

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA NOS
ORDENAMENTOS JURÍDICOS

DANIEL LORDELLO COMPANHONI

RIO DE JANEIRO
2008

DANIEL LORDELLO COMPANHONI

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA NOS
ORDENAMENTOS JURÍDICOS

Projeto de Monografia apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio de Janeiro, como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel
em Direito.

RIO DE JANEIRO

2008

Companhoni, Daniel Lordello.
A evolução histórica do acesso à justiça nos ordenamentos jurídicos. / Daniel Lordello Companhoni. – 2008.
61 f.

Orientador: Luiz Calixto Sandes.
Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 60-61.

1. Assistência Jurídica Gratuita - Monografias. 2. A evolução histórica do acesso à justiça nos ordenamentos jurídicos. I. Companhoni, Daniel Lordello. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito.

CDD 341.2736
CDU 341.46218

DANIEL LORDELLO COMPANHONI

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA NOS
ORDENAMENTOS JURÍDICOS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Luiz Calixto Sandes – Presidente da Banca Examinadora
Mestre em Direito – Orientador

A minha família, provedora de todo o necessário à conclusão deste curso.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Luiz Calixto Sandes, pelo incentivo e motivação para que adotasse o tema.

Ao meu pai, José Roberto, à minha mãe Rosane Lordello e à minha tia Maria Lúcia Lordelo, pelo provimento de todo o apoio material e afetivo que necessitei neste longo caminho traçado, sem jamais hesitarem.

À minha irmã que sempre me motiva a ser um bom espelho.

Aos meus irmãos Guilherme Rodrigues, Leonardo Martins e Ricardo Henrique pelos sempre motivadores conselhos e apoios para a conclusão do curso.

RESUMO

COMPANHONI, Daniel Lordello. **A Evolução Histórica do Acesso à Justiça nos ordenamentos jurídicos**. 2008. 60 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisa-se o processo histórico-evolutivo do conceito de Acesso à Justiça nos ordenamentos jurídicos de modo geral. A pesquisa inicia-se com a exposição do conceito de justiça clássico e contemporâneo, de Aristóteles e Hans Kelsen. A segunda parte do texto consagra o acesso à justiça nos primeiros ordenamentos jurídicos, pré e pós invenção da escrita. Já a terceira parte da pesquisa aborda o histórico de tal direito nos ordenamentos jurídicos modernos, até a quarta parte onde examinam-se as sucessivas “ondas” de reformas que buscavam efetivar o acesso à justiça no século XX, para, por fim, traçar alguns dos problemas enfrentados hoje no Brasil e discutir a problemática da efetividade do acesso à justiça.

Palavras-Chave: Acesso à Justiça; Evolução histórica.

ABSTRACT

COMPANHONI, Daniel Lordello. **A Evolução Histórica do Acesso à Justiça nos ordenamentos jurídicos**. 2008. 61 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analyses the historic-evaluative process of Access to Justice concept at the juridical ordainments at general. The research starts with an exposition of classic and coeval concept of Access to Justice by Aristoteles and Hans Kelsen. The second part of the text acclaims the access to justice at the firsts juridical ordainments, before and after the develop of the writ. The research's third part broaches this right historical on the moderns juridical ordainments, until the fourth part, where are searched the continuous "waves" of modifications of which intended to put in effect the access to justice on 20th century, to, at last, to delineate some of the problems that are confronted these days in Brazil and to discuss the problems of the effective access to justice.

Keywords: Access to Justice; Historical Evolution

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O CONCEITO DE JUSTIÇA	13
<u>2.1 CONCEITO CLÁSSICO DE JUSTIÇA: O PENSAMENTO ARISTOTÉLICO</u> ...	15
<u>2.2 O CONCEITO DE JUSTIÇA CONTEMPORÂNEO</u>	16
2.2.1 A crítica de Kelsen aos clássicos.....	16
2.2.2 A justiça Kelseniana.....	17
3 O ACESSO À JUSTIÇA NAS CIVILIZAÇÕES PRIMITIVAS	19
<u>3.1 O PERÍODO PRÉ-ESCRITA</u>	19
<u>3.2 A INVENÇÃO DA ESCRITA E AS PRIMEIRAS CODIFICAÇÕES</u>	20
<u>3.3 NO DIREITO ROMANO</u>	22
<u>3.4 O DIREITO MEDIEVAL</u>	24
<u>3.5 O DIREITO NOS ESTADOS LIBERAIS BURGUESES</u>	25
<u>3.6 AS CONSTITUIÇÕES SOCIAIS DO SÉCULO XX</u>	29
4 OS OBSTÁCULOS À EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA	31
<u>4.1 CUSTAS JUDICIAIS</u>	33
4.1.1 As custas processuais em geral.....	33
4.2.2 As pequenas causas.....	34
4.2.3 O tempo.....	35
<u>4.3 POSSIBILIDADE DAS PARTES</u>	35
4.3.1 Recursos Financeiros.....	35
4.3.2 O problema educacional e o reconhecimento dos direitos.....	36
4.3.3 Os litigantes eventuais e os habituais.....	37

<u>4.4 A PROBLEMÁTICA DOS INTERESSES DIFUSOS</u>	38
5 AS SOLUÇÕES PRÁTICAS PARA OS PROBLEMAS DE ACESSO À JUSTIÇA E AS EXPERIÊNCIAS NO DIREITO COMPARADO	40
<u>5.1 A PRIMEIRA ONDA: ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA AOS OBRES</u>	40
5.1.1 O sistema <i>Judicare</i>	41
5.1.2 Os advogados públicos e os “ <i>escritórios de vizinhança</i> ”.....	42
5.1.3 A experiência soviética.....	43
5.1.4 As limitações da assistência judiciária sob o enfoque dos direitos novos....	46
<u>5.2 A SEGUNDA ONDA: REPRESENTAÇÃO DOS INTERESSES DIFUSOS</u>	47
<u>5.3 A TERCEIRA ONDA: UM NOVO ENFOQUE DE ACESSO À JUSTIÇA</u>	49
<u>5.4 A QUARTA ONDA: MELHORIAS NA OUTORGA JURISDICIONAL</u>	49
5.4.1 O Juízo Arbitral.....	51
5.4.2 Os procedimentos especiais para pequenas causas.....	52
5.4.3 Tribunais de Vizinhança na Comunidade.....	52
5.4.4 Litígios administrativos e os <i>Ombudsman</i>	53
<u>5.5 OS LIMITES DAS SOLUÇÕES PARA O ACESSO À JUSTIÇA</u>	53
6 CONCLUSÃO – OS PROBLEMAS DO ACESSO HOJE NO BRASIL. HÁ ACESSO À JUSTIÇA EM NOSSO PAÍS?	55
<u>6.1 A PROBLEMÁTICA NOS JUIZADOS ESPECIAIS</u>	55
<u>6.2 A PROBLEMÁTICA EDUCACIONAL</u>	56
<u>6.2 O ACESSO AO JUDICIÁRIO, E NÃO À JUSTIÇA</u>	57

1 INTRODUÇÃO

Dentre os inúmeros problemas de efetividade dos direitos constitucionalmente assegurados, destacamos para o presente trabalho o acesso à justiça. Importante é compreender este instituto não só em seu plano teórico, mas acompanhando sua evolução ao longo dos tempos, desde o aparente desprezo desta garantia por certas civilizações primitivas até os dias de hoje, onde é elevado à categoria de Direito Fundamental.

Isto porque não há Estado Democrático de Direito sem que seus cidadãos tenham acesso à justiça de uma forma digna. O “acesso” pode ser encarado como requisito fundamental – o mais basilar dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda não apenas proclamar os direitos de todos, mas, sobretudo, de garanti-los.

Sendo o Brasil um país onde sua Lei Maior foi apelidada de “Constituição Cidadã”, por trazer em seu seio garantias plenas, mormente os de liberdade e dignidade, deveria, ao menos em tese, pugnar pelo provimento destes direitos à sua população de uma forma efetiva, ou que deste estágio estivesse próximo. No entanto, na prática, não é isto que ocorre.

Observar historicamente esta ascensão nos abre caminho a inúmeras abordagens para melhor compreendê-la. Há de se falar, sobretudo, nos avanços obtidos no direito comparado, para finalmente, traçarmos um estudo capaz de entender os problemas que o acesso à justiça hoje enfrenta no Brasil, servindo de base para reflexões que busquem apontar seus pontos fracos, a fim de prover sua melhoria.

Não se pode olvidar, no entanto, de primeiramente conhecermos aquilo que na realidade se faz o objeto do presente ensaio: o conceito de Justiça. Pretendemos iniciar o presente trabalho compreendendo o que de fato é justiça, para que ao final dele, se possa concluir se o processo histórico-evolutivo do acesso à justiça foi, além de válido, pleno, ou se, por outro lado, ainda está aquém do ideal, ou pelo menos do razoável.

A partir do conceito de justiça, a proposta que se faz é pormenorizar a evolução do Direito no meio social, de forma a culminar num claro conceito de acesso à justiça como um Direito Fundamental. Cremos que assim a evolução histórica do acesso à justiça poderá ser plenamente compreendida.

Neste trabalho, procura-se realizar pesquisas tomando como base, sobretudo, os métodos histórico e comparativo, com relação ao direito.

O método histórico mostra-se fundamental uma vez que se pretende abordar a evolução do conceito de acesso à justiça e sua gradual presença nos ordenamentos constitucionais e infraconstitucionais, quando há, ao longo do processo de valoração deste direito.

História, *latu sensu*, é o estudo de tudo o que tem um passado; *strictu sensu* significa o estudo dos fatos do passado, que interferiram na evolução da humanidade. Nesse diapasão, o método histórico é colocado em evidência ao se tratar das origens históricas do Direito. Sobre o dado histórico, não pode deixar de ser trasladada a observação de Pontes de Miranda:

O valor dos estudos históricos para o conhecimento do direito vigente assenta em que não se pode conhecer o presente, sem se conhecer o passado, não se pode conhecer o que é, sem se conhecer o que foi. Não se poderia situar, no tempo, na evolução jurídica, cada enunciado do sistema lógico; nem se colheria o que estava na psique dos elaboradores da lei, porque estava no ambiente social (e continuou de estar), e se supôs incluso nos textos, ou entre os textos; nem se poderiam fixar certos conceitos, nem se determinariam certas categorias, que têm os seus limites marcados pelos fios históricos. Ainda onde o direito mudou muito, muito há de inquirir do que não mudou. O direito muda muito onde em muito deixou de ser o que era¹

É com os sentidos atentos ao eco que a cultura intelectual de Pontes de Miranda faz ainda ressoar, e levando em conta que a História “*convive com as pessoas, ainda que estas não se apercebam de sua presença, nos hábitos mais corriqueiros, no vestir-se, alimentar-se, nas saudações e cumprimentos*”² que se fundamenta a necessidade

¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 1ª ed. São Paulo: Editor Borsoi, 1954. tomo I, p. XV.

² CRUZ E TUCCI, Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos **Lições de História do Processo Civil Romano**. 1ª ed. São Paulo: RT, 1996. p. 19.

de que seja retratada nos trabalhos científicos na área do Direito, a historicidade do Direito.

Tucci e Azevedo ensinam com muito boa observância:

“O estudo histórico é peça fundamental na ciência do direito. Sem que as pessoas se dêem conta, verdade é que vivem elas, em grande parte, com o auxílio da história: gregos e romanos foram historiógrafos por excelência, assim demonstrando as obras de Herótodo e Tito Lívio.

O Cristianismo é uma religião de historiadores: partindo da expulsão do paraíso até o Juízo Final, o destino da humanidade simboliza uma grande aventura que vai desde o pecado até a redenção das almas... Mas não é só: ainda hoje, vive a Itália do legado de Roma, a França, do clímax napoleônico, Portugal, desde outro périplo que se traduz na saga dos descobrimentos.”³

Já o método comparativo se faz útil, também, quando o presente ensaio abordar os dispositivos constitucionais e legais que tratam do acesso à justiça em outros ordenamentos.

A comparação dos direitos, e o que isso pode oferecer às investigações é indiscutível, sejam elas investigações históricas ou filosóficas referentes ao Direito, seja para conhecer e aperfeiçoar o direito nativo, ou, ainda, para compreender os direitos e sociedades estrangeiras, estabelecendo um melhor regime para as relações da vida internacional. Exerce o a comparação legal a função fundamental de renovar a ciência do direito.

A abordagem histórica de como se deu a evolução do acesso à justiça no campo da história do direito que se propõe o presente ensaio, há de partir das sociedades antigas, sobretudo no oriente, onde a organização judiciária sempre foi e é bastante diferente da ocidental.

Traçar a importância histórica também no direito romano, norteador de diversos princípios de nosso ordenamento jurídico, observando depois o conturbado direito medieval sob a ótica do acesso à justiça.

³ Loc. Cit.

A unificação dos Estados Nacionais e mais tarde o surgimento das constituições servirão para o começo de uma abordagem do acesso à justiça agora constitucionalmente garantido. O judiciário passa a ser uma fonte confiável de solução de conflitos, e o acesso a ele não tardará a ganhar status de direito fundamental.

Com isso, procuraremos entender como se deu o direito à justiça na história da humanidade e sua evolução até o status de direito fundamental, corrente nos dias de hoje, mas que, pelas dificuldades ainda existentes, carece de esforços para sua real efetivação.

Por fim, ver-se-á que a questão do acesso à justiça, não obstante ter merecido louvável reconhecimento desde o início do século XX na Alemanha e na Áustria, teve seu verdadeiro “boom” com o pós segunda grande guerra e a eclosão, nas constituições das democracias do ocidente, dos chamados “novos direitos”, quais sejam, os direitos que dizem respeito às questões coletivas, sociais, difusas, como, por exemplo, meio-ambiente, consumerista, entre outros. O presente trabalho também procurará se ater a estes temas.

O que se pretende exibir nesta pesquisa, portanto, é que ainda há sérios obstáculos para efetivar o direito dos povos à justiça, mesmo em se tratando de países desenvolvidos, onde embora as reformas sejam sempre pioneiras e constantes, parecem encontrar sempre novos obstáculos. Desenvolver um estudo onde se possa discriminar os empecilhos ao acesso à justiça no direito, bem como entendê-los, serão, sem dúvida, os objetivos do presente trabalho.

2 O CONCEITO DE JUSTIÇA

2.1 O CONCEITO CLÁSSICO DE JUSTIÇA: O PENSAMENTO ARISTOTÉLICO.

Partimos em busca então, do conceito de Justiça, fundamental ao trabalho que se pretende. Num primeiro momento, faz-se necessário partir daquele que primeiramente mais colaborou para desenvolver uma idéia de Justiça e que, por muitos séculos, fez-se indubitável.

Nascido em 384 a.C., Aristóteles foi discípulo de Platão em Atenas, tendo a partir daí adquirido notável conhecimento no campo da Filosofia, sobretudo na compreensão do propósito da existência humana.

Em linhas gerais, pois há de se manter o foco jurídico do trabalho, uma breve explanação sobre o pensamento aristotélico no que tange ao conceito de justiça se segue.

No desenrolar de sua principal obra que trata de Justiça, “Ética a Nicômacos”, Aristóteles observou um mundo onde tudo e todos tendem a uma finalidade, existem para atender um fim pleno, uma situação de bem. Procurou desenvolver o conceito de bem *latu-sensu*, como sendo aquilo que todas as coisas tendem . Da mesma forma que a finalidade da estratégia é vencer, e da medicina é a saúde, o ser humano tem em seu fim-bem, a felicidade. Portanto, o homem, por sua própria natureza, busca concretizar sua felicidade. Aí está a sua finalidade, o seu bem, e portanto, a sua lei.

E a felicidade, como finalidade da existência humana, deve ser alcançada segundo comportamentos racionais, chamados de virtudes. Essas virtudes são disposições de caráter humano que deverão ser, para Aristóteles, um termo médio entre extremos opostos: de um lado, o excessivo. De outro, o faltoso, deficitário.

A principal virtude, segundo o filósofo, seria a justiça.

Aristóteles propôs delimitar primeiramente o que é justo, e, por conseqüência, o que é o injusto. Que tipos de ações são tratadas como justas ou injustas, ou nas suas palavras, “...de que extremos o justo é o meio”⁴.

⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973. p.213.

Para o pensador grego, será injusto aquele que violar a lei, como por exemplo, aquele que toma mais do que lhe é devido. Completa o raciocínio ao dizer que, se tratando de coisas más, adversas, será injusto aquele homem que escolhe menos do que lhe cabe a sua parte, violando, dessa forma, a igualdade.

A contrariu sensu, Aristóteles conclui, então, que o homem “*justo é, portanto, o que é conforme a lei e respeita a igualdade, e o injusto o que é contrário à lei e falta à igualdade.*”⁵ Portanto, no silogismo Aristotélico, a justiça deve ser sempre praticada. Logo, se tal fato é justo, deverá ser ele praticado.

O pensamento aristotélico, enquadrado no grupo dos filósofos clássicos, será criticado mais tarde, sobretudo, por Kelsen⁶, como veremos a seguir.

2.2 CONCEITO DE JUSTIÇA CONTEMPORÂNEO

2.2.1 A crítica de Kelsen aos clássicos

Hans Kelsen não aceitará o conceito clássico de justiça, nem tampouco as idéias defendidas pelos jusnaturalistas. Com relação ao primeiro grupo, o Mestre austríaco critica a concepção metafísica do pensamento clássico do que é justiça, onde a natureza figura como uma autoridade que emana normas, ou em outras palavras, um legislador.

Dessas normas que prescrevem a correta conduta do homem é que se extrai, para os filósofos antigos, o que seria então correto, justo. Porém, se essa natureza que norteia o comportamento humano é criação divina, perfeita, essas normas – tratadas pelos jusfilósofos clássicos como o Direito Natural – são a vontade de Deus, apresentando, portanto, um caráter metafísico.

⁵ Ibidem. p. 213

⁶ KELSEN, Hans. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pág. 21.

Ao mesmo tempo, se, para outros, seria o Direito Natural e a idéia de justo fruto da natureza do homem enquanto ser dotado de razão – sem recorrer a uma origem divina dessa razão – logo o Direito estaria revestido de um caráter racionalista.⁷

Após delimitar em seu profundo estudo as concepções clássicas de justiça, brevemente resumidas acima, Kelsen, em sua obra “O que é Justiça”, criticará estas concepções com os seguintes argumentos, *ipsis literis*:

*Do ponto de vista de uma ciência racional do Direito, o método religioso-metafísico da doutrina do Direito natural não entra absolutamente em cogitação. O método racionalista é, porém, sabidamente insustentável. A natureza como um sistema de fatos, unidos entre si pelo princípio da causalidade, não é dotada de vontade, não podendo, portanto, prescrever qualquer comportamento humano definido.*⁸

Como se viu, a crítica advinda de Hans Kelsen jogaria por terra todas as convicções jusnaturalistas que vinham sendo abordadas por séculos. Segundo o Mestre de Viena, “*encontrar normas para o comportamento humano na razão é tão ilusório quanto extrair tais normas da natureza.*”⁹

2.2.2 A justiça Kelseniana

Para Kelsen, a justiça seria “*uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social*”.¹⁰ A seguir, questiona:

Mas o que significa ser uma ordem 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. Não podendo encontrá-la como

⁷ Loc. Cit.

⁸ Ibid. p. 22.

⁹ Loc. Cit.

¹⁰ Ibid. p. 2.

*indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social.*¹¹

Talvez a importância de Hans Kelsen para a conceituação moderna de justiça seja justamente esta. Aduz o autor que se deve partir do sentido clássico da palavra justiça (que significa o sentimento subjetivo, interior, que cada homem compreende para consigo mesmo, onde se conclui que é possível a felicidade de um seja a infelicidade do próximo) para um patamar social: a felicidade da justiça.¹² A felicidade subjetiva deverá adaptar-se em satisfação das necessidades da sociedade como um todo.

Não seria aceitável ligar a justiça a um caráter subjetivo e isolado de um indivíduo. As necessidades de cada um ligam-se a juízos de valor, e quando esses valores conflitam-se, a solução dar-se-ia por meio de um caráter subjetivo, sendo avaliada através de uma hierarquia de valores.

A partir daí, Kelsen abordaria a questão justamente indagando-se qual seria o valor hierarquicamente maior. Segundo asseverou, para alguns a vida é tida como bem supremo; Já para outros, seria a liberdade o bem maior. Kelsen discutiu o dilema do prisioneiro que tem que decidir qual desses valores é maior. No caso, a liberdade para ele seria o suicídio, mas que implicaria logicamente na sua morte. A resposta seria tão somente subjetiva, válida somente para quem julga, e não uma constatação válida para todos.

Diz Kelsen: *“é nosso sentimento, nossa vontade e não nossa razão, é o elemento emocional e não o racional de nossa atividade consciente que soluciona o conflito”*.¹³ Dessa forma, a justiça é o que parece ser justo ao emocional de quem julga algo.

Assim, ensinaria Kelsen:

¹¹ Loc. Cit.

¹² Ibid. p. 4.

¹³ Ibid. p. 5.

o conceito de justiça transforma-se de princípio que garante a felicidade individual de todos em ordem social que protege determinados interesses, ou seja, aqueles que são reconhecidos como dignos dessa proteção pela maioria dos subordinados a essa ordem.¹⁴

Concluindo, em síntese o pensamento Kelseniano, poderíamos dizer que o Mestre demonstrou, no seu profundo exame das diversas concepções de justiça apresentadas pelo pensamento clássico e pelo pensamento jusnaturalista, que quase sempre os jusfilósofos definem justiça de uma forma não racional ou metafísica, apelando para uma idéia de bem inteligível pela razão e de uma natureza dotada de poder normativo, com uma espécie de legislador.

Já Kelsen alterará esta concepção defendendo a justiça como a felicidade social, a felicidade garantida por uma ordem justa – a que regula o comportamento dos indivíduos de modo a buscar a felicidade ou contentar a todos. Para ele, a aspiração da justiça é a eterna aspiração da felicidade, que o homem não encontra sozinho e, dessa forma, procura-a na sociedade. A felicidade social é a denominada justiça kelseniana, e essa só poderia advir de normas elaboradas pela sociedade, ou seja, pelo direito positivado.

Trabalhado o conceito de justiça, ainda que superficialmente, para manter o foco do presente trabalho, passaremos agora a uma abordagem histórica do instituto “acesso à justiça”. Percebendo que a justiça é algo intimamente ligado ao homem, seja qual for a concepção da palavra “justiça”, fundamental para a faceta histórica deste ensaio é o apanhado dos principais momentos na história do homem onde pode-se destacar o acesso à justiça.

Dividimos para melhor abordagem didática em dois principais momentos: O direito não escrito e, mais tarde, as inovações trazidas pelas as primeiras codificações e legislações escritas.

¹⁴ Ibid. p. 4.

3 O ACESSO À JUSTIÇA NAS CIVILIZAÇÕES PRIMITIVAS

3.1 O PERÍODO PRÉ-ESCRITA

Ubi societas, ibi jus. Onde há sociedade, há direito. Sob esta ótica, é fácil afirmar que desde os primórdios da vida em sociedade o homem preocupou-se em estabelecer um conjunto de normas que iam além das conhecidas como o *Direito Natural*, mesmo que fossem extremamente simplórias.

Esse direito se deu em diversas espécies, uma vez que cada civilização possuía um conjunto de práticas e costumes (um direito) que não se confundia com o de outra sociedade, dado o pouco contato que havia entre as organizações sociais primitivas, seja pelas distâncias e dificuldades geográficas a transpor, seja pelas sucessivas guerras causadas pela ausência do costume de coexistir pacificamente.

Num primeiro momento, o direito não era legislado, uma vez que os povos não conheciam a escrita. As normas mantinham-se unicamente pelos costumes ditados pela moral religiosa (é a era do direito consuetudinário que se confunde com o direito divino), quando se viam as tradições sendo transmitidas oralmente, de geração à geração.

As normas jurídicas, assim como as verdades, eram reveladas pela divindade diretamente ao homem. A figura da autoridade judiciária confundia-se com a da autoridade religiosa, nesta época, ocupada pelos mais velhos. O desrespeito à norma era muitas vezes punido com penas severamente desproporcionais ao delito, mas que eram perfeitamente aceitas pelos indivíduos sociais.

Diz-se, dessa forma, que o direito primitivo era profundamente íntimo da prática religiosa. Conforme observa o Professor Haroldo Valadão¹⁵,

Em toda a antiguidade, o direito está unido à religião e, a princípio, nos livros religiosos é que se encontravam os preceitos jurídicos. Eram as Constituições e os Códigos de hoje, continham, ademais, todas as regras de convivência social, também, as de moral, de economia, de dietética, até de moda.

3.2 A INVENÇÃO DA ESCRITA E AS PRIMEIRAS CODIFICAÇÕES

¹⁵ VALLADÃO, Haroldo. **História do direito especialmente do direito brasileiro**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 36.

Com o advento da escrita, houve o surgimento das primeiras codificações de leis, a saber o Código de Leis de Hamurabi e a Lei das XII tábuas, mais tarde em Roma. Nota-se, entretanto, que embora tais códigos tenham representado um novo período para a história do direito, não se pode perder de vista que ainda seriam dotados de uma forte mescla entre normas de direito e religião.

O Código de Hamurabi, promulgado em data até hoje incerta (ainda que Valladão¹⁶ aponte o século XII a.C.), é tido como o primeiro código de leis da humanidade. Traz no seu epílogo uma clara referência de que o direito e a justiça são criações divinas: “*Hamurabi, o rei de tudo o que é correto, a quem Shamash conferiu as leis, este sou eu.*”¹⁷

Contém dispositivos a respeito da propriedade, do comércio, família, adoção, herança e escravidão, entre outros, sendo esses direitos acompanhados sempre da respectiva punição, baseada na *Lei do Talião* – olho por olho, dente por dente – ainda que se verificasse alguma variação de tais penas de acordo com a categoria social do infrator e da vítima.

Em razão dos objetivos deste trabalho e da importância de tais direitos, não serão aprofundados os estudos destas compilações que não sejam necessários à compreensão de como se dava a administração da justiça e o acesso a ela na época antiga.

Nas 3ª e 5ª Leis de Hamurabi, verificamos o embrião das garantias estatais ao acesso à justiça completado pelo direito ao devido processo legal, escrito, embasado por provas e passível de correção dos eventuais erros (nulidades). *Ipsis literis*¹⁸, dizia o código:

¹⁶ Op. Cit. p. 37.

¹⁷ HAMURABI. **Código de Leis**. Disponível em <http://paginas.terra.com.br/arte/hammurabi/01.html>. Acesso em 03 de novembro de 2008.

¹⁸ Loc. Cit.

3. Se alguém trazer uma acusação de um crime frente aos anciões, e este alguém não trazer provas, e se a acusação pudesse resultar em pena capital, este alguém deverá ser condenado à morte;

5. Um juiz deve julgar um caso, alcançar um veredito e apresentá-lo por escrito. Se posteriormente aparecer erro na decisão do juiz, e tal juiz for culpado, então ele deverá pagar doze vezes a pena que ele mesmo instituiu para o caso, ser publicamente destituído de sua posição de juiz e jamais sentar-se novamente para efetuar julgamentos.

Sem dúvida alguma, se o acesso à justiça como garantia legal tem origem certa, é na codificação do célebre rei da Babilônia que a encontramos.

Em todos os ordenamentos jurídicos arcaicos, vemos como elemento comum a intimidade do direito e da moral (correição comportamental). Por ser esta moral diretamente revelada pela divindade (e daí a moral transfigurava-se no direito) essas normas ditavam comportamentos corretos que a sociedade deveria seguir.

Logo, para os antigos, ter que recorrer ao direito era mostra que seu grupo, ou família, estaria envolvido em condutas contrárias ao dito pela divindade. Acionar a autoridade judiciária para resolver o conflito era muito evitado por ser motivo de desonra.

Na China, onde também o direito continha base religiosa

a organização social baseava-se no Li, regras de conveniência ética e de polidez, ritos e música, sendo o recurso ao direito, impolido, descortês, raro. A pena é mais advertência e intimidação, sua aplicação é excepcional, o processo deve ser evitado, o ideal é a composição amigável (Escarra). A paz decorre da transposição da ordem natural para as relações sociais. A invocação de direitos é agressiva, obscurece os deveres que, moralmente, são imprescindíveis à compreensão humana e à vida em sociedade.¹⁹

Interessante divagar, portanto, como naquela época e em determinados lugares, o homem mal-via o judiciário. Fazer ver seu direito aplicado muitas vezes se confundia com a prova de que o indivíduo não é seguidor dos bons costumes e das leis divinas,

¹⁹ Loc. Cit.

pois quem as respeita e convive num meio onde elas são respeitadas, jamais conheceria dos conflitos, jamais deixaria de viver a paz.

Um dos aspectos estudados pelo Projeto Florença de Acesso à Justiça²⁰ relativamente à China, mostrava que os chineses seguem o princípio da filosofia de Confúcio (Kung-Fu-Tse), segundo o qual o homem sábio consegue resolver suas diferenças de forma amigável. A necessidade de recorrer a medidas judiciais significa, em tese, que as partes são despojadas de sensatez, sendo, dessa forma, pessoas inferiores.²¹

É claro que esse cenário é uma total antítese do valor que se dá ao acesso ao judiciário e à justiça nos dias atuais. E é essa evolução que proporcionará a noção de acesso à justiça hoje que iremos acompanhar nos próximos tópicos deste ensaio.

3.3 NO DIREITO ROMANO

A primeira codificação que se dá importância no Direito Romano foi a Lei das XII Tábuas. Proposta pelo tribuno Tarentílio Arasa, em 462 a.C., a Lei das XII Tábuas – também chamada simplesmente de *Lex* ou *Lex duodecim tabularum*²² - resultou num conjunto de 10 tábuas gravadas sobre bronze ou carvalho, em 451 a.C., e aumentadas em mais duas em 450 a.C.

As XII Tábuas são consideradas a fonte do direito público e privado dos romanos, ainda que inspiradas nas leis de Sólon²³. Eliminava as diferenças entre classes, instituíam normas de caráter processual, de caráter material, ambos de direito

²⁰ Série de estudos capitaneados por Mauro Cappelletti e demais juristas de todo o planeta com base em relatórios que apontavam as deficiências e propunham soluções ao problema do acesso à justiça nas sociedades modernas do pós-guerra.

²¹ LI, Victor H. *Acess to Justice: People's Republic of China* (Relator) p. 85, *apud* ABREU, Pedro Manoel et BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. 1996. Florianópolis: Obra Jurídica Editora. p. 37 e 38.

²² CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 20ª Ed. 1997. Rio de Janeiro: Forense. p. 42.

²³ VALLADÃO. *Op. Cit.* p. 38

privado. Portanto, não é exagero chamar a *Lex* de o primeiro código civil romano, dotado de disposições também de direito público.²⁴

Destaca-se na ótica do acesso à justiça, a tábua primeira, de cunho processual:

TÁBUA PRIMEIRA - Do chamamento a Juízo

1. *Se alguém e chamado a Juízo, compareça.*
2. *Se não comparece, aquele que o citou tome testemunhas e o prenda.*
(...)
7. *O rico será fiador do rico; para o pobre qualquer um poderá servir de fiador.*
8. *Se as partes entram em acordo em caminho, a causa está encerrada.*
9. *Se não entram em acordo, que o pretor as ouça no comitium ou no forum e conheça da causa antes do meio-dia, ambas as partes presentes.*
10. *Depois do meio-dia, se apenas uma parte comparece, o Pretor decida a favor da que está presente. (...)*²⁵

Sem dúvida de percepção muito mais complexa e abrangente do que as leis de Hamurabi, a Lei das XII tábuas trazia em seu bojo armas que tornavam obrigatório - ou pelo menos isso tentava - efetivar o processo com a prolação de uma sentença. Para isso, ordenava ao citado o comparecimento ao processo, sob pena de prisão.

No seu item oitavo, mais uma vez identificamos outro elemento fundamental quando se trata do acesso à justiça: a conciliação prévia. Nos dias de hoje, a busca por mecanismos que incentivem a conciliação prévia ao julgamento são assunto corrente nos estudos sobre o acesso. O direito romano, provando de sua contemporaneidade aos dias de hoje, já previa tal advento.

O direito público romano era centralizador e totalitário (a máxima *Quod principis placuit, legis hebet vigorem*, ou aquilo que agrada ao príncipe terá força de lei). Do lado

²⁴ CRETILLA JÚNIOR. Op. Cit. p. 43.

²⁵ GUIMARÃES, Affonso Paulo. **Noções de Direito Romano**. 1999. *apud* <http://www.api.adm.br/direito/tabuas.htm> Acesso em 13 out. 2008

privado, o direito romano era individualista, praticante de uma justiça até certo ponto comutativa. A prática do *Honeste vivere, neminem laedere, jus suum cuique tribuere*, ou seja, “viver honestamente, não ofender a ninguém, dar a cada um o que lhe cabe”. Muito longe da prática cristã que estaria por vir, do *ama a teu próximo como a ti mesmo*, da ajuda ao próximo, da vida, trabalho e moral dignos para a sobrevivência e felicidade de todos.²⁶

3.4 O DIREITO MEDIEVAL E O DIREITO CANÔNICO

Finalmente, com o triunfo do cristianismo e a influência do direito nórdico, verificamos, mais uma vez atendo-nos ao âmbito da pesquisa que é o acesso à justiça, a melhora da condição dos oprimidos, do estrangeiro, do escravo, da mulher e do filho, até então postos em segundo plano pelo direito romano – é a fraternidade universal do cristianismo agora presente no individualista sistema romano.

Reconhecida pelo Estado Romano, e agora organizada, a Igreja instituiu o seu direito – o direito *canônico* – que tomou força na alta idade média. Sem dúvida, podemos perceber o condão desse novíssimo direito de trazer para o seio da sociedade – e assim, da justiça – os cidadãos até então desprovidos desse efetivo acesso.

A influência humanizadora e progressista do direito canônico se fez sentir em todos os setores do direito civil: no direito das coisas com a ampliação da proteção possessória aos direitos pessoais; no das obrigações com a proibição da cobrança de juros, e, depois, da usura; com o princípio do justo preço; com a cláusula rebus sic stantibus, com a exigência sempre do requisito da boa-fé para a prescrição; no direito de família elevando a posição da mulher e dos filhos, admitindo, amplamente, a legitimação dos filhos naturais, nas sucessões com o favorecimento do testamento e da execução testamentária.²⁷

²⁶ VALLADÃO. Op. Cit. p. 39.

²⁷ Op. Cit. p. 44.

O direito canônico vai permanecer influenciando toda Europa por mais séculos, manifestando esta influência nas diversas codificações que vão surgir no continente quando da centralização monárquica e o surgimento dos Estados Nacionais Absolutistas.

Foi assim em Portugal e Espanha, com os forais/fueros, e a proibição de se aplicar outras leis locais – prática comum no feudalismo – sob pena de multa,²⁸ que dariam origem, mais tarde, às primeiras codificações. A pioneira foi o Código Afonsino, de 1446, seguido das ordenações manuelinas (1512) e filipinas (1603). Chama-nos atenção, nas ordenações manuelinas que vigoraram no Brasil à época do descobrimento, os juízes de Vintena, descentralizados, para as pequenas povoações, que representavam os esforços de levar a prestação jurisdicional à recém descoberta *terra brasilis*.

3.5 O DIREITO NOS ESTADOS LIBERAIS BURGUESES

Nos fins do século XVIII, a Europa, bem como também América, viu um efervescer de mudanças sócio-jurídicas emergir com duas das principais revoluções já passadas na humanidade: A Revolução Francesa de 1789, com a constituição de 1791 e a da Independência das Treze Colônias de 1776, com o advento da constituição americana um ano mais tarde.

A organização, tanto do Estado e do governo, bem como as garantias individuais passaram a ser objeto de uma espécie de código autônomo, superior aos outros, a denominada Constituição, de regra aprovada por uma Assembléia Constituinte, composta de representantes escolhidos do povo e pelo povo (ainda que, na maioria dos casos, em votação censitária), absorvendo um caráter de imutabilidade.

Fácil compreender este caráter uma vez que a sociedade burguesa de meados do século dezoito, oprimida por três séculos de arbitrariedade jurídica do soberano (aqui *latu sensu*, ou seja, pelo Direito Divino se arbitrava não só o *jus*, mas também

²⁸ Op. Cit. p. 45.

tudo e todos da *societatis*) , ansiava por mudanças. Quando elas ocorreram, a tendência mostrada pela História foi a da preocupação dessas sociedades de consagrar (no seu sentido *fazer sagrado*, supremo) as garantias e direitos básicos que protegiam a sociedade da opressão do *Ancien Régime*.

Segundo Valladão²⁹,

Foi a época do liberalismo e da independência, e, sobretudo, do Constitucionalismo, da nova Deusa, a Constituição, e sua filha primogênita, a Lei, e os Códigos especiais – Reuniões Sistemáticas de Leis – que iluminaram o Mundo desde os fins do século XVIII, chegando ao esplendor no século XIX e já em declínio nos meados do nosso século XX.³⁰ É a grande dicotomia revolucionária do século XVIII.

Muito embora nobre o caráter dessas revoluções, assim como a Gloriosa na Inglaterra de 1688, os recém surgidos estados liberais burgueses dos séculos dezoito e dezenove enfrentarão problemas quando se examina o acesso à justiça nestas sociedades.

Os procedimentos adotados nas soluções dos litígios civis refletiam o pensamento liberal burguês vigente à época. O direito ao acesso à proteção judicial dos interesses de qualquer cidadão significava, na realidade, apenas o direito *formal* do indivíduo de intentar ou contestar uma ação.

Caberia ao Estado assegurar somente que outro cidadão não infringisse o direito à prestação jurisdicional de outrem, mas a justiça, no sistema liberal do *laissez-faire*, só seria obtida por aqueles aptos a arcar com seus custos e demais requisitos - como reconhecimento de seus direitos - entre outros. Aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por isso. Era a *égalité* de que todos têm o mesmo direito à prestação jurisdicional mas que esbarrava na *liberté* extrema dos fins do século XVIII, de que o Estado jamais poderia intervir substituindo a vontade ou as condições de cada governado.

²⁹ VALLADÃO. Op. Cit. p. 47.

³⁰ v. capítulo 3.7.

Na Declaração de Direitos (*Bill of Rights*, de 1689) que a burguesia inglesa impôs ao Rei Guilherme de Orange trazia em seu artigo 5º o embrião do acesso à justiça na época moderna, qual seja “*que os súditos têm direitos de apresentar petições ao Rei, sendo ilegais as prisões vexações de qualquer espécie que sofram por esta causa.*”³¹

Era lícito ao súdito reclamar ao rei a solução de problemas cotidianos, bem como reivindicar o fim de injustiças sociais. Porém, nada foi efetivamente disposto para assegurar, por exemplo, a criação de órgãos que reivindicassem direitos da população inglesa, ou ainda medidas que procurassem incentivar ou orientar os súditos a provocar a manifestação real para expor e resolver questões.

À medida que as sociedades do *laissez-faire* foram tornando-se complexas em relações jurídico-sociais, houve a necessidade de se modificar o conceito de direitos fundamentais dos cidadãos.

Exemplo que se tornou famoso na história foi o movimento político denominado *Cartismo*³², nome oriundo da *Carta do Povo* enviada ao parlamento inglês em 1838 que reivindicava a legalidade do voto secreto e universal, dentre outras medidas. Quatro anos mais tarde, após o envio de diversas petições ao governo e a inércia do mesmo fizeram eclodir uma greve geral na Inglaterra, que se vê forçada a promover, mais tarde, dura repressão policial e a aprovação de concessões trabalhistas, que colaboraram para esvaziar o movimento.

Obviamente, um sistema moderno de justiça não poderá sobreviver caso o remédio para a garantia da efetividade do provimento jurisdicional seja a via revoltosa. É o que bem concluiu Cappelletti³³, em síntese, ao ensinar que nesta época “*o acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva*”.

Passou-se, então, sobretudo nas últimas décadas do século dezenove, a enxergar uma forma de direito mais coletiva do que a individual que até então vigorava nas “declarações de direito” liberal-burguesas. Este movimento procurava defender

³¹ Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decbill.htm>. Acesso em 02/11/2008.

³² AQUINO, Rubim Santos Leão de. *et al. História das Sociedades*. 40ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1999. p.189.

³³ CAPPELLETTI. Op. Cit. p. 9.

uma atuação positiva do Estado para assegurar ao governado o gozo de todos os direitos básicos, inclusive agora, os direitos sociais.

A falência do modelo do constitucionalismo clássico começou a tornar-se mais evidente a partir do fim de 1917, quando o sucesso da Revolução Russa e o modo de produção socialista passaram a inspirar e motivar a classe trabalhadora de todo o mundo. A crise econômica de 1929 só faria agravar o cenário.

É neste alvorecer do século vinte, conturbado por inúmeros acontecimentos tais como as duas grandes guerras e a depressão dos anos 30, que o homem enfim reconheceria direitos e deveres sociais dos governos para com os cidadãos, tais como direito ao trabalho, à saúde, educação, e por que não ao acesso à justiça, já que, juntamente com os demais, são fundamentais para tornar efetivos e realmente acessíveis a todos os direitos garantidos com as revoluções do século dezoito.

Nagib Slaibi Filho³⁴ cita o professor Pontes de Miranda em sua explanação sobre os direitos e garantias fundamentais.

O direito social visa assegurar o atendimento às necessidades diárias e permanentes e corresponde a um programa para fazer e conservar a igualdade entre membros da sociedade política, nas expressivas palavras de Pontes de Miranda. Não há democracia sem maior igualdade política, econômica, social e cultural.

Portanto, sob a ótica jurídica, a inovação do século XX é o fim do constitucionalismo dos Estados Liberais onde o direito comportava um caráter *negativo*, ou seja, discriminava áreas interditas à atuação estatal. Agora, o que se quer é o Estado intervencionista cujo direito individual tem agora um caráter *positivo*, social e garantidor.

3.6 AS CONSTITUIÇÕES SOCIAIS DO SÉCULO XX.

³⁴ SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988**: aspectos fundamentais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 171.

Inspiradas por esses alicerces sociais, surgem as primeiras “constituições sociais”. A primeira seria a constituição mexicana de 1917, decorrente da revolução de 1910, e mais tarde, a da República de Weimar – substituta do segundo Reich - na Alemanha, em 1919. Estas constituições deixam clara a preocupação com as disposições sociais e econômicas.

No âmbito do acesso à justiça, a Carta mexicana trará na redação original do seu art. 17, o acesso gratuito ao poder judiciário:

*Artículo 17. Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley; **su servicio será gratuito, quedando, em consecuencia, prohibidas las costas judiciales.***³⁵ (grifamos)

A Constituição de Weimar, cujo dispositivo foi reproduzido aqui pela igual redação dada pela Carta alemã de 1949, que diz, em seu Artigo 17 (Direito de Petição), que “*qualquer pessoa tem o direito de apresentar por escrito, individual ou coletivamente, petições ou reclamações às autoridades competentes e à representação do povo.*”³⁶

Contudo, vendo-se acuado pelas constantes e crescentes investidas comunistas fulcradas na crítica marxista ao *status quo*, juntamente com a pressão operária, o capitalismo – liberalismo - entra em crise ainda maior devido ao colapso do seu sistema produtivo, cujo ápice tem-se em 1929. Em resposta a tudo isso, vemos surgir com mais força Estado Social (*welfare state*), que colaborará para a extensão dos direitos sociais, sobretudo do acesso à justiça, nas demais constituições do mundo.

Nesta conjuntura é que se terá início, sobretudo no pós-guerra, uma busca por parte dos sistemas processuais vigentes de atender às necessidades daqueles que, por

³⁵ BRASIL, Constituição. **Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras.** Brasília: Senado Federal, 1987, p. 575.

³⁶ Op. Cit. p. 134.

tanto tempo, não tiveram possibilidade de reivindicar seus direitos, embora os possuíssem.

A partir de agora, o presente trabalho procurará tratar dos problemas enfrentados até então pelos ordenamentos vigentes no que tange o acesso à justiça, para então depois, abordar as soluções que foram trazidas a fim de solucionar, ou amenizar, tais desafios.

4 OS OBSTÁCULOS À EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA

Não se pode escapar, em caráter introdutório, ao conceito de efetividade, que por si só, é algo vago. Procurar-se-á, de início, buscar uma idéia do que seria a efetividade de um direito constitucional, mormente o do acesso à justiça.

Segundo Barroso³⁷, para que tenhamos direitos constitucionais dotados de efetividade, é necessária a presença de pressupostos, que consoante o professor, assim se resumem:

- 1) *a Constituição, sem prejuízo de sua vocação prospectiva e transformadora, deve conter-se em limites de razoabilidade no regramento das relações de que cuida, para não comprometer o seu caráter de instrumento normativo da realidade social;*
- 2) *as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa;*
- 3) *as normas constitucionais devem estruturar-se e ordenar-se de forma tal que possibilitem a pronta identificação da posição jurídica em que investem os jurisdicionados;*
- 4) *tais posições devem ser resguardadas por instrumentos de tutela adequados, aptos à sua realização prática.*

Com isso, o professor ensina que a efetividade das normas dependerá da sua eficácia jurídica, da sua aptidão para incidir e reger as situações da vida. Não apenas em caráter formal, mas sim prático. Em regra, um preceito legal é observado voluntariamente, pois mostra sentido e plausibilidade à sociedade. O acesso à justiça é algo fundamental e justo a todos, logo, é aceito pela sociedade.

Em segundo lugar, tem-se para a efetividade da norma constitucional – no caso o acesso à justiça – a aplicação coativa caso não seja ela exercida, afinal, o direito existe para realizar-se.³⁸ E uma vez ordenadas estas normas aos jurisdicionados e dando a estes o conhecimento ou a ciência de que essas normas existem, deve a norma vir acompanhada de instrumentos de tutela adequados que a realizem na prática.

Embora o raciocínio do professor seja brilhante, o que se vê é a ineficácia de diversas normas constitucionais – dentre elas o acesso à justiça – uma vez que os

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. p. 80 e 81.

³⁸ Op. Cit. p. 78.

jurisdicionados não têm plena consciência dos direitos que são titulares, muito menos dos meios que lhe são garantidos para obter esses direitos.

Para que a efetividade perfeita de um direito ocorra, a conclusão final terá que depender apenas dos méritos jurídicos das partes adversas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito.³⁹ É a chamada “igualdade de armas”, ou de condições.

Numa comparação - à primeira vista grosseira, mas que se mostrará congruente ao trabalho - a efetividade do direito ao acesso à justiça só seria conseguida se autor e réu, assim como dois esgrimistas, possuíssem, primeiramente, armas do mesmo material e iguais em tamanho.

Tais armas - ou garantias - foram de fato conquistadas com o passar dos anos, sobretudo a partir do século XX, onde se garantiu aos povos uma série de novos direitos (sobretudo os sociais) e em quase todos os casos, foram acompanhados de instrumentos para que se tornassem efetivos.

No entanto, os processualistas e constitucionalistas modernos devem se preocupar em observar não só a igualdade do tamanho de tais armas – as esgrimas em nossa metáfora -, mas sim atentar para a variedade de obstáculos que as partes enfrentam ao procurar o judiciário, ou para nós, as adversidades no ringue de batalha.

O golpe da esgrima do melhor competidor será sempre fatal ao adversário mais fraco, ainda que suas espadas sejam idênticas. O consumidor, o inquilino, o pobre, de nada adiantaria possuírem armas iguais às grandes empresas, ao seu senhorio, ao rico e instruído, se seriam esgrimistas pequenos, leves, frágeis, frente a adversários grandes, ágeis e fortes.

A efetividade do acesso à justiça dependerá de uma igualdade de armas não em relação a elas mesmas, mas sim em relação aos seus portadores.

É dar armas maiores aos consumidores frente os abusos do poder econômico dos grandes conglomerados comerciais. É conferir ao incomodado pela degradação

³⁹ CAPPELLETTI, Op. Cit. p. 15.

ambiental do bairro onde mora armas judiciais mais eficazes contra as empresas poluidoras. Em suma, é dar ao esgrimista menor uma espada maior do que a arma do esgrimista mais forte.

Embora em nossa metáfora solução que sana as diferenças entre os esgrimistas seja bastante simples, na realidade do meio jurídico encontrar tais armas que irão suprimir ou ao menos diminuir tais diferenças entre partes adversas é algo bastante complexo. Para tanto, mister se faz começarmos, primeiro, a saber quais são os obstáculos ao efetivo acesso à justiça.

4.1 AS CUSTAS JUDICIAIS

4.1.1 As custas processuais em geral

Embora o Estado proporcione tribunais, juízes e demais serventuários pagos com o dinheiro público, cabe às partes o pagamento de outras despesas inerentes ao processo, mormente os honorários advocatícios e as eventuais (e corriqueiras, no sistema brasileiro) custas judiciais.

Muitos cidadãos se sentem desestimulados para ingressar em juízo porque o benefício econômico almejado, é, muitas vezes, inferior às despesas que pode vir a desembolsar.

Nos países em que o princípio da sucumbência é adotado, o problema das custas é severamente agravado. A menos que o cidadão, litigante em potencial, esteja certo de vencer – o que se mostra cada dia mais raro devido à complexidade de leis e relações jurídicas – ele deve enfrentar um risco ainda maior do que em países como os Estados Unidos, onde não há o ônus sucumbencial.

Sem dúvida, os honorários advocatícios são os principais responsáveis pelo alto custo dos processos. Ainda que a profissão demande muito estudo, seriedade e competência, qualquer tentativa de se enfrentar os problemas do alto custo dos

processos deve começar por reconhecer a seguinte situação: os advogados e seus serviços são muito caros, em qualquer lugar do mundo.

4.2.2 As pequenas causas.

Cappelletti⁴⁰ demonstraria bem os problemas das pequenas causas. Em primeiro lugar, os custos podem exceder o montante do que se pretende com a demanda. Um processo consumerista que pretende reaver a quantia gasta em um aparelho de som é muito inferior aos gastos que se tem ainda na primeira consulta a um advogado. Na Alemanha, por exemplo, cita o professor italiano que

as despesas para intentar uma causa cujo valor corresponda a US\$ 100, no sistema judiciário regular, estão estimadas em US\$ 150, mesmo que seja utilizada apenas a primeira instância, enquanto os custos de uma ação de US\$ 5.000, envolvendo duas instâncias, seriam de aproximadamente US\$ 4.200.

Fica claro que, para as causas de pequeno valor, a problemática deve ser tratada com especial atenção: Esse tipo de litígio engloba um dos principais públicos-alvo das políticas de acesso à justiça: a classe mais pobre, sobretudo nas relações de consumo.

4.2.3 O tempo

Em muitos países, o tempo despendido para efetivar a prestação jurisdicional é, muitas vezes, tão longo que, se aliado à sucessivas taxas e custas judiciais, à inflação, e gastos por vezes despercebidos, como transporte às audiências, gastos com

⁴⁰ CAPPELLETTI. Op. Cit. p. 19.

ligações telefônicas, com produção de prova documental etc., acabam por, ao longo da duração da lide, tornar os efeitos desta delonga devastadores.

O quadro é, mais uma vez, agravado quando se tem partes economicamente necessitadas, que se vêm forçadas a fechar acordos muito aquém àqueles a que teriam direito, para encurtar a demanda, o que, sem dúvida, é um grande disparate sob a ótica do acesso.

4.3 POSSIBILIDADE DAS PARTES

Aqui procurar-se-á abordar algumas das vantagens e desvantagens das partes adversas que a acabam por influenciar a paridade de armas, e por conseqüência, a efetividade do acesso à justiça.

4.3.1 Os recursos Financeiros

Obviamente, a parte que dispuser de considerável quantia de dinheiro disponível para ser gasta no processo acabará por conseguir vantagens importantes na lide. Em regra, poderão apresentar argumentos de maneira mais eficiente, teses de maior plausibilidade jurídica alegadas por advogados especialistas e reconhecidos do meio que se litiga, além de vantagens na produção de provas, entre outras.

4.3.2 O problema educacional e o reconhecimento dos direitos

Um dos problemas mais corriqueiros no Brasil no âmbito do acesso à justiça sem dúvida pode ser sintetizado na seguinte afirmativa: A maior parte da população brasileira enfrenta problemas educacionais sérios, que acabam refletindo no não

conhecimento de direitos básicos como os consumeristas, trabalhistas etc. Cappelletti, mais uma vez em brilhante explanação, diz:

*Mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que sua assinatura num contrato não significa que precise, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a esses contratos, **mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção.** (grifo nosso)⁴¹*

O que se pretende deixar claro aqui é que o problema da falta de conhecimentos gerais sobre o direito, afasta a população não só do questionamento de normas ou práticas abusivas, mas também da noção de que esses pequenos contratemplos são na verdade ilícitos jurídicos.

Além disso, curioso, porém não raro, é a relutância que muitos cidadãos têm em procurar aconselhamento jurídico. Dessa vez, não por desconhecimento de seu direito, mas sim por pura desconfiança no profissional do direito, comum nas classes mais carentes, seja pelo ambiente formal, pela linguagem eloqüente ou pelos procedimentos complicados à vista do leigo.

E mais, verifica-se ainda a relutância de grande parte da população de procurar assessoramento jurídico em áreas não-tradicionais do direito. Segundo Mayhew, em pesquisa feita na Austrália,

Uma maioria previsível de entrevistados tendia a obter aconselhamento jurídico em áreas tradicionalmente associadas com a prática da advocacia liberal. Praticamente, todas as pessoas que compraram uma casa procuraram um advogado para concretizar a escritura. Aqueles que enfrentam problemas de família geralmente se dirigem a um advogado. Por outro lado, inquilinos que enfrentam problemas bastante sérios com seus locadores relutam em buscar aconselhamento jurídico e apenas em raras exceções tomam a iniciativa

⁴¹ Op. Cit. p. 23

*de pedir assessoramento a um advogado antes de firmar o contrato. Os consumidores que verificam haver comprado um artigo defeituoso, tentam resolver o assunto sozinhos, e muito raramente consultam um advogado.*⁴²

Sem dúvida essa questão comprova o agravamento do problema do acesso à justiça nos direitos chamados “novos” como, por exemplo, os direitos difusos. Pessoas que procuram um advogado para resolver pendências jurídicas que envolvem direitos tradicionais, em geral privados, como o divórcio, dificilmente procurariam um advogado para processar uma empreendedora que degrada a cidade onde vive em função da construção de um resort de luxo.

4.3.3 – Os litigantes eventuais e os habituais

Litigantes que habitualmente são chamados ao judiciário, como por exemplo empresas concessionárias de serviços públicos, bancos, entre outros, apresentam diversas vantagens contra os cidadãos comuns.

A primeira é o *lobby*, ou relacionamentos informais com os funcionários do judiciário. Advogados audiencistas de empresas de telefonia, de bancos, dentre outros, por exemplo, fazem dos juizados especiais no Brasil seu segundo escritório. Com o tempo, a intimidade e os laços de amizade com conciliadores, juízes leigos e, por que não, com juízes togados, acaba por surgir.

Em segundo lugar, a constância de processos possibilita melhor planejamento do litígio, como por exemplo, qual o melhor momento de oferecer uma proposta conciliatória ruim, e quando lançar mão de uma proposta tentadora a fim de evitar uma condenação imprevisível, como as por danos morais.

Ganha o litigante habitual também, também, na economia de escala, bem como diluir os riscos das demandas pelo maior número de casos. O problema dos custos

⁴² MAYHEW, 1975 *apud* CAPPELLETTI, Op. Cit. p. 24.

acaba sendo bem menor para quem tem mais condições de pagar pelos processos, do que para o litigante esporádico.

Por fim, tem o litigante contínuo a vantagem de tentar casos-teste nos tribunais. Tendo um grande número de processos oriundos de casos iguais, tais litigantes podem diversificar suas teses de defesa, diluindo o eventual insucesso delas no grande número de casos, e, em contrapartida, colhendo e adaptando as teses bem aceitas pelos tribunais para blindarem os litígios que surgirão mais tarde.

Sem dúvida, a litigância habitual também é uma das mais significativas vantagens para uma parte processual.

4.4 – A PROBLEMÁTICA DOS INTERESSES DIFUSOS

Embora os componentes de um grupo social, cujo certo direito difuso tenha sido desrespeitado por outrem, tenham muitas razões para reivindicar a restauração desse direito, ou eventual reparação, em regra as barreiras à organização dessa coletividade comprometem bastante a solução do conflito.

Caso uma empresa inicie obras que modifiquem a natureza do local, colocando em risco concreto o meio ambiente onde vive uma coletividade, a verdade é que, muito embora essas pessoas possam desfrutar desta área, poucas terão interesse financeiro direto na questão. E um menor número delas terá interesse suficiente para ajuizar e tocar uma demanda judicial de tamanha complexidade. Ainda que haja um legitimado ativo que represente a sociedade, como serve no Brasil a Ação Popular, por exemplo, estará esse legitimado em posição semelhante ao autor da demanda de valor ínfimo, para quem essa demanda é anti-econômica.

Embora em tese este problema possa ser corrigido confiando à máquina governamental a proteção de tais interesses difusos – como ao Ministério Público nas Ações Cíveis Públicas -, o que se vê é que, embora esforços recentes tenham sido empregados pelo *Parquet* em caráter nacional, para repreender ameaças a direitos difusos, acabamos por esbarrar em barreiras como (i) a pressão política

dentro dos próprios órgãos públicos (muitos cargos de chefia destes órgãos são ocupados por indicados políticos), (ii) a ineficiência de tais órgãos frente a novos direitos extremamente técnicos, como medicina, perigos nucleares etc., (iii) a inércia das agências reguladoras em atender o interesse do cidadão.

A experiência que se tem, inclusive no Brasil, é que as agências reguladoras acabam por atender os interesses econômicos das empresas a que supostamente deveriam fiscalizar e conter irregularidades. É de comum percepção que o preço de um serviço fundamental, como energia elétrica, sofre elevação sempre que os custos de produção aumentam, mas nunca sofre redução quando os mesmos diminuem.⁴³

5 AS SOLUÇÕES PRÁTICAS PARA OS PROBLEMAS DE ACESSO À JUSTIÇA E AS EXPERIÊNCIAS NO DIREITO COMPARADO.

Segundo Mauro Cappelletti, houve três principais tendências – “ondas” - que procuraram corrigir o problema para o acesso. O primeiro desses movimentos buscou

⁴³ Op. Cit. p. 52.

implementar a assistência judiciária ao necessitado, tendo seu ápice no década início da década de 70.

Mais adiante, buscou-se proporcionar espécies de representação jurídica para os interesses difusos (em especial que protegiam os direitos ambientais e difusos) e, por fim, o que o jurista italiano chamou de “enfoque de acesso à justiça”. É segundo essa classificação, que se mostrou uma união dos dois outros movimentos, que se buscou atacar articuladamente as barreiras ao acesso.⁴⁴

Complementando a tese de Cappelletti, procurou-se abordar nesta pesquisa sob o título de uma “quarta-onda” os esforços que nos últimos anos têm sido empregados para melhorar a outorga da prestação jurisdicional, sobretudo no Brasil.

5.1 A PRIMEIRA ONDA: ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA AOS POBRES

Os primeiros esforços nos países ocidentais para resolver o problema do acesso à justiça, muito acertadamente, foi proporcionar serviços jurídicos aos mais pobres. Ainda que num primeiro momento fosse incentivado o patrocínio gratuito aos pobres, sem qualquer contraprestação, logo se verificou que apenas este espírito caridoso mostrava-se bastante inadequado.

Com isso, os governos, primeiramente a Alemanha de Wëimar⁴⁵ no início dos anos 20, e a Inglaterra, na década de 40, deram início a um sistema de remuneração pelo Estado aos advogados que oferecessem assistência judiciária, a qual se estendia a todos os cidadãos.

As décadas de 60 e 70 foram fundamentais para difundir o sistema de assistência jurídica gratuita para diversos países do mundo, dentre eles, a França, Suécia e Alemanha Ocidental em 1972 e os EUA dois anos mais tarde.⁴⁶

⁴⁴ Op. Cit. p. 31.

⁴⁵ Op. Cit. p. 32.

⁴⁶ Op. Cit. p. 34.

Porém, os aspectos desta grande reforma encontraram suas orientações, e portanto também os seus limites, nos seguintes modelos de assistência judiciária:

5.1.1 O sistema *Judicare*

O sistema *Judicare* tinha como principal objetivo garantir ao pobre a mesma qualidade de representação processual que teria se pudesse pagar um advogado como se de posses fosse. Estes advogados particulares seriam pagos pelo Estado, que despenderia de considerável quantia para suportar tal sistema, ainda que os honorários sucumbenciais fossem endereçados ao governo.⁴⁷

Infelizmente, tal sistema não procurou atacar as demais barreiras ao acesso à justiça que se verificam, sobretudo, na camada mais carente da sociedade. O sistema *judicare* entregava aos pobres o dever de reconhecer seus direitos e a possibilidade de entrar em juízo, bem como a tarefa de procurar o auxílio para isso. Não se preocupou em incentivar o advogado a auxiliar os mais necessitados nessas demais adversidades, um auxílio não só ao pobre como indivíduo, mas sim como classe social.

5.1.2 – Os advogados públicos e os “*escritórios de vizinhança*”

Com sua origem no sistema norte-americano, diferenciava-se do sistema *judicare* pois, embora os advogados fossem também mantidos pelo Estado, esses profissionais integravam escritórios orientados e capazes de realizar grandes esforços no sentido de conscientizar as pessoas pobres de seus novos direitos e da importância da utilização dos advogados para ajudá-las a obtê-los.

⁴⁷ Op. Cit. p. 37.

Foram criados pequenos escritórios em bairros onde a concentração de moradores de baixa renda era grande. Com isso, houve uma identificação desses escritórios com a problemática de cada local, fazendo com que este sistema, além de apenas encaminhar as demandas individuais dos pobres que são trazidas aos advogados particulares pagos pelo governo, como o sistema *judicare*, esse modelo norte-americano auxiliaria os pobres na reivindicação de direitos e acabaria por criar um segmento de advogados conhecedores dos problemas dos pobres enquanto classes, especializando suas atuações.

Os limites do sistema das equipes de advogados, no entanto, acaba por surgir de três principais desvantagens: Cuidar demais dos pobres enquanto classe, na prática, negligenciava os interesses particulares. Sem dúvida, os “escritórios de vizinhança” precisam decidir o melhor uso dos recursos limitados de tempo e orçamento nas causas mais importantes, fazendo com que, em muitos casos, problemas individuais fossem deixados de lado, ou recebessem atendimentos em qualidade inferior.

Em segundo lugar, pôde-se perceber que o governo acaba por assumir um papel dúplice: é quem financia o programa de assistência jurídica, ou seja, é quem subsidia o autor, e, em muitas vezes, é o réu. Os advogados enfrentam ataques políticos e *lobbys* contrários constantemente. Como notou William Klaus, nos Estados Unidos, “*parece que os programas enfrentaram praticamente tudo e todos.*”⁴⁸

Em terceiro lugar, esse sistema depende da disponibilidade de advogados suficientes, e de mantê-los. Mantendo-nos atrelados à realidade, é muito difícil manter advogados em número condizente com a demanda de todos os pobres, em igualdade de qualidade. O problema se agrava em países periféricos, onde o orçamento de diversas áreas, inclusive do Judiciário, é limitado e muito aquém das reais necessidades.

5.1.3 A experiência soviética

⁴⁸ KLAUS, William. *Civil Legal Services for the Poor*, apud CAPPELLETTI. Op. Cit. p. 42.

Ainda que a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas tenha surgido do sucesso da revolução socialista russa de 1917, há de se perceber um enorme abismo entre a visão marxista do que é o Direito e o que se viu na prática funcionar na URSS, anos além.

Para o filósofo alemão, o Estado e o Direito são, na verdade, instrumentos ou formas de exploração por parte das classes dominantes. Segundo sua doutrina, não há filosofia ou mesmo a ciência do direito. Isto pois a juridicidade não encontra explicação em si mesmo: O direito só poderá ser compreendido através de uma análise da realidade sócio-econômica de uma sociedade em determinada época.

O caráter normativo do direito não seria nada a não ser um reflexo das condições de vida que se encontra esta coletividade, uma forma que norteia o conflito existente em toda a sociedade de classes, que, para Marx, são aqueles que detém os modos de produção e aqueles que possuem os meios de produção. A luta de classes é o que na verdade impulsiona a criação do direito.

Para o marxismo o direito não evolui nunca. O que evolui é o modo de produção social, sendo impossível falar em evolução do direito romano, medieval ou direito moderno, mas apenas em sistemas diversos de regime de propriedade: a escravidão, a servidão ou o capitalismo. As transformações sociais, dizia Marx⁴⁹, sempre foram seguidas intimamente pelas transformações do direito:

A sociedade não se alicerça no direito. Isso é uma ficção legal. Pelo contrário, é o direito que tem a sua base na sociedade. Deve exprimir os interesses e as necessidades da sociedade, que são resultado dos métodos materiais de produção. Quanto ao código de Napoleão, não foi este que engendrou a sociedade civil. Esta sociedade que surgiu no século XVIII e se desenvolveu no século XIX, encontra no código unicamente a sua expressão legal. Tão depressa semelhante código deixe de corresponder às condições sociais não é mais do que papel inútil.

⁴⁹ MARX, Karl. Defendendo-se perante os jurados de Colônia, Alemanha, em 1849 *apud* TORRES FILHO, Pedro. Uma análise da suspensão do processo e do lapso prescricional na lei n.º 9.271/96. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, 2004.

Apesar do aparente descrédito que o pai do socialismo deu às ciências jurídicas e ao próprio direito, sua filha maior, a União Soviética, não só terá feito uso de todo um ordenamento jurídico com base em suas constituições, como elevará à categoria de norma constitucional a disposição e validade de seus tribunais, como promoverá importantes soluções no combate às barreiras do acesso à justiça.

No puro texto constitucional, a Carta Soviética traz direitos e garantias hoje asseguradas também nas constituições ocidentais, como a brasileira, no que diz respeito ao acesso à justiça. “A justiça é administrada na base da igualdade dos cidadãos perante a lei e os tribunais” afirma seu art. 156.⁵⁰

Tratando do acesso à justiça, Cappelletti⁵¹ fala sobre União Soviética:

Com respeito às reformas que reduzem custos e, de certa forma, ampliam a tradição da oralidade, convém mencionar os ordenamentos processuais socialistas. Com efeito, os informantes do projeto Florença de acesso à Justiça nos países do leste europeu e na União Soviética até mesmo questionam a necessidade de criação de procedimentos especiais, fora do sistema judiciário regular.

Na URSS, as custas judiciais eram relativamente mínimas, o que de fato não impedia qualquer cidadão de buscar e fazer valer seu direito. Zhivko Stalev⁵² atribuía esta facilidade de acesso às condutas que, por imposição da própria ideologia soviética de governo popular, chamavam atenção de processualistas do mundo todo, ao por em prática diversos mecanismos que colaboraram bastante para a efetividade do acesso ao judiciário.

Dentre eles, Stalev destacaria em primeiro lugar o grande número de tribunais, o que os torna amplamente acessíveis à população. A própria Carta Maior soviética de 1977, em seu art. 151, enumerava os diversos tribunais disponíveis na época, cujos

⁵⁰ BRASIL, Op. Cit. p. 956.

⁵¹ CAPPELLETTI, Op. Cit. p. 78

⁵² STALEV, Zhivko. **O Acesso à Justiça Cível nos Estados Socialistas Europeus**, apud CAPPELLETTI, Op. Cit. p. 80.

juízes dos tribunais rasos eram eleitos pelo voto popular, e os magistrados dos tribunais superiores, também eleitos, mas pelos Sovietes⁵³:

Art. 151. A Justiça é administrada na URSS apenas pelos tribunais.

Na URSS, atuam o Supremo Tribunal da URSS, os Supremos Tribunais das repúblicas federadas, os Supremos Tribunais das repúblicas autônomas, os tribunais dos territórios, regiões e cidades, os tribunais das regiões autônomas, os tribunais das circunscrições autônomas, os tribunais populares dos bairros (urbanos) e também os tribunais militares das Forças Armadas.⁵⁴

Em segundo lugar, Stalev aponta a ausência de limites formais ao direito de ação, ao direito de ser ouvido e ao direito de recorrer, bem como a ausência de advogados liberais, em outras palavras, a socialização da advocacia. A própria constituição soviética garantia isso, ao dizer, em seu art. 161, que

os colégios de advogados funcionam para prestar assistência jurídica aos cidadãos e às organizações. Nos casos previstos pela legislação, a assistência jurídica aos cidadãos é gratuita.⁵⁵

Além disso, no ordenamento jurídico soviético haveria a possibilidade de retificação de defeitos e nulidades processuais, baseando todo o procedimento nos princípios da informalidade e oralidade.⁵⁶ Por outro lado, na concepção socialista, a meta dos governantes no que diz respeito aos tribunais era de solucionar os processos da forma mais rápida e objetiva possível⁵⁷, prejudicando, em alguns casos, o direito à ampla defesa (com relação à duração, informa-se que, na URSS, 80% das causas eram julgadas dentro de um mês a contar da sua distribuição). A informalização em

⁵³ BRASIL, Constituição. Op. Cit. p. 955.

⁵⁴ Loc. Cit.

⁵⁵ Op. Cit. p. 956.

⁵⁶ STALEV, Zhivko. Op. Cit. p. 80.

⁵⁷ Loc. Cit.

excesso e a preocupação exagerada com a celeridade processual facilitavam o arbítrio e geravam injustiças gritantes.

A partir desta concepção, deve-se observar que esses procedimentos nos tribunais regulares soviéticos só foram possíveis por estarem situados num modelo econômico-social de governo assaz diverso daquele existente no ocidente. Por isso é que devemos nos perguntar até onde reformas inspiradas no modelo soviético, norteadas pela simplicidade das formas, oralidade, podem ir.

Nossos tribunais regulares, dada a complexidade de nossas leis e o esforço dos profissionais do direito em desvendá-las e aplicá-las, não podem, ao menos a nosso ver, adotar tais procedimentos muito simples, rápidos e baratos. Parece-nos que o modelo soviético não pode, no entanto, ser dispensado. Muito pelo contrário, há de ser levado em consideração, como de fato foi, como complemento, sobretudo nos sistemas de solução de litígios paralelos, tais como os juizados especiais no Brasil, onde colaboraram, e muito, para a melhoria do acesso à justiça.

5.1.4 As limitações da assistência judiciária sob o enfoque dos direitos novos

Embora fundamental, a assistência judiciária não pode ser a única frente de batalha no campo das barreiras ao acesso. Ela encontra limitações tais como vistas nos tópicos anteriores, mas também pode-se ver que tanto o sistema *judicare*, quanto os sistemas dos advogados públicos de vizinhança (e até os sistemas que arriscaram um modelo misto) dirigiam-se, sobretudo, à reivindicação dos interesses difusos dos pobres, enquanto indivíduos e classes. Entretanto, outros importantes interesses difusos permaneciam ignorados, como os ambientais. É nessa conjuntura que surge a segunda onda de reformas, a seguir estudada.

5.2 A SEGUNDA ONDA: A REPRESENTAÇÃO DOS INTERESSES DIFUSOS.

Cappelletti adota uma visão bastante pertinente, ao examinar que, antes de mais nada, esta segunda onda que ofereceu uma maior representação dos interesses difusos na sociedade foi nada mais do que uma reforma nos próprios princípios do processo civil.

Com propriedade, o professor italiano mostra que a concepção tradicional do processo civil não adentrava ao campo da proteção dos direitos difusos. O processo era visto como um assunto entre duas partes que buscavam seus próprios interesses. Com essas reformas, passou-se a permitir, cada vez mais, que indivíduos ou grupos atuem, representem, sejam ouvidos em nome de uma coletividade. Nas palavras do mestre,

a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos 'direitos públicos' relativos a interesses difusos.⁵⁸

Neste mesmo diapasão, as reformas que surgiram principalmente na Europa para fazer valer tais direitos coletivos consistiram, num primeiro momento, legitimar órgãos públicos para representar os interesses difusos, mas por motivos já trabalhados⁵⁹, a evolução de tal prática culminou na criação de procuradores-gerais privados (substituto privado do procurador público) e, mais tarde, de advogados particulares do interesse público, que não são “demandantes ideológicos” como no caso anterior, mas sim representantes da classe que sofre diretamente a lesão de tal direito.

A França editou em 1973 a “*Lei Royer*”, atribuindo legitimação ativa às associações de consumidores quando fatos prejudiciais ao interesse coletivo dos consumidores sejam praticados. A Alemanha Ocidental, em 1977, deu a garantia às associações consumeristas de buscarem o judiciário para invalidar cláusulas contratuais abusivas.⁶⁰

⁵⁸ Op. Cit. p. 51.

⁵⁹ v. Capítulo 4.4.

⁶⁰ Op. Cit. P. 58.

O professor Cappelletti finaliza defendendo uma atuação mista, entre grupos de advogados particulares aliado à assessoria pública para o problema de representação dos interesses difusos. Conclui o mestre:

O importante é reconhecer e enfrentar o problema básico nessa área: resumindo, esses interesses exigem uma eficiente ação de grupos particulares, sempre que possível; mas grupos particulares nem sempre estão disponíveis e costumam ser difíceis de organizar. A combinação de recursos, tais como as ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público podem auxiliar a superar este problema e conduzir à reivindicação eficiente dos interesses difusos.

5.3 A TERCEIRA ONDA: UM NOVO ENFOQUE DE ACESSO À JUSTIÇA

As reformas já tratadas colaboraram, e muito, para ultrapassar importantes barreiras que se impunham à assistência judiciária. É bem verdade que elas colaboraram para alterar o equilíbrio apenas formal entre indivíduos, de um lado, e litigantes organizados de outro. Porém, verificou-se que ainda tem sido bastante dificultoso tornar os novos direitos, mormente os sociais, difusos, de fato efetivos.

Essas reformas tiveram a capacidade extraordinária de modificar sim a situação quando se trata do ordenamento jurídico, sem que isso corresponda, na prática, a uma maior distribuição de vantagens – armas – aos grupos mais necessitados. Podem, pior, tomarem um caráter apenas simbólico dessas mudanças, em nada, ou pouco, colaborando para a solução do problema na prática que se vê.

Verificamos que não é desejável resolver a problemática do acesso à justiça procurando apenas uma melhor representação judicial, ou uma melhor organização da

sociedade, quando legitimada ativa. O problema não está só em advogados e cidadãos. Numa dedução lógica, a justiça hodierna se manifesta quando legitimados, por seus procuradores, obtém provimento judicial adequado e efetivo. Ora, não faltou muito aos juristas do século vinte que voltassem suas atenções à problemática dos Tribunais.

5.4 A QUARTA ONDA: MELHORIAS NA OUTORGA JURISDICIONAL.

Legitimar um cidadão comum, através de lei, a intentar uma ação contra empresa e governo por motivo de degradação ambiental pode ter inicialmente efeitos bastante aquém da real intenção do legislador.

Como se viu, o desinteresse econômico e as dificuldades de auto-organização podem atrapalhar tais intentos. Por outro lado, uma alteração tão significativa no método de prestação jurisdicional (como a criação de tribunais ambientais especializados) poderia alertar os ambientalistas de seus novos direitos e mais, motivar grupos sociais e acrescer o volume de causas que visam assegurar esses novos direitos.

Reconhecer o impulso de se atender a esses direitos, no entanto, não poderá jamais afastar a atenção para um sistema que atenda as necessidades do homem comum. O reconhecimento dessa necessidade reflete uma mudança até mesmo no conceito de “justiça”.

Cappelletti⁶¹ nos ensina com muita sabedoria:

No contexto de nossas cortes e procedimentos formais, a “justiça” tem significado essencialmente a aplicação das regras corretas de direito aos fatos verdadeiros do caso. Essa concepção de justiça era o padrão pelo qual os processos eram avaliados. A nova atitude em relação à justiça reflete o que o Professor Adolf Homburger⁶² chamou de “uma mudança radical na hierarquia de valores servida pelo processo civil”. A preocupação fundamental é, cada vez mais, com a “justiça social”, isto é, com a busca de procedimentos que sejam conducentes à

⁶¹ Op. Cit. p. 93.

⁶² CARTA de Adolf Homburger a Mauro Cappelletti, 11 ago. 1977 *apud* Loc. Cit.

proteção dos direitos das pessoas comuns. Embora as implicações dessa mudança sejam dramáticas – por exemplo, com relação ao papel de quem julga – é bom enfatizar, desde logo, que os valores centrais do processo judiciário mais tradicional devem ser mantidos. O “acesso à justiça” precisa englobar ambas as formas de processo.

E esse sistema destinado a pessoas comuns deverá ser caracterizado por baixos custos, informalidade de procedimentos, julgadores ativos etc. Essas características só poderão ser implementadas nas formas mais especializadas de procedimentos, capacitando estes cidadãos a reivindicar seus direitos de forma efetiva contra seus adversários mais poderosos.

Antes de examinarmos as principais inovações nesta área, porém, é necessário que se faça uma advertência prévia: Embora a criação e/ou modificação de tribunais seja muito bem vista pelos novos processualistas, a sistemática do nosso complexo Direito, a necessidade de uma atuação pormenorizada do Juiz junto ao caso concreto (exame de provas, necessidade de perícias complicadas etc), além da necessidade de se garantir um direito à ampla defesa e ao contraditório efetivos, nos dão a conclusão de que os Tribunais regulares são fundamentais em qualquer ordenamento jurídico moderno.

Os princípios da oralidade, simplicidade de formas, da rapidez processual deverão ser observados e tentados com muito cuidado, e, sobretudo, deve-se empreender esforços para garantir a presença dos Tribunais regulares atuando junto às outras espécies de foros especializados.

5.4.1 O Juízo Arbitral

Essa forma de solução de litígios, datada das sociedades mais antigas, consiste em conferir a um árbitro, escolhido de comum acordo pelas partes, a solução do litígio, onde esta se dá sob um procedimento mais simples que os complexos e longos procedimentos judiciais, o que colabora bastante para ganhos em tempo, despesas

com custas judiciais (ainda que as partes tenham que suportar os honorários do árbitro), dentre outras vantagens.

A Lei n.º 9.307/96 é a que regula o juízo arbitral no Brasil, contendo as principais inovações praticadas nos juízos arbitrais em outros países. No entanto, o cuidado que se deve ter nesta proposta é atentar para a (in)constitucionalidade de seus atos. Há quem possa defender o juízo arbitral no Brasil ser inconstitucional, seja por ofender o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, ou por ofender a ampla defesa, em hipóteses verificadas quando as partes, dissuadidas pelos ônus de novas custas e audiências, possam ser privadas das salvaguardas dos tribunais.

5.4.2 Os procedimentos especiais para pequenas causas

As reformas empreendidas no campo das pequenas causas podem ser resumidas em quatro aspectos⁶³, quais sejam (i) a promoção de acessibilidade geral, com custo reduzido da demanda, bem como redução da duração e simplicidade da lide (dispensa de advogado, por exemplo), (ii) equalização das partes, onde procura-se tornar simples ao máximo a produção de provas e outros atos processuais de modo a igualar (por baixo) as armas das partes, (iii) mudança do estilo dos árbitros de pequenas causas, onde deve-se utilizar a conciliação informal por um juiz ativo, com fins de preservar a boa relação entre as partes e (iv) simplificação de normas para a tomada de decisões, que apontam para decisões “justas e eqüânimes”, ainda que contrárias à letra fira da lei.

⁶³ Op. Cit. p. 100 e ss.

5.4.3 Tribunais de Vizinhança na Comunidade

Verificou-se, tanto nos Estados Unidos, como em países socialistas do leste europeu, a tendência de instalar tribunais vicinais para resolverem os pequenos imbróglios do dia-a-dia, como pequenos danos em propriedades vizinhas, pequenos delitos etc. Desafoga-se o judiciário comum retirando de sua competência essas demandas aparentemente de valor insignificante, mas de bastante importância para os envolvidos.

Assumem um objetivo de caráter educacional e moral em suas áreas de jurisdição. Embora receba críticas de certos autores quanto à sua real efetividade nos centros urbanos ocidentais, nos parece bastante interessante que uma justiça composta por árbitros leigos, ligados aos costumes e tradições locais possam servir de mediadores, criando uma justiça que seja sensível.

5.4.4 Litígios administrativos e os *Ombudsman*.

Como mediar conflitos onde as duas partes envolvidas são manifestamente desiguais, como o cidadão e o governo? Adaptar a máquina administrativa para atender esses litígios se mostrou uma proposta mais interessante do que procurar equilibrar as armas entre Estado e sociedade.

Aperfeiçoou-se o *ombudsman* sueco do século XIX, com a criação de órgãos formados, em regra, por um representante da sociedade (em geral, um membro do legislativo, apartidário) que lidaria com queixas do público especificamente contra a máquina administrativa, tendo o poder de investigar e principalmente, dar publicidade à falta da administração.

O instituto do *Ombudsman* assume um caráter muito mais corretivo da moral e atuação administrativa do que um caráter sancionador⁶⁴, produzindo não sentenças exeqüíveis junto ao Estado, mas sim acordos e melhorias nas políticas públicas em geral.

5.5 OS LIMITES DAS SOLUÇÕES PARA O ACESSO À JUSTIÇA

Muito se falou aqui de experiências tidas em países europeus, como também nos Estados Unidos, Austrália, entre outros. Tais experiências se mostraram bastante úteis ao pormenorizar os problemas e as principais soluções que a sociedade ocidental implementou para amenizar os problemas enfrentados pelos excluídos da justiça.

Porém, algumas ponderações podem ser feitas. Em primeiro lugar, ainda que alguma dessas reformas tenham dado certo com méritos em seu país de origem, muito cuidado deve ser tomado ao “transplantar” tais reformas para o Brasil. A instituição poderá operar de modo bastante diverso num lugar tão diferente como é o Brasil da Suécia, por exemplo.

Há a necessidade não só de procurarmos as reais necessidades do nosso país no campo do acesso, mas também de monitorar, de forma muito cuidadosa, a implementação de tais instituições novas.

Em segundo lugar, deve-se ter a prudência e o bom senso necessários quando se pretende especializar os tribunais (como a criação de tribunais consumeristas, ambientais, etc.). Os sistemas jurídicos, mormente nos países em desenvolvimento, não podem e não tem como implementar órgãos e procedimentos especiais para *todos* os tipos de demanda.

Inclusive, nessa situação, pode-se verificar um problema relativo à competência de cada tribunal que pode, muitas vezes, vir a confundir o jurisdicionado, transformando a aparente solução em mais um entrave ao acesso pleno à justiça.⁶⁵

⁶⁴ Op. Cit. p. 140.

⁶⁵ Op. Cit. p. 163.

Cappelletti, sintetizando e concluindo o brilhante ensaio sobre o acesso à justiça a que tanto precisamos recorrer no presente trabalho, ensina:

A operacionalização de reformas cuidadosas, atentas aos perigos envolvidos, com uma plena consciência dos limites e potencialidades dos tribunais regulares, do procedimento comum e dos procuradores é o que realmente se pretende com esse enfoque de acesso à justiça. A finalidade não é fazer uma justiça “mais pobre”, mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres. E, se é verdade que a igualdade de todos perante a lei, igualdade efetiva – não apenas formal – é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à justiça, só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior “beleza” – ou melhor qualidade – do que aquele que dispomos atualmente.

6 CONCLUSÃO: OS PROBLEMAS DO ACESSO HOJE NO BRASIL. HÁ ACESSO À JUSTIÇA EM NOSSO PAÍS?

6.1 A PROBLEMÁTICA NOS JUIZADOS ESPECIAIS

O Brasil de fato possui uma legislação específica que procurou corrigir as deficiências do acesso à justiça que se abordou no capítulo anterior, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso e a Lei que criou os Juizados Especiais etc., muito embora o legislador tenha-se preocupado deveras tardiamente.⁶⁶

Ainda que nobre a intenção, infelizmente o problema do acesso à justiça no Brasil tem enfrentado dificuldades imensas, sobretudo na assistência judiciária ao menos favorecido. A Lei dos Juizados Especiais⁶⁷ acabou por tornar-se uma “faca de

⁶⁶ O Código de Defesa do Consumidor é de 1990, a Lei dos Juizados Especiais de 1995, o Estatuto do Idoso apenas de 2003, quando as primeiras ondas reformistas que eclodiram na Europa e América do Norte nos fins da década de 60 e início da década de 70. v. CAPPELLETTI. Op. Cit. p. 33 e seguintes.

⁶⁷ Lei n.º 9.099/95.

dois gumes” frente à ineficiência do judiciário brasileiro. Isto porque suas próprias inovações colaboraram por emperrar o novo sistema que se criara.

A Lei 9.099/95 introduziu na processualística brasileira a dispensa, nas causas de pequeno valor, da atuação do advogado. Ademais, instituiu o processo gratuito em primeira instância, excluindo também a fixação de honorários de advogado em tais procedimentos.

Porém, essa extrema facilidade com que o sistema dos juizados de pequenas causas levou o judiciário ao povo, aliado à crescente difusão de informações sobre direitos consumeristas que se verificou no Brasil no final da década de 90 e a avalanche de indenizações concedidas à consumidores frente a empresas (o que gerou a chamada “indústria do dano moral”), acabou por inchar o sistema dos foros especiais, problema este que perdura até hoje.

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro organizou um encontro de magistrados ligados aos Juizados Especiais para discutir e encontrar possíveis soluções para os números alarmantes verificados em auditoria interna no TJ/RJ: Segundo o Tribunal, mais da metade dos processos que tramitam sob sua jurisdição correspondem aos processos em juizados especiais.

Só no período de janeiro a abril de 2008, foram distribuídos mais de cento e quarenta e cinco mil processos nos juizados. Em abril, das causas que se iniciaram nos foros fluminenses, 51,57% delas tramitam em juizados especiais.⁶⁸

Segundo o artigo 16 da Lei n.º 9.099/95, a primeira audiência (conciliatória) deveria ser marcada pela secretaria do Juizado Especial em até 15 dias do ajuizamento da demanda. Não é preciso outro dado senão a sabença comum que este prazo é utópico, e na realidade, as audiências de conciliação são marcadas, em média, para 180 dias após o protocolo da inicial nos foros especiais da Capital do Rio de Janeiro.

6.2 – A PROBLEMÁTICA EDUCACIONAL

⁶⁸ TRIBUNAL promove encontro de Juizes dos Juizados Especiais. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 15 de maio. 2008.** Disponível em <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em 12 out. 2008.

Em pesquisa realizada junto a 34 jovens carentes da cidade do Rio de Janeiro, de faixa etária entre 16 e 24 anos, estudantes de pré-vestibular voltado à pessoas sem condições de arcar com a educação privada – e, portanto, na totalidade jovens que concluíram ou estão em vias de concluir o ensino médio – foi constatado por que 59% desses jovens desconhecem as medidas a serem tomadas para ajuizar uma demanda perante o judiciário.

Ao serem indagados sobre o auxílio de um advogado, 80% dos entrevistados disseram desconhecer qualquer advogado que pudesse intentar uma ação perante o judiciário. Apenas 5 dos 34 jovens mencionaram a Defensoria Pública. Quatro deles, apenas, tinham conhecimento da localização da Defensoria Pública de seu bairro.

Os esforços no Brasil para implementar a advocacia gratuita em todo o território parece não levar em conta que nas grandes cidades, onde o serviço já é realidade, a maior parte da população-alvo dessa assistência judiciária desconhece-a, ou não sabe como proceder em caso de necessidade.

Podemos visualizar, ademais, a problemática sustentada por Cappelletti e abordada neste ensaio⁶⁹, quando da dificuldade de percepção que alguns direitos são passíveis de objeção. Perguntados o procedimento a ser tomado quando um eletrodoméstico apresenta defeito e a loja onde foi comprado não procede com a troca, um incrível número de 21% dos entrevistados não soube responder à questão. Dos que responderam, aproximadamente 70% deles citaram o Programa de Orientação e Proteção ao Consumidor (PROCON) como solução para o problema.

Apenas 8 dos jovens citaram a palavra advogado ou defensor público. Daqueles que apontaram o PROCON como a solução para a situação hipotética, nenhum soube explicar o papel deste órgão do governo, e 100% deles se mostraram surpresos ao saber que o PROCON não possui qualquer poder coercitivo para forçar a troca do hipotético aparelho defeituoso.

Sem dúvida, a pesquisa, ainda de caráter simplista, mostra que a educação brasileira não oferece noções básicas de direitos e cidadania, inutilizando, para grande

⁶⁹ v. capítulo 4.3.2.

parte da população, as armas que o governo disponibiliza objetivando a maior inclusão à justiça, ainda que de modo frágil.

6.6 O ACESSO AO JUDICIÁRIO E NÃO À JUSTIÇA.

Insatisfatória e inadequada, como se mostrou, a estrita visão do acesso à Justiça como acesso aos tribunais. Se este é um coroamento de um Estado de Direito, é também – e simultaneamente – um direito meramente formal, tantos são os obstáculos antepostos ao acesso da pessoa à ordem jurídica justa. O caso brasileiro não destoa desta afirmação.

Tão belamente consagrado na Carta Maior de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV, onde o legislador originário fez reluzir “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, parece que o fez ingenuamente. Jamais teria pensado o legislador em outra coisa senão a lei que pudesse excluir a apreciação pelo Judiciário de uma lesão a direito?

Ora, a pobreza, a falta de informação, a falta de tribunais especializados e tantos outros problemas já exaustivamente abordados no presente trabalho infelizmente são exemplos de acontecimentos que excluem da apreciação do Poder Judiciário a ameaça ao direito e colaboram para uma prestação jurisdicional falha – quando ela acontece – ficando extremamente longe da tão almejada justiça. O acesso formal à justiça no Brasil jamais poderá ser encarado como um acesso à justiça efetivo, pois nunca poderá fazer esconder os flagrantes que qualquer observador do direito atento capte no dia a dia.

Piero Calamandrei⁷⁰, no discurso de abertura do Congresso Internacional de Direito Processual Civil, em Florença, na Itália de 1950, se mostrou fiel ao entendimento

⁷⁰ Disponível em < <http://plenocursosjuridicos.blogspot.com/2008/09/processo-penal.html>>. Acesso em 12 nov. 2008.

que a finalidade do processo, e, portanto, a finalidade de tudo aquilo que se vem mostrando sobre o acesso à justiça neste texto, é fazer acontecer a justiça em si, ainda que a plena justiça para nós seja inalcançável. E é com a reflexão de suas brilhantes palavras que encerra-se a presente pesquisa:

O processo deve servir para conseguir que a sentença seja justa, ou ao menos para conseguir que a sentença seja menos injusta, ao menos para conseguir que a sentença injusta seja cada vez mais rara. Esta é a finalidade sobre a qual devem ser orientados os nossos estudos.

REFERÊNCIAS

LIVROS

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 1ª ed. São Paulo: Editor Borsoi, 1954. tomo I.

CRUZ E TUCCI, Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos **Lições de História do Processo Civil Romano**. 1ª ed. São Paulo: RT, 1996.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

VALLADÃO, Haroldo. **História do direito especialmente do direito brasileiro**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

ABREU, Pedro Manoel et BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. 1996. Florianópolis: Obra Jurídica Editora.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro. 20ª Ed. 1997. Rio de Janeiro: Forense.

AQUINO, Rubim Santos Leão de. *et al.* **História das Sociedades**. 40ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1999. p.189.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988**: aspectos fundamentais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 171.

BRASIL, Constituição. **Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras**. Brasília: Senado Federal, 1987, p. 575.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

TORRES FILHO, Pedro. **Uma análise da suspensão do processo e do lapso prescricional na lei n.º 9.271/96**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, 2004.

WEB-SITES

HAMURABI. **Código de Leis**. Disponível em <http://paginas.terra.com.br/arte/hammurabi/01.html>. Acesso em 03 de novembro de 2008.

GUIMARÃES, Affonso Paulo. **Noções de Direito Romano**. 1999. *apud* <http://www.api.adm.br/direito/TABUAS.htm>. Acesso em 13 out. 2008

DECLARAÇÃO DE DIREITOS, Inglaterra, 1689. <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decbill.htm> Disponível em 02 nov. 2008.

TRIBUNAL promove encontro de Juízes dos Juizados Especiais. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 15 de maio. 2008**. Disponível em <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em 12 out. 2008.

CALAMANDREI, Piero. Discurso. Itália:1950. Disponível em <http://plenocursosjuridicos.blogspot.com/2008/09/processo-penal.html>>. Acesso em 12 nov. 2008.