

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

MARIA RAFAELLE SANTOS DE LUNA

O ACESSO À JUSTIÇA E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DOS
CONFLITOS

SOUSA

2013

MARIA RAFAELLE SANTOS DE LUNA

O ACESSO À JUSTIÇA E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DOS
CONFLITOS

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Doutorando André
Gomes de Sousa Alves.

SOUSA-PB

2013

MARIA RAFAELLE SANTOS DE LUNA

O ACESSO À JUSTIÇA E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DOS
CONFLITOS

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Professor Doutorando André Gomes de Sousa Alves

BANCA EXAMINADORA:

DATA DE APROVAÇÃO: ____/____/_____

Orientador: Prof. Drdn. André Gomes de Sousa Alves

Examinador Interno

Examinador Externo

Dedico este trabalho ao Mestre maior em minha vida, Deus, que em sua infinita bondade, amou-me infinitamente, apesar dos meus inúmeros defeitos, assim como nunca me desamparou ou omitiu-se ao meu clamor.

AGRADECIMENTOS

Primeira e soberanamente, meus agradecimentos a Deus que me concedeu o dom da vida e a graça de estar concluindo mais uma etapa da minha história. A Ele a minha imensa gratidão também pela família indescritível que possuo, pelos amigos, pela oportunidade de ter podido ocupar as cadeiras de uma universidade pública, que tanto aprendizado e crescimento pessoal me trouxeram, e pela realização do sonho de formar-me no curso que sempre desejei.

Aos meus pais Paulo César Coelho de Luna e Terezinha Carla Santos, que sempre me guiaram por suas mãos, por representarem meu maior exemplo e experiência de amor e dedicação sem medidas e por serem meus referenciais de honra, coragem e determinação. Agradeço-lhes pelas renúncias feitas para que eu pudesse alcançar mais esta vitória, pelo apoio incondicional e pela certeza de que sempre estarão ao meu lado.

À minha irmã, Carla Carolline Santos de Luna pelo amor, amizade, companheirismo e incentivo.

A Jonnes Maciel Silva Nunes, pelo afeto, cumplicidade, amizade e apoio na concretização deste trabalho e em todos os momentos.

A todos os meus amigos, irmãos que tive a oportunidade de escolher, pela amizade sincera e desinteressada.

Agradecimentos ao meu caro orientador, André Gomes de Sousa Alves pela paciência, confiança e ajuda na construção deste trabalho monográfico.

“Não hei de pedir pedindo, senão protestando e argumentando, porque essa é a arma daqueles que não pedem favor, mas justiça”.

Eduardo Coutur

RESUMO

A presente monografia estuda o acesso à justiça e as formas alternativas à jurisdição na composição dos conflitos intersubjetivos. Com o abandono das formas autocompositivas de solução dos litígios, o fortalecimento do Estado e o surgimento das garantias da pessoa humana, surge a idéia de que unicamente por intermédio da função jurisdicional do Estado os conflitos poderiam ser resolvidos. Assim, o acesso ao Judiciário, tido pela Constituição Federal Brasileira como direito fundamental, deveria ser plenamente garantido a todos, devendo dirimir os conflitos da forma mais rápida e menos custosa possível. Contudo, o Judiciário pátrio mostra-se extremamente burocratizado, moroso e de alto custo, estabelecendo obstáculos ao acesso à justiça de pessoas economicamente frágeis, tornando a função do Estado-juiz ineficiente e ineficaz. Nessa perspectiva, surgem os meios alternativos de solução de controvérsias, como novos rumos a serem trilhados, facultativamente, pelos jurisdicionados que necessitam resolver seus litígios de maneira, muitas vezes, distinta dos moldes contidos no processo civil tradicional. Objetiva-se mostrar que a prestação jurisdicional, unicamente, já não satisfaz plenamente a sua função de pacificação social e a importância da criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos, caracterizados pela informalidade, rapidez e acesso ativo da comunidade, como relevante inovação da política judiciária, visando constituir, facultativamente e em paralelo à justiça convencional, novas formas de resolução das controvérsias, ampliando e garantindo o acesso da população marginalizada a uma ordem jurídica justa. Através de pesquisa bibliográfica e dos métodos analítico-descritivo, documental e método histórico realiza uma abordagem teórica e reflexiva acerca do tema, visando demonstrar a crise de efetividade do processo judicial e a importância da implementação de meios que facilitem a solução dos conflitos de formas mais adequadas à realidade de certas controvérsias. Conclui que, diante da realidade apresentada, em certas espécies de controvérsias, o tradicional processo litigioso perante o Judiciário parece não ser o melhor caminho para ensejar a reivindicação efetiva de direitos, devendo-se buscar a solução dos conflitos, através de meios alternativos, do modo menos traumático possível, sempre tentando a composição das partes de forma amigável com base na realidade social que informa a pendência existente.

Palavras-Chave: Acesso à justiça. Obstáculos. Meios Alternativos.

ABSTRACT

This monograph examining access to justice and alternative forms in the composition of conflicts among people. With the abandonment of the self-compositional forms of disputes solution, the strengthening of the state and the emergence of the human person guarantees, is the idea that only through the judicial function of the state conflicts could be resolved. Thus, access to the judiciary, taken by the Brazilian Federal Constitution as a fundamental right, should be fully guaranteed to all, should settle the conflicts in a more rapid and less costly as possible. However, the local Justice shows to be extremely bureaucratic, slow and high cost, constituting obstacles to access to justice for people economically fragile, making the role of the state-judge inefficient and ineffective. Accordingly, the emerging alternative means of resolving disputes, as new directions for followed voluntary basis, for those under the jurisdiction, that need resolving their disputes so often separate the templates contained in the traditional calendar. The objective is to show that the provision court, solely because not fully fulfill its function of social peace and the importance of creating alternative mechanisms for resolving conflicts, characterized by informality, speed and access active in the community, how important innovation of the judicial policy, to be, and optionally in parallel to the conventional justice, new ways of resolution of disputes, expanding and ensuring the access of marginalized people to a fair legal system. Through bibliographic research and analytical method-descriptive, conducts a theoretical approach and reflexive about the issue, to demonstrate the crisis of effectiveness of the judicial process and the importance of the implementation of means to provide the solution of conflict in ways most appropriate to the reality of certain controversy. It concludes that, given the reality presented in certain kinds of disputes, the traditional process at issue before the Judiciary does not seem to be the best way to claim of effective rights, and is seeking the solution of conflicts through alternative means, less traumatic way possible, always trying the parties composition to amicably based on the social reality that informs the existing pending.

Keywords: Access to justice. Obstacles. Alternative Means.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A SOCIEDADE, O DIREITO E OS CONFLITOS INTERSUBJETIVOS.....	13 1.1
CONFLITOS INTERSUBJETIVOS DE INTERESSES	15 1.2
FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS	16
1.2.1. Autotutela	16
1.2.2 Autocomposição	17
1.2.3 Heterocomposição	18
1.3. JURISDIÇÃO: A FUNÇÃO ESTATAL DE PACIFICAÇÃO	19
1.3.1 Conceito de Jurisdição	20
1.3.2 Sistemas Jurisdicionais	21
1.3.2.1 Sistema do Contencioso Administrativo	22
1.3.2.2 Sistema da Unidade de Jurisdição	22
1.3.3 Finalidades da Jurisdição	22
1.3.4 Jurisdição e o Direito de Ação	23 2
DO ACESSO À JUSTIÇA	25
2.1 CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA	25
2.2 SIGNIFICADO DE ACESSO À JUSTIÇA	27
2.3 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA	28
2.4 A QUESTÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL	29
2.4.1 Acesso à Justiça na Constituição Federal de 1988	30
2.5 DIFICULDADES AO EFETIVO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA	32
2.5.1 Custo do Processo	32
2.5.2 Demora na Solução dos Conflitos	34
2.5.3 Obstáculos de Ordem Processual e Organizacional	35
2.5.4 Aptidão para Reconhecer um Direito e Propor Ação em sua Defesa ...	36
2.5.5 Dificuldade do Litigante Eventual Perante o Habitual	38
2.5.6 Obstáculos Quanto aos Interesses Coletivos	40
2.6 INSTRUMENTOS PARA TORNAR EFETIVO O ACESSO À JUSTIÇA	42
2.6.1 Assistência Jurídica	43
2.6.2 Juizados Especiais	45
2.6.3 Informatização do Processo Judicial	48
2.6.4 Sistema <i>Judicare</i>	50

3 DEFICIÊNCIA E ALTERNATIVAS NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	52	3.1
MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS	54	
3.1.1 Arbitragem	55	
3.1.2 Conciliação	57	
3.1.3 Mediação	59	
3.1.4 Transação	61	
CONSIDERAÇÕES FINAIS	64	
REFERÊNCIAS	68	

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico, de título “O acesso à justiça e os meios alternativos de composição dos conflitos”, apresenta como tema cerne a crise de efetividade pela qual atravessa o processo judicial brasileiro, principal meio de acesso à justiça, em vista dos obstáculos estruturais e procedimentais que impedem o Judiciário de fornecer a contento a prestação jurisdicional; e a conseqüente busca por meios alternativos de composição dos conflitos, capazes de atender mais satisfatoriamente a litígios determinados que versem sobre direitos disponíveis.

Todas as sociedades, mais diretamente, as relações interpessoais, experimentam estados de conflito no processo diário de interação, criando situações de incerteza e instabilidade. Com a evolução da sociedade contemporânea, observa-se a existência de um número cada vez crescente de conflitos de interesses não adequadamente solucionados, ou nem mesmo submetidos à apreciação jurisdicional. Tal fato não é, de maneira alguma, salutar ao corpo social, demandando, o mais prontamente possível, a sua solução.

Ao avocar para si o monopólio da solução dos conflitos de interesses como forma de buscar o bem comum e a paz social, o Estado monopolizou o poder-dever de dizer o Direito ao caso concreto, consubstanciando-o na função jurisdicional, exercida por meio do processo. Contudo, o que se observa atualmente é que o alto custo do processo, a demora na prestação jurisdicional e a burocracia do Judiciário desestimulam o cidadão a recorrer ao Estado-juiz para ver satisfeito o seu legítimo direito violado ou em vias de violação. Fato que vem afastando, perigosamente, o cidadão do Poder Judiciário, levando a uma sociedade nele descrente e, conseqüentemente, insatisfeita.

Diante dessa problemática, surge a necessidade de resgatarem-se as formas alternativas de soluções de conflitos, até como meio para evitar-se o processo em certas circunstâncias, mediante soluções capazes de resolver determinados conflitos, que versem sobre direitos disponíveis.

As soluções alternativas de conflitos são institutos seculares e certamente utilizados desde as primeiras aglomerações sociais da história da humanidade. Institutos esses que, acolhidos e desenvolvidos pelo Direito de praticamente todos os países, são hodiernamente considerados eficazes formas de pacificação social com a incrível característica de contribuir para aliviar o exercício da função jurisdicional, diminuindo, consideravelmente, o acúmulo de pendências no Judiciário, possibilitando-o, via de consequência, desenvolver sua função de prestação jurisdicional com maior eficiência e rapidez.

Destarte, o tema de estudo proposto por esta monografia se mostra atual e importante, uma vez que a Justiça brasileira está passando por uma transmutação exigida pela própria evolução social, e estamos diante de uma reformulação dessa Justiça, influenciada pelas novas ideias de instrumentalidade e efetividade, que vai adquirindo características inovadoras, passando a ser questão recorrente nos debates entre os agentes do Direito.

Torna-se imperioso, portanto, a busca de mecanismos que venham em auxílio do Judiciário para que os conflitos possam ser resolvidos com maior agilidade. Nesse contexto, são de significativa importância os meios alternativos de soluções de conflitos como verdadeiros e eficazes mecanismos de se fazer justiça e de se alcançar a tão almejada paz social.

Nessa esteira, os meios alternativos, tais como a arbitragem, a conciliação, a mediação e a transação, colocam-se ao lado do tradicional processo judicial, como opções que visam a descongestionar os tribunais e reduzir o custo e a demora dos procedimentos, a estimular a participação da comunidade na resolução dos conflitos e a facilitar o acesso à justiça em seu sentido amplo.

No corpo do presente trabalho, ao longo de três capítulos, abordaremos, num primeiro momento, a importância do Direito na sociedade como instrumento garantidor do equilíbrio e da harmonia social, e as três formas de solução de conflitos consagradas pela doutrina – autotutela, autocomposição e heterocomposição –, dando-se ênfase à jurisdição, forma heterocompositiva de monopólio estatal, acometida ao Poder Judiciário.

Num segundo momento, tratar-se-á da temática do acesso à justiça, fazendo uma breve contextualização histórica do tema no mundo e no Brasil, mas focando-nos especialmente nos entraves apostos ao acesso à justiça ao jurisdicionado e os meios buscados para afastar tais entraves com vistas a tornar esse acesso mais efetivo.

Por fim, a questão analisada será a dos meios alternativos de composição dos conflitos: arbitragem, conciliação, mediação e transação, como formas de desobstruir o Judiciário e tornar a solução de determinados conflitos mais rápida e satisfatória.

1 A SOCIEDADE, O DIREITO E OS CONFLITOS INTERSUBJETIVOS

Inegável é o fato de que o Direito é um dos fenômenos mais notáveis na existência humana. Está ele indissociavelmente ligado à vida em comunidade. Não se consegue conceber uma sociedade harmônica e organizada, sem admitir, concomitantemente, a incidência de normas, ainda que na forma de costumes ou de simples regras de convivência. Deste breve intróito, podemos, pois, extrair uma noção elementar de Direito, qual seja, um conjunto de regras cogentes que garante a convivência em sociedade, em virtude da imposição de limites à ação de cada um dos membros que a compõem. Assim, ele é tido como um fato ou fenômeno decorrente da própria sociedade.

Esse produto da cultura humana, o Direito, tem sido responsável, ao longo dos séculos, pela segurança das relações interpessoais e interinstitucionais. Por isso mesmo, tem um indiscutível caráter conservador, no sentido de que concorre, com outros fatores, para a estabilização da vida em sociedade. Portanto, como o Direito decorre da criação humana, isto é, da vontade da sociedade em auto-regulamentar-se, ele manifesta-se como controlador do homem social ou, em termos outros, como sistema de controle social. Sob este prisma, o Direito é utilizado como instrumento de dominação da sociedade, pois esta se submete às regras de controle instituídas para organizar a sua convivência social.

É tranqüilo, pois, o entendimento de que é impossível a convivência humana em sociedade sem uma normatização. A presença marcante do Direito dentro da sociedade é uma constante na história dos povos desde a Antigüidade, mas, em especial, para nós, de maior relevância no Direito Romano, no qual tem suas raízes todo o Direito ocidental. É proveniente do Direito Romano, que vigorou à época do antigo Império Romano durante cerca de 12 séculos, com seu sistema do *civil law*, o brocardo que expressa com magnífica síntese o que dissemos até o momento: *ubi societas, ibi jus*.

Destarte, o homem que interage, o homem integrado socialmente precisa de normas cujo objetivo precípua é a conservação da própria sociedade, a partir da delimitação da atividade das pessoas que a compõem e dos próprios interesses em conflito.

Não basta, porém, traçar as normas de convivência. Deve o Direito, sobretudo, refletir os valores e sentimentos básicos a serem preservados dentro do contexto social. Valores e sentimentos esses que não podem ser afrontados sob pena de perturbação do equilíbrio das relações sociais.

O Direito, tal qual o concebemos hoje, deve ser um sistema que possui como função, e ao mesmo tempo objetivo, a estabilização de expectativas normativas, de forma a promover o desenvolvimento de todo o grupamento social. Entretanto, a forma como o Direito vem sendo produzido, refletido, pensado e aplicado tem acabado por torná-lo também um instrumento perverso de manutenção das diferenças e desigualdades.

Por ser decorrente da criação humana, o Direito é direcionado de acordo com os interesses impostos pela sociedade. É um complexo dinâmico, suscetível de transformações, já que deve acompanhar a evolução da sociedade. Não basta, portanto, a simples existência do Direito na sociedade, é indispensável que ele exista de forma atual e atuante, pois somente assim o Direito será um instrumento eficaz na garantia do equilíbrio e harmonia social.

1.1 CONFLITOS INTERSUBJETIVOS DE INTERESSES

Como se observou, das necessidades humanas decorrentes da vida em sociedade surge o Direito, visando a garantir as condições indispensáveis à coexistência dos elementos que compõem o grupo social. Contudo, é forçoso reconhecer que esse sistema regulador não é suficiente para evitar ou eliminar todos os conflitos que podem emergir da teia tão complexa das relações humanas.

Os seres sociais vivem buscando meios para satisfazer as suas pretensões ligadas a bens ou utilidades da vida, assumir ou permanecer em determinadas situações.

Bens da vida são todas as coisas ou valores necessários ou úteis à sobrevivência e ao aprimoramento do homem. Mas nem sempre estas coisas existem em quantidade suficiente para atender às exigências de todos.

Por isso mesmo, em determinadas hipóteses, as buscas são barradas por certos obstáculos, que, algumas vezes, podem consistir também em outras buscas. Nesse caso, ambas ou uma delas pode não ter êxito em razão da outra.

A partir daí pode-se visualizar a idéia de conflito, quando mais de uma pessoa procura usufruir o mesmo bem da vida, havendo resistência por uma das partes ou vedação do ordenamento jurídico à satisfação voluntária da pretensão. De ambas as situações emerge a insatisfação de uma das pessoas, independentemente de possuir ou não direito ao bem pretendido. A insatisfação é sempre um fator anti-social impondo sua solução para a manutenção do equilíbrio social

Portanto, há conflito de interesse sempre que observamos justamente essa colisão, essa convergência não harmônica de pelo menos dois interesses.

O interesse, por seu turno, é uma exigência subjetiva de concretização de determinada situação, embora tenha relevância jurídica apenas se considerado sob um enfoque objetivo e, às vezes, exigindo até mesmo sua exteriorização.

Acontece, como dissemos, que os bens que satisfazem as necessidades do homem são limitados, engendrando, por conseguinte, os conflitos intersubjetivos de interesses. E, como visto, a coincidência objetiva de interesses subjetivos é fato propiciador de desarmonias entre sujeitos sociais.

Os conflitos de interesses podem ser percebidos sob uma dupla dimensão, de um lado o conflito jurídico envolvendo direitos violados ou supostamente violados, e de outro o conflito social, envolvendo as relações entre indivíduos que desestabilizam a sociedade e nem sempre são reestruturadas. Em realidade não se trata, o conflito, de meras questões materiais, mas subjetivas e emocionais.

Os conflitos intersubjetivos podem adquirir as mais variadas feições, dependendo do seu objeto, da capacidade de entendimento entre as partes etc. Não é difícil constatar que um conflito familiar possui características diferentes de um conflito entre empresas e que ambos requerem tratamentos diversos. Diante dessa realidade, faz-se necessário explicitar que para cada tipo de conflito é mais apropriado este ou aquele método de solução.

1.2 FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Ao surgir um conflito, ocorrência habitual na vida em sociedade, essa situação pode perdurar ou ser extinta. A perpetuação de um conflito, no entanto é inconveniente e prejudicial a todo o meio social, urgindo, pois, que seja ele dirimido o quanto antes para que se garanta a paz e o equilíbrio coletivos. À extinção do conflito dá-se o nome de solução.

As formas de solução de conflitos, consagradas pela doutrina, são distribuídas em três grupos: *autotutela*, *autocomposição* e *heterocomposição*. Essas três formas de solução dos conflitos não se apresentam, contudo, como um processo evolutivo linear. Constituem, isso sim, uma descrição megascópica da tendência que culminou com o Estado avocando o poder de dirimir os conflitos e pacificar as relações.

Em apertada síntese introdutória ao assunto sobre o qual discorreremos a seguir, destacamos que primitivamente, frente à inexistência de um Estado forte o suficiente para sobrelevar-se à vontade dos particulares, competia às próprias pessoas a busca da satisfação e execução de seus interesses com os meios de que dispunham. Eram os tempos da chamada

justiça privada – *autotutela ou autodefesa* – ou justiça pelas próprias mãos, onde prevalecia a lei do mais forte.

No entanto, também neste início, o homem, ainda sem a ajuda do Estado, passou a buscar amigavelmente e até altruísticamente a solução de suas pendências. O que se denominou de *autocomposição*, surgindo assim, uma segunda forma de composição de litígios.

Somente com o fortalecimento e organização do Estado, a justiça privada foi substituída pela Justiça Pública ou Oficial. A partir de então, passou a se fazer necessária a intervenção do Estado-juiz, em sua atuação de aplicar o Direito ao caso concreto, em caráter de definitividade, substituindo a vontade das partes envolvidas. Desta forma, o Estado moderno chamou para si o encargo e o monopólio de definir o Direito, bem como o de realizá-lo, sujeitando os cidadãos ao cumprimento de suas decisões. Surge aí a *tutela jurisdicional*, restando às partes não mais agir por si mesmas, mas sim fazer agir a máquina estatal, provocando o Estado-juiz por meio do direito de ação.

1.2.1 Autotutela

O comportamento humano retrata a busca natural da autoconservação e da satisfação de desejos pessoais sem as limitações coercitivas estatais.

À época das primitivas civilizações, onde ainda não observávamos a existência de um Estado forte o necessário para sobrepujar os ímpetos individualistas, se alguém pretendesse alguma coisa para si e, por qualquer razão, sua pretensão fosse obstaculizada por outrem, não havia solução outra senão a de recorrer ao uso de sua própria força e utilizar-se de seus próprios meios para, por si mesmo, satisfazer o seu anseio.

Até mesmo a repressão às condutas delituosas era realizada pela autotutela ou, mais propriamente, por meio da chamada *vingança privada*. Nesta fase, se cometido um crime, a reação se dava por parte da própria vítima, dos parentes ou até do grupo social. A vingança privada era realizada sem qualquer proporção à ofensa, podendo, inclusive atingir não só o ofensor como também todo o seu grupo.

A autotutela ou autodefesa é, pois, a solução violenta do conflito. Cada um dos litigantes procura impor sua pretensão pela força. Assim, é, sem dúvida, o meio mais primitivo e também o menos perfeito de se fazer justiça. Vence sempre o mais forte, quer tenha ou não razão. Por meio dessa auto-satisfação, a solução dos conflitos surgidos se dá

com a vitória do mais forte, ou mais perspicaz, em detrimento da integridade do derrotado, seja física, seja moral.

A utilização legítima da autotutela só excepcionalmente é tolerada pela legislação dos povos civilizados. Entre esses casos especialíssimos, podemos nos referir à legítima defesa, à greve e ao desforço imediato, hipóteses expressamente previstas pela nossa legislação.

Tomando-se, por exemplo, o atual ordenamento jurídico brasileiro, tem-se a prova da intenção do Estado no sentido de deter o monopólio da força, na medida em que tipifica a conduta de exercício arbitrário das próprias razões no artigo 345 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:
Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Importante destacar a problemática de que mesmo quando o Estado existe, mas é fraco e ausente, dá-se ensejo a este comportamento social. Em certas hipóteses, diante da constatação inafastável de que o Estado não é onipresente e onipotente, o indivíduo toma a liberdade de agir por si próprio.

1.2.2 Autocomposição

Uma forma de solução de conflitos que já existia, e continua existindo, é a autocomposição. É ela tão antiga quanto a autotutela e, assim como esta, também é forma de solução parcial dos conflitos, ou seja, é de iniciativa das partes e por elas próprias realizada. Todavia, ao contrário da autotutela, é solução pacífica da controvérsia.

Autocomposição é a forma com que as partes, por meio de acordo entre elas chegam à solução pacata de um conflito. E, pelo fato de ser fundada no acordo de vontades, pressupondo pacificidade e liberdade, expressa, no mais das vezes, o verdadeiro anseio dos envolvidos.

Como dito, na autocomposição uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou de parte dele. Em vista disso, temos que ela sobrevive nos dias de hoje em relação a interesses disponíveis.

São elencadas pela doutrina três formas de autocomposição, todas elas têm em comum a circunstância de serem parciais, no sentido de que dependem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas.

A primeira delas é a *desistência*, sendo compreendida como o abandono à pretensão. Na desistência, a parte renuncia, despoja-se voluntariamente a um direito ou a um interesse. É uma declaração unilateral de vontade com que o titular de um direito retira-se da respectiva relação jurídica.¹

Em seguida temos a *submissão* que se configura como a renúncia à resistência oferecida à pretensão. Em outros termos, a submissão ocorre quando a parte que antes apresentava óbice à pretensão da parte contrária, abdica de apresentá-la, sujeitando-se à sua vontade e não se constituindo mais em empecilho ao seu interesse.

Por fim, a transação, como terceira forma de autocomposição, consiste em concessões recíprocas. Nela as partes contemporizam, buscam, por meio de concessões mútuas, chegar a um acordo. No ordenamento jurídico brasileiro, a transação pode ser efetuada judicial ou extrajudicialmente, assunto no qual nos ateremos em linhas posteriores.

1.2.3 Heterocomposição

Como visto, nas fases primitivas da trajetória humana não existia o Estado para impor o Direito acima da vontade do indivíduo. Nesse momento, a solução de um conflito só poderia ser dada por meio da autotutela ou da autocomposição.

Quando, paulatinamente, os indivíduos perceberam que tais formas de solução das controvérsias por ato das partes colocavam em risco a própria estabilidade das relações sociais, passaram a preferir confiar o poder decisório do conflito, exclusivamente, a um terceiro, alheio ao objeto do litígio. É, portanto, a heterocomposição.

A heterocomposição acontece quando o conflito se soluciona por meio da intervenção de agente exterior à relação conflituosa original. As partes, em busca de solução, submetem a terceiro seu litígio para que ele o dirima.

A intervenção de terceiros na solução de um conflito se iniciou com a livre escolha pelas partes de um árbitro, que entendessem ser imparcial, que decidiria o caso a ele apresentado e cuja decisão, fosse qual fosse, deveria ser acatada pelos litigantes. Portanto, como quem decidia o conflito era um terceiro, sem relação com o conflito formado ou com as próprias partes, sua decisão era obrigatória.

Com a criação do Estado, e conseguinte monopolização da força, coube a ele resolver os conflitos quando não há acordo entre os indivíduos, por meio da jurisdição. A jurisdição trata-

¹ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Dicionário Compacto do Direito*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 222.

se de forma de composição impositiva afetada, via de regra, ao Poder Público, realizada por meio do processo, que reside, basicamente, numa obrigação legal de sujeitar-se à jurisdição estatal e no direito de provocá-la. O sistema judicial é, pois, forma de heterocomposição, já que o conflito só é resolvido pela decisão (sentença) de um juiz. Nesse caso, há a figura do juiz investido de poder para agir em nome de um Estado organizado. Com o fortalecimento do Estado e o surgimento das garantias da pessoa humana, surge a idéia de que somente por meio do processo, no qual certos pressupostos, direitos e garantias estivessem presentes, é que os conflitos poderiam ser resolvidos.

Na heterocomposição, não há exercício de coerção pelos sujeitos participantes. Distingue-se da autotutela e da autocomposição pelo fato de a decisão ser *suprapartes*, enquanto nas formas anteriores há resultado alcançado pelas próprias partes.

São consideradas técnicas heterocompositivas a arbitragem e a jurisdição. Em breve síntese, a arbitragem é forma de composição dos conflitos, considerada por alguns doutrinadores como um equivalente jurisdicional. A jurisdição, por sua vez, é a forma compositiva estatal por excelência.

Conquanto faça valer um ideal de justiça preestabelecido legalmente, a composição heterogênea normalmente irá satisfazer somente a uma das partes do conflito, pois aquela a quem for negada a situação perseguida muito provavelmente não cederá de bom grado, muito embora terá o dever de ceder.

1.3 JURISDIÇÃO: A FUNÇÃO ESTATAL DE PACIFICAÇÃO

Talvez em razão do medo e da insegurança constantes, os homens resolvem comprometer-se reciprocamente com a fixação de regras a serem seguidas para tornar possível seu convívio de maneira pacífica e harmônica.

À medida que a sociedade se torna complexa e surge o Estado, principalmente o Estado Moderno, entendido como tal aquele que deflui dos processos revolucionários norte-americano e francês, a tarefa de assegurar a eficácia das regras de convivência, o Direito, passa a ser exercida pelo próprio Estado, através de uma de suas funções.

Antes, pois, de imergirmos no tema ora proposto e para compreendermos melhor a função jurisdicional, destacamos que o Estado exerce a sua soberania, na concepção interna,

através de suas três funções básicas, ou poderes, na clássica sistematização de Montesquieu²: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Descrevendo de forma superficial, o Legislativo tem a função precípua de elaborar as normas que regulam o convívio em sociedade, ditando as regras necessárias para a manutenção da paz e da tranqüilidade social. O Executivo, utilizando-se das normas criadas pelo Legislativo, administra, executa, dá o disposto na norma legal a todos os indivíduos, sempre visando o interesse público. O Judiciário, por seu turno, uma vez provocado, tem por escopo a solução das controvérsias existentes na sociedade, ou seja, incumbe-se da função jurisdicional.

Em vista de tudo isso, o Estado, como observado, albergou para si o monopólio da solução dos conflitos de interesses como forma de buscar o bem comum e a paz social. O Estado exerce assim a substitutividade nas questões onde há controvérsias, substituindo os litigantes para dizer o Direito no caso concreto.

É nesse cenário que se insere a jurisdição. Através dela o Estado garante a ordem e a estabilidade sociais. A jurisdição, entendida como uma das atividades soberanamente exercidas pelo Estado na composição de litígios entre as pessoas, revela regras, princípios e garantias constitucionais responsáveis pela manutenção da ordem jurídica.

1.3.1 Conceito de Jurisdição

Após essas considerações iniciais, busquemos o conceito de jurisdição.

Etimologicamente, a palavra jurisdição deriva do latim *juris* (direito) *dictionis* (ação de dizer). Jurisdição, então, em tradicional e sucinta definição, significa exatamente isso: dizer o Direito.

Podemos assim definir jurisdição como o poder de dizer o Direito aplicável a determinado caso concreto a fim de dirimir um conflito de interesses.

Segundo as lições do mestre processualista Misael Montenegro Filho:

A jurisdição se qualifica como o poder conferido ao Estado de solucionar conflitos de interesses não resolvidos no âmbito extrajudicial, devendo ser destacado, de proêmio, que esse poder se diferencia dos demais poderes do Estado em decorrência da característica da decisão tomada pelo representante do ente estatal em resposta ao litígio que foi trazido ao seu conhecimento, a saber: a decisão, na

² *De l'Esprit des Lois*, Paris, 1748.

hipótese de ser acobertada pela coisa julgada, não pode mais ser revista nem pelo Poder Judiciário nem por outro poder do Estado.³

Diante disso, ao nosso ver, a jurisdição conceitua-se como uma das funções do Estado, através da qual este, por intermédio do Poder Judiciário, busca a pacificação do conflito, mediante provocação, em caráter substitutivo e de forma imparcial. Essa pacificação é feita através da atuação da vontade do direito objetivo apresentado no caso em concreto.

1.3.2 Sistemas Jurisdicionais

Na definição de Deocleciano Torrieri Guimarães⁴, sistema é um método, critério, complexo de regras para a concretização de certas atividades. No que tange à solução dos conflitos intersubjetivos, podemos dizer que existem dois sistemas básicos: o *sistema do contencioso administrativo* e o *sistema da unidade de jurisdição*.

1.3.2.1 Sistema do Contencioso Administrativo

Também cognominado de sistema da dualidade de jurisdição ou sistema francês, o sistema do contencioso administrativo é caracterizado pelo fato de que, ao lado da Justiça do Poder Judiciário, o ordenamento jurídico contempla o que podemos chamar de uma Justiça Administrativa.

Nesse sistema se veda o conhecimento pelo Poder Judiciário de atos da Administração Pública, ficando estes sujeitos à chamada jurisdição especial do contencioso administrativo, onde, nos conflitos, uma das partes é necessariamente o Poder Público. Destarte, a Justiça Administrativa tem jurisdição e competência apenas sobre alguns litígios específicos.

Observa-se, portanto, uma dualidade de jurisdição: a jurisdição administrativa, formada pelos juízes e tribunais de natureza administrativa, com plena jurisdição em matéria administrativa, e a jurisdição comum – judiciária –, formada pelos órgãos do Poder Judiciário, com a competência de resolver os demais litígios. Em ambas as Justičas, as decisões proferidas ganham o revestimento de *res iudicata*, de modo que a causa decidida em uma delas não mais pode ser reapreciada pela outra.

³ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 71.

⁴ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico*, 7 ed. São Paulo: Rideel, 2005, p. 505.

1.3.2.2 Sistema da Unidade de Jurisdição

Lineamento diverso possui o sistema da unidade de jurisdição, também conhecido como sistema do monopólio de jurisdição ou sistema inglês. Nessa modalidade, todos os litígios, de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados, são resolvidos judicialmente pelos juízes e tribunais do Poder Judiciário. Esse é o sistema adotado pelo ordenamento brasileiro desde a Constituição Republicana de 1891.

O Direito brasileiro não agasalha, portanto, o princípio da dualidade jurisdicional, diversamente do que ocorre em alguns sistemas europeus. A unicidade jurisdicional acabou por transformar a instância administrativa em mera etapa (não obrigatória) em direção à única solução definitiva dos litígios: a judicial.

No sistema da unidade de jurisdição, apenas os órgãos do Poder Judiciário, quando provocados, exercem função jurisdicional e proferem decisões com o caráter da definitividade.

No Brasil, a inafastabilidade da jurisdição, como fundamento do sistema da unidade de jurisdição, competente ao Poder Judiciário, encontra-se expressa no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, sobre o qual nos deteremos em linhas futuras, que explicita: Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Assim, nenhuma decisão de qualquer outro Poder que ofenda direito, ou ameace ofendê-lo, pode ser excluída do reexame pelos órgãos jurisdicionais.

1.3.3 Finalidades da Jurisdição

A finalidade maior que informa toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação social.

Discorrendo sobre o assunto, asseveramos que a finalidade da jurisdição mantém estreita relação com sua definição. Entendendo-a definida como função, poder e atividade estatal, logo, é possível, igualmente, vislumbrar-lhe três finalidades que lhes são correspondentes.

Primeiramente, parte-se do primordial escopo da atuação do Estado através da jurisdição: a *finalidade social*. Esta está ligada à definição de jurisdição como função estatal. Com efeito, o fim social da jurisdição é caracterizado pela busca da promoção do bem

comum, com a pacificação, com justiça, pela eliminação dos conflitos, bem como, da educação para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios.

Reconhecido os fins sociais, necessário chamar atenção ao segundo objetivo da jurisdição – aqui vista como poder estatal – , qual seja: o *escopo político*, ou, em termos diversos, aquele em que o Estado busca a asseveração de seu poder.

Note-se que a finalidade política refere-se à jurisdição como poder. Assim, perseguindo a resolução dos conflitos, o Estado apresenta sua feição soberana, evitando o desrespeito generalizado às normas jurídicas, por suas contradições ou divergências, o que se pode chamar de anomia.

Por fim, tem-se a terceira finalidade da jurisdição, desta vez concebida como atividade estatal, o *escopo jurídico*. A jurisdição tem por escopo a atuação da vontade concreta do Direito. E, não fugindo ao antes apresentado, de forma a coadunar-se com os princípios constitucionais, essencialmente no que toca à justiça social e dignidade da pessoa humana, cogita-se, outrossim, entre as finalidades da jurisdição, a de proteção de direitos subjetivos.

Em suma, através de suas finalidades, corolários do ideal instrumentalista do processo, a jurisdição deixa de ser vista como fim em si, e passa a ser concebida como ferramenta de atuação do Direito, seja visando à pacificação social, seja visando à manutenção da ordem política ou a reafirmação da supremacia das normas jurídicas, em proteção dos direitos e interesses subjetivos, sejam individuais ou coletivos.

1.3.4 Jurisdição e o Direito de Ação

Como conseqüência natural da análise da compreensão de jurisdição, urge sejam tecidas algumas considerações relativas à ação, que se apresenta como um desdobramento daquela. Existe, pois uma estreita relação entre jurisdição e ação, podendo-se afirmar que não existe ação sem o exercício da jurisdição nem, tampouco, há a concretização da jurisdição sem a ação.

O Estado assumiu para si o encargo da jurisdição. Todavia, até que seja provocada por aquele que se sente prejudicado em seus interesses, a jurisdição se mantém em forma estática, no aguardo da ação provocadora, em obediência ao princípio da inércia da jurisdição. Cabe, pois, ao titular da pretensão resistida invocar a função jurisdicional. É o direito de solicitar o exercício da função jurisdicional, denominado *direito de ação*.

Podemos, desta forma, conceituar o direito de ação como o direito autônomo de natureza subjetiva, pública, abstrata e genérica de exigir do Estado a tutela jurisdicional, que, por sua vez, se exerce através do processo.

Como acabamos de expor acima, o direito que se exerce contra o Estado, ao se pleitear a tutela jurisdicional para um caso específico, é imediatamente aproveitado pelo requerente da tutela, mas mediadamente dirigido a toda sociedade, pois por meio dele se está afirmando a própria ordem jurídica nacional, efetivando-a. Uma ordem que somente pode considerar-se existente na medida em que haja meios de torná-la uma realidade concreta.

Nos é permitido, portanto, dizer que o direito de ação, como motor da função jurisdicional, exerce, de fato, uma função cívica de relevante valor. Esse direito ou poder, que hoje adjetivamos de forma tão gloriosa e a que damos grande *status* na organização do Direito alçou ao seu patamar mais importante: de garantia constitucional de todos os outros direitos, por meio dele efetivados junto ao Poder Judiciário. É hoje visto como o direito cívico, abstrato e incondicionado, que instrumentaliza e dá início à função jurisdicional.

2 DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça, que ora trataremos, tem sido o cerne de um perceptível movimento que vem, nas últimas décadas, revolucionando o pensamento jurídico, fazendo com que se dê, dentro do Direito, a devida importância aos vários fatores que compõem a complexidade da sociedade humana: as pessoas, as instituições e os processos, elementos através dos quais o Direito vive, se desenvolve e evolui.

Na esteira desse movimento, observamos que a consciência jurídica foi despertada para algo que transcende a tecnicidade da prestação jurisdicional, ou seja, abriu os olhos para a dimensão social da função jurisdicional. A melhor doutrina, hoje, se orienta não mais no sentido de aprofundar os tão clássicos conceitos de jurisdição, ação e processo, mas no de enfatizar o tema acesso à justiça, sobrelevando os problemas da instrumentalidade e da efetividade da tutela jurisdicional.

2.1 CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA

Inicialmente, merece destaque, ainda que de maneira sumária, uma reflexão sobre o verdadeiro significado da palavra justiça, expressão muito utilizada pelos agentes do Direito.

Percebemos que a justiça é virtude de difícil definição. Ao longo da História, vemos a tentativa de filósofos em traduzir o seu significado. Para os gregos a noção de direito estava ligada à idéia de justiça, sendo Aristóteles o primeiro a propor uma teoria sistemática de justiça, partindo de uma definição de justiça identificada com a de igualdade:

Já que tanto o homem injusto quanto o ato injusto são iníquos, é óbvio que há também um meio termo entre as duas iniquidades existentes em cada caso. Este meio termo é o igual, pois em cada espécie de ação na qual há um “mais” e um “menos” há também um “igual”. Se, então, o injusto é iníquo (ou seja, desigual), o justo é igual, como todos acham que ele é, mesmo sem uma argumentação mais desenvolvida. E já que o igual é o meio termo, o justo será um meio termo. Ora: a igualdade pressupõe no mínimo dois elementos; o justo, então, deve ser um meio termo, igual e relativo (por exemplo, justo para certas pessoas), e na qualidade de meio termo ele deve estar entre determinados extremos (respectivamente “maior” e “menor”).⁵

⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômanos*, trad. do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. Brasília, Universidade de Brasília, 1985, pp. 95, 96.

Os romanos, por sua vez, a entendiam como uma ordem pacificadora. Nesse sentido, em Ulpiano, célebre jurista romano, encontramos a seguinte definição de justiça: *a justiça consiste em dar a cada um o que é seu*.

No Velho Testamento, a justiça é derivada da obediência à palavra de Deus. Na Lei de Talião, conhecida pelo brocardo “olho por olho, dente por dente”, a justiça tem em sua concepção, claramente, a incidência do princípio retributivo.

Sabe-se, porém, por aproximação e senso comum, que igualdade e verdade são sempre necessárias para a compreensão desta qualidade do agir humano em sociedade. Pode-se afirmar até que a igualdade relaciona-se com a forma de alcance da justiça, e a verdade com o conteúdo dessa ação.

A justiça abriga um ideal e um valor. Como ideal, é a representação abstrata do estado de pleno equilíbrio da vida social. Como valor, podemos afirmar que a idéia de justiça varia constantemente: o que era justo para os antigos talvez não o seja para nós, embora possa voltar a sê-lo no futuro. Pressupõe, portanto, um processo de reflexão sobre a realidade fática de uma época para que haja a possibilidade de se sentir o justo.

Dessa forma, a justiça está ligada a uma visão comprometida com o bem comum, com a observação e reconhecimento das desigualdades sociais, lutas de classe, reconhecimento da legitimidade de movimentos sociais que sem dúvida representam os clamores das massas por justiça, por igualdade, advirta-se uma igualdade substancial e não meramente formal.

Uma postura reflexiva dentro do universo jurídico se faz necessária, tendo em vista que o conceito ou a ideal justiça está muito além da lei, do direito positivado, como pretendem os positivistas jurídicos. Ao contrário, podemos afirmar que, nos dias de hoje, a justiça é o ideal a ser buscado pelo Direito. Assim como também por acesso à justiça não podemos apenas e tão somente entendê-lo como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, como veremos.

Destarte, falar em justiça é antes de qualquer coisa, falar em consciência de cidadania e em participação. A justiça deve observância, sobremaneira, à dignidade da pessoa humana. E é exatamente por essa razão, que são incompatíveis com uma perfeita concepção da justiça todas as doutrinas que negam a igualdade de natureza e dignidade de todo o gênero humano.

O respeito à dignidade da pessoa humana, à igualdade dos homens em suas relações com seus pares e à legalidade, a busca pela satisfação e pela solução dos conflitos de forma justa, célere, efetiva e eficaz, proporcionando, assim, a pacificação social, pode-se dizer, são as bases da concepção atual de justiça e do Estado Democrático de Direito.

2.2 SIGNIFICADO DE ACESSO À JUSTIÇA

A conceituação do termo “acesso à justiça”, que tem como precursores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, pode ser elaborada, doutrinariamente, tendo-se em conta, basicamente, dois aspectos: o formal e o material.

Se o acesso à justiça for interpretado com o sentido e conteúdo de acesso ao Poder Judiciário, admitindo-se como sinônimas as expressões acesso à justiça e acesso ao Judiciário, teremos uma conceituação meramente formal ou objetiva. Por outro lado, se observada a acepção material ou substancial da expressão e considerada a justiça em seus termos axiológicos, o acesso à justiça será tido como o acesso a uma ordem jurídica justa, ou seja: o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.

É forçoso reconhecer que o acesso à justiça de certa forma passa pelo acesso ao Judiciário, pois aos indivíduos, regra geral, é defeso fazer justiça com as próprias mãos, devendo procurar uma reposta jurisdicional, esta a ser dada pelo Poder Judiciário, por ser o Estado devedor da prestação da tutela jurisdicional.

Assim, tomando-se o acesso à justiça em seu sentido formal, é imprescindível, neste instante, que se traga à baila o entendimento do Ministro Marco Aurélio no julgamento de Recurso Extraordinário, quando, ao tratar de inteireza da prestação jurisdicional, diz que: A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível.⁶

Todavia, o acesso à justiça não se reduz ao acesso ao Judiciário, tendo em vista que este último é um dos poderes do Estado, detentor da função precípua de dizer o Direito ao caso concreto, segundo tradicional entendimento, e a concepção ou o conceito de justiça, por sua vez, vai além do apenas “dizer o Direito”, ou aplicar a lei ao caso concreto como preferem os positivistas jurídicos ortodoxos. Por tal razão, não basta afirmar que o acesso à justiça seja tão somente o acesso ao sistema jurídico formal, tendo em vista que o simples “propiciar o acesso” nem sempre se coaduna com o ideal de prestação jurisdicional: resultados justos.

A expressão "acesso à justiça" é reconhecidamente de difícil definição. O seu significado, apesar de incluí-la, não pode se restringir à simples entrada nos protocolos do

⁶ STF, RE 158655-PA, julgado em 20.08.1996, Segunda Turma, pub. DJ 02.05.1997.

Judiciário de petições e documentos, abrangendo uma efetiva e justa composição dos conflitos de interesses, diante da necessidade de respostas ao aumento significativo das demandas sociais.

Para Cândido Rangel Dinamarco, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Ada Pellegrini Grinover,⁷ o acesso à justiça não se identifica com a mera admissão do processo ou a possibilidade de ingressar em juízo; é sim, a garantia de que o maior número possível de cidadãos possa demandar e defender-se adequadamente em juízo, isto é, ter acesso à efetividade no processo, com os meios e recursos a ele inerentes, de modo a obter um provimento jurisdicional saudável.

Na verdade, por acesso à justiça deve-se entender a proteção a qualquer direito, sem qualquer restrição econômica. Não basta a simples garantia formal da defesa dos direitos e o acesso aos tribunais, mas a garantia de proteção material desses direitos, assegurando a todos os cidadãos, independentemente de classe social, a prática do justo.

Em suma, o acesso à justiça não se limita a possibilitar o acesso aos tribunais, mas de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, ao direito à informação, à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país, ao acesso a uma justiça adequadamente organizada, formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização dessa ordem jurídica justa, com a preordenação dos instrumentos processuais à promoção da objetiva tutela dos direitos.

2.3 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA

O conceito de acesso à justiça mereceu considerável evolução, transpondo desde uma formulação rudimentar, sendo visto como apenas um direito natural⁸, para avançar a um direito individual, desta feita assumindo uma feição social e política de relevância e significação.

O acesso à justiça era, a princípio, reconhecido como um direito natural e estes pertenciam à esfera individual de conveniências em cuja órbita o Estado não interferia. Com isto reservava-se a justiça àqueles que tinham conhecimento de seus direitos e podiam arcar

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 33.

⁸ Direito natural: é direito não escrito, não criado pela sociedade, nem formulado pelo Estado. Como o adjetivo natural indica, é um direito espontâneo, que se origina da própria natureza social do homem que é revelado pela conjugação da experiência e razão e é constituído por um conjunto de princípios, e não de regras.

com os custos de sua obtenção. Aqueles que não tivessem meios ou conhecimento para buscar a justiça estavam condenados à própria sorte.

Em seguida, a concepção avançou para a percepção do acesso à justiça como sendo direito individual, muito embora fosse efetivamente indisponível a enormes contingentes da população. Neste ponto a idéia de acesso à justiça evolui para a concepção social do Estado moderno.

No decorrer do século XX a política governamental, por todo o mundo, voltou-se para o coletivo ou social. A vagueza do *laissez-faire* dos séculos XVIII e XIX, onde todos eram presumidamente iguais e a doutrina do acesso à justiça não se preocupava com os legítimos problemas do indivíduo, mas tão somente com o teórico do processo, restou abandonada. Então as Constituições passaram a contemplar a efetivação dos direitos fundamentais, não apenas os definindo e declarando, mas efetivando-os pela garantia e acessibilidade.

Com a Declaração dos Direitos do Homem, contemplando o princípio da igualdade entre todos e a proteção idêntica de seus direitos, nascem os princípios básicos que, uma vez viabilizados e obedecidos pelos Estados nacionais, fornecem as condições para a consecução do acesso à justiça. A observância destes princípios compõe o primeiro passo a ser dado pelo Estado Democrático de Direito para que o cidadão possa viver o sentido da democracia e da justiça em seus valores mais importantes. Somente assim pode o Estado assegurar ao cidadão a garantia de seus direitos.

Enfim, O termo “acesso à justiça”, antes uma reflexão, deixou de ser tema teórico para configurar-se no texto constitucional e, especialmente, tornar-se dinâmico através do operador jurídico. A visão, hoje, do acesso à justiça, só pode concretizar-se a partir da consciência e da atuação de agentes do Direito que com a mesma se identifiquem.

2.4 A QUESTÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Em diversos países do mundo, a partir da década de 1970, se iniciava um movimento em cadeia em busca da transformação das leis processuais e da reformulação do processo judicial, objetivando eficiência, celeridade e simplicidade na sua condução, o que se fez acompanhar por uma ampla flexibilização do Direito através de novas leis, e da interpretação do acesso à justiça com um significado característico e abrangente.

Cognominado *Access-to-Justice Moviment*, consubstanciava-se em um movimento acadêmico de cunho jurídico-político, com enfoque na ampliação do acesso à justiça e que

justificou o *Florence Project*, coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth com financiamento da *Ford Foundation*.

No Brasil, todavia, essa reação não sobreveio das mesmas bases que justificaram o *Florence Project*, ou seja, a crise do *Welfare State*. Surge, porém, como movimento social interno iniciado em meados da década de 1980, a partir do processo político e social de reabertura política, com sua discussão provocada com foco na exclusão da grande maioria da população dos direitos sociais básicos.

A literatura jurídica produzida a partir do início dos anos 80 estava preocupada, fundamentalmente, com o processo de construção de direitos dos setores marginalizados da sociedade. Inicia-se, assim, uma transformação legislativa e acadêmica, observada pelos movimentos e estudos para a democratização do acesso à justiça para a efetiva concretização dos direitos individuais, sociais, difusos e coletivos.

É possível destacar dois eixos principais que guiaram as pesquisas desenvolvidas acerca da temática do acesso à justiça no Brasil. De um lado, temos as pesquisas sobre o acesso coletivo à justiça que marcam especialmente a primeira metade dos anos 80. De outro, situam-se as investigações sobre formas estatais e não-estatais de solução de conflitos individuais, a partir de meados da década de 80, tais como os denominados Juizados Especiais de Pequenas Causas.

2.4.1 Acesso à Justiça na Constituição Federal de 1988

Sob a influência dos movimentos sociais e doutrinários que a precederam e já com a direção esboçada na legislação ordinária, é promulgada, em 05 de outubro de 1988, a nova Constituição Brasileira, fazendo surgir com ela uma nova ordem estatal, fincada no Estado Social Democrático de Direito.

A nova Carta consagra e expande o âmbito dos direitos fundamentais, individuais e sociais, já prevendo em seu texto a criação de mecanismos adequados a garanti-los, trazendo à baila o acesso à justiça.

O fundamento constitucional para o princípio do acesso à justiça, focando-nos na acepção formal, pode ser visualizado no art. 5º, inciso XXXV, da CF, o qual prevê que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. É a norma que consagra o direito fundamental ao acesso à justiça, direito subjetivo típico, divisível, particularizável ou desfrutável individualmente, que enseja a exigibilidade de

comportamentos positivos e negativos do Estado. É a consubstanciação do conhecido princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Analisando a norma do citado art. 5º, XXXV, em acordo com o § 1º do mesmo artigo e com o art. 60, § 4º, inciso IV, todos do texto constitucional, nos é permitido sustentar que o direito ao acesso à justiça se constitui em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, além do que, compondo o rol das chamadas cláusulas pétreas. No Estado Democrático contemporâneo, os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados têm eficácia imediata, cumprindo ao Estado garantir a todos os cidadãos o respeito a esses direitos de modo concreto e efetivo, não obstante as inúmeras desigualdades e condições adversas que dificultam, na prática, o seu exercício.

A proteção outorgada pelo constituinte ao direito fundamental do acesso à justiça, contudo, do mesmo modo que o verificado com os demais direitos fundamentais, não possui absoluta intangibilidade, uma vez que apenas a abolição é vedada, sendo toleradas algumas restrições que não tenham o condão de destruir o seu núcleo essencial.

O acesso à justiça possui relação intrínseca com o princípio do devido processo legal, previsto expressamente no inciso LV, do art. 5º da CF, segundo o qual exige-se que o processo seja conduzido de acordo com os preceitos legais.

Do mesmo modo se relaciona com os princípios, também constitucionais, do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII) e da prestação jurisdicional plena, garantida aos que comprovem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV).

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que inseriu o inciso LXXVIII ao art. 5º da CF, agregaram-se ao princípio do acesso à justiça elementos outros que visam sua implementação efetiva e eficaz, aptos a proporcionar um processo cuja duração seja razoável através de meios para uma tramitação célere, buscando-se solucionar um dos entraves desse acesso: Art 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O que vem, pois, ratificar o cabimento de uma visão mais abrangente do princípio em estudo e corroborar a afirmação do entrelaçamento dos princípios constitucionais, expressos ou implícitos.

Com a inafastabilidade, a universalidade e a efetividade da tutela jurisdicional garante-se, formalmente, que toda relação jurídica conflituosa seja objeto de apreciação pelo Poder Judiciário, de modo a resolver o litígio a contento, e isso não significa apenas assegurar o ingresso junto aos órgãos judiciários.

2.5 DIFICULDADES À POSSIBILIDADE EFETIVA DE ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

O acesso à justiça, direito fundamental, pode ser encarado, qual visto, como o requisito basilar de um sistema, sendo, inclusive, considerado o mais básico dos direitos humanos.

Para consecução de um direito cumpre à parte movimentar o Poder Judiciário, buscando obter deste o reconhecimento daquele, o que se dá via jurisdição, através do processo.

A acessibilidade pressupõe que as pessoas, sujeitos de direito, com capacidade de estarem em juízo, possam buscar a efetivação de seus direitos individuais ou coletivos, reconhecidos pela sociedade em que vivem, sem problemas que a obstaculizem. É necessário, ainda, que possam desenvolver, de forma adequada, os mecanismos e instrumentos judiciais ou extrajudiciais postos à disposição.

Não é novo o problema da inefetividade da jurisdição, seja por deficiência de seus meios, pelos seus custos, pela sua morosidade ou, especialmente, pela dificuldade de acesso da maioria da população.

Apesar de reconhecido como direito social básico, fundamental e indeclinável, o acesso efetivo à justiça ainda esbarra na vagueza do conceito “efetividade”. Cabe, neste momento, promover a distinção entre “efetividade”, sendo esta a concreta produção de efeitos, de “eficácia”, que é a aptidão para produzir determinado efeito.

Assim sendo, indicamos que a noção de efetividade reside na mais completa busca à resposta do Direito, com a real igualdade entre os litigantes e um resultado final livre de desigualdades entre os mesmos. Esta seria a utópica busca a se obter.

Infelizmente, é indubitável que sempre remanescem diferenças entre as partes e observamos que os hipossuficientes têm uma série de impedientes ao acesso à justiça postos em seu caminho, como passaremos a refletir.

2.5.1 Custo do Processo

É certo que a movimentação da máquina judiciária é inexplicavelmente cara. A resolução formal de litígios é dispendiosa no que diz respeito às custas judiciais na maior parte das sociedades modernas.

As custas judiciais podem ser entendidas como as despesas, encargos e gastos acarretados com a promoção ou realização de atos forenses, bem como com a remuneração dos serviços prestados pelos serventuários da Justiça e os emolumentos, incluídos os

honorários advocatícios. São pagas, antecipadamente, por aquele que move a ação judicial, devendo-lhe ser ressarcidas pelo vencido, caso o autor saia vencedor da demanda. Em nosso sistema, a sucumbência busca, pois, compensar os dispêndios do vencedor no que tange às custas e honorários advocatícios.

As custas judiciais requerem o dispêndio de elevadas verbas. O custo do processo é elevado. As despesas e taxas cartorárias, os honorários advocatícios e periciais dentre outros, requerem do litigante a antecipação de determinados valores. Dispor destes valores não é privilégio de todos os cidadãos o que se traduz em óbice importante ao acesso à justiça.

É um dado triste a ressaltar, neste momento, o fato de que no estado da Paraíba, apesar da pobreza de grande parte de sua população, as custas judiciais são as mais caras do país.

Por outro lado, o estipêndio dos honorários advocatícios também investe contra o acesso. Geralmente, os valores acordados entre a parte e seu advogado são em muito superiores à verba honorária que possa ser disposta, como contraprestação, pela sentença. Assim, mesmo vencendo a demanda, deverá dispor de parte de seu ganho em favor de seu advogado. Outrossim, é comum que, em virtude de sua insuficiência de recursos, a parte não possua condições sequer de contratar um profissional particular da advocacia, tendo que recorrer à Defensoria Pública que, infelizmente, na realidade brasileira, muitas vezes é desprovida de estrutura para fazer frente à enorme demanda dos necessitados.

Algumas vezes, ainda, os custos podem ser de tal monta que absorverão o benefício e tornar-se um problema que afasta o detentor do direito a acessar à justiça.

As causas de pequeno valor, em grande parte envolvendo pessoas economicamente mais frágeis, são as mais prejudicadas pela barreira dos custos. Acaso a demanda percorra o processo judiciário formal os custos podem sobrepujar o montante da controvérsia ou parte considerável de seu produto.

O custo dos processos também se relaciona estreitamente com a sua demora, acarretando os acréscimos do gasto diferido. Da mesma forma o acesso tem vantagens quando as pessoas ou organizações possuem recursos financeiros consideráveis. Nestes casos podem suportar a demora dos processos e pagar seus advogados e custas.

Em países como o Brasil a busca por uma decisão judicial pode demorar vários anos e os efeitos dos custos diferidos podem ser economicamente elevados frente à inflação do período de espera. Esta delonga no tempo aumenta os custos para as partes o que condiciona os economicamente mais fracos a abandonarem suas causas ou a aceitarem acordos por valores em muito inferiores aos quais teriam direito.

Como se viu, portanto, a demanda judicial importa alto custo financeiro, tendo íntima relação com o serviço que o Estado presta, ou seja, a tutela jurídica. O custo do processo, contudo, não é de todo desnecessário nem descabido. Ele é legitimado para que a função jurisdicional do Estado não reste banalizada, não obstante, deve guardar proporcionalidade e razoabilidade afim de que não se constitua em obstáculo capaz de desestimular e afastar completamente grande número de pessoas que necessitem de proteção a seus direitos violados ou na iminência de sê-lo.

2.5.2. Demora na Solução dos Conflitos

Não existe um prazo predeterminado e impositivo ou que possa ser mensurado para o findar de um litígio, inúmeros fatores concorrem no desenrolar dos processos judiciais, influenciando diretamente em sua duração.

A maioria dos processos judiciários formais é de trâmite demorado. Esta morosidade judicial, como é sabido, constitui um dos principais problemas atinentes à solução jurisdicional dos conflitos.

A demora na entrega da prestação jurisdicional equivale, em grande medida, à ineficácia ou inutilidade do próprio provimento. Inúmeros são os exemplos em que a longa duração do processo acaba impossibilitando a sua execução, além dos outros tantos incidentes possíveis que terminam por inviabilizar, no plano fático, a concreção da decisão prolatada.

De que serve configurar-se um instrumento para a defesa de direitos se o transcurso do tempo pode torná-lo ineficaz? Uma Justiça tardia pode equivaler, ao menos sob o ponto de vida sociológico, à negação dela mesma.

Resta evidenciado à saciedade que um sistema judicial no qual a entrega da prestação jurisdicional possa vir a demorar vários anos fere, indubitavelmente, o direito de acesso à jurisdição, já inscrito no texto original da Carta Magna de 1988, no art. 5º, inciso XXXV.

O comprometimento da própria segurança jurídica e da confiança no Poder Judiciário, como instituição hábil à solução dos litígios, sofre evidentes abalos em situações de retardamento processual, tornando inefetivo o acesso à justiça. A eficiência do sistema judicial depende estritamente de sua capacidade de satisfazer as pretensões que lhe são submetidas, o que só terá lugar se funcionar em tempo adequado.

É imperiosa a urgência de se obter uma prestação jurisdicional em tempo razoável, através de um processo sem dilações. Em razão desse premente anseio e necessidade sociais, foi editada a Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 08 de dezembro de 2004, que,

além de inúmeras mudanças na estrutura judiciária, incluiu o inciso LXXVIII no art. 5º da CF, consagrando de forma expressa o princípio da celeridade processual, tão reclamado pela comunidade jurídica e pela doutrina nacionais.

Diante dessa recente realidade de exigência, agora positivada, de uma entrega mais rápida da prestação jurisdicional, o legislador pátrio tem adotado medidas como a simplificação dos procedimentos, a criação de ritos mais céleres, as restrições do direito de recorrer de determinadas decisões, a diminuição dos incidentes processuais, dentre outras.

Contudo, a incessante busca da celeridade processual não pode ser feita em descompatibilização com as não menos relevantes qualidade da prestação jurisdicional e segurança jurídica. A simplificação dos procedimentos e a restrição às vias recursais, para determinadas causas, assim como outras medidas tendentes a conferir celeridade à tramitação, não podem conduzir a uma queda na qualidade da prestação jurisdicional, tampouco violar o direito à ampla defesa e ao contraditório. A implementação do acesso à justiça de forma célere deve, pois, ser almejada em concordância com um outro princípio constitucional positivado, o do devido processo legal.

É, desta forma, irracional, nos dias de hoje, imaginar que o direito de ir a juízo não tem como corolário o direito à tempestividade da justiça. A questão, porém, está em arquitetar tecnologias que possibilitem aos litigantes obter uma resposta jurisdicional razoavelmente rápida e efetiva.

2.5.3 Obstáculos de Ordem Processual e Organizacional

Um outro fator obstativo do acesso à justiça reside nos obstáculos de natureza processual e organizacional. São exemplos a deficiência material e humana do aparato forense, acarretando sobrecarga do sistema judiciário. Tal fato, contudo, não constitui característica apenas brasileira, é um problema mundial.

O Judiciário estruturou-se em um sistema de procedimentos escritos, burocráticos e impessoais, repletos de expressões rebuscadas e latinas, muitas vezes não condizentes com o procedimento e, principalmente, com a realidade cultural dos envolvidos no litígio.

Ao lado disso, a máquina administrativa judicial revela-se ineficiente. Fatores vários são comumente invocados, a exemplo da falta de pessoal, de treinamento e aperfeiçoamento do quadro, a insuficiência do número de varas judiciais ante a enorme demanda etc.

Encontramos também os inúmeros recursos judiciais, da mesma forma, imersos numa teia de formalidades e, sobremaneira, burocratizados que entravam ainda mais o deslinde dos litígios e assoberbam os tribunais.

No plano organizacional, os obstáculos consubstanciam-se na falta de instrumentos eficientes para tutelar certas categorias de direitos e interesses coletivos ou difusos. A estrutura da Justiça permanece praticamente a mesma, salvo, cabe destacar, um aumento de varas judiciais, tanto comuns como especializadas, contudo, ainda em ritmo insuficiente. O número de juízes, por seu turno, é cada vez menor proporcionalmente ao de demandas. Em vista disso, esses profissionais, de mãos atadas pelo sistema, não conseguem atender com presteza à crescente demanda de prestação jurisdicional, amontoando os armários de processos sem solução e causando maior insatisfação no seio social, acarretando o descrédito no Judiciário.

O conservadorismo jurídico mostra-se também como entrave à consecução da justiça na medida em que limita o campo de atuação do operador jurídico ao preexistente, em geral à lei, por vezes obsoleta e retrógrada, em desuso, porém formalmente vigente. Não apenas o juiz tende a deixar de valer-se de posicionamentos jurídicos atuais e fundamentos científicos outros para decidir, como advogados tendem a reproduzi-los, por meio do tecnicismo, e órgãos ministeriais a não contestá-los. Nesse ponto, a formação do jurista em muito influencia na maneira com a qual se concebe o Direito, emprestando-lhe maior ou menor grau de adequação à realidade social.

2.5.4 Aptidão para Reconhecer um Direito e Propor Ação em sua Defesa

Outro obstáculo que se apresenta ao acesso à justiça é o de cunho sócio-cultural, muito embora umbilicalmente ligado à questão econômica.

Fica claro o fato de que muitas pessoas não conhecem seus direitos, ou melhor, quanto maior o nível cultural, maior a aptidão para reconhecer uma violação ao seu direito e buscar uma prestação jurisdicional.

Ainda hoje, apesar de já se observem algumas mudanças, a mentalidade é a de que ir ao Judiciário em defesa de algum interesse seu é coisa para ricos, cultos ou iniciados nas artes forenses.

O conhecimento dos aspectos relacionados ao acesso à justiça, por via da educação, não é devidamente valorizado e incentivado o que resulta no desconhecimento do próprio direito e muito mais dos meios necessários para sua defesa. Indubitável é o fato de que as pessoas não

poderão usufruir a garantia de fazer valer seus direitos perante o Judiciário, se não conhecem a lei nem o limite de seus direitos.

Para acessar seu direito, a pessoa deve ter capacidade de conhecê-lo e reconhecê-lo. Constituem-se, pois, em barreiras que o indivíduo deverá ultrapassar para iniciar a reivindicação e defesa de seus interesses.

A falta de informação vem acentuar ainda mais a problemática da dificuldade de acesso à justiça. Uma pessoa que desconheça seus direitos não poderá buscar apoio judicial, por desconhecer que teve um direito desrespeitado. Também, em muitos casos, não se tem conhecimento de onde buscar o aconselhamento jurídico necessário.

Imperioso, então, é que se tenha, em primeiro lugar, a capacidade de reconhecer um direito, que tenha um conhecimento jurídico básico. O que se observa na realidade de nosso país, no entanto, é que grande parcela da população, devido ao nível sócio-cultural, é desprovida deste conhecimento. Ainda, as pessoas pouco ou nada conhecem sobre o ajuizamento e desenrolar de uma demanda e, pior, quase nada tem sido feito para dar-lhes condições de informação.

Aliada a estas circunstâncias, também encontramos a pouca ou nenhuma disposição psicológica das pessoas para buscarem a demanda judicial. O emaranhado dos procedimentos, o formalismo ritualístico, os locais e ambientes intimidatórios, onde os juízes, advogados e promotores parecem viver em mundo particular, tudo afasta o litigante por considerar-se perdido e estranho a este lugar. Com efeito, apesar de ser nas camadas mais pobres da população que se apresentam os maiores índices de atentados aos direitos subjetivos dos cidadãos, têm estas uma espécie de temor ao Judiciário.

As exceções a essa tendência de afastamento da justiça das camadas mais humildes encontram-se, especialmente, na disseminação da informação acerca dos direitos do consumidor e na implementação dos Juizados Especiais.

Acreditamos que a estrutura educacional e os meios de comunicação social podem exercer um papel fundamental no que se refere ao acesso à justiça. Por um lado, devem esclarecer quais são os direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade e quais os instrumentos jurídicos hábeis para sua reivindicação e proteção. Por outro lado, devem estimular uma cultura de busca da efetividade desses direitos, através de uma educação para a cidadania.

Um dos principais problemas de nossa sociedade reside exatamente nesse âmago: o déficit da noção de cidadania decorrente da impossibilidade do indivíduo apropriar-se do sentimento de que é ele parte integrante do corpo social. Esta apropriação se dá com a

informação e consciência de direitos, constitutiva do reconhecimento do *direito a ter direitos*, que para nós é a melhor expressão de cidadania.

Antes, pois de querer-se resolver um conflito e aplicar-lhe o Direito, é necessário fazer conhecer o Direito. Pois na medida em que o conhecimento daquilo que está disponível constitui pré-requisito da solução de um problema que clama prestação jurisdicional, devem ser buscados, muito mais, modos para aumentar o grau de conhecimento do público a respeito dos seus direitos para que possam se utilizar dos meios disponíveis para efetivá-los.

2.5.5 Dificuldade do Litigante Eventual Perante o Habitual

Dispõe o artigo 5º, *caput*, da CF que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. É o conhecido princípio constitucional da isonomia, norteador das estruturas jurídicas e políticas do país, em que se incluem as vias estatais de acesso à justiça.

Nessa esteira, destacamos o *princípio da vulnerabilidade*, pelo qual é reconhecida pelo sistema jurídico positivado brasileiro a qualidade daquele sujeito mais fraco na relação jurídica. Esse princípio decorre diretamente do supracitado princípio da isonomia, considerando que somente pode ser reconhecido como igual alguém que não está subjugado por outro.

Nesse sentido, outro fato que constitui obstáculo ao acesso à justiça é o dos *litigantes eventuais* frente os *litigantes habituais*. Ou, melhor dizendo, a monumental e desanimadora diferença de forças, meios e recursos que separa o litigante eventual do habitual.

Cuida-se da maior ou menor frequência de certas pessoas ou grupos no trato das querelas judiciais. Assim sendo, são denominados litigantes eventuais aquelas pessoas que vez por outra têm algum direito violado, e apenas eventualmente recorrem às vias judiciais. Já os litigantes habituais são aqueles que com frequência estão envolvidos em lides e, em razão disso, estão acostumados a transitar pelos meios cartorários e devidamente assistidos por advogados inseridos no cotidiano forense e com fácil acesso a serventuários e magistrados.

O conhecimento dos mecanismos judiciais é mais acentuado pelas empresas, organizações ou pessoas que os utilizam, com maior frequência. O conhecimento pode conceder-lhes vantagens quando litigam, especialmente, contra as pessoas que eventualmente o fazem. Os litigantes habituais, entidades desenvolvidas com experiência judicial mais extensa, estão mais aptos, já que possuem experiência e trato com o processo. Já os indivíduos, considerados particularmente, não têm a mesma facilidade.

Observamos, pois a possibilidade de existir efetiva desigualdade material entre as partes litigantes, sem que isso acarrete qualquer indício de desrespeito ao disposto no art. 5º, *caput*, da CF. É o que se dá, por exemplo, quando, em juízo, a uma das partes é deferido, por preencher os requisitos previstos em lei, os benefícios da assistência judiciária aos necessitados⁹, enquanto a outra parte, abastada que é, litiga habitualmente, por conta própria e representada por renomado causídico. Esta última poderá, com maior facilidade, contatar seu procurador e ver sua vontade expressa fielmente nas petições. Além disso, sentirá com menor ênfase as conseqüências do processo, que lhe será, inclusive psicologicamente, menos danoso.

Algumas empresas, organizações ou cidadãos podem dispor de recursos financeiros de monta os quais destinam às demandas em que litigam. Com isso, mesmo o longo tempo que perdurar o processo não afetará seu potencial financeiro.

Atuam em favor do litigante habitual vários fatores. A um, a maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio. Não há como não reconhecer que aquele litigante que já passou pelo mesmo tipo de problema em juízo pode até mesmo alterar a sua maneira de argumentar no processo, por uma série de motivos.

A dois, para o litigante habitual, por ter mais litígios em juízo, quanto maior a quantidade, menores serão os custos das demandas individualizadas, a começar com as despesas com procuradores.

A três, ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos. Conhecendo melhor os riscos existentes em determinada demanda, o litigante tem condições de, mais facilmente, se posicionar em relação a ela, dando continuidade, aumentando a força da argumentação, acordando etc;

Aliado a isto, os litigantes habituais possuem profissionais especializados e em permanente atividade na área jurídica, estando, portanto, acostumados aos mesmos problemas, o que lhes garante um grau de organização e eficiência incomparáveis com outros bons profissionais do Direito, quem dirá se a comparação é feita com “profissionais” que são procurados em virtude dos baixos honorários cobrados ou aqueles que lhes são impostos pelo Estado, que em função dos baixos salários recebidos, muitas vezes, não proporcionam a dedicação e competência desejadas.

Já os litigantes eventuais, estão sempre com a possível realidade de terem de arcar com os custos de eventual derrota que, muitas vezes, os levará a não ingressarem em juízo com medo de ainda serem condenados a pagar os ônus da sucumbência, o que, por si só, já seria

⁹ Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950.

suficiente para demonstrar a terrível disparidade de forças existente nos relacionamentos controvertidos, sob o aspecto da vulnerabilidade jurídica.

São interessantes tais argumentos para ressaltar que as partes no processo podem e de fato apresentam efetivas desigualdades. E é em vista disso que o próprio ordenamento jurídico impõe compensações, expressas dentre outros ramos, no Direito trabalhista, no consumerista, no processual e mesmo no constitucional.

Tal questão visualizada entre o litigante eventual e o habitual apenas será dizimada com a redução das desigualdades sociais reinantes no país, de que ela é espécie. A partir de então, certamente, deitado por terra estará um dos mais eloqüentes entraves à democratização do acesso à justiça e ao próprio exercício da cidadania.

2.5.6 Obstáculos Quanto aos Interesses Coletivos

Podemos aqui, de início, delimitar a defesa dos interesses ou direitos como compreendida em dois grandes gêneros. O primeiro constituído pela defesa dos interesses individuais, ou seja, aqueles afetos à esfera de conveniências de determinada pessoa, individualmente considerada. O segundo compondose da defesa dos interesses coletivos que dizem respeito a anseios de uma coletividade. Esses interesses coletivos, ou transindividuais, são, por sua vez, subdivididos em três espécies: os *interesses coletivos propriamente ditos*, os *interesses difusos* e os *interesses individuais homogêneos*.

De forma bastante didática, o próprio legislador os definiu no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, o qual transcrevemos:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Os interesses individuais, desde que condizentes com a esfera do patrimônio individual do sujeito, podem ser, por este, disponibilizados. Já os interesses coletivos, correspondendo ao interesse pessoal de todo o grupo, são indisponíveis.

Os interesses individuais representam a maior parte do número de demandas que entram, diuturnamente, nos protocolos judiciais por dizerem respeito exclusiva ou preponderantemente aos interesses pessoais do indivíduo. Essa constatação revela que ainda possuímos pouca consciência coletiva e nos guiamos, na maior parte das vezes, egoisticamente. É comum, pois, que as pessoas mobilizem-se por direitos próprios e individuais, mas tal, infelizmente, não ocorre, com a frequência desejada, no caso de demandas metaindividuais.

A questão primordial da defesa dos interesses coletivos no Brasil, onde a maioria da população é pobre e sem preparo e conhecimento suficientes, no que respeita ao acesso à justiça, refere-se ao titular do direito, considerado em sua individualidade, que, mesmo detentor de parcela desses direitos, não é a pessoa mais adequada para ensejar a defesa dos mesmos em juízo, mas sim todos os titulares desses direitos, coletivamente considerados, em conjunto.

Daí emergem dois problemas. Um tange ao ganho ínfimo para qualquer indivíduo que, singularmente, busque essa correção, o que desestimula venha o mesmo intentar uma ação. Tal fato cria barreiras ao acesso à justiça quando muitas pessoas podem ser beneficiadas, mas poucas ou nenhuma tenha interesse em promover a demanda judicial. Da mesma forma, um indivíduo poderá receber indenização apenas e quanto a seus próprios prejuízos, mas aqueles prejuízos efetivamente causados pelo infrator à coletividades não serão ressarcidos.

O outro motivo inibidor para que se busque a tutela judicial dos interesses coletivos pode ser a dispersão dos vários interessados, a falta de informação dos mesmos ou a incapacidade para executarem uma estratégia única.

Estas situações apontam que a proteção privada de interesses coletivos, quando o realmente necessário seria a ação de um grupo ou coletividade, será difícil e muitas vezes infrutífera para assegurar seja esta ação coordenada ao fim objetivado.

Estes obstáculos são mais pronunciados, no que concerne às pequenas causas e também para os autores individuais, em especial, nas ações judiciais que envolvam danos de pouca monta contra grandes grupos ou organizações.

Em que pese o surgimento de novos direitos substantivos, focados em uma coletividade ou na sociedade como um todo, característicos do Estado Democrático de Direito, os meios jurídicos existentes hoje, em parte, dificultam a tarefa de transformá-los em vantagens concretas para as pessoas comuns. Também pesa o fato de ser o interesse econômico, ou rentabilidade, para qualquer integrante do grupo, mínimo ou até mesmo nenhum.

Assim, apenas colimando os esforços para facilitar e estimular o acesso à justiça para a defesa dos interesses que envolvam coletividades ou de todos, de forma indeterminada, é que se poderá fazer respeitar esses interesses. Mais uma vez, a informação e a educação são os meios desfazedores desse entrave.

2.6 INSTRUMENTOS PARA TORNAR EFETIVO O ACESSO À JUSTIÇA

Como visto nas linhas anteriores, as dificuldades para acessar ou movimentar a justiça, aqui tomada como o próprio Poder Judiciário, compreendem alguns obstáculos que se interpõem entre o cidadão que demanda em juízo e os procedimentos.

Preocupados com essa realidade, inúmeros doutrinadores apresentaram elementos para a efetividade do acesso à Justiça. O exemplo mais marcante é o de Cappelletti e Garth¹⁰ que, num universo mais amplo, apresentam os requisitos necessários para a efetivação do acesso à justiça, transpondo-se as barreiras econômicas, sociais e culturais, referindo-se a três idéias básicas ou *ondas*.

A primeira onda relaciona-se à representação legal dos pobres, que se apresenta sob duas acepções: fora do juízo, através da informação e assistência extrajudicial; e em juízo, por meio da assistência judiciária. Insere-se na primeira onda, não apenas a assistência por profissional habilitado a postular em juízo, mas também, embora timidamente perceptível no primeiro momento de desenvolvimento teórico do tema, a assistência jurídica extra ou pré-judicial. É preciso enfatizar que não basta a assistência através de advogados, em juízo. Pode ocorrer que a assistência extra e pré-judicial seja mais necessária, porque pobreza significa, normalmente, não apenas pobreza econômica, mas também jurídica. Isto é, também, pobreza de informação.

Já a chamada segunda onda refere-se à questão dos interesses difusos. Interesses que isolados mostram-se de valor econômico insuficiente para despertar o empenho dos seus detentores no sentido de enfrentar judicialmente grandes corporações industriais e mesmo o Estado, por seus permissionários de serviço ou por si próprio. Forma plausível de enfrentamento da questão é a tendência das legislações modernas em conferir legitimidade ativa para cidadãos, Organizações Não Governamentais e o Ministério Público, além de outros, proporem ações judiciais e procedimentos administrativos culminantes em pesadas

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen G. Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

multas e indenizações a favor de fundos de custeio de campanhas informativas e de reparação de danos, quando apropriado.

A terceira e última onda, chamada “enfoque de acesso à justiça”, sintetiza as primeiras, concatenando-as de modo a construir um sistema inteligível e coeso, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensível. Trata-se de transformar a estrutura judicial, desburocratizar tribunais e procedimentos. Implica numa ampla cadeia de reformas que necessariamente passam pela legislação, operacionalização e por que não dizer pela mentalidade do operador do Direito, esta última ainda mais difícil que as primeiras. Refere-se, assim, a terceira onda, à criação de mecanismos judiciais e extrajudiciais de acesso à justiça, que a descentralize, e de novas técnicas procedimentais que simplifiquem o processo de modo a tornar satisfatória a prestação da justiça, evitando-se a sua negação.

Após tais considerações, passemos, pois, a analisar, muito embora de modo não exaustivo, alguns dos instrumentos que vieram à luz com o escopo de tornar efetivo o acesso à justiça.

2.6.1. Assistência Jurídica

Questão que se apresenta relevante no contexto ora examinado, diz respeito à instituição de mecanismos que se voltem a assegurar a mais ampla possibilidade de acesso ao Judiciário por parte daquela parcela da sociedade que, não sendo detentora de meios econômicos, não pode suportar os ônus necessários com a contratação de profissional habilitado e com os custos do próprio processo. O acesso amplo e gratuito ao Poder Judiciário, independentemente da sua condição de hipossuficiência, é um dos elementos que integram a garantia de obtenção de assistência jurídica.

A assistência jurídica visa a superação das desigualdades de fato resultante das disparidades econômicas, sociais e culturais existentes entre as partes, para se estabelecer uma igualdade real, substancial, no plano processual.

A assistência jurídica integral e gratuita foi alvo, entre nós, de atenções desde a Constituição de 1934, em seu art. 113, nº 32. Ali eram explicitamente abrangidas duas origens de prestações voltadas a possibilitar o acesso do necessitado à jurisdição: o patrocínio gratuito da causa e a dispensa de remuneração dos serviços judiciários. A Constituição de 1946, em capítulo também dedicado aos direitos e garantias individuais, tratou do assunto em seu art.

141, nº 35. As Constituições de 1967 e 1969 preservaram a garantia, respectivamente, em seus art. 150, § 32 e 153, § 32.

A Constituição de 1988, adotando a mesma orientação das anteriores, contemplou a garantia em seu art. 5º, inciso LXXIV: Art. 5º, LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Cumprе enfatizar, pois, que essa prestação constitucionalmente assegurada é abrangente, não se limitando a garantir o acesso ao Poder Judiciário com vista ao exercício do direito de ação ou de defesa. Compreende, pelo que podemos extrair do conteúdo da disposição constitucional anteriormente vista, a oferta de consultoria como também de assessoria, até mesmo com o objetivo de evitar que demandas sejam desnecessariamente deduzidas por falta de uma prévia orientação ao cidadão.

A Constituição também individualizou o órgão ao qual incumbirá a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV. Essas atribuições foram conferidas à Defensoria Pública, tornando-a obrigatória na União, no Distrito Federal, nos Territórios e nos Estados (art. 134, parágrafo único, da CF). Tal função institucional permite que pessoas que não podem pagar tenham um advogado especializado para orientá-las e defender seus direitos judicialmente. Contudo, para que se apresente eficiente, o sistema deve ser composto de um grande número de profissionais, sendo, também a eles conferidas estrutura e condições para que possam desenvolver suas atividades de forma plena e eficaz.

Entretanto, a Constituição não reservou ao Poder Público o monopólio da assistência. Mesmo que tenha o dever de assistir, não se esgota e nem se pode deduzir caráter de exclusividade, pois onde não houver atendimento pela Defensoria Pública ou similares¹¹, teremos a figura do advogado dativo.

A grande novidade trazida pela Carta de 1988 consiste em que, o campo de atuação já não se delimita apenas à prestação da assistência judiciária, mas compreende tudo que seja “jurídico”. A tal chegamos, pois o adjetivo qualificador da “assistência” está reforçado pelo acréscimo da palavra “integral”, o que importa a ampliação do benefício a ser prestado ao necessitado. Este faz jus à dispensa de pagamentos e à prestação de serviços, não apenas na esfera judicial, mas em todo o campo dos atos jurídicos.

¹¹ V.g., Escritórios-modelo de universidades públicas, Ministério Público, Procuradorias do Estado ou do Município

Nesse diapasão, o inciso XXXIV do mesmo artigo 5º da Constituição Federal que assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder e a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. Ainda, no que diz respeito aos atos de registro civil de nascimento e certidão de óbito, é reservado aos reconhecidamente pobres o benefício da gratuidade (inciso LXXVI).

Sob a ótica da legislação ordinária, se nos apresenta a Lei nº 1.060 de 05 de fevereiro de 1950, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, compreendendo, esta, isenções de taxas e selos, emolumentos e custas, despesas com publicações indispensáveis em jornais oficiais, indenizações devidas a testemunhas, honorários de advogados e peritos. É necessitado, para os fins da Lei 1.060/50, todo aquele cuja situação econômica não permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do próprio sustento ou de seus familiares e demais pessoas que vivam às suas expensas. Tipifica-se, em tais circunstâncias, e mediante mera afirmação do interessado, a condição de pobreza jurídica que assegura o acesso à justiça àqueles que assim venham a se proclamar.

Observa-se, outrossim, que ainda que já tenha o necessitado representação em juízo, por advogado próprio, profissional liberal por ele contratado, nada obsta que lhe seja concedido o benefício da gratuidade, podendo fazer jus ao direito de isenção de pagamento de custas.

A assistência judiciária engloba também as atividades técnico-jurídicas voltadas à informação, consultoria, aconselhamento e orientação que, numa palavra, constitui uma atividade educativa a ser proporcionada pelo Estado fora do processo judicial ou administrativo.

Infelizmente, o que observamos ainda em nosso país são Defensorias Públicas muitas vezes deficientes, desprovidas de estrutura adequada, e profissionais desestimulados frente ao grande vulto de trabalho e a baixa remuneração. Tal sobrecarga e desânimo conduzem a negligências e desamparo àqueles a quem, pela insuficiência de recursos, só resta recorrer à Defensoria Pública.

Ainda assim, a assistência jurídica integral se apresenta como um processo de evolução, pretendendo abarcar o maior número possível de necessitados, assegurando-lhes o exercício dos direitos sociais e individuais no sentido de integrá-los em uma sociedade

fraterna, pluralista e sem preconceitos, aproximando, desse modo, os jurisdicionados da justiça.

2.6.2 Juizados Especiais

O acesso à Justiça se faz não só através de princípios jurídicos, mas também, e, principalmente, através de um sistema organizacional, democrático e real de aproximação dos conflitos sociais do Poder Judiciário.

Atento a este fato, o legislador constituinte fez constar no art. 98, I, da Carta Magna de 1988, a seguinte disposição:

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

Dando efetividade ao comando constitucional supratranscrito, foi promulgada, em 26 de setembro de 1995, a Lei 9.099 que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em substituição aos antigos Juizados de Pequenas Causas. Tamanha foi a receptividade desses novos institutos no seio da população e nos próprios operadores do Direito que a Emenda Constitucional nº 22, acrescentando o parágrafo único ao art. 98 da Constituição, passou a prever os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, sendo estes regulamentados pela Lei nº 10.259/2001.

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, orientados pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, representam uma nova modalidade de justiça. Destinam-se à conciliação, instrução e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, cujo valor não seja superior a 40 salários mínimos, e das infrações penais de menor potencial ofensivo, nele incluídos os crimes em que a pena máxima cominada não seja superior a dois anos e as contravenções comuns.

O procedimento nos Juizados Especiais visa, principalmente, à conciliação, no cível, e à transação, no criminal.

O acompanhamento de advogado é prescindível no processo cível, nas causas de até 20 salários mínimos. A parte, portanto, é possuidora do *ius postulandi*. Só é necessário o patrocínio para o caso de interposição de recurso, que, em sendo necessário, poderá ser feito através da nomeação de Defensor Público para a esse fim.

No procedimento do Juizado Especial Criminal, por seu turno, o início se dá com a queixa-crime perante a autoridade policial, que elabora o Termo Circunstanciado respectivo e o encaminha ao Juizado competente, com data para comparecimento das partes, devendo salientar-se que não há imposição de prisão ou fiança, cujas penas serão sempre alternativas, e até mesmo nos casos de flagrante delito, só o compromisso do autor do fato em comparecer perante a autoridade judicial dispensa a prisão, a qual só em caso especialíssimo será aplicada pela autoridade judicial.

Criados para facilitar o acesso dos jurisdicionados à justiça, os Juizados Especiais têm desenvolvido um verdadeiro papel social, por proporcionar meios para que as camadas mais pobres da sociedade possam reclamar seus direitos, visto que, em geral, os casos levados a conhecimento nos Juizados Especiais envolvem o cotidiano da população. Tal fato, anteriormente, seria quase impossível, devido aos altos custos do feito, à burocracia no andamento, e à deficiência das Defensorias Públicas, aliadas aos procedimentos formais, e dirigidos por juízes quase sempre sem o espírito conciliador e distanciados do povo.

Assim, os Juizados Especiais tornaram-se a principal arma de combate à morosidade e garantia do cidadão do seu acesso ao Judiciário, através da simplificação do procedimento, da repulsa ao formalismo exacerbado, enaltecendo o princípio da instrumentalidade das formas, e da busca pela solução dos litígios de forma amigável. Vêm para ajudar e estimular o cidadão a exercer mais plenamente os seus direitos, porque oferecem um serviço judiciário bem mais ágil que o da Justiça Comum, e gratuito. Neste último ponto reside um dos fatores facilitadores dos Juizados ao acesso à justiça, sobremaneira porque passa a conferir a pessoas economicamente menos favorecidas a oportunidade de levar ao conhecimento do Judiciário, para solução, o seu litígio sem que tenha que desprender, para isso, qualquer soma pecuniária.

Destarte, diante de tudo o que asseveramos, resta indubitável a importância dos Juizados Especiais como instrumento efetivador do acesso à justiça e o seu papel de tornar a Justiça Brasileira mais célere e, sobretudo, democrática. O sistema de Juizados, apesar das dificuldades ainda persistentes, por ampliar o acesso, sem sobra de dúvidas, é uma resposta fecunda ao desafio de uma justiça acessível e democrática, compatível com as expectativas sociais.

2.6.3 Informatização do Processo Judicial

Um dos obstáculos ao acesso à justiça citado por este trabalho foi a morosidade do Judiciário brasileiro. Em se alongando o lapso temporal da tramitação de uma ação judicial, a litigiosidade cresce e, com ela, também a descrença da população no próprio Judiciário.

Com o intuito de tornar o processo judicial mais célere, recentemente, mas já há algum tempo esperada, foi promulgada a Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, alterando dispositivos do Código de Processo Civil, e que entrou em vigor no dia 20 de março do corrente ano.

Com a vigência desta lei, todos os atos anteriormente praticados em papel, como petições, decisões e juntada de documentos, poderão ser realizados pela via eletrônica, em qualquer grau de jurisdição e em qualquer tipo de ação, seja cível, penal ou trabalhista. É o que se denominou de *processo eletrônico* ou *e-processo*. A realização desses atos se dará pelo credenciamento de advogados e integrantes do Poder Judiciário para o uso de assinatura eletrônica, emitida por Autoridade Certificadora, a ser regulamentada por lei específica.

Segundo George Marmelstein Lima¹², o processo eletrônico possui as seguintes características: máxima publicidade, máxima velocidade, máxima comodidade, máxima informação (democratização das informações jurídicas), diminuição do contato pessoal, automação das rotinas e decisões judiciais, digitalização dos autos, expansão do conceito espacial de jurisdição, substituição do foco decisório de questões processuais para técnicos de informática, preocupação com a segurança e autenticidade dos dados processuais, crescimento dos poderes processuais-cibernéticos do juiz, reconhecimento da validade das provas digitais e surgimento de uma nova categoria de excluídos processuais: os desplugados.

Daniela B. Schablatura Themudo Lessa e José Eugênio do Amaral Souza Neto, em artigo sobre o tema, esclarecem-nos alguns pontos desse novo modo processual:

Os autos de qualquer tipo de ação poderão ser total ou parcialmente eletrônicos, estando disponíveis na Internet, respeitados os casos de segredo de justiça, sendo dispensada a existência da respectiva cópia física. Os portais em que se encontrarem os processos deverão ser protegidos por sistemas de segurança e acesso para evitar fraudes ou deturpações dos autos. Nas ações processadas eletronicamente, todos os atos processuais serão praticados também na forma eletrônica, sendo considerada vista pessoal qualquer ato que propicie o acesso à íntegra dos autos. Os atos que não puderem ser praticados eletronicamente, por

¹² LIMA, George Marmelstein. *e-Processo: uma verdadeira revolução procedimental*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3924>>. Acesso em: 11 out. 2007.

dificuldades técnicas, serão praticados de maneira convencional, sendo o documento físico posteriormente digitalizado e destruído. Os documentos produzidos e juntados nos processos eletrônicos serão considerados originais e terão a mesma força probante dos documentos físicos.¹³

Salienta-se que aqueles documentos que, por alguma razão, de viabilidade ou legal, não puderem ser digitalizados deverão ser apresentados em cartório no prazo de dez dias após o envio da petição eletrônica.

A expressão “*processo eletrônico*” gramaticalmente analisada pouco diz em relação à densidade do que o fenômeno representa. A aliança entre a lei e a tecnologia pode ser considerada um divisor de águas na processualística brasileira, alterando as estruturas e mecanismos tradicionais do Estado, empregados na composição de conflitos.

O e-processo institui, assim, um novo paradigma. O processo, como instrumento estatal de solução de conflitos, recebe, agora, recursos da física e de suas sofisticadas aplicações (as da física eletrônica). A retirada do papel, que integrava o valor ideológico do processo, assinala o surgimento desta nova fase, consolidando o fenômeno.

A inovação se sintetiza, precisamente, nesta substituição: a da essência material do processo legal. Retira-se dele o veículo histórico, o papel vegetal, e adota-se, em sua substituição, sistemas e aplicações da eletrônica.

A lei 11.419/06 convalida experiências vividas em alguns tribunais do país, principalmente nos Juizados Especiais. Ela surge para tornar o trâmite processual mais célere e eficiente, o que deve fazer o tempo médio entre a distribuição da ação e a prolação da sentença diminuir significativamente. É um passo importante para modernizar o Poder Judiciário brasileiro e torná-lo mais rápido e satisfatório, em observância à disposição constitucional de que é assegurado a todos a razoável duração do processo a os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII).

Estima-se que cerca de 70% do tempo de tramitação de um processo é consumido pelo chamado “tempo neutro”, que também poderia ser chamado de tempo da burocracia. É aquele gasto com carimbos em documentos, transporte e separação de papéis. A informática tem o dom de reduzir consideravelmente estes passos processuais. Destarte, A troca do papel físico pelo meio digital é uma das principais aliadas para reduzir a morosidade do Judiciário.

Todavia, ainda esbarramos em problemas para a efetivação do processo eletrônico em nosso país. Como toda inovação tecnológica, o sucesso da informatização depende da

¹³ LESSA, Daniela B. Schablatura Themudo e SOUZA NETO, José Eugênio do Amaral. *Informatização do Processo Judicial*. Pinheiro Neto Advogados – Anexo Biblioteca Informa nº 1.955. Disponível em: <http://www.pinheironeto.com.br/upload/tb_pinheironeto_artigo/pdf/250407171411anexo-bi1955.pdf>. Acesso em 11 de out. de 2007.

adequada aplicação dos meios. Vontade apenas não basta. O Judiciário sabe que precisa se modernizar para melhor atender às demandas que lhe são postas, mas caminha a passos lentos. Falta investimento, falta organização, mas, principalmente, falta a vontade de inovar. Um dos principais freios da modernização do Judiciário é, exatamente, o conservadorismo dos que fazem a Justiça.

A falta de recursos e as dificuldades técnicas de algumas regiões do país tendem a fazer com que a implementação do processo eletrônico demore a ocorrer ou se dê, pelos diversos tribunais brasileiros, sem a padronização dos sistemas, o que poderá comprometer a efetividade da lei.

Diante disso para que venha a cumprir a sua função social, ampliando o acesso à justiça, o processo eletrônico requer aprofundamento e lapidação o que demanda empenho e um modo novo e especial de pensar e conceber a nova realidade.

2.6.4 Sistema *Judicare*

Embora não adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, cumpre fazermos algumas considerações acerca desse sistema surgido na Europa, em meados do século XX com a finalidade de facilitar o acesso à justiça.

O Sistema *Judicare*, nascido na Inglaterra, em 1949 e adotado em diversos países como Áustria, Holanda, França e Alemanha, é um sistema por meio do qual os honorários advocatícios são pagos pelo Estado e não pelo cliente. Surge no mesmo diapasão de preocupação com os óbices ao acesso à justiça, que, de fato, não era permitido a todos que possuíam um conflito de ordem jurídica.

Por esse sistema gratuito de assistência, o cidadão escolhia numa lista, formada por nomes de advogados inscritos, um patrono para defendê-lo e esse advogado seria remunerados pelo Estado. Era, pois, proporcionada ao litigante de baixa renda a possibilidade de contratar o patrono que gostaria de ter, caso pudesse pagar um advogado, sendo, no fim, a nota de honorários endereçada ao Estado.

Implantado na Europa Central, onde a assistência judiciária é reconhecida como direito para todas as pessoas, o sistema busca assistir aos hipossuficientes com a representação de um advogado, qualquer que seja ele, à escolha do litigante e como se fora pago por este.

Segundo Cappelletti, o *Sistema Judicare*:

Tratava-se de um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei. Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. A finalidade do Sistema *Judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado.¹⁴

O *Judicare*, espécie do gênero justiça gratuita (ou assistência judiciária gratuita), foi criado com o escopo de atender uma parcela significativa da população.

No entanto, o *Judicare*, como qualquer serviço de assistência judiciária gratuita, possui suas desvantagens. Para a obtenção de serviços de um profissional altamente treinado, se faz necessário pagar caro, o que causa grande dotação orçamentária por parte dos Estados. Assim, sem remuneração adequada, os serviços jurídicos para os pobres tendem a ser pobres, também.

Outros obstáculos permanecem. O sistema procura superar apenas os custos do processo, pecando por não auxiliar os menos favorecidos na compreensão de seus direitos. Não contempla ações coletivas ou de interesses difusos, concentrando-se apenas no que diz respeito com o interesse individual.

Também há a possibilidade de desvio de finalidade no trabalho do advogado, avançando para a política e levando-o a negligenciar os interesses dos pobres. Por outro lado, o sistema parece paternalista, pois a simples disposição da prestação, sem outras soluções de apoio, não é garantia plena de eficácia de um direito.

Em contrapartida, surge nos Estados Unidos, em 1965, um novo modelo de assistência judiciária: os *escritórios de vizinhança*. Esse modelo consistia em advogados incorporados nos quadros da Administração Pública, com certo grau de especialização, porém organizados em escritórios localizados nas comunidades carentes, tendo por função a defesa dos mais pobres, enquanto classe.

Entretanto, o sistema dos escritórios de vizinhança falha ao priorizar as ações coletivas em detrimento das ações individuais. Outrossim, ele sujeita os advogados a pressões políticas, já que estes são servidores públicos e remunerados pelo Estado, estando diretamente subordinados a este.

¹⁴ CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 35.

3 A DEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O Estado chamou para si o dever de manter a estabilidade e equilíbrio sociais e, para tanto, em substituição às partes, incumbiu-se da tarefa de administrar a justiça, garantindo, por meio do devido processo legal, uma solução imparcial e ponderada, de caráter imperativo, aos conflitos interpessoais.

A jurisdição compreende, assim, uma das funções do Estado, pela qual este avocou a prerrogativa de fazer atuar o Direito ao caso concreto, em face do que salienta o art. 5º, XXXV, da Carta Magna, o que faz da prestação jurisdicional verdadeira prestação de serviço público.

Contudo, é inegável e indiscutível a insatisfação que a prestação jurisdicional tem despertado aos que a ela recorrem. Desaparelhado, o Judiciário não tem correspondido plenamente à sua missão e com isto vê-se afetada a jurisdição, no pressuposto de implementadora da justiça, e o próprio Poder Judiciário. Deriva, então, um problema de efetividade da prestação jurisdicional.

Tanto para a opinião pública, como para os operadores do Direito e doutrinadores, os maiores problemas enfrentados pelo Judiciário são a morosidade e a deficiência na aplicação da justiça. Esses problemas são causados, internamente, pela falta de recursos humanos, juízes e serventuários, de recursos financeiros e estruturais; procedimentos arcaicos, formalistas e burocratizados; excessos de processos; despreparo de juízes, promotores e advogados etc. Externamente, a carência de recursos econômicos e a desinformação de grande parte da população também dificultam o acesso à justiça.

O Judiciário brasileiro apesar das garantias, estrutura e atribuições dispostas na Constituição Federal de 1988, ainda não avançou o suficiente no que se refere à distribuição da justiça, como realmente deveria acontecer num Estado Democrático de Direito. De um lado, temos a crise de eficiência ou crescente inefetividade que se traduz no descompasso entre a procura e a oferta de serviços judiciais, assim como a morosidade dos mesmos, consolidando-se como desafio à ampliação do acesso à justiça. Por outro lado, parcela considerável dos operadores do Direito está desconectada da realidade social, econômica e cultural do país. Enquanto os textos legais contemporâneos pretendem resolver os conflitos coletivos e que envolvem questões distributivas, muitos aplicadores do Direito ainda têm a visão tolhida pelo excessivo individualismo e pelo formalismo.

Frente esse quadro é possível constatar que a prestação jurisdicional, através do processo, e o próprio Poder Judiciário precisam passar por transformações para que possam atingir os fins a que se dispõem. Felizmente, sensível ao problema, o legislador vem promovendo, gradativamente, tais transformações, a exemplo da Emenda Constitucional nº 45/2004 e as reformas recentes ao Código de Processo Civil.

Diante do que restou demonstrado pelas considerações feitas, os modelos jurisdicionais tradicionais mostraram-se insuficientes no sentido de cumprir o objetivo para o qual se propuseram, quando o Estado atraiu para si a exclusividade de competência para dizer o Direito no caso concreto.

Não só a morosidade com que se conduz o processo no Poder Judiciário brasileiro, bem como a ausência de mecanismos que sejam mais apropriados à efetivação do próprio direito material pleiteado, clamam pela necessidade de procedimentos alternativos que possam melhor garantir o bem da vida em litígio.

Não podemos olvidar, contudo, que o processo continua tendo a sua importância e sua necessidade como meio de solução de conflitos, não bastando, todavia, que o Estado apenas edite normas e fique à espera de que os cidadãos cumpram voluntariamente o que for determinado.

Em arremate, as palavras de Daniela D'Andrea, Procuradora do Estado de São Paulo:

Não faltam reclamos da ineficácia de nossa justiça, fato que não se pode negar. O que se tem a fazer é admitir a precariedade de nosso sistema judiciário, para tentar corrigi-lo. A situação tem sido crítica.

(...)

É importante que se atenha à recente idéia de um escopo metajurídico da jurisdição. Esse escopo é a justiça que se resume no bem comum, embora sejam eles conceitos vagos e variáveis de cultura para cultura. Mas é certo que se tem como missão permanente do Estado a busca do bem comum e, como dever inalienável a ser cumprido através do exercício do poder, a prática da justiça.¹⁵

Os ventos de mudança têm atingido e continuarão a atingir o Judiciário. As soluções propostas podem ser reunidas em dois grupos: as judiciais propriamente ditas e as extrajudiciais, aí englobando desde sistemas alternativos para a solução de disputas até modificações legislativas.

¹⁵ D'ANDREA, Daniela. *Fundamentos do Acesso à Justiça: Obstáculos e Soluções*. Artigo presente nas pp. 165-207 da Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 54, 2000. in <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2054.pdf>. Acessado em 28 de setembro de 2007.

As propostas de reforma denominadas judiciais procuram dar maior eficiência ao Poder Judiciário a partir de intervenções internas, na própria instituição, abrangendo iniciativas diversas, no sentido de transformá-lo em um sistema mais moderno e menos avesso às inovações tecnológicas.

Essas propostas, classificadas em judiciais e extrajudiciais, não esgotam o amplo leque de alterações que ainda se fazem necessárias para modificar o Poder Judiciário e o sistema de justiça em geral. É preciso que haja a democratização da justiça como um todo e a abertura de suas portas para todos os setores da população.

3.1 MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS

O Direito possui caráter mutante e tal característica deriva da diversidade e complexidade das relações sociais, o que torna impossível esgotarem-se as possibilidades de conflitos com previsibilidade na lei. A idéia de soluções alternativas para os conflitos, podendo ser reconhecida como verdadeira evolução do Direito, surgiu por conta da mencionada mutabilidade e necessidade de adaptar o Direito aos clamores sociais.

Como visto anteriormente, o direito ao acesso à justiça é um direito fundamental, em torno do qual repousam todas as demais garantias destinadas à proteção dos direitos amparados pela ordem normativa. O Estado-juiz, por sua função jurisdicional, seria, a princípio, o meio hábil para a reivindicação desses direitos por ter avocado essa tarefa. No entanto, em sendo falho o acesso ao Judiciário ou restrito à apenas uma parcela da população, os direitos individuais, sociais e coletivos tornam-se tão somente juras ou declarações políticas, sem qualquer sombra de efetividade para aqueles marginalizados do sistema judicial.

A função estatal de prestação judicial corresponde a uma obrigação, um dever de instituir e manter mecanismos judiciários equipados e satisfatórios ao atendimento dos conflitos sociais. No entanto, o que observamos é que o processo judicial no Brasil é sobremaneira demorado, custoso e burocratizado, obstaculizando ou desestimulando o acesso à justiça de pessoas economicamente frágeis, tornando a função do Estado-juiz ineficiente e ineficaz.

Frente a esta realidade, passamos a procurar formas para vencer aquilo que Cappelletti chama de “obstáculo processual” ao acesso à justiça, que entende como o fato de que em certas espécies de controvérsias, o tradicional processo litigioso perante o Judiciário pode não ser o melhor caminho para ensejar a reivindicação efetiva de direitos. É nessa perspectiva que

emergem os meios alternativos de solução de controvérsias, quais sejam, arbitragem, conciliação, mediação e transação, como elementos importantes na busca por justiça.

A criação de alternativas de solução de conflitos à margem do Judiciário, visa a criar, em paralelo à administração da justiça convencional, novos mecanismos de resolução de conflitos, franqueando e ampliando o acesso da população marginalizada à justiça. Assim, tais mecanismos de solução de conflitos, caracterizados pela informalidade, rapidez, acesso ativo da comunidade, conciliação e mediação entre as partes, constituem a maior inovação da política judiciária.

O cidadão poderá sempre e a qualquer momento invocar o Judiciário, para a solução de conflitos, mas, isso não impede que este possa se valer de outros mecanismos de composição de litígios. A importância dos meios alternativos está justamente em desafogar o Judiciário da avalanche de demandas às quais deve dar solução, demandas estas que poderiam, perfeita e muito mais satisfatoriamente, ser resolvidas fora do âmbito judicial.

É possível encontrar na doutrina diversas formas de nos referirmos aos meios alternativos de composição dos conflitos. Além dessa terminologia, também são usados: *métodos extrajudiciais de solução de controvérsias*, *solução extrajudicial de conflitos*, *paralelismo extrajudicial*, *negociação alternativa* e *fontes extrajudiciais de Direito*. É sobre esses meios alternativos de composição de conflitos que nos debruçaremos neste instante.

3.1.1 Arbitragem

Uma das instituições utilizadas para promover a solução alternativa dos litígios é a arbitragem que pode ser conceituada como uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo a questão, sem intervenção do Estado, sendo esta decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.

Desta forma, pelo instituto, pessoas plenamente capazes podem atribuir a decisão de suas pendências e controvérsias à decisão de árbitros por elas escolhidos, furtando-se de recorrer diretamente ao Poder Judiciário.

As primeiras notícias sobre regulamentação da arbitragem no Brasil remontam à época colonial. As Ordenações Filipinas, que vigoraram, até após a proclamação da República, disciplinavam a arbitragem no Livro III, que tratava dos juízes árbitros e dos arbitradores.

Atualmente, é a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que regula a arbitragem. O sentido da lei é incentivar a adoção da arbitragem, até hoje pouco utilizada no Direito interno,

embora de larga aceitação no Direito comparado e no campo das relações internacionais. Também o Código Civil e o Código de Processo Civil a ela fazem referência, tratando-a, respectivamente, em seus artigos 851 a 853 e 1.072 a 1.102.

No início de sua vigência, a Lei 9.307/96, alimentou muitos debates em torno de sua constitucionalidade, para alguns ofendia os princípios constitucionais da inafastabilidade do Poder Judiciário e do juiz natural.

No entanto, o entendimento majoritário é o de que a escolha pela arbitragem não agride os princípios constitucionais, na medida em que esta escolha nada mais é do que um direito subjetivo fundamental do cidadão, que lhe dá plena liberdade, em situação de conflito patrimonial, de optar pela solução através da arbitragem. E, nos moldes do artigo 33 da Lei de Arbitragem, não está afastada a via judicial caso ofenda direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

É válido destacar que a arbitragem não objetiva substituir a jurisdição estatal ou concorrer com ela. A base desse instituto é a manifestação da vontade das partes em litígio que, ao conferir a um terceiro a solução da lide, estão, em primeiro lugar, dispendo sobre direitos que a lei considera disponíveis.

Não há exclusão, mas sim uma proposta coerente com o pensamento moderno de se superar formalismos ainda embutidos na cultura nacional, e o Judiciário, ao invés de estar sendo renegado, estará mais desobstruído para que possa cumprir seu objetivo jurisdicional, melhor e com mais rapidez.

Segundo a Lei da Arbitragem, pessoas capazes de contratar podem socorrer-se do juízo arbitral para dirimir litígios referentes a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º). Para tanto devem ajustar convenção de arbitragem através da cláusula compromissória e do compromisso arbitral. Aquela retrata o ajuste firmado em cláusula contratual com a previsão de serem submetidos ao juízo arbitral litígios supervenientes à celebração do contrato. O compromisso arbitral é a convenção pelas qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas. Cuidam-se, pois, de instrumentos colocados à disposição daqueles interessados em evitar a intervenção estatal no campo da realização da justiça.

Inegável é sua vantagem sob determinadas condições. Pontos de destaque são a necessidade da qualificação técnica do árbitro e do absoluto sigilo no exame e julgamento de dissensos. Nem sempre os árbitros, não afeitos à arte de julgar, saberão colocar em termos jurídicos e exequíveis as suas decisões. Há necessidade de orientação técnica para tal. Quanto ao segundo ponto, com o juízo arbitral, as partes poderão manter a confidencialidade de suas pendências, não as submetendo à publicidade do processo.

Com frequência, as partes, principalmente pessoas jurídicas de grande porte, levam aos tribunais assuntos excessivamente técnicos com amplas dificuldades ao juiz, que somente pode decidi-los tomando por base custosas e complexas perícias. Todavia, em se valendo de árbitros de sua confiança, especialistas na matéria discutida, podem as partes conseguir decisões mais rápidas e até mais justas e técnicas.

Com a arbitragem, poderão os interessados, em regra, obter decisões mais simples, rápidas e econômicas, como observa Miguel Reale, citado por Silvio Venosa¹⁶:

O hábito da arbitragem pressupõe certo desenvolvimento econômico, e mais do que isso, a verificação de que a crescente necessidade de conhecimentos técnicos, envolvendo atualmente perícias altamente especializadas, torna cada vez mais inseguros os julgamentos proferidos por juízes togados, por mais que estes, com a maior responsabilidade ética e cultural, procurem se inteirar dos valores técnicos em jogo. Além disso, questões há que, pela própria natureza, não comportam rígidas respostas, positivas ou negativas, implicando largo campo de apreciação equitativa, ou, por outras palavras, de um equitativo balanceado de valores econômicos. (O Estado de S. Paulo, 5 out. 1996)

E, no mesmo artigo, conclui:

Como se vê vamos aos poucos, também no Brasil, superando o formalismo tradicional, uma das pesadas heranças da cultura portuguesa, o que vem ao encontro das novas doutrinas que pregam a aplicação do Direito em concreção ou como experiência concreta, o que causa arrepios a certos magistrados, que qualificam tais imperativos como meros ‘exercícios de retórica’ como, ainda recentemente, tive oportunidade de ler, perplexo.

Não estamos diante apenas de um novo sistema processual. A arbitragem representa muito mais do que isso, ou seja, significa verdadeira revolução em nossa cultura jurídica à medida que coloca lado a lado a jurisdição estatal e a privada, à escolha do jurisdicionado.

3.1.2 Conciliação

A jurisdição, enquanto atividade substitutiva, dirime o litígio, do ponto de vista dos seus efeitos jurídicos, mas na imensa maioria das vezes, ao contrário de eliminar o conflito subjetivo entre as partes, o incrementa, pois a parte vencida dificilmente reconhece que seu direito não era melhor que o da outra, não sendo, deste modo, plenamente convencido pela sentença.

Na conciliação, diferentemente, não existem vencedores nem perdedores. São as partes que constroem a solução para os próprios problemas, tornando-se responsáveis pelos

¹⁶ VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 586.

compromissos que assumem, resgatando, tanto quanto possível, a capacidade de relacionamento.

A conciliação é um meio de solução de controvérsias em que as partes resolvem o conflito, através da ação de um terceiro, o conciliador. O conciliador, de forma imparcial na condução da solução do conflito, além de aproximar as partes, aconselha e ajuda, fazendo sugestões de acordo. Exige-se, pois, do terceiro ou dos terceiros, um esforço a mais, na busca de levar as partes discordantes a um acordo, pondo fim à pendência que as separa.

Quando ocorre fora do processo judicial, o conciliador é uma pessoa da sociedade que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações.

Neste método, as partes conservam sua autonomia no que diz respeito a solução proposta, ou seja, aceitam se quiserem, pois o conciliador apenas propõe saídas. Quem realmente decide são as partes, de acordo com a conveniência para as mesmas.

A conciliação é mais eficaz em conflitos chamados pontuais e novos, isto é, de pouca idade. Acidentes de trânsito, questões de vizinhança e certas relações de consumo seriam alguns exemplos.

As vantagens da conciliação são principalmente a redução do custo financeiro e emocional para as partes, o sigilo e preservação da intimidade, a agilidade e rapidez no deslinde do litígio.

Além de utilizada como meio extrajudicial de solução dos conflitos, onde não haverá a necessidade da instauração de um processo, a conciliação é utilizada também no âmbito processual. Nesse mecanismo, o papel do juiz não é menos importante, pois é aqui que ele cumpre sua missão de pacificar verdadeiramente o conflito.

A tentativa de conciliação, que pode ser feita a qualquer tempo (CPC, Art. 125, IV), é dever indeclinável do magistrado. Cabe-lhe empregar esforços no sentido da composição amigável da lide, abstendo-se, porém, de fazer pressão sobre as partes para que aceitem um acordo em termos a que não se mostram dispostas a anuir. Deve o juiz, especialmente, evitar que transpareçam de sua intervenção indícios de um prejulgamento da causa.

Nunca será demasiado repetir que a conciliação das partes se reveste de profundo conteúdo ético, pois a sentença é uma solução imposta, de que a ordem pública não pode prescindir. A conciliação é de suma importância para resolver o conflito de interesses, permitindo a reconciliação entre inimigos e minimizando a tensão social.

Contudo, a autorização legal para a conciliação não é suficiente para que a medida seja admitida com naturalidade no meio jurídico. Alguns dogmas da formação dos profissionais do Direito precisam ser repensados, relidos. E isto inclui rever conceitos arraigados, tanto pelos magistrados, como pelos advogados e membros do Ministério Público. Não é costume, na formação do jurista, o ensino da conciliação. Os cursos de Direito e a própria doutrina reverenciada nos bancos das universidades cultuam a litigiosidade, a partir de uma concepção puramente formal dos mecanismos da ampla defesa e da própria atividade jurisdicional.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça:

A Justiça de Conciliação favorece o processo de paz social ao fomentar a cultura do diálogo e tornar a Justiça mais efetiva e ágil, com a redução do número de conflitos litigiosos e do tempo para a análise dos processos judiciais. Atualmente, a taxa de conciliação do país ainda é baixa, entre 30% e 35%, enquanto nos países desenvolvidos esse índice chega a 70%.¹⁷

É certo que nem sempre a conciliação será o mecanismo apto a solucionar as situações litigiosas. Ocorrências há que demandam a atividade substitutiva do Poder Judiciário para delimitar os comportamentos. Mas a conciliação sempre deve ser a primeira alternativa e a mais estimulada, como instrumento de grande potencial que é para a pacificação dos conflitos.

3.1.3 Mediação

Outra forma alternativa de solução dos conflitos é a mediação, método através do qual uma terceira pessoa, imparcial, especialmente formada, auxilia as partes a ampliarem a comunicação por meio de uma maior compreensão das raízes dos conflitos que se apresentam. Busca-se com a mediação obter uma solução real e consciente, em que as partes estejam preparadas para cumprir e aceitar as conseqüências de suas próprias decisões.

Na mediação, o terceiro auxilia as partes a chegarem, por si próprias, a um acordo. O mediador exerce papel fundamental no processo de mediação e, na concretização da justiça. As funções do mediador podem ser resumidas da seguinte forma: cooperador, uma vez que ajuda as partes a discutirem a questão; coordenador da discussão entre as partes, ressaltando as convergências e divergências em torno do objeto do conflito de interesses; identificador dos pontos de atrito entre as partes que originaram o conflito; motivador da criatividade na busca de alternativas para a solução do conflito assim como também auxilia as partes a descobrirem seus reais interesses, permitindo que o acordo firmado por elas seja justo, eqüitativo e duradouro.

¹⁷ In <http://www.conciliar.cnj.gov.br/conciliar/pages/conciliacao/Conciliacao.jsp>. Acessado em 25 de setembro de 2007.

Importante ressaltar que as partes são as detentoras do poder de decisão. O mediador jamais poderá decidir, pois age apenas como um facilitador.

Devemos entender a diferença existente entre mediação e conciliação. Na mediação o terceiro aproxima e auxilia as partes na investigação e solução do conflito, podendo, ou não, chegar-se a um acordo. O mediador apenas tenta alcançar a solução amigável para o conflito, ele não interfere, nem sugere formas para um acordo. Na conciliação, ao contrário da mediação, o conciliador, estimula as partes para um acordo, sugerindo alternativas e condições para a resolução do conflito; ele interfere na composição amigável.

O objetivo básico da mediação é facilitar a comunicação entre as partes, e não apenas estabelecer um diálogo sobre a proposta de cada uma. Facilitar a comunicação significa: restaurar a comunicação das partes, reduzir os obstáculos emocionais e os ruídos da própria comunicação e proporcionar reflexão sobre o conflito até se estabelecer uma consciência baseada na razão e na flexibilidade. O objetivo principal da mediação seria, desta forma, não a busca do direito a ser aplicado ao conflito, mas, a busca do apaziguamento das partes envolvidas na controvérsia percebendo-se como indivíduos sociais.

Neste sentido, verifica-se que o conflito deve ser trabalhado em todos os seus aspectos: psicológico, social, jurídico e econômico, sem perder de vista a concepção de que todos estão inter-relacionados. E somente a partir daí, poder-se-á passar ao debate quanto ao mérito do conflito.

Uma das grandes vantagens da mediação é que ela pode evitar um longo e desgastante processo judicial, pois se dá antes que as partes se definam por uma briga nos tribunais, resolvendo suas diferenças de forma extrajudicial, levando ao Judiciário apenas aquelas questões que não podem ser resolvidas de outra forma.

A mediação tem ampla aplicabilidade, podendo ser utilizada em vários contextos, como nos conflitos familiares, de vizinhança, em escolas e demais instituições, assim como na reestruturação de empresas, principalmente naquelas familiares, e nas questões relativas à sucessão de gerações na empresa, alcançando aí, com muita frequência, a função preventiva da mediação. Outrossim, vale ressaltar que a mediação também pode ser feita em se tratando de matéria penal. Nos casos de crimes sujeitos à ação penal privada ou à ação penal pública condicionada, a mediação poderá culminar na renúncia da queixa-crime ou da representação. Feito um acordo, este pode ou não ser homologado pelo Judiciário, a critério das partes.

As práticas sociais de mediação se configuram num instrumento ao exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a conviver com as diferenças e a

realizar tomada de decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados por um conflito.

Como mecanismo alternativo de caráter extrajudicial e autônomo, a mediação, privilegia a conciliação entre as partes e o restabelecimento das relações sociais.

Alguns dos grandes benefícios deste recurso são: rapidez e efetividade de resultados, redução de desgaste emocional e de custo financeiro, maior perspectiva de privacidade e sigilo, alternativa à arbitragem e ao processo judicial, redução de duração e reincidência dos litígios, facilitação da comunicação e promoção de ambientes cooperativos, transformação e melhoria das relações.

Acreditam os defensores da mediação que este procedimento deve ser adotado não somente porque reduz o número de casos que aguardam decisões dos tribunais, mas porque possui seus próprios méritos: agilidade, economia processual, negociação e sigilo.

Para demonstrar a importância que a mediação está tomando em nosso país, principalmente quando se está discutindo de forma mais enfática a reforma do Judiciário, dá-se conta do Anteprojeto de Lei que está tramitando no Congresso Nacional, tendo como pano de fundo o Projeto de Lei nº 94, de 2002, que institui a mediação de maneira facultativa e o Anteprojeto de Lei do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Escola Nacional da Magistratura, que enfoca a mediação prévia e a incidental.

A mediação transcende à solução de conflitos, dispondo-se a transformar o contexto de adversidades em colaborativo, estimulando e vitalizando a comunicação entre os indivíduos em conflito de modo a proporcionar o que a jurisdição pública atualmente não possui condições de oferecer, celeridade e restabelecimento da relação social entre as partes.

Nesta perspectiva, faz-se necessário perceber que a justiça acompanha a evolução do homem dentro de suas necessidades, resultantes da evolução tecnológica, social, política, jurídica e econômica, sendo necessário uma adaptação eis que faz parte do processo evolutivo o aumento da procura por soluções eficazes as quais podem ser obtidas não apenas por meios estatais, mas pela própria participação dos litigantes através de meios alternativos.

3.1.4 Transação

Um litígio nunca é salutar para a harmonia do grupo social. Deste modo, se um litígio se instala na relação, ou as condições indicam o seu processo de formação, tentativas de solução devem ser desenvolvidas por quem se encontra, diretamente ou não, envolvido no fato social.

Nesse sentido, contribuição à ordem jurídica e à paz social, a transação pode ser vista como um dos meios de promoção do fim das discórdias mais úteis à sociedade.

Gramaticalmente falando, o vocábulo transação significa pacto, ajuste, convenção. Juridicamente, a definição de transação, modalidade de autocomposição, pode ser extraída do art. 840 do Código Civil: Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

O aspecto autocompositivo, portanto, parece ser o aspecto preponderante do conceito do instituto, reconhecendo a composição dos conflitos, ou promovendo a sua prevenção, mediante concessões recíprocas, estando em pauta interesses patrimoniais particulares.

Nas palavras do mestre Paulo Nader, transação é: O contrato pelo qual as partes colocam um termo final em seu litígio concreto ou em vias de formação, de natureza patrimonial e ordem privada, mediante concessões recíprocas.¹⁸

Ordinariamente, se não sempre, as concessões contêm renúncia, desistência de direitos, cortes em pretensões, como meios de poderem as partes chegar a um acordo. Se tal renúncia não tem o caráter de reciprocidade, ou ha doação ou ha remissão de dívida, mas nunca, porém, transação. Renúncia sem recompensa não é transação, é mera liberalidade.

A reciprocidade não é apenas a presença de duas concessões contrapostas. Deve-se ter presente que uma é causa da outra e vice-versa. Mas essa reciprocidade não implica, necessariamente, proporcionalidade. As concessões podem consistir em satisfazer-se, renunciar, ou ainda reconhecer a pretensão em parte e em outra não, contudo, deve sempre estar presente o caráter de reciprocidade. Trata-se, deste modo, de convenção onerosa, já que ambos os transigentes dão a sua quota de sacrifício.

A transação é um ato jurídico pelo qual as partes, fazendo concessões recíprocas, extinguem obrigações duvidosas. Contudo, a transação não é utilizada somente para pôr fim em relações duvidosas. Ela serve também às relações simplesmente litigiosas. Dizer que só se aplica transação a relações duvidosas é retirar substancial utilidade do instituto. Ela é aplicável para relações duvidosas, relações litigiosas e relações litigiosas e duvidosas. São, pois, pressupostos da transação a dúvida ou litígio a respeito da relação jurídica.

O objeto da transação deve ser referente a direitos patrimoniais de caráter privado, conforme o art. 841 do CC. Em se tratando de normas de ordem pública, impossível será a

¹⁸ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, volume 3: Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 529.

transação. Assim, não pode haver transação sobre o estado da pessoa e o direito de família, nada impedindo, porém, que ela ocorra sobre os bens patrimoniais resultantes da liquidação daqueles extrapatrimoniais.

Em resumo, apresenta a transação natureza contratual e tem como elementos de sua formação: a) um litígio já existente ou a existir futuramente, b) intenção das partes em resolvê-lo; e, c) concessões bilaterais.

Os tipos de transação são basicamente dois: a transação judicial e a transação extrajudicial, a primeira recaindo sobre os direitos contestados em juízo e a segunda nascendo para evitar o processo. A transação judicial para ser efetivada, por termo nos autos de processo, deve ser homologada pelo juiz. A transação extrajudicial, não podendo sê-lo por termo nos autos do processo, poderá ser concluída por escritura pública, em caso de bens imóveis, ou por qualquer outra forma particular, desde que por escrito, e vir a ser homologada pelo juiz.

Embora toda transação constitua conciliação, esta nem sempre se confunde com aquela.

Enfim, quando há um conflito, normalmente ambas as partes entendem estar corretas. Por isso, para estes casos, nenhuma delas quer se submeter à outra. Mas quando esta submissão não é gratuita, ou seja, quando há uma contraprestação, isso pode mudar o ânimo do indivíduo para fazê-lo acordar o fim da controvérsia. Demonstra-se, destarte, a utilidade da transação como instrumento negocial, pois, embora não saiam completamente satisfeitas em suas pretensões, as partes certamente não sairão irrequietas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao findarmos o presente estudo – que, ao longo de seu corpo, discorreu sobre a relevância do Direito como instrumento de pacificação social e as formas por ele adotadas para isso; sobre a questão, muito atual, do acesso à justiça, suas problemáticas e instrumentos desenvolvidos para efetivá-lo; e sobre as formas alternativas, ou extrajudiciais, de composição dos conflitos – é pertinente que sejam feitas algumas considerações.

É ocorrência hodierna no meio social, em decorrência da complexa teia das relações humanas, a existência de conflitos intersubjetivos. Todavia, a perpetuação desses conflitos é danosa para o equilíbrio social, sendo, dessa forma, necessária a implementação de meios eficientes para dirimir tais litígios.

Como visto, o objetivo precípua do Direito deve ser a garantia da paz e da harmonia das relações sociais, evitando e resolvendo conflitos, com fins de promover o desenvolvimento do grupo social com redução das desigualdades existentes.

Com essa intenção, o Estado albergou o poder de solucionar os conflitos através da função jurisdicional, conferida ao Poder Judiciário. A jurisdição, portanto, passou a ser o meio de composição dos conflitos por excelência.

Entretanto, o alto custo do processo, a demora na solução dos litígios, a elevada burocracia dos procedimentos, o desconhecimento da população acerca de seus direitos e dos meios postos à sua disposição para defendê-los, além de afastar o jurisdicionado do Judiciário, tem provocado a descrença no poder pacificador da função jurisdicional. Tal fato acarreta o nefasto fenômeno de inefetividade do acesso à justiça no Brasil.

Primeiramente, destacamos que o acesso à justiça consiste na idéia de proteção a qualquer direito, sem qualquer restrição, seja ela econômica, social ou política. Desse modo, não basta a simples garantia formal da defesa dos direitos e o acesso aos tribunais, mas a garantia da proteção material destes direitos, assegurando a todos os cidadãos, independentemente de classe social, acesso à ordem jurídica justa. Nesse sentido, em virtude da busca constante por justiça, ressurgem mecanismos alternativos que evoluem na sociedade oferecendo a rapidez e a eficácia almejada na composição dos conflitos.

A busca por meios alternativos para solução de conflitos está cada vez mais comum na sociedade brasileira, principalmente por estarmos diante de uma grave crise que assola o Judiciário. Contudo, para que ocorra uma aceitação desses meios é necessário que haja uma mudança na maneira de pensar dos cidadãos, e até mesmo na cultura brasileira, para que passemos a utilizar efetivamente os métodos não convencionais como alternativas para crises.

É preciso, contudo, também empreender a melhoria do acesso à justiça, como sinônimo de acesso ao Judiciário. Para tanto, um longo caminho deve ser percorrido. A sociedade deve exigir que o Estado promova a proteção dos direitos e o acesso aos tribunais. Com efeito, cabe ao Estado aperfeiçoar e modernizar a ordem jurídica, de forma justa, célere e eficiente, com apoio e participação de todos os cidadãos.

Além disso, deve ser assegurada a disseminação do conhecimento do Direito com vistas a possibilitar o acesso à jurisdição a todas as classes sociais. Essa disseminação é dever de toda a sociedade, com a finalidade de facilitar o acesso à justiça, devendo ser estabelecido um plano integrado de ações entre todos os segmentos sociais. A exclusão social e a pobreza são grandes obstáculos de acesso à justiça. Destarte, o pleno acesso só será possível com a inclusão dos excluídos no processo de democratização da justiça, através de mecanismos que assegurem aos miseráveis acesso à ordem jurídica justa.

Outra relevante questão, facilmente notada, é o fato de que a informática ainda é pouco utilizada. A utilização da Internet para facilitar e reduzir custos de comunicação precisam estar presentes em todas as varas do Judiciário brasileiro.

Também o processualista deve continuar atuando para tornar o processo judicial mais efetivo. E, ao lado do trabalho do processualista, há a exigência de um estudo científico mais apurado acerca da otimização dos recursos humanos e materiais e, especialmente, da otimização do tempo de permanência do processo nas prateleiras.

Por fim, a simplificação do Direito é outra interessante sugestão. Nosso Direito é complicado e assim permanecerá. Todavia, há áreas onde a simplificação pode constituir importante elemento de acesso à justiça, pois muito contribuiria para facilitar o entendimento para o cidadão comum. Um aperfeiçoamento na legislação e fundamentalmente na consciência daqueles que laboram com a lide são indispensáveis para que a justiça nem tarde nem falhe. E assim, possam satisfazer a aspiração dos que a procuram.

O bom funcionamento do Judiciário e o amplo acesso à justiça são indispensáveis para a manutenção do Estado de Direito. Assim, mudanças que visem melhorias da tutela jurisdicional, contribuem, também para o fortalecimento da democracia.

De outro lado, as formas extrajudiciais de pacificação dos conflitos como a arbitragem, a conciliação, a mediação e a transação devem ser estimuladas como vias alternativas de acesso à justiça, colaborando, também para que o Judiciário receba menor número de ações, reduzindo a taxa de congestionamento do sistema. Deve dar-se respaldo aos meios alternativos, por caminharem lado a lado com o Poder Judiciário, numa perfeita concretização do justo, impedindo-se desta forma a injustiça legalizada.

É natural a resistência ao novo, e no Brasil a resolução de controvérsias por particulares constitui novidade, como nos demais países seguidores da *civil law*, uma vez que os meios alternativos de solução de conflitos não fazem parte da tradição, conseqüentemente são pouco utilizados.

É importante destacar que as formas alternativas de composição dos conflitos constituem uma solução residual não superior ao processo, mas necessária por causa da inacessibilidade a que chegou a Justiça estatal. Sendo assim, é necessário encarar os meios alternativos de solução de conflitos como uma nova política essencial à administração da justiça.

Em assim procedendo, ao Judiciário só se levariam as questões mais intrincadas e que exigissem realmente a análise tópica de dispositivos legais.

Se o preâmbulo da nossa Constituição for atentamente lido, observaremos o anseio por novas formas de pacificação social:

Restando demonstrado que outros caminhos devem ser trilhados na busca da justiça e que os métodos alternativos devem ser incentivados.

E assim concluímos este trabalho, na expectativa de que, mesmo estando inspirado em estudos preexistentes de abalizados juristas, venha a despertar em quem o leia a necessidade incessante de busca de instrumentos que tornem mais célere e efetiva a prestação jurisdicional e de utilização dos meios alternativos de solução dos conflitos a fim de promover o amplo acesso à justiça em nosso país.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

_____. *Os métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça*. Revista de Processo, RT-SP, nº 74, ano 19, abril-junho/94.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de Processo Civil*. Tradução Adrián Cetro De Witt Batista. Editora Servanda, Campinas, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução Paolo Capitanio. Volume 1. Editora Bookseller, Campinas, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo, DINAMARCO, Candido R. e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Dicionário Compacto do Direito*. 2. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003.

DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6ª. Edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo*. Revista Estudos Históricos nº 16, 1996.

LIMA, George Marmelstein. *e-Processo: uma verdadeira revolução procedimental*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3924>>. Acesso em: 08 de setembro de 2007.

MARQUES, Luiz Guilherme. *Acesso à Justiça e ao Direito. Jus Vigilantibus*, Vitória, 30 nov. 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/18967>. Acesso em: 13 setembro de 2007.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22 ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2007.

PAULA, Arquilau de. *O acesso à justiça. Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3401>>. Acesso em: 05 de agosto de 2007.

REIS, Suellen Agum dos. *Meios Alternativos de Solução de Conflito. FDC*. Disponível em: <http://www.fdc.br/Revista/..%5CArquivos%5CRevista%5C24/01.pdf>. Acesso em: 05 de agosto de 2007.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*, 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SANTOS, Nivaldo. *Da Negação do Acesso à Justiça - Identificando as matrizes dos mecanismos pelos quais se opera o fenômeno*. Existencialismo. Rios de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.existencialismo.org.br/jornalexistencial/betanianegacao.htm>>. Acesso em: 10 de setembro de 2007.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Cadernos de Processo Civil, volume 1: jurisdição, ação e processo*. São Paulo: LTr, 1999.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 44 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VILELA, Sandra Regina. *Meios Alternativos de Resolução de Conflitos – Arbitragem, Mediação – e Juizado Especial. Pai Legal*, São Bernardo do Campo, 2003. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/mediation.asp?rvTextoId=1093996109#>>. Acesso em 20 de setembro de 2007.