, paradoxalmente, a emergência de outras agências alternativas “não-institucionalizadas” ou instâncias judiciais “informais” (juizados ou tribunais de conciliação ou arbitragem “extrajudiciais”) que conseguem, com maior eficiência a rapidez, substituir com vantagens o Poder Judiciário” (WOLKMER, 2001, p. 100-101).

<sup>379</sup> A primeira tem obtido algum êxito através dos juizados especiais e poderia ser melhorada não fosse a tibieza com que se tem implantado a “justiça de paz” no Brasil (CF/88, artigo 98, inciso II). A segunda daria ao Judiciário maior plasticidade para lidar com as constantes e rápidas mudanças por que passa a sociedade.

## 5.5 Da necessidade da *passagem judiciária* para matérias cuja singularidade demanda provimento judicial

A despeito do entendimento defendido neste trabalho no sentido de que o Judiciário deve ser acionado residual ou supletivamente, evitando-se, assim, que o direito subjetivo de ação se transforme num dever de ação, um convite à litigância e, portanto, o excesso de demandismo, não se pode, por outro lado, menoscar a dignidade da função judiciária estatal, que em determinados momentos é a única saída para a consecução da Justiça.

Com efeito, esse caráter subsidiário, ao invés de imprimir depreciação, vem, em verdade, realçar que, de tão importante, o Judiciário deve ser chamado a atuar tão-somente em caráter especialíssimo, não só no tocante às macrolides, mas também em matérias que por sua natureza intrínseca exijam a *passagem judiciária*, como ocorre na hipótese de afastamento de uma lei ou ato normativo injusto, na declaração de inconstitucionalidade<sup>380</sup> etc.

Como bem aduziu Rodolfo Mancuso<sup>381</sup>, a restrição à solução adjudicada estatal não implica, em absoluto, alguma *capitis diminutio* para a função judiciária estatal, “mas, ao contrário, o critério seletivo contribui para valorizá-lo, evitando que ela se banalize, dispersando-se nos desvãos de um contencioso desvairado, insuflado pelo que se vem chamando *judicialização do cotidiano*”.

Olvidar a importância do Judiciário seria, por exemplo, apequenar inúmeras atribuições do Ministério Público (MP), cujas consecuições se dão apenas através de provocação do referido Poder. O MP, consoante diz a Constituição Federal de 1988, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), de modo que é canal de acesso à justiça, dentro e fora dos sítios do Judiciário.

Em todos os casos em que houver atuação do MP<sup>382</sup>, não importa se perante juízo

---

<sup>380</sup> Inventário sobre o controle judicial de constitucionalidade das leis, com análise de alguns precedentes históricos desse controle, cf. CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.

<sup>381</sup> MANCUSO, 2011, p. 399.

<sup>382</sup> A Instituição Ministério Público se divide em: Ministério Público Estadual e Ministério Público da União. Um de seus ramos deste último é o Ministério Público do Trabalho (MPT), o qual exerce, como órgão agente, importante mister na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis dos trabalhadores. O dia a dia da atuação do MPT demonstra as áreas prioritárias de atuação em prol do acesso à justiça social, como: a erradicação do trabalho infantil e a regularização do trabalho do adolescente; o combate ao trabalho escravo e a regularização do trabalho indígena; o combate a todas as formas de discriminação no trabalho; a preservação da saúde e a segurança do trabalhador; e a regularização dos contratos de trabalho. Como *custos legis*, o MPT desempenha papel de defensor da lei, intervindo nos feitos judiciais em curso nos quais haja

singular ou colegiado, se por meio de ação individual ou coletiva, se via instrumento ordinário ou constitucional (v.g. ADI), este órgão estará agindo em nome do acesso à justiça, que numa ordem jurídica vazada no regime democrático ocorre quando os direitos e garantias (individuais e sociais), indisponíveis ou não, são efetivados. No geral, o MP foi desenhado para suprir as lacunas mais significativas do corpo social, para tanto se valendo da legislação ordinária, como a Lei da Ação Civil Pública (LACP).<sup>383</sup>

O Judiciário pode vir a atuar em caso de inexecução do compromisso de ajustamento de conduta, feito nos autos do Inquérito Civil<sup>384</sup>, através do qual a Administração Pública se compromete a pautar sua conduta consoante os ditames dos interesses difusos, aproveitando a sociedade civil como um todo.<sup>385</sup> A defesa do cidadão pelo *Parquet*, destarte, ocorre de variadas maneiras e dependendo da peculiaridade do caso o acesso à justiça será indireto, mas com necessária *passagem judiciária*. Suponha-se a hipótese de ação de improbidade administrativa interposta com fulcro na Lei nº 8.429/92 contra prefeito municipal, na qual se requer, entre outras medidas, o afastamento do agente ímprobo de suas funções, como forma de resguardar o patrimônio público e preservar o regular andamento do

---

interesse público a proteger, em que emite pareceres, participa das sessões de julgamento e ingressa com recursos quando entender cabível. O MPT também atua como árbitro e mediador na solução de conflitos trabalhistas de natureza coletiva. Além disso, o MPT fiscaliza o direito de greve nas atividades essenciais. A atuação como órgão agente envolve o recebimento de denúncias, a instauração de procedimentos investigatórios etc., ou o ajuizamento de ações judiciais. O Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta também é muito usado no âmbito do MPT, podendo ser executado perante as Varas do Trabalho. Ainda, o MPT dispõe da Ação Civil Pública e da Ação Civil Coletiva, além da Ação Anulatória Trabalhista. O MPT, ademais, orienta a sociedade por meio de audiências públicas, palestras, oficinas, reuniões setoriais e outros eventos semelhantes (Informações colhidas no sítio do Ministério Público do Trabalho: [www.mpt.gov.br](http://www.mpt.gov.br), acesso em 21.10.2015).

<sup>383</sup> Trata-se da Lei Federal nº 7.347, de 1985, a qual protege: meio ambiente, consumidor, urbanismo, patrimônio histórico, preservação de acidentes de trabalho, infância e juventude, idosos, moralidade administrativa, patrimônio público, saúde, educação, moradia, transporte, fundações e entidades de interesse social (Cf. GRAZZIOLI, Airton; PAES, José Eduardo Sabo. II – Terceiro setor, ministério público e a ação civil pública. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A Ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25). Com o advento da Lei nº 12.966/2014, o rol de direitos passíveis de defesa foi ampliado, acrescentando-se: a honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, além do patrimônio público e social.

<sup>384</sup> Nos termos do § 1º do artigo 8º da LACP, o Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, Inquérito Civil (IC), instrumento esse hoje consagrado na nossa Constituição Federal (*vide* artigo 129, inciso III). Segundo Hugo Mazzilli (**O acesso à justiça e o Ministério Público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51), o IC destina-se predominantemente à coleta por parte do MP dos elementos necessários à propositura de qualquer ação civil a ele cometida, o que possibilita “a regular apuração de denúncias que lhes cheguem, assim como o ajuizamento de ações mais bem aparelhadas e instruídas”. Cf., também no mesmo sentido, MAZZILLI, Hugo Nigro. XIX – Notas sobre o inquérito civil e o compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, 2010, p. 305-319, que afirma que o IC, a despeito de dispensável, é instrumento de atuação funcional do MP.

<sup>385</sup> Para Ana Luiza Nery (VI – O compromisso de ajustamento de conduta como transação híbrida e a problemática teorização da passagem do exercício do Poder Público para a tentativa de ajuste no âmbito privado. In: MILARÉ, 2010, p. 114), o compromisso de ajustamento de conduta, “é transação híbrida, lavrada por instrumento público ou privado, celebrada entre o interessado e o Poder Público, por seus órgãos públicos, ou por seus agentes políticos, legitimados à propositura da ação civil pública, por cuja forma se encontra a melhor solução para evitar ou para por fim à demanda judicial, que verse sobre ameaça ou lesão a bem de natureza metaindividual”.

processo judicial. Aqui, por via oblíqua o acesso à justiça estará em alguma medida garantido, na esteira do combate à prática da malversação dos recursos públicos, com a punição dos culpados.

A ação civil pública, manejada perante o Judiciário, é indiscutivelmente uma das mais potentes armas de tutela coletiva dos direitos do cidadão. Nesse sentido, ressalta Gregório Almeida<sup>386</sup> que a Constituição de 1988 guindou o direito processual coletivo a novo ramo do direito processual brasileiro, com objeto e métodos próprios, dotada de potencialidade para efetivar direitos, promover o acesso à justiça. Dizia Hely Lopes Meirelles<sup>387</sup> que a ação civil pública constitui uma conquista “para a solução rápida e eficiente dos conflitos de interesses, ensejando o acesso à Justiça de todas as classes sociais”. A teor do disposto no artigo 81, incisos I, II e III, do CDC, a defesa coletiva será exercida quando se tratar de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.<sup>388</sup>

Aliadas a essas emblemáticas situações, em que a atuação judicial do Ministério Público exsurge essencial (e talvez exclusiva) para a garantia dos direitos fundamentais, bem como para aplacar lesões ao patrimônio público, há também hipóteses em que o cidadão, individualmente considerado, precisa do provimento judicial (e apenas dele), para resolver o seu problema, mormente em se falando de urgência pelo risco de perecimento do direito (lides com certas singularidades de matéria ou de pessoa).

É o que ocorre nas tutelas de urgência quando em jogo, de maneira incontestada, o direito à vida ou à saúde, em que se requer do Judiciário a concessão *inaudita altera pars* de uma decisão que garanta, em caráter emergencial, internação ou cirurgia porventura negada, injustificadamente, por plano particular de saúde, realidade comum de acontecer. Por fim, não se pode esquecer que o direito à prestação alimentar, passível de ser alcançado por acordos extrajudiciais, encontra no Poder Judiciário seu fiel garante na hipótese de insucesso da via amigável.<sup>389</sup> Tratam-se, destarte, de situações peculiares, em vista das quais o Judiciário é o

<sup>386</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. XVI – A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas. In: MILARÉ, 2010, p. 243.

<sup>387</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 239.

<sup>388</sup> De acordo com a citada Lei: são **interesses ou direitos difusos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; **interesses ou direitos coletivos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e **interesses ou direitos individuais homogêneos**, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

<sup>389</sup> Dentro do contexto da obrigação alimentar, no qual a sanção de prisão civil é um meio coercitivo de adimplemento desta obrigação, há o outro extremo, relativo ao direito do alimentante de ter revogada a medida extrema — assim recobrando imediatamente a sua liberdade — no caso de pagamento do valor devido, cumprindo ao Judiciário fazer cessar qualquer constrangimento ilegal por que venha a passar, no processo de execução de alimentos ou fora dele, em requerimento apartado de liberdade.

último e mais eficiente reduto do cidadão.

## **5.6 O acesso à justiça fomentado pelos Poderes Executivo e Legislativo: a justiça preventiva**

Nada obstante as considerações até aqui delineadas, não se pode descurar, sem que se cometa erro capital, que o canal mais louvável, porquanto de manifesta eficiência, de acesso à justiça é o **preventivo**. E esse acesso, por sem dúvida, é fomentado pelos Poderes Executivo e Legislativo, cada um ao seu modo, nas suas respectivas esferas competenciais, mas cujos atos se entrelaçam em objetivos comuns.

Comparativamente a se ter de movimentar a já pesada máquina judiciária para ao fim de uma longa e incerta caminhada obter o bem da vida de que se necessita, sobreleva em importância a Justiça profilática, de base, imediata, sem caminhos intermediários. De modo que a pergunta que se coloca vem assim formulada: o que pode ser feito para se auferir a Justiça sem que se precise ir ao Judiciário?

Assim, o Poder Executivo garante acesso à justiça na medida em que cria políticas públicas socialmente adequadas; e o Poder Legislativo, por sua vez, ao aprovar normas que reconheçam direitos, que destrave contingenciamentos indevidos de recursos públicos e que garantam a isonomia **na** lei, tudo isso contribuindo sobremaneira para a contenção da litigiosidade.

Viu-se que o Estado, por seus órgãos e agentes, cumpre papel central no *desideratum* de educar/informar o cidadão acerca dos direitos de que é possuidor. Só que, malgrado devidamente informado, há situações em que o indivíduo, por si só, não tem condições formais ou materiais de reivindicar um direito fundamental. Falta-lhe a capacidade.

Ilustra-se o exposto com uma situação que ocorre frequentemente: um indivíduo hipossuficiente sofre de sério problema de saúde e no município ou Estado em que reside não há recursos públicos disponíveis para o tratamento da doença que o acomete. Diante do quadro, o que lhe resta? Ir diretamente ao Poder Público municipal ou estadual e expor a sua história? Ora, trata-se de típica hipótese de não aplicação ou aplicação insuficiente de políticas públicas no setor da saúde. Em tal caso não há como recorrer ao Legislativo e a inviabilidade de se socorrer do Executivo é real, mormente se não houver lei municipal que estabeleça o orçamento participativo. De modo que restará ao cidadão valer-se do Poder Judiciário, e como ele não tem *jus postulandi* e muito menos recursos financeiros para contratar advogado, é provável que recorra à Defensoria Pública, se houver, ou ao Ministério Público, em que um dos dois tomará a providência judicial cabível, sendo esta uma

modalidade de acesso à justiça para a garantia do direito fundamental a saúde, preservando-se a dignidade da pessoa humana.<sup>390</sup> Aqui, a busca pela justiça oficial para o acesso à justiça (social) é feita por quem não tem o *jus postulandi*<sup>391</sup>, que uma vez pobre na forma da lei, será assistido.

Noutro giro, a inconstitucional ausência de políticas públicas que garantam aos encarcerados o acesso preventivo à justiça, no sentido de acesso aos direitos fundamentais que envolvem o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, tem provocado sistemática judicialização.<sup>392</sup> Recentemente, na ADPF 347 foi reconhecido que o sistema prisional brasileiro caracteriza-se como “estado de coisas inconstitucional”, determinando, entre outras medidas: 1) Aos juízes e tribunais, que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade (previstas no artigo 319 do CPP); 2) Aos juízes e tribunais, que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; 3) À União, que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado,

---

<sup>390</sup> Foi visto em outros tópicos que a atuação do Judiciário em matérias que envolvem o direito fundamental à saúde pode gerar algumas externalidades negativas, entre elas a do desequilíbrio entre os poderes, com sérios prejuízos para o atendimento coletivo deste importante direito.

<sup>391</sup> Nesse contexto, é de bom alvitre esclarecer que a Lei nº 9.099/95, que trata dos juizados especiais cíveis e criminais, no mote de facultar e democratizar o acesso à justiça garante capacidade postulatória para qualquer cidadão que vá a juízo em defesa dos direitos que resguarda dês que o valor da causa seja de até 20 (vinte) salários mínimos (*vide* artigo 9º). No âmbito dos juizados especiais federais, criados pela Lei nº 10.259/01, o raciocínio é o mesmo, porém o artigo 10 da Lei afasta a obrigatoriedade dos usuários constituírem advogado para deduzirem seus pedidos nos Juizados Especiais Federais, assegurando-lhes o direito ao *jus postulandi* no limite competencial de 60 (sessenta) salários mínimos.

<sup>392</sup> Cítam-se: 1) O Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, no qual o Supremo decidirá se o Estado deve indenizar, por meio de reparação pecuniária, presos que sofrem danos morais por cumprirem pena em presídios com condições degradantes; 2) A Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5.170/DF, formalizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, responsabilizando civilmente o Estado pelos danos morais causados aos detentos submetidos a condições sub-humanas, insalubres, degradantes ou de superlotação carcerária; 3) O Recurso Extraordinário nº 641.320/RS, em que o Tribunal reconheceu a repercussão geral da matéria relativa ao direito de o condenado, estando em regime semiaberto, poder cumprir a pena em regime aberto ou prisão domiciliar, quando ausente acomodação adequada no sistema prisional; 4) A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.356/MS, cujo objetivo é impugnar lei estadual por meio da qual foi estabelecida a obrigação de instalar bloqueadores de sinais de radiocomunicação nos estabelecimentos prisionais; 5) O Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, no qual o Tribunal assentou a possibilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e os estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária, constatada violação da dignidade da pessoa humana e inobservância do mínimo existencial dos presos (informações colhidas de MELLO, Marco Aurélio de. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347 Distrito Federal**. Relator Min. Marco Aurélio de Mello. Brasília: STF, 2015. Disponível em: <<http://jota.info/wp-content/uploads/2015/08/ADPF-MC-347-Voto.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2015).

abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. O curioso de se observar é que esse Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) tem sido produzido pelos três poderes, cada um ao seu modo: o Judiciário, ao lançar decisões cerceadoras de liberdade sem a devida motivação etc., malferindo a Carta Federal; o Legislativo, conforme assentado no voto do eminente Min. Relator, ao se omitir em votar matérias que garantam os direitos dos presos; e o Executivo, ao realizar indevidos contingenciamentos de recursos do Fundo Penitenciário Nacional.

Em estudo sobre “desenvolvimento como liberdade”, Amartya Sen<sup>393</sup> discute a presença dos valores inerentes à justiça social na elaboração das políticas públicas:

A primeira razão — e a mais imediata — é que a justiça é um conceito central na identificação dos objetivos e metas da política pública e também na decisão sobre os instrumentos que são apropriados para a busca dos fins escolhidos. Ideias de justiça — e em especial as bases informacionais de abordagens específicas de justiça [...] — podem ser particularmente cruciais para o poder de convicção e o alcance das políticas públicas. A segunda razão — mais indireta — é que todas as políticas públicas dependem de como se comportam os indivíduos e grupos na sociedade. [...]. Para a elaboração das políticas públicas é importante não apenas avaliar as exigências de justiça e o alcance dos valores ao se escolherem os objetivos e as prioridades da política pública, mas também compreender os valores do público em geral, incluindo seu senso de justiça.

Ao Executivo, pois, cumpre desenvolver, preventivamente, ações que garantam aos cidadãos, em meio às suas exigências imediatas, a fruição dos direitos sociais catalogados na Carta Magna, que tem espírito democrático e abriga diversos princípios no que diz respeito tanto à previsão da justiça (social), quanto às vias possibilitadoras de a ela se chegar. Para atingir esse propósito, o Estado brasileiro vem dando sinais de preocupação com a universalização de alguns direitos fundamentais, a fim de resolver ou minimizar o problema da discriminação crônica, fruto da concentração de renda nas mãos de poucos, que por anos inviabilizou, por exemplo, o acesso ao ensino superior pelas baixas classes sociais.<sup>394</sup>

É o caso em que não se haveria de falar em desigualação entre ricos e pobres, sob o pálio de estes terem ao seu dispor um direito social não disponível àqueles, em face de que o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra guarda, conforme analisado *supra*, pertinência lógica com a inclusão no benefício deferido, qual seja a de promover o princípio da igualdade na lei, com vistas a colmatar deficiências do sistema e assim

<sup>393</sup> Cf. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 349.

<sup>394</sup> Cf. Lei nº 12.711 de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio, em que determina, em seu artigo 1º, *caput*, que as instituições federais de educação superior reservarão no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Na mesma esteira, a Lei nº 12.990, sancionada em 9 de junho de 2014, que reserva 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos federais a pretos e pardos.

possibilitar a universalização de direitos.<sup>395</sup>

Dentro da força normativa, que assegura não apenas a positivação nas Constituições dos Estados Soberanos, mas por igual a efetividade de direitos das mais diversas gerações ou dimensões, depreende-se de Norberto Bobbio<sup>396</sup> que sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia e sem democracia não há condições mínimas para solução pacífica dos conflitos.

Importante destacar, à guisa de conclusão, observação feita por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>397</sup>, no sentido de que o tema da justiça social está contemplado mais fortemente nos artigos 6º, 7º, 170 e 193 da Constituição da República, arrematando que todas as leis e todos os atos administrativos hão de perseguir o desenvolvimento nacional e a justiça social, sob pena de receberem a pecha de inconstitucionais e, noutro conspecto, conforme defende esta pesquisa, obnubilarem o preventivo acesso à justiça.

---

<sup>395</sup> Cf. MELLO, 2013, p. 38.

<sup>396</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 7.

<sup>397</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 31-34.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As temáticas alinhavadas ao longo dos quatro capítulos que compõem esta dissertação levam a algumas conclusões inarredáveis, consoante se observa logo a seguir:

1. A ideia de acesso à justiça norteia as relações humanas de há muito tempo, sendo, pois, uma aspiração inabdicável do homem, para cujo atingimento faz-se imprescindível a existência do Estado e, nele, de normas jurídicas para lhe dar cobro.

2. A ideia de acesso à justiça já de início remete ao sentido do termo Justiça, de modo que previamente à sua análise deve vir o estudo do conceito de Justiça, que é o substrato para se chegar aos sustentáculos teórico-filosóficos ou fundamentos primeiros do acesso em si.

3. A Justiça é um elemento fluido, de difícil definição, podendo ser visualizada sob os mais diversos ângulos ou campos de observação, o que gera uma enorme variedade de significados, oriundos de pontos de vista diferentes.

4. Assim, tendo em conta a variabilidade de sentidos que o termo Justiça comporta, e no afã de mais corretamente delimitar o seu estudo, a pesquisa trabalha o pensamento de alguns autores clássicos, entre eles: Aristóteles, Hans Kelsen, John Rawls e Ronald Dworkin.

5. Como conclusão, fica assentado que uma das primeiras análises sobre a Justiça é feita por Aristóteles, o qual, a despeito de aceitar a escravidão e até mesmo a sujeição da mulher ao homem, entre outras condições hoje consideradas discriminatórias pelas civilizações ditas modernas, defendeu uma ética vazada na justiça distributiva, a partir do princípio da igualdade proporcional, o “dar a cada um o que lhe pertence”.

6. Vê-se, em linhas gerais, que as principais teorias sobre a Justiça da contemporaneidade revelam-se categorizadas em duas grandes vertentes, a saber: 1ª) A ideia de justiça relacionada diretamente com a equidade; e 2ª) A ideia de justiça ligada ao conceito de bem-estar, esta defendida por Dworkin nas obras “*A virtude soberana*” e “*Justiça para porcos espinhos*”.

7. As dificuldades de acesso à justiça no século XIX foram objeto de preocupação por parte de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, os quais de modo pioneiro vislumbraram métodos de renovação do processo civil, por eles chamados de “ondas de acesso à justiça”.

8. A “primeira onda” tratou de colmatar a lacuna da assistência judiciária aos mais carentes, sustentando e defendendo o direito de os pobres acorrerem ao Judiciário com o auxílio de advogados pagos pelos cofres públicos.

9. A “segunda onda” veio para reconhecer a necessidade de representação em juízo dos novos interesses sociais, chamados de difusos, tais como os dos consumidores ou dos defensores do meio ambiente. Esses interesses, também apodados de coletivos ou grupais, contrapunham-se à ideia de processo como assunto tão somente de duas partes.

10. A “terceira onda”, sobre não eliminar as conquistas das *ondas* precedentes, apregoou, ademais, um enfoque mais amplo e informal de acesso à justiça, defendendo modificações no direito substantivo destinadas a de um lado evitar litígios e por outro facilitar sua solução, bem como a utilização de mecanismos privados ou informais de superação dos litígios, entre eles a mediação e a conciliação.

11. O acesso à justiça como acesso ao Poder Judiciário, portanto como garantia do direito de ação, surgiu na Legislação brasileira já no revogado Código Civil de 1916, que em seu artigo 75 estabelecia que a todo o direito corresponde uma ação que o assegura. A primeira Constituição a tratar do tema foi a de 1946, no que foi seguida pelas Cartas de 1967, 1969 e 1988.

12. Uma leitura mais atenta da regra do acesso à justiça em referência, também entendida como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, entretanto, revela que a mesma é direcionada, primeiramente, ao Legislador como cláusula impeditiva, e não aos indivíduos em geral, como se fosse um convite à litigância.

13. O acesso ao Poder Judiciário, mormente para os mais carentes, deve ser facilitado pelo Poder Público e pelo Legislador, da maneira que se deu, por exemplo, com o advento da Lei Federal nº 1.060/50.

14. Há, porém, o outro lado do acesso à justiça, atrelado à necessidade de prestações positivas por parte do Estado, não mais direcionadas a fomentação do igualitário acesso ao Judiciário, mas sim ao acesso pela população diretamente aos direitos sociais, hoje constitucionalizados (artigos 6º e 7º, etc., da CF/88). Trata-se da integração entre a democratização do direito de ação e a prestação pelo Estado de políticas públicas que atendam aos mais carentes, conformando-se o que se chama de *justiça preventiva*.

15. A moderna teoria dos direitos fundamentais, capitaneada por renomados doutrinadores (v.g., Paulo Bonavides e J. J. Gomes Canotilho), entende por diferenciar os direitos das garantias, sendo estas, conforme assentou Rui Barbosa, as solenidades tutelares.

16. O acesso à justiça, portanto, é indubitavelmente uma garantia fundamental, uma vez que a sua finalidade é a de assegurar, em juízo ou fora dele, a fruição dos direitos que resguarda, em benefício do cidadão lesado ou que esteja na iminência de sê-lo, sem embargo de apresentar-se, sob outra mirada, como o direto acesso aos direitos.

17. Investiga de modo crítico a ideia correntemente propugnada acerca do acesso à justiça. Estuda o acesso à justiça como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário e a confusão do acesso com o direito de ação. Analisa a falsa ideia de que o fortalecimento do Poder Judiciário garantirá, de si mesmo, um efetivo acesso à justiça, bem como a errônea preferência pela **nomocracia** em detrimento da **telocracia** como forma de resolver o problema posto.

18. Conclui-se que o Poder Judiciário nem sempre corporifica a vera Justiça, de todos e por todos querida, de modo que o acesso à justiça não pode ser reduzido ao direito de ação. Nada obstante, fica registrado que as reformas empreendidas no âmbito do direito processual são de todo bem vindas, embora não necessariamente redundem em melhorado acesso à justiça, pois este tem uma conotação ampla, que extravasa os lindes do Judiciário e do processo, exigindo a adoção de outros caminhos para o fim de melhor atendê-lo.

19. O fortalecimento do Poder Judiciário, observado nas mais diversas frentes, não garantirá por si só um efetivo acesso à justiça. Essa constatação é corroborada pelos resultados divulgados no: “Justiça em números 2015: ano-base 2014”, documento produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o qual revelou que os vultosos investimentos (humanos, financeiros etc.) realizados nos últimos anos em prol do Judiciário brasileiro não redundaram em uma prestação jurisdicional verticalmente eficiente, portanto mais justa.

20. Paradoxalmente, o nível de congestionamento de processos no Judiciário brasileiro aumentou proporcionalmente aos investimentos realizados, chegando as cifras atualizadas a mais de 98 milhões de processos em cursos pelos órgãos judiciários do país.

21. A errônea preferência pela **nomocracia** ou governo de leis como modo de resolver os problemas nacionais dificulta o combate das causas das dificuldades existentes, uma vez que as soluções que apresenta são, na prática, oferta de *mais do mesmo*. Nesse sentido, a pesquisa defende uma gradual mudança de mentalidade e bem assim a adoção de programas e estratégias idôneos a alcançar o resultado desejado, que combata as causas e não as consequências dos problemas, sendo tal método conhecido como **telocracia**, de possível aplicação ao acesso à justiça.

22. Um dos fatores que no passado obstava e ainda hoje se põe à frente da democratização do acesso à justiça é a ausência de conscientização da população, sobretudo dos setores mais carentes — que são por regra também os mais ignorantes —, quanto aos seus direitos. A universalização do acesso à justiça, destarte, passa pela conscientização da população, que se consubstancia em diversas frentes, uma delas a da educação para direitos, a ser promovida pelo Estado em coparticipação com a sociedade.

23. Tomando-se o termo acesso à justiça sob uma acepção ampla, vê-se que a informação, via educação conscientizadora, traz inquestionáveis benefícios para o acesso almejado. As razões são muitas e levarão a uma melhor qualidade não só da prestação jurisdicional, mas da estatal de um modo genérico.

24. Em primeiro lugar, tem-se que a conscientização sobre direitos está atrelada à conscientização quanto aos meios de obtê-los, de logo levando ao conhecimento coletivo a correspondente separação entre acesso à justiça e acesso ao Poder Judiciário, e a partir da conscientização o acesso à justiça será universalizado, independentemente do acesso ao Judiciário.

25. A via judicial é insuficiente para o efetivo acesso à justiça, sendo o maior sintoma dessa assertiva a morosidade do Poder Judiciário, fruto da excessiva quantidade de processos, os quais se acumulam nos foros e Tribunais na medida em que a demanda por este Poder é sempre superior a sua capacidade de resposta.

26. No Brasil há uma aguçada inclinação para o *demandismo*, fomentada precipuamente pela falsa ideia de que a Constituição assegura um poder ou dever de ação, quando em verdade o que ela prevê é a possibilidade de, em último caso, o interessado se valer desse instrumento, que é, portanto, residual em meio a outros, modernamente considerados primários.

27. De nada adianta ampliar os recursos financeiros e humanos, se não houver uma preocupação desde a base, com o fito de conter o avanço da litigiosidade a partir da dissuasão. A explosão da litigiosidade tem sistematicamente inviabilizado o alcance dos objetivos pretendidos através dos múltiplos investimentos realizados em favor do Judiciário, tornando inócua, por conseguinte, qualquer alteração empreendida na legislação processual.

28. O **gigantismo judiciário** tem provocado algumas tensões entre o Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo. Trata-se do fenômeno da judicialização da política e da politização do judiciário, que em conjunto deságuam no temido: *ativismo judicial*.

29. O ativismo judicial, tendo em vista as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o seu significado, pode ser encarado tanto sob o aspecto positivo, quanto sob o negativo, a depender do ângulo sob o qual seja observado. Em determinadas situações o Judiciário pode e deve avançar, ainda que esse avanço represente a confecção de políticas públicas. Porém, em inumeráveis hipóteses a atuação judiciária é proibida, a fim de se evitar violação ao princípio da separação entre os poderes.

30. A igualdade no acesso à justiça através do Poder Judiciário é prejudicada em

face da existência dos chamados “clientes habituais”. Estes são de duas naturezas: as grandes corporações e o próprio Poder Público, que por vezes se vale da legislação defasada para recorrer com finalidade meramente procrastinatória.

31. Entre os “clientes habituais” e os “clientes eventuais” há um enorme fosso, que favorece decisivamente os primeiros, cujas vantagens são as seguintes: a maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; por terem mais casos, têm economia de escala; têm oportunidade de desenvolverem relações informais com os membros da instância decisora; podem diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e, ademais, podem testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.

32. São incomensuráveis os entraves para a efetivação do amplo acesso ao Poder Judiciário e, nele ingressando, para o vero acesso à justiça, do que resulta inevitável descrédito por parte do cidadão comum sobre a justiça jurisdicional. Os principais percalços são: desinformação; morosidade do Judiciário; oferta de *mais do mesmo* (mais demanda → mais investimento em estrutura → mais demanda; num pesado círculo vicioso); “clientes” habituais etc.

33. Outros obstáculos foram descobertos e classificados em seis categorias principais, sendo eles: econômicos, culturais, sociais, funcionais, psicológicos e éticos. Não se pode negar, no mesmo diapasão, que o Poder Judiciário é sobremodo elitista, o que afasta dos seus órgãos, mormente dos de cúpula, a maior parcela da sociedade, que coincidentemente é a mais carente.

34. Diante da ineficiência dos meios tradicionais de acesso à justiça, sendo o principal o acesso ao Poder Judiciário via exercício do direito constitucional de ação, saídas antigas, porém com uma nova roupagem, de acesso à justiça ressurgem, sendo as mais vistosas a conciliação, a mediação e a arbitragem.

35. Os meios alternativos, auto e heterocompositivos, de resolução de conflitos, portanto de efetivo acesso à justiça, de longa data são considerados como caminhos necessários e essenciais para se alcançar o objetivo da pacificação social, trazendo, ademais, em seu bojo, a vantagem da desjudicialização. A Justiça alcançada por tais caminhos por regra é bem mais depurada.

36. Mas referidos métodos alternativos não são os únicos, valendo ressaltar a importância de outros, encontrados fora da estrutura judiciária estatal, que se apresentam facilmente nos Departamentos de Recursos Humanos das empresas, nas Delegacias do Trabalho e nas Comissões de Conciliação Prévia, nas Procuradorias Fazendárias (no tocante a

cobrança de ativos tributários), nos Departamentos Jurídicos dos bancos e atividades financeiras, na Comissão de Valores Mobiliários, nos Procons, no Ministério Público, no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

37. O acesso à justiça merece uma releitura, que passa pela quebra do velho paradigma, que virou “senso comum jurídico”, segundo o qual acesso à justiça é o mesmo que acesso ao Poder Judiciário, independentemente de este Poder produzir uma decisão justa, o que se afigura, já numa primeira mirada, patente absurdo.

38. Passa-se, portanto, da ideia de acesso formal para a ideia de acesso a uma **ordem jurídica justa**, com todos os seus consectários. Com efeito, a ideia de acesso a uma ordem jurídica justa pleiteia inversão de paradigma, se consubstanciando na transição do mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário à justiça material, dentro ou fora do Judiciário, mas sempre com o apanágio do Poder Público.

39. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, no ano de 2010, a Resolução de nº 125, a qual dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. O mencionado documento diz, em um de seus considerandos, que “o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa”.

40. Duas perspectivas enviesadas de acesso à justiça são questionadas: a de puro e simples acesso ao processo, que não se preocupa com o durante e o depois, mas apenas com o antes; e a da exclusividade do Estado como ente prestador da Justiça. O direito ao acesso a uma ordem jurídica justa vem exatamente na contramão dessas perspectivas, que não mais servem à coletividade, sempre ávida por Justiça.

41. A exegese alusiva à ordem jurídica justa exige e obriga uma prestação jurisdicional de qualidade, marcada pela eficiência, a teor do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, o que significa justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível e idônea à fruição efetiva do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado, conforme defendido por Rodolfo de Camargo Mancuso.

42. Em última análise, o resultado do acesso à justiça não deixa de ser o acesso aos direitos, pois ao fim e ao cabo é o Direito (bem ou bens da vida) que as partes pretendem com o auxílio das vias assecuratórias, entre as quais avulta a da inafastabilidade do controle jurisdicional, vazada no acesso ao Poder Judiciário pelo direito de ação.

43. Dois exemplos colhidos da legislação brasileira esclarecem a possibilidade de se entender o acesso à justiça como acesso aos direitos, sem a anteposição do Poder

Judiciário. Tais exemplos estão na Lei nº 11.441/2007, que alterou o atual Código de Processo Civil, possibilitando inovadoramente a realização de inventário e partilha como também de separação consensual e divórcio consensual por via administrativa, ou seja, em cartório, através de escritura pública.

44. O sujeito que pela via administrativa recebeu a sua herança (direito) ou que teve do Estado o reconhecimento da condição de divorciado (direito), podendo casar novamente sem incorrer em crime, na prática obteve acesso à justiça sem se valer do Poder Judiciário, e nesse aspecto ninguém há de questionar que o acesso ao direito foi direto, confundindo-se com o acesso à própria justiça.

45. Sendo o acesso ao Poder Judiciário um caminho a ser percorrido apenas residualmente, urge que se faça um controle mais rígido e profícuo sobre esse acesso, a ser alcançado com a criação dos chamados filtros. Essas barreiras, contudo, não podem prejudicar a democratização do acesso ao Poder Judiciário. Assim, deve-se promover a igualdade não apenas perante a lei, mas também *na* lei, ou seja, desde a sua feitura. O objetivo nodal das barreiras, portanto, é o de assegurar uma prestação jurisdicional de qualidade.

46. Novos e mais eficientes modelos de acesso à justiça, que passam pela mudança no sentido de jurisdição (do latim, *juris + dicere* = dizer o direito), foram pensados e postos em prática. A moderna ideia de *jurisdição compartilhada* tem como ponto de inflexão a perda do monopólio estatal na distribuição da Justiça, cujos fios condutores desembocam na resolução de conflitos por meios diferentes, caprichosamente engendrados, ditos não adversariais, nos quais as próprias partes decidem o que fazerem em face dos seus problemas.

47. Ainda, é possível a participação da sociedade no acesso à justiça, através do exercício da cidadania, da participação ativa na escolha e elaboração das políticas públicas, avultando em importância o Orçamento Participativo, sem prejuízo da utilização de modelos outros também viáveis.

48. No que diz respeito ao monopólio estatal sobre a distribuição da Justiça e da criação do Direito, defende ardorosamente a quebra de monopólio nessas duas vertentes, porquanto nem a jurisdição e nem os direitos podem ser considerados “propriedade exclusiva” do Estado.

49. Apesar do entendimento sustentado no sentido de que o Judiciário deve ser acionado residual ou supletivamente, evitando-se, assim, que o direito subjetivo de ação se transforme num dever de ação e, portanto, o excesso de demandismo, não se pode, por outro lado, menoscabar a dignidade da função judiciária estatal, que em determinados momentos é a única saída para a consecução da Justiça.

50. Por tudo isso há a necessidade da *passagem judiciária* para matérias cuja singularidade demanda provimento judicial, como ocorre nas tutelas de urgência quando em jogo, de maneira incontestada, o direito à vida ou à saúde, em que se requer do Judiciário a concessão *inaudita altera pars* de uma decisão que garanta, em caráter emergencial, internação ou cirurgia porventura negada, injustificadamente, por plano particular de saúde, realidade comum de acontecer.

51. Por fim, afigura-se que o mais eficiente acesso à justiça é o **preventivo**. Esse acesso é fomentado pelos Poderes Executivo e Legislativo, cada um ao seu modo, nas suas respectivas esferas competenciais, mas cujos atos se entrelaçam em objetivos comuns. O acesso preventivo à justiça, do qual assoma acesso a direito individual ou social, evita que a parte interessada acorra com frequência ao Judiciário, trazendo uma maior satisfação especialmente para quem depende das prestações estatais primárias.

## REFERÊNCIAS

- AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.
- AJUFE (ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL). Suspensão da instalação dos novos tribunais regionais federais completa dois anos. **Portal Ajufe**, Brasília, 17 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.ajufe.org/imprensa/noticias/suspensao-da-instalacao-dos-novos-tribunais-regionais-federais-completa-dois-anos/>>. Acesso em: 17 jul. 2015.
- ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e política**: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. Florianópolis: Conceito, 2013.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. XVI – A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 241-272.
- ALVES, Adler Anaximandro da Cruz e. A atuação cidadã da AGU na redução da litigiosidade envolvendo o Instituto Nacional do Seguro Social: considerações acerca de instrumentos de ação da AGU capazes de promover o amplo reconhecimento de direitos sociais. **Revista da AGU**, Brasília-DF, ano 9, n. 23, p. 7-46, jan./mar. 2010.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. Justiça: acesso e descesso. **Direito Federal**: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, v. 73, p. 165-184, jan./jun. 2003.
- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1985.
- \_\_\_\_\_. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- ARON, Raymond. **Essai sur les libertés**. Calmann-Lévy, Pluriel, Paris, 1976.
- ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília jurídica, 2006.
- \_\_\_\_\_. O direito fundamental à razoável duração do processo. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 507-512.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**. Contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- \_\_\_\_\_. Conhecimento comum e conhecimento científico. **Tempo Brasileiro**, São Paulo, n. 28, p. 47-56, jan./mar. 1972.
- BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. v. 6. São Paulo: Saraiva,

1934.

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, p. 1-31, jan./mar. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Atualidades jurídicas**: Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, Brasília-DF, n. 4, p. 1-29, jan./fev. 2009.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Brasília: Presidência da República, 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001.** Dispõe sobre a instituição dos juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da justiça federal. Brasília: Presidência da República, 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009.** Dispõe sobre os juizados especiais da fazenda pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Brasília: Presidência da República, 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012.** Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.** Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília:

Presidência da República, 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 196.345/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 17 dez. 2013. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 04 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 5 nov. 2015

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Especial 1.183.378/RS, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25 out. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 5 nov. 2015

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. [Palavras dos senhores ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux na Sessão Solene de posse dos excelentíssimos senhores ministros Joaquim Benedito Barbosa Gomes e Enrique Ricardo Lewandowski na presidência e na vice-presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça]. In: SESSÃO SOLENE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 3., 2012, Brasília. Ata da [...], em 22 de novembro de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 35, p. 29, 24 fev. 2015. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/JoaquimBarbosa/Discursos/Proferidos/2012\\_nov\\_22.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/JoaquimBarbosa/Discursos/Proferidos/2012_nov_22.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277. Rel. Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 5 maio 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 198, 13 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 742.764/RJ. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 110, 11 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 647.426RJ. Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 6 dez. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 230, 16 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 5 nov. 2015

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, Rel. Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 5 maio 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 198, 13 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandado de Segurança 28.003/DF. Rel. Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 8 fev. 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 106. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto

de novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre et al. (Orgs.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 101-121.

CADE (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA). Assessoria de Comunicação. Cade celebra seis acordos em investigações de cartéis. **Portal do Cade**, Brasília, Notícias, 11 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?c47886936da279ba4ffc4ee679df/>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

\_\_\_\_\_. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

\_\_\_\_\_. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.

\_\_\_\_\_; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

CARVALHO, Jader de. **Sua majestade, o juiz**. Fortaleza: Forgel, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Traducción de Jose Casais y Santaló. t. 1 e 2. Madrid: Reus, 1925.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed., v. 1, 2 e 3. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA). **Justiça em números 2015**: ano-base 2014. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 15 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Metas 2015**: sistema carcerário. Portal CNJ, Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/corregedoria/cnj/metass/276-acoess-e-programass/programass-de-a-a-z/mutiroess-carcerarios/13223-apresentacao-sistema-carcerario>>. Acesso em: 30 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Perfil da fixação de custas judiciais no Brasil e análise comparativa da experiência internacional**. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/poder-judiciario/relatorio%20pesquisass%20custass%20judiciass\\_julho\\_260710.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/poder-judiciario/relatorio%20pesquisass%20custass%20judiciass_julho_260710.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Questionário pesquisa de satisfação: usuários.** Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/gestao-planejamento-poder-judiciario/pesquisasatisfacao/usuarios\\_total\\_geral.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/gestao-planejamento-poder-judiciario/pesquisasatisfacao/usuarios_total_geral.pdf)>. Acesso em: 6 de set. de 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONTROLE social: orçamento participativo. **Portal da transparência,** Brasília, 9 dez. 2006. Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/controlesocial/OrçamentoParticipativo.asp>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

COSTA, Moacyr Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O discurso científico na modernidade: o conceito de paradigma é aplicável ao direito?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DIDIER JR., Fredier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.** 9. ed., v. 3. Salvador: Juspodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Sociedade e estado no pensamento político moderno e contemporâneo.** Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico.** v. 3. São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **O império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I relatório Supremo em números: o múltiplo Supremo.** Rio de Janeiro: FGV, abr. 2011. Disponível em: <[http://www.fgv.br/supremoemnumeros/relatorios/i\\_relatorio\\_do\\_supremo\\_em\\_numeros\\_0.pdf](http://www.fgv.br/supremoemnumeros/relatorios/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf)>. Acesso em: 7 fev. 2015.

FELIPE, Sônia T. Rawls: uma teoria ético-política da justiça. In: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de (org.). **Correntes fundamentais da ética contemporânea.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2000, p. 133-162.

GIACOMONI, James. **Orçamento público.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?:** a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes:** a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRAZZIOLI, Airton; PAES, José Eduardo Sabo. II – Terceiro setor, ministério público e a ação civil pública. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A Ação civil pública após 25 anos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 21-35.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, Brasília, ano 2, n. 5, p. 22-27, 2008.

\_\_\_\_\_; SICA, Ligia Paula P. Pinto (Coord.). **Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde:** relatório de pesquisa. São Paulo: FGV, 2014. Disponível em: <[http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio\\_final\\_judializacao\\_da\\_saude.pdf](http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio_final_judializacao_da_saude.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2015.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HARSANYI, David. **O estado babá.** Tradução de Carla Werneck. Rio de Janeiro: Litteris, 2011.

HART, H. L. A. **O conceito de direito.** Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito.** Tradução de João Vasconcelos. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

IPEA (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA). **SIPS:** sistema de indicadores de percepção social: justiça. Brasília: IPEA, 2010. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/101117\\_sips\\_justica.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/101117_sips_justica.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2015.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar:** duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KERSUL, Elthon Siecola; AZEVEDO, Júlio Camargo de. Novo CPC abre novos modelos de participação da defensoria nos litígios. **Consultor jurídico**, São Paulo, 5 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-05/cpc-abre-novos-modelos-participacao-defensoria>>. Acesso em: 5 out. 2015.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 9. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** 2. ed. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2007.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 8. ed. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental de ação. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 357-368.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento**. 9. ed., v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 1, n. 5, set. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_05/evol\\_historica.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2015.

MAUS, Ingeborg. Judiciário Como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na Sociedade Órfã. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso à justiça e o Ministério Público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. XIX – Notas sobre o inquérito civil e o compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 305-319.

MEDIAÇÃO: o que é mediação? **Portal do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 4 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/mediacao/estrutura-administrativa/o-que-e-mediacao>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Marco Aurélio de. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347 Distrito Federal**. Relator Min. Marco Aurélio de Mello. Brasília: STF, 2015. Disponível em: <<http://jota.info/wp-content/uploads/2015/08/ADPF-MC-347-Voto.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **Teses, estudos e pareceres de processo civil, volume 1: direito de ação, partes e terceiros, processo e política**. São Paulo: RT, 2005.

MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois**. Paris: Gallimard (Bibliothèque de la Pléiade), 1951 [1748].

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à justiça e princípio da igualdade**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_; LEVY, Wilson. Novos amigos para a justiça. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Opinião, 22 abr. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/04/1619387-jose-renato-nalini-e-wilson-levy-novos-amigos-para-a-justica.shtml>>. Acesso em: 3 out. 2015.

NERY, Ana Luíza Barreto de Andrade Fernandes. VI – O compromisso de ajustamento de conduta como transação híbrida e a problemática teorização da passagem do exercício do Poder Público para a tentativa de ajuste no âmbito privado. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 99-120.

NEVES, A. Castanheira. Entre o Legislador a Sociedade e o Juiz ou entre Sistema Função e Problema — os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. **Revista da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, n. 74, p. 1-44, 1998.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. Do pluralismo jurídico a miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Revista direito em debate**, Ijuí-RS, v. 4, n. 5, p. 7-37, 1995. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/885/600>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. **Entre hidra e Hércules**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurabi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, 167p.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética, direito e democracia**. São Paulo: Paulus, 2010.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Concepções sobre acesso à justiça. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 82, p. 43-53, jan. 2010.

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. À fruição do direito fundamental à saúde pelos hipossuficientes através da democratização do acesso à justiça. In: COUTO, Mônica Bonetti; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Maria dos Remédios Fontes (Coord.). **Acesso à justiça I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 166-190. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=79a5f1b63234a7eb>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. A participação da sociedade na formulação das políticas públicas por meio do orçamento participativo. In: FÓRUM BRASILEIRO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA, 4., 2015, Niterói. **Anais...** Niterói: ABCP, 2015. No prelo.

\_\_\_\_\_. A superação da dicotomia entre direito natural e direito positivo por meio do pluralismo jurídico. In: SILVA, Eduardo Pordeus; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo (Coord.). **Filosofia do Direito I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 162-190. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f18c1b79cf5eb73>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral do direito civil**. 23. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROMITA, Arion Sayão. A Constituição e os direitos sociais: dez anos depois. **Juris poiesis**: revista do curso de direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Universidade Estácio de Sá, 1999, v. 1, n. 1, p. 15-35, mar./jul., 1999.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 5. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Malheiros, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3. ed. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROVER, Tadeu. Novo CPC não precisa de prazo maior para entrar em vigor, dizem advogados. **Consultor jurídico**, São Paulo, 14 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-14/vacancia-cpc-nao-ampliada-dizem-advogados?>>. Acesso em: 17 set. 2015.

SADEK, Maria Aina Tereza. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, São Paulo, v. 93, p. 55-66, 2014.

SAFATLE, Cláudia. Justiça no Brasil é uma das mais caras do mundo. **Valor econômico**, São Paulo, 30 set. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/4248692/justica-no-brasil-e-uma-das-mais-caras-do-mundo>>. Acesso em: 4 out. 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

\_\_\_\_\_. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

\_\_\_\_\_. Que formação para os magistrados nos dias de hoje? **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 82, separata, p. 1-24, jul./set. 2000. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/cesfct/bss/formacaodemagistrados.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

\_\_\_\_\_; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista brasileira de ciências sociais**, São Paulo, v. 11, n. 30, fev. 1996. Disponível em: <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm)>. Acesso em: 30 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 183-212.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação, processo judicioso de resolução de conflito**. Belo Horizonte. - Fac. de Direito da UFMG, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

\_\_\_\_\_. Princípios e regras. Mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. A justiça administrativa no direito comparado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF, a. 38, n. 152, p. 55-62, out./dez. 2001.

SOUZA, Giselle. Judicialização não se confunde com ativismo, diz ministro Luís Roberto Barroso. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-25/judicializacao-nao-confunde-ativismo-ministro-barroso>>. Acesso em 29 set. 2015.

STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL). Judiciário tem papel de protagonismo no funcionamento do Estado, diz Lewandowski. **Portal do STF**, Brasília, 21 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=280306>>. Acesso em: 15 set. 2015.

TJCE retifica pena e juiz Chagas Barreto é condenado à aposentadoria compulsória. **Portal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**, Fortaleza, Notícias, 24 set. 2015. Disponível em: <[http://www.tjce.jus.br/portal-2010/noticias/noticia-detalle.asp?nr\\_sqtex=36873](http://www.tjce.jus.br/portal-2010/noticias/noticia-detalle.asp?nr_sqtex=36873)>. Acesso em: 05 out. 2015

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Do processo cautelar**. São Paulo: Dialética, 2014.

\_\_\_\_\_. **Efetividade do processo em face da fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 2003.

VITALE, Denise. Democracia direta e poder local: a experiência brasileira do orçamento participativo. In: COELHO, Vera Schattan P; NOBRE, Marcos (Orgs.). **Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 239-254

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. (Coords.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.

\_\_\_\_\_. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse. In: PELUSO, Antônio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). **Conciliação e mediação: estrutura da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 3-9. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/parecerdeskazuowatanabe.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Traducción de Marina Gascón. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011.