

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

APONTAMENTOS ACERCA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

*André Ramos Tavares**

Sumário: 1. Acesso ao Judiciário. 2. Direito de ação. 3. Acesso ao Direito. 4. Acesso à Justiça

1. Acesso ao Judiciário

1.1 Fundamento

O princípio do acesso ao Judiciário é um dos pilares sobre o qual se ergue o Estado de Direito¹, pois de nada adiantariam as leis regularmente votadas pelos representantes populares se, em sua aplicação, pudessem padecer do desrespeito direto e não-controlável, seja por parte da sociedade, seja pelos operadores oficiais do Direito. É necessário que se estabeleça um órgão² com a competência específica para proceder ao controle da observância do princípio da soberania popular, de respeito às leis.

O próprio princípio da legalidade, portanto, requer que haja a apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo órgão designado pelo sistema para proceder a essa verificação. Dentro da idéia clássica de tripartição de funções estatais, incumbe ao Poder Judiciário o papel de se manifestar, como última instância, sobre as lesões ou ameaças de lesões a direito.

Precisamente nesse sentido, assevera Maria Tereza Sadek que:

* André Ramos Tavares é professor dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), coordenador do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Bandeirante de São Paulo (Uniban/SP) e coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Centro de Extensão Universitária.

¹ “Formalmente, desde a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil pode ser classificado como um Estado de Direito e uma democracia. Liberdades e direitos individuais coletivos são garantidos, bem como há o império da lei”. SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à Justiça*. p. 7.

² Na França, embora não deixe de se fazer presente o Estado de Direito, a divisão de funções à qual ali se procedeu desvia boa parcela das funções que normalmente são desempenhadas pelo Poder Judiciário para o denominado “contencioso administrativo”. De qualquer sorte, isto significa que há um órgão – embora nem sempre representado pelo Judiciário – que procede à análise dos casos de lesão ou ameaça a direito. É que o contencioso administrativo não integra, formalmente falando, a estrutura judiciária, embora desempenhe notadamente a função jurisdicional. No Brasil, o contencioso administrativo a que se referia a Constituição de 1967 nunca chegou a ser implementado na prática.

“Os direitos são letra morta na ausência de instâncias que garantam o seu cumprimento. O Judiciário, deste ponto de vista, tem um papel central. Cabe a ele aplicar a lei e, conseqüentemente, garantir a efetivação dos direitos individuais e coletivos. [...] No exercício de suas funções, o Judiciário, segundo prescreve a Constituição brasileira, tem duas faces: uma, de poder de Estado; outra, de prestador de serviços. Tanto em um caso como no outro, há, primordialmente, a distribuição de justiça. Não se trata, é claro, de uma justiça abstrata, mas de possuir a palavra final, quer sobre conflitos de natureza eminentemente política, quer sobre disputas privadas”³.

Conforme as ponderações de Carmem Lúcia Antunes Rocha, “O direito à jurisdição é o direito público subjetivo constitucionalmente assegurado ao cidadão de exigir do Estado a prestação daquela atividade. A jurisdição é, então, de uma parte, direito fundamental do cidadão, e, de outra, dever do Estado”⁴.

A existência de uma instância estatal responsável por assegurar os direitos declarados formalmente, pois, é, por si mesma, igualmente, um direito, o direito à jurisdição, como bem ponderou Carmem Lúcia Antunes Rocha. É a lição que se apreende em Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“As próprias garantias em sentido estrito são de determinado ângulo direitos fundamentais. Sim, porque há um direito a não sofrer censura, a não ter confiscados os bens, a recorrer ao Judiciário, a impetrar mandado de segurança ou a requerer habeas corpus. São direitos subjetivos à garantia: direitos-garantia, portanto”⁵.

Por fim, nas palavras de José Augusto Delgado:

“A abertura da via judiciária como meio de proteger os direitos fundamentais do cidadão deve ser concebida como uma garantia sem possibilidade de acolher lacunas. É o que exprime o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao determinar que ‘a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito’”⁶.

O direito à jurisdição é amplo e irrestrito.

³ Op. cit., p. 8.

⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. p. 33.

⁵ *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. p. 33.

⁶ DELGADO, José Augusto. Supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. p. 69.

1.2 Limitação imposta ao legislador

O princípio do acesso ao Judiciário significa que nenhuma controvérsia sobre direito poderá ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário. Nessa perspectiva, o comando constitucional dirige-se diretamente ao legislador, que não pode pretender, por meio de lei, delimitar o âmbito de atividade do Poder Judiciário, até porque uma ocorrência dessas chocar-se-ia frontalmente com o princípio maior da separação de poderes⁷.

Neste sentido, anota Celso Bastos:

“Isto significa que lei alguma poderá auto-excluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade, nem poderá dizer que ela seja ininvocável pelos interessados perante o Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam da sua aplicação”⁸.

A judicialização de qualquer controvérsia que surja na sociedade é inafastável por meio de lei, inclusive a controvérsia que eventualmente se origine justamente em documento legislativo.

Conforme anota José Augusto Delgado,

“A amplitude desse princípio, também denominado ‘inafastabilidade do controle judiciário’, implica considerar a existência de meios processuais que protejam o cidadão contra todos os atos do poder público, quer atos de administração, quer legislativos e jurisdicionais”⁹.

Lembra Carmem Lúcia Antunes Rocha que: “Inicialmente, tem-se a indeclinabilidade e a inafastabilidade da jurisdição. Como direito fundamental do cidadão – e, aliás, como é próprio de todo direito constitucional –, a jurisdição não pode ser afastada, não podendo subtraí-la do cidadão o legislador”¹⁰. Evidentemente que a auto-inclusão, livremente manifestada, em juízos não-estatais, como o caso do juízo arbitral, é admissível sem que se configure violação ao princípio em análise.

Nesse diapasão, assevera, ainda, José Augusto Delgado, que o princípio do acesso ao Judiciário, encampado no art. 5º, XXXV, “produz o efeito de impedir que o Legislativo suprima ou restrinja da apreciação judicial qualquer situação controvertida existente entre os cidadãos, reafirmando, assim, de modo solene, que a unidade da função jurisdicional deve ser preservada”¹¹.

⁷ Isso, contudo, não quer dizer que o princípio não se dirija irrestritamente a todas pessoas, que estão impedidas, por força do preceito em análise, de proceder de modo a evitar o acesso ao Judiciário pelos jurisdicionados (cf. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. p. 92).

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. p. 214.

⁹ DELGADO, José Augusto. Op. cit., p. 69.

¹⁰ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Op. cit., p. 44.

¹¹ DELGADO, José Augusto. Op. cit., p. 70.

Em última instância, o que se apresenta, aqui, é uma questão relacionada diretamente à separação de “poderes”, não podendo o legislador pretender determinar qual a área de atuação válida do Judiciário. A este incumbe, amplamente, a apreciação das demandas que lhe devem ser apresentadas com liberdade, vale dizer, sem restrições, como visto acima.

“O princípio do amplo acesso ao Judiciário, expressamente previsto no atual texto constitucional (art.5º, XXXV), não deixa margem de dúvida no sentido de que nenhum tipo de restrição (tal como o esgotamento prévio das vias administrativas) pode ser levantada no sentido de vedar o amplo acesso ao controle jurisdicional exercido, com exclusividade, pelo Judiciário”¹².

Vicente Greco Filho lembra que:

“Nesse dispositivo acha-se garantida a faculdade de pedir ao Judiciário a reparação da lesão de direito, praticada por particulares ou pelos próprios agentes do poder público, de tal forma que nem mesmo as leis processuais poderão estabelecer hipóteses que impeçam o exercício desse direito”¹³.

A doutrina, portanto, é uníssona nessa matéria. Por fim, cumpre ressaltar que o princípio do acesso, no magistério de José Augusto Delgado, é um importante potencializador da manifestação estatal em declarar o direito. Escreve o autor que:

“Merece aplausos essa posição que acentua, assim, com faceta mais potencializada, uma das conseqüências da própria soberania estatal, que é a de não permitir a qualquer cidadão que evite o jus imperii do Estado. Este deve ser monopolizador da Justiça, sem ser tentado, em nenhuma hipótese, a liberar para a composição privada a possibilidade de, por meios válidos e coativos, resolver definitivamente interesses em conflito”¹⁴.

Em síntese, nem a legislação pode auto-excluir sua própria apreciação do Judiciário, nem poderá atribuir a terceiros a realização da tarefa pertencente (em termos constitucionais) ao Judiciário, ao qual reconhece-se a tarefa de compor os interesses em conflito em face da lei.

1.3 Acesso imediato e irrestrito

Conseqüência direta do princípio é a não-aceitação da chamada instância administra-

¹² FRIEDE, Reis. *Curso de direito constitucional e de teoria geral do Estado*. p. 160.

¹³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 1, p. 41.

¹⁴ DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, p. 70.

tiva forçada, ou jurisdição condicionada¹⁵, por meio da qual era possível impor-se ao particular, que pretendesse discutir com a Administração a necessidade de recorrer primeiramente às vias administrativas e, somente uma vez esgotado este meio, lançar-se às vias judiciais.

O único caso admitido no Direito pátrio é o referente à Justiça Desportiva, com relação à qual a própria Constituição impõe o prévio esgotamento das instâncias administrativas próprias, no caso de ações relativas à disciplina e às competições desportivas (art. 217, § 1º). No entanto, para que não houvesse procrastinação no trâmite do feito e, por conseguinte, impedimento indireto de acesso ao Judiciário, o legislador constituinte foi extremamente sábio e inseriu um prazo máximo de sessenta dias para a manifestação final desta instância jurisdicional administrativa (art. 217, § 2º). A partir do vencimento desse prazo, que se inicia com a instauração do processo, desfaz-se a necessidade do prévio esgotamento, vale dizer, subentende-se já estar *superado* o curso administrativo forçado que, no caso, é temporalmente delimitado.

Emergindo a lesão, ou caracterizando-se a ameaça de lesão a direito, surge, ao seu titular, a possibilidade de tutela, imediata, pela via judiciária, salvo a ressalva constitucional indicada.

É necessário, contudo, proceder a uma análise mais detida dessa afirmação, especialmente em alguns pontos que têm gerado grande polêmica.

1.3.1 Comissões de Conciliação Prévia

Em recente mudança promovida no âmbito da Justiça Trabalhista vislumbra, parcela da doutrina, uma afronta ao princípio do livre acesso à Justiça, em virtude das denominadas “Comissões de Conciliação Prévia”, introduzidas pela Lei nº 9.958/00.

Tal comissão, se existente no âmbito da empresa, é instância administrativa forçada para a solução de conflitos individuais do trabalho, uma vez que somente se frustrada for a conciliação em referidas comissões é que se franqueia ao trabalhador apresentar sua demanda ao Poder Judiciário.

O termo de conciliação do prévio “julgamento” feito pela Comissão, se frustrada, por óbvio, é condição para o exercício da ação na Justiça do Trabalho. Há, nitidamente, uma limitação quanto à possibilidade de o trabalhador oferecer imediatamente a ação para apreciação jurisdicional¹⁶.

Cumprе salientar, ainda, que as Comissões de Conciliação Prévia também violam o princípio do livre acesso à Justiça pelo fato de o termo de conciliação ter eficácia liberatória geral, exceto quando expressamente ressalvada¹⁷. Isso quer dizer, na Justiça do Trabalho, que se o empregado tiver pleiteado somente verbas rescisórias, mesmo tendo direito inequívoco a adicional noturno, por exemplo, com o eventual êxito na conciliação, e não ressalvado no termo que se trata apenas de acordo relacionado às verbas rescisórias, esse empregado nada mais poderá reclamar, pois o termo conciliatório equivale a uma quitação plena de todos os débitos que poderiam emergir do contrato de trabalho.

¹⁵ No mesmo sentido do texto: BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 214; NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 99-100.

¹⁶ Note-se, ademais, com José Carlos Arouca, que essa lei “completou dois anos sem agradar a ninguém e não resolveu a extraordinária e sabidamente artificial conflituosidade das relações de trabalho” (O triste fim das comissões. *Tribuna do Direito*, jul. 2002).

¹⁷ Nesse sentido: AROUCA, José Carlos. Op. cit., p. 28.

1.3.2 Arbitragem

A introdução da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que reforçou o instituto internacionalmente aceito da arbitragem, gera polêmica exatamente acerca de estar ou não violando o princípio do acesso ao Judiciário.

A tergiversação doutrinária está centrada, basicamente, num eventual caráter usurpatório dos tribunais arbitrais.

No entanto, assevera Pedro A. Baptista Martins que

“afora as conhecidas vantagens – celeridade, informalidade e confidencialidade – que o processo arbitral costuma proporcionar, cremos que, numa visão macro, essa importante via de solução das controvérsias desempenha papel relevante e primordial como instrumento eficaz de acesso à Justiça”¹⁸.

É preciso, contudo, contextualizar o sistema arbitral. Trata-se de meios paralelos à Justiça estatal para o enfrentamento de questões de alta especialidade técnica. Portanto, a arbitragem não está relacionada com a busca da efetividade para as demandas economicamente simples. Anota Carlos Alberto Carmona que “[...] a arbitragem não substitui com vantagem a atividade jurisdicional do Estado em toda e qualquer hipótese: o sigilo, o custo da arbitragem e a rapidez, na realidade, não são motivos que levam os interessados a escolher a solução pela via arbitral.

“A rigor, a arbitragem é imprópria para a solução de litígios que envolvam valores de pouca monta (já que o aparato arbitral seria desproporcionalmente oneroso) ou que envolvam matéria de escassa complexidade, para as quais o Poder Judiciário está suficientemente aparelhado. Daí o fracasso da experiência arbitral nos Juizados Especiais de Pequenas Causas”¹⁹.

Contudo, analisando a problemática instaurada acerca da arbitragem e o princípio do acesso (ao Judiciário e à Justiça), Mauro Cappelletti e Bryant Garth observam que:

“Dadas as delongas e despesas freqüentemente características dos litígios, essas alternativas podem reduzir as barreiras de custas para as partes e, pela utilização de julgadores mais ativos e informais, beneficiar substancialmente as partes mais fracas [...]. Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o

¹⁸ MARTINS, Pedro A. Baptista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Coords.). *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. p. 1-4.

¹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. p. 16.

litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediatas, tais como o juízo arbitral”²⁰.

Seja como for, não se pode ignorar que ao desviar do Judiciário algumas das questões mais complexas do Direito, a arbitragem promove a conseqüente liberação do sistema oficial, que poderá mover-se com maior agilidade e, dessa forma, atender a uma das demandas por acesso à Justiça, a celeridade.

Sobre uma nova vertente introduzida pelo advento da arbitragem, Carlos Aberto Carmona, entende que

“[...] parece ser universal a tendência de ampliar o conceito de jurisdição, na medida em que aumenta o grau de participação e o interesse popular na administração da justiça (escopo político da jurisdição). Daí referir-se Ada Pellegrini Grinover a uma ‘acepção mais ampla de jurisdição, vista numa perspectiva funcional e teleológica’, que incluiria a chamada justiça conciliativa e, a nosso ver, também a arbitragem”²¹.

Essa natureza jurisdicional da arbitragem seria, nos dizeres de José Carlos de Magalhães e Luiz Olavo Baptista, que os árbitros e os juízes

“[...] possuem a mesma jurisdição, entendida esta como autoridade para declarar o Direito, com a diferença de que a do juiz é conferida pela comunidade, pela Constituição e a do árbitro pelas partes, pela convenção arbitral.

“Essa tese publicista da arbitragem não nega que ela repousa em convenção arbitral, mas sustenta que, firmada esta, nascida a jurisdição dos árbitros, emerge o caráter jurisdicional preponderante da arbitragem. O compromisso seria um contrato especial de direito público, instituindo normas de processo”²².

Cumpra, aqui, transcrever o disposto no art. 31 da Lei nº 9.307/96 com o seguinte comando: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

Todavia, assinala em sentido contrário à infastabilidade da decisão arbitral do reexame judicial Edoardo F. Ricci. Assevera o autor que:

²⁰ *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. p. 82-83.

²¹ *Op. cit.*, p. 37.

²² MAGALHÃES, José Carlos; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. p. 72.

“Um dos aspectos mais importantes da disciplina da arbitragem reside na possibilidade de impugnação judicial da sentença nela proferida, prevista não só na lei (arts. 32 e 33, Lei 9.307/96), mas também e sobretudo da Constituição.

“Na interpretação que preferimos, a previsão constitucional encontra-se no inc. XXXV do art. 5º (CF). Na nossa opinião, tal disposição não suscita problemas no que concerne à arbitragem, porque o acesso ao Poder Judiciário é resguardado mediante a possibilidade de impugnação da sentença arbitral. Esta é o ato capaz de produzir lesão ou ameaça a direito, contra o qual a ação judicial não pode ser excluída pela lei. Assim, qualquer arbitragem é permitida, caso a sentença seja impugnável por ação judicial. A lei não pode excluir, do exame do Poder Judiciário, sentença proferida pelos árbitros”²³.

Pedro A. Baptista, ao discorrer sobre a arbitragem consensual, assegura que,

“no âmbito da autonomia da vontade, da liberdade de contratar, podem os interessados renunciar a direitos que o Estado entende disponíveis e, assim, sujeitar-se a processo privado de solução de conflitos, em conformidade com as regras e os julgadores definidos e escolhidos por volição própria e espontânea.

“Até porque, ao renunciar ao direito político contido no inciso XXXV, art. 5º da CF fazem-no, deliberadamente, em prol de outros direitos, também relevantes e fundamentais”²⁴.

Tendo em vista os benefícios diretos e indiretos para a prestação jurisdicional, não há como pretender que a arbitragem seja inconstitucional ou que possa a decisão arbitral ser desconsiderada pelo Judiciário.

1.4 Indeclinabilidade da prestação jurisdicional pelo Judiciário

O princípio do acesso na perspectiva do Poder Judiciário deve ser analisado em conjunto com o princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional por esse poder, segundo o qual este não pode se abster de julgar, seja qual for o motivo alegado. Mesmo na falta de norma, deve o magistrado apreciar a questão e apresentar-lhe solução final, baseada nos critérios que o sistema jurídico determina, quais sejam, os princípios constitucionais, os usos e costumes e a analogia.

²³ RICCI, Edoardo F. A impugnação da sentença arbitral como garantia constitucional. *Revista de Processo*, nº 96, p. 17, out./dez. 1999.

²⁴ MARTINS, Pedro A. Baptista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 24.

Vicente Greco Filho anota que: “Por mais complexa que seja a relação jurídica e a norma legal que a define, é obrigado o juiz a apreciar o pedido, dizendo de sua procedência ou improcedência, desde que presentes as condições da ação e a regularidade formal do processo”²⁵.

É essa, no entanto, a manifestação do Supremo Tribunal ao afirmar que:

“A garantia constitucional alusiva ao acesso ao Judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculadas pelas partes. Nisto está a essência da norma inserta no inciso XXXV do art. 5º da Carta da República”²⁶.

Realmente, de pouca ou nenhuma valia seria a declaração do princípio da legalidade (Estado de Direito), do princípio do amplo acesso ao Judiciário se, de outra parte, permitir-se ao magistrado quedar-se inerte em sua função de proteção do Direito quando provocado a manifestar-se.

1.5 Acesso ao Judiciário no Direito Constitucional brasileiro

Pontes de Miranda considerou a inafastabilidade do controle judicial como “princípio intrínseco à sistemática constitucional”²⁷ de 1891, embora seja certo que não houve referência expressa por essa Constituição ao princípio em apreço.

O princípio do amplo acesso ao Poder Judiciário remonta, na história constitucional pátria, à Constituição de 1946, que foi a primeira a *expressamente* determinar que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

A criação de instância administrativa obrigatória foi franqueada por força da Emenda Constitucional nº 7/77 à Constituição de 1967/69²⁸. Dado os termos amplos em que é colocado o princípio atualmente, não há mais lugar para este tipo de imposição.

O art. 5º, inc. XXXV, da atual Constituição, declara que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Anota Nelson Nery Jr. que: “Isto quer dizer que todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos”²⁹.

E ainda, em decisão proferida por ocasião de greve do Judiciário estadual, asseverou que: “Poder Nacional, jungido à garantia constitucional da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), ao Judiciário incumbe prover, em casos inadiáveis, para que a interrupção dos serviços de um setor do seu mecanismo não frustre o direito dos que reclamam a prestação de justiça”³⁰.

²⁵ Op. cit., p. 42.

²⁶ STF – REExt n.172.084/MG – Rel. min. Marco Aurélio, DJ de 3 nov. 1995.

²⁷ *Comentários à Constituição de 1967*: com a Emenda nº 1 de 1969. t. V, p. 104.

²⁸ Esta emenda constitucional permitia que a lei condicionasse o ingresso em juízo à exaustão das vias administrativas.

²⁹ NERY JR., Nelson. Op. cit., p. 94.

³⁰ STF – 1ª T. – HC nº 68.653/DF – Rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ, Seção I, 28 jun. 1991, p. 8906.

Vale consignar, por fim, que por muito tempo o princípio do acesso ao Judiciário foi considerado como sinônimo de acesso à Justiça, como se fosse suficiente apresentar uma estrutura (judiciária) para garantir a prestação de justiça. Como se verificará, o princípio do acesso à Justiça não se confunde com o do acesso ao Judiciário, embora este faça parte daquele.

1.6 O acesso à jurisdição na perspectiva da Justiça

Discorda-se, aqui, contudo, da posição daqueles que entendem que apenas o Judiciário exerce jurisdição no sentido de que “toda decisão definitiva sobre uma controvérsia jurídica só poderia ser exercida pelo Poder Judiciário”³¹.

É que casos há – e necessariamente previstos na Constituição – nos quais há jurisdição exercida por órgãos fora da estrutura orgânica própria do Poder Judiciário. Como exemplos, há o caso do julgamento de *impeachment*, realizado pelo Poder Legislativo, ou da jurisdição administrativa, na qual uma decisão pode, evidentemente, acabar assumindo o papel de definitiva (dada a preclusão que ocorre para a Administração e, eventualmente, a prescrição da ação judicial competente para proceder à revisão daquela decisão administrativa). Há ainda a jurisdição “privada”, admitida que é a arbitragem no Direito pátrio.

O sentido de jurisdição, portanto, é o de “dizer o Direito”, atividade que é desempenhada não apenas pelos órgãos judiciários estatais oficiais. Pode-se dizer, pois, que o Judiciário exerce função jurisdicional, mas nem toda função jurisdicional é ditada pelo Judiciário.

2. Direito de ação

Desde que o Estado reclamou para si o monopólio do uso da força (proibindo a autotutela privada), assumiu o dever de assegurar *sempre* uma prestação jurisdicional como solução definitiva para as controvérsias sociais. Daí a já referida indeclinabilidade da prestação jurisdicional quando solicitada pelo cidadão. É preciso, contudo, caminhar na análise desse fenômeno para explorar com maior profundidade o que se denomina como “direito de ação”.

Djanira Maria Radamés Rocha de Sá observa que:

“Quando a Constituição define, em seu art. 5º, XXXV, que ‘lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’, ela garante a necessária tutela estatal aos conflitos ocorrentes na vida em sociedade, relativos tanto a direitos individuais, quanto a direitos difusos e coletivos. Via de conseqüência, não tem mais sentido a recomendação legal de exaustão da via administrativa como condição para o ingresso em juízo, salvo na hipótese constitucional relativa à justiça desportiva.

³¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 213.

*“O que aqui se contempla é o direito de ação, direito público subjetivo exercitável até mesmo contra o Estado, que se caracteriza pelo interesse processual, pela necessidade da tutela jurisdicional para reparação de um direito violado”*³².

Giuseppe Chiovenda observa a estreita conexão entre o direito de ação e a lesão a direitos. Para o autor,

*“[...] a ação é um dos direitos que podem fluir da lesão de um direito; e eis como aquela se apresenta na maioria dos casos: como um direito por meio do qual, omitida a realização de uma vontade concreta da lei mediante a prestação do devedor, se obtém a realização daquela vontade por outra via, a saber, mediante o processo”*³³.

O direito de ação significa a possibilidade de que qualquer pessoa possa dirigir-se ao Judiciário, provocando o exercício da jurisdição, e dele obter uma resposta. Como bem afirma Eduardo Cambi, o direito de ação “assegura a efetividade dos instrumentos necessário à obtenção da tutela jurisdicional”³⁴.

Pode-se falar, igualmente, em direito a uma tutela jurisdicional. Pinto Ferreira assinala que:

*“Tutela Jurisdicional é a faculdade que tem a pessoa de exigir do Estado a proteção de seus direitos e interesses. O Estado proíbe os particulares de fazerem justiça pelas próprias mãos, razão pela qual instituiu um órgão entre os Poderes, o Judiciário, para garantir tal proteção. É o juiz ou o tribunal quem se obriga perante o Estado, do qual é órgão, a exercer tal ofício, com o dever de prestar a referida tutela jurisdicional ao particular, que a exige ou a requer”*³⁵.

O direito de ação configura-se como consentâneo à efetividade da tutela jurisdicional, pois, para o exercício da jurisdição, esta deve ser provocada por meio da ação (*Ne procedat iudex ex officio e Nemo iudex sine actore*).

Uma vez mais há de se invocar o princípio da igualdade para deixar certo que qualquer pessoa, independentemente de condições pessoais, opções ideológicas, religiosas ou políticas, tem o direito inalienável, na sociedade contemporânea, de invocar a atuação particularizada do Judiciário, para solucionar possível violação de seus direitos. Em outras palavras, não se toleram obstáculos ao exercício do direito de ação, sejam de que natureza forem.

Nelson Nery e Rosa Nery apontam que

³² SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Súmula vinculante: análise crítica de sua adoção*. p. 105.

³³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. p. 20-21.

³⁴ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. p. 115.

³⁵ FERREIRA, Pinto. *Código de processo civil comentado*. v. 1, p. 18.

“todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória de um direito individual, coletivo ou difuso. Ter direito constitucional de ação significa poder deduzir pretensão em juízo e também poder dela defender-se. [...] A facilitação do acesso necessário à justiça, como a assistência jurídica integral (CF, art.5º, LXXIV), é manifestação do princípio do direito de ação. Todo expediente destinado a impedir ou dificultar sobremodo a ação ou a defesa no processo civil constitui ofensa ao princípio constitucional do direito de ação”³⁶.

Nesse sentido, é preciso deixar claro que para provocar a jurisdição não se exige que o argüente seja o verdadeiro titular do direito substancial envolvido. É suficiente, para obter o acesso (e exercer o direito de ação) sustentar (afirmar) a existência de um direito substantivo e sua titularidade.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XXXV, declara que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Trata-se, pois, do direito de ir a juízo, de apresentar-se perante o Estado-juiz e, provocando-o, exigir a adequada prestação estatal ou uma resposta satisfatória.

Com efeito, segundo lecionam Nelson Nery e Rosa Nery, a tutela jurisdicional adequada

“[...] entende-se a que é provida da efetividade e eficácia que dela se espera. Caso o jurisdicionado necessite de atuação pronta do Poder Judiciário, como, por exemplo, a concessão de medida liminar, pelo princípio constitucional do direito de ação tem ele direito de obter essa liminar”³⁷.

Como se verifica do desenvolvimento aqui efetuado, compreende-se no princípio do acesso o direito de ser ouvido em juízo, o que equivale a dizer que é imprescindível uma resposta adequada do Estado-juiz à demanda apresentada.

2.1 Condições da ação

Não há como negar-se que o direito à pretensão da tutela jurisdicional não é absoluto, como anota Vicente Greco Filho: “Ele nasce quando a pessoa reúne certas condições, previstas na legislação processual e de direito material e que são: a legitimidade para a causa, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido”³⁸.

Nelson Nery e Rosa Maria Nery asseveram que o princípio constitucional do direito de ação não pode ser obstaculizado de modo a impedir seu exercício. No entanto, é preciso

³⁶ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. p. 21.

³⁷ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 21.

³⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, p.41.

“[...] que a parte preencha as condições da ação (CPC, 267 VI) para que possa obter a sentença de mérito”³⁹.

Declara o Supremo Tribunal Federal:

“Os princípios constitucionais que garantem o livre acesso ao Poder Judiciário, o contraditório e a ampla defesa, não são absolutos e não de ser exercidos, pelos jurisdicionados, por meio das normas processuais que regem a matéria, não se constituindo negativa de prestação jurisdicional e cerceamento de defesa a inadmissão de recursos quando não observados os procedimentos estatuídos nas normas instrumentais”⁴⁰.

Com efeito, cabe ressaltar que *“[...] essas previsões não encontram nenhuma incompatibilidade com a norma constitucional, uma vez que trata de requisitos objetivos e genéricos, que não limitam o acesso à Justiça, mas regulamentam-no”*.

“Portanto, a necessidade de serem preenchidas as condições da ação e os pressupostos processuais, bem como a observância dos prazos prescricionais e decadenciais para o exercício do direito de ação, são previsões que, apesar de limitadoras, caracterizam-se pela plausibilidade e constitucionalidade”⁴¹.

Quando se fala que o princípio aqui em análise não é absoluto, essa afirmativa pode assumir mais de um sentido. Um deles é o que vai exposto acima, significando que o direito de ação envolveria o direito ao desenvolvimento de um processo e, pois, como isso nem sempre vai ocorrer, tem-se uma relativização dele. De outra parte, contudo, pode-se considerar que o próprio conceito de direito de ação é relativo, ou seja, não inclui o direito de propor ação e de obter um processo se não forem preenchidas determinadas condições ou pressupostos. Contudo, esse conjunto de elementos relativizadores do direito de ação devem ser razoáveis, sob pena de inconstitucionalidade. Não seria admissível, por exemplo, uma lei que estabelecesse como condição para o exercício de qualquer ação a prova prévia dos fatos controvertidos. De outra parte, seria flagrantemente inconstitucional a lei que impedisse determinada categoria de pessoas, v.g., os que ganham abaixo de dois salários-mínimos ou os que ultrapassam 1.000 salários de referência, de responderem ou de proporem, respectivamente, ações na Justiça que tivessem por objeto reparação monetária.

2.2 O direito de ação na perspectiva da Justiça

Como anota Marinoni, o direito de acesso não é apenas o direito de ir a juízo, “mas

³⁹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 21.

⁴⁰ STF – Pleno – AgRg nº 152.676/PR – Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, Seção I, 3 nov. 1995.

⁴¹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. p. 292.

também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva”⁴².

Discute-se, pois, dentro deste temário, o ponto relativo às condições da ação e aos pressupostos processuais, cuja presença é reclamada por lei, para que haja conhecimento da demanda por parte do Poder Judiciário. A questão é a de se saber se tais exigências ferem o amplo e irrestrito direito de acesso ao Judiciário, tal como previsto na Constituição Federal.

Ora, ao se garantir o acesso à Justiça e, com ele, o amplo direito de ação, na realidade, não se pretende garantir o desenvolvimento de qualquer processo sem qualquer fundamentação material. A Constituição não tem como escopo assegurar um direito abstrato de acesso à Justiça.

Mas, sendo o direito de ação a possibilidade de exercer todos os meios necessários à obtenção de uma solução jurisdicional definitiva, evidentemente que esse direito não se esgota na mera possibilidade de ingressar em juízo, indo além, para alcançar, além da provocação ampla já assinalada, também a possibilidade de desenvolvimento de uma participação processual ampla, envolvendo a argumentação e a produção probatória, bem como a própria decisão final em si, colocando termo ao litígio da maneira mais adequada possível (forma de tutela específica, consoante o direito material envolvido).

Assim, direito de ação não é apenas a possibilidade de provocar o processo judicial, mas também o direito de acompanhá-lo, com todas as implicações daí decorrentes.

Esse direito de acompanhamento processual não é apenas o direito de assistir inerte ao desenrolar do rito processual, até porque para que isso ocorra a parte é elemento essencial, provocando, a cada etapa, o magistrado da causa. O direito de acompanhamento de que se fala aqui envolve, especialmente, o direito de apresentação de alegações, de provas, de sustentações. É nesse sentido que Eduardo Cambi conclui que *“a garantia da ação, em uma perspectiva constitucional, compreende um complexo tecnicamente indeterminado de situações processuais ativas”⁴³*, ou seja, a possibilidade de participação processual efetiva, a ser vivenciada por meio de sustentações e produção probatória ampla.

Em síntese que exprime com clareza e completude a idéia acima, Eduardo Cambi anota que

“sob o enfoque constitucional, o direito de ação não é apenas um poder genérico de provocar a atuação jurisdicional, mas implica a concessão de poderes específicos de agir em juízo, compreendendo um conjunto de iniciativas e de faculdades, que vão além do mero ato de introdução da demanda no processo, abrangendo outro complexo de atividades das partes, consideradas indispensáveis à obtenção da tutela efetiva do direito material ou do interesse lesado. A garantia constitucional da ação não assegura o mero direito ao processo, mas o direito ao processo justo, dentro do qual está compreendido o direito

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. p. 20.

⁴³ CAMBI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 117.

à prova, com o reconhecimento da possibilidade de fazer admitir e experimentar todos os meios probatórios permitidos (ou não vedados) pelo sistema, desde que relevantes para a demonstração dos fatos que servem de fundamento para a pretensão”⁴⁴.

Daí decorre o processo *justo individual*, de que fala Mauro Cappelletti.

3. Acesso ao Direito

O tema do acesso à Justiça e ao Direito implica uma abordagem multidisciplinar, especialmente no que tange a um adequado preenchimento de seu conteúdo. Assim, é imprescindível reconhecer as dificuldades financeiras das pessoas e exigir do Estado a prestação de assistência jurídica às pessoas carentes economicamente.

É que muitas vezes o cidadão desconhece seus direitos, ou, dito de outra forma, não tem aptidão (conhecimento técnico) para reconhecer um direito que lhe está contemplado pelo ordenamento jurídico. Trata-se da problemática que, nos países menos desenvolvidos, é extremamente angustiante: o acesso à informação. Obviamente que o particular prescindirá de uma assistência quanto maior for o seu grau de escolaridade e de cultura. Ao contrário, o desconhecimento do Direito pode provocar a impunidade em sua eventual violação. Daí a necessidade de *acesso ao Direito*, o que só se poderá obter, em tais situações, se o Estado disponibilizar agentes para realizarem uma identificação de conflitos sociais e violações de direitos (incluindo os individuais), informando aqueles atingidos (para que possam tomar as providências necessárias). A longo prazo, evidentemente, a solução deverá ser outra, com o aumento da escolaridade média.

Aliás, sublinhe-se que pode ocorrer o desconhecimento da própria significação do Judiciário. Oscar Dias Corrêa anota que ocorre uma “conscientização, ampliada a todas as camadas da população, de que o Judiciário existe para assegurar os direitos do cidadão, a serem exercitados em face dos outros cidadãos, da sociedade e do próprio Poder Público”⁴⁵.

Normalmente a falta de informação caminha conjuntamente com a hipossuficiência, com o que esses casos geram também a necessidade de o Estado proceder à assistência jurídica por meio de advocacia pública gratuita.

Asseveram Cinthia Robert e Elida Séguin que:

“No Acesso aos Tribunais vislumbra-se mais facilmente a figura do julgador, pois será o Estado-Juiz que dará a palavra final, resguardadas as devidas possibilidades recursais.”

“Quanto ao aspecto do Acesso ao Direito, quem será por ele responsável? A Defensoria Pública, órgão político do Estado, densificador da Democracia e do Estado de Direito”⁴⁶.

⁴⁴ CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 118.

⁴⁵ CORRÊA, Oscar Dias. Breves ponderações sobre a crise do Poder Judiciário. Revista de Processo, São Paulo, nº 98, p. 156.

⁴⁶ ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida. *Direitos humanos: acesso à Justiça*. p. 181.

A Defensoria será responsável por um dos aspectos do acesso ao Direito (após a identificação da violação do Direito). É preciso, contudo, criar órgãos capazes de proceder à identificação das lesões (momento prévio à sua apresentação em juízo). Em parte, como se sabe, o Ministério Público promove essa função, ao menos no que se refere, v.g., aos consumidores e aos menores de idade.

4. Acesso à Justiça

4.1 Significado

Anotam Mauro Cappelletti e Bryant Garth que a expressão “acesso à Justiça”

“serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. [...] Uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo”⁴⁷.

Havia um conceito inicial de acesso à Justiça, no sentido de que o Judiciário deveria encontrar-se “aberto a todos”, o que levou um jurista americano a observar: “*Justice is open to all, like the Ritz Hotel*”. Era o conceito já apresentado de acesso ao Judiciário, insuficiente na realidade contemporânea.

Ora, vale lembrar que por muito tempo a máquina judiciária só poderia ser “enfrentada” por aqueles que pudessem fazer frente aos seus altos custos. Essa situação esteve bem presente para Ihering, quando assinalou:

“Aquele que deixou cair um franco na água não despenderá nunca dois para o reaver; para ele a questão de saber quanto gastará nisso é um puro cálculo de aritmética. Por que não faz o mesmo cálculo a propósito de um processo? E não se diga que, contando ganhar o processo, espera portanto que as despesas cairão sobre o adversário. O jurista sabe que muitas vezes a certeza de pagar caro o triunfo não impede um processo”⁴⁸.

Fernando Passos, ao discorrer sobre o princípio constitucional do acesso à Justiça nesta perspectiva, observa que

⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 8.

⁴⁸ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. Tradução de João Vasconcelos. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

“[...] um perfeito sistema legal de proteção a direitos, uma avançada legislação social não garantem por si sós a sua aplicabilidade. A efetividade destas normas somente poderá ser observada quando o cidadão não tenha à sua frente nenhum obstáculo de qualquer ordem a transpor para fazê-las válidas, na prática”⁴⁹.

Sobre a efetividade da prestação da tutela jurisdicional e o princípio do acesso à Justiça, comenta Sidnei Agostinho Beneti que, “se acesso à Justiça significasse apenas facilidade de ajuizamento de ações e oferecimento de defesa, nisso o Brasil não estaria mal... O acesso à Justiça efetiva, de resultados concretos, não é questão retórica, mas prática”⁵⁰.

Traçando um paralelo entre os países que adotam o sistema jurídico do *common law* e os que adotam o sistema *civil law* (romano-germânico), anota Paulo Cesar Santos Bezerra que:

“Nos países do common law o problema do acesso à Justiça está desarticulado da legislação, o que não ocorre com o sistema do civil law. Se esse fator é apontado como facilitador de acesso à Justiça, nada impede que se flexibilize cada vez mais a legislação, no nosso sistema, para que se atinja maior grau de acesso à Justiça, diminuindo-se as desigualdades sociais, passo que tanto se almeja”⁵¹.

Lembra Carmem Lúcia Antunes Rocha, em lição preciosa, que:

“De nada adiantaria garantir-se no texto constitucional o direito à jurisdição com a característica que lhe é inerente de ser inafastável e indeclinável e não se propiciarem condições perfeitas a seu aperfeiçoamento ágil e conforme a seus fins. A efetividade do direito à jurisdição, vale dizer, a sua eficácia jurídica e social, a sua aplicação e observância pela sociedade, guarda estrita correlação com o dever estatal de oferecer todas as condições para que ele possa ser justamente exercido. Note-se que a indeclinabilidade da jurisdição é condição de segurança do próprio Estado, além de ser condição de garantia do cidadão”⁵².

José Renato Nalini, abalizado no magistério de Mauro Cappelletti, observa que o grande movimento de acesso à Justiça introduziu uma nova perspectiva na ordem jurídica, que é aquela dos “consumidores da Justiça”. Mauro Cappelletti, acerca dessa nova perspectiva, anota que:

⁴⁹ PASSOS, Fernando. Acesso à Justiça e modelo de administração da Justiça. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 37, p. 64, out./dez. 2001.

⁵⁰ Apud PASSOS, Fernando. Op. cit., p. 65.

⁵¹ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça*: um problema ético-social no plano da realização do direito. p. 98.

⁵² ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Op. cit., p. 44.

“Trata-se do movimento no sentido de ver o Direito e a Justiça não mais no quadro da concepção tradicional – a concepção oficial dos que criam o direito, governam, julgam e administram –, mas sobretudo no quadro de concepção bem mais democrática, a dos consumidores do Direito e da Justiça”⁵³.

Continua o autor italiano, afirmando que

“o indivíduo, os grupos, a sociedade em suma, as necessidades, as exigências, as aspirações de indivíduos, grupos e sociedades, e portanto também os obstáculos (jurídicos, mas também econômicos, políticos, culturais, etc.) que se interpõem entre o direito entendido como ‘produto’ (lei, sentença, ato administrativo) e a justiça entendida como demanda social daquilo que é justo. Assim como na economia, substitui-se no direito, ou pelo menos deveria substituir-se, uma concepção concentrada exclusivamente no supply side por uma visão mais realística, na qual se insere igualmente, e assume grande importância, o demanda side”⁵⁴.

É preciso, pois, solucionar uma série de obstáculos que se apresentam ao efetivo acesso ao Judiciário. E ao pretender identificar esses obstáculos, é imperioso fazê-lo na perspectiva do “consumidor da Justiça”, do “cliente do Judiciário”.

Ora, a atual Constituição refere-se à justiça social (art. 3º, I) como um dos objetivos fundamentais da República brasileira, o que pressupõe o acesso efetivo à Justiça. Em outras palavras, é preciso considerar as diferenças sociais para propiciar um verdadeiro e adequado acesso à Justiça para todos.

4.2 O problema dos encargos processuais

Ihering compreendia o processo como um problema de dignidade e caráter (valor ideal dos direitos). Assim, para o referido autor, independentemente dos custos ou mesmo das probabilidades de vitória, a “luta pelo Direito” deve travar-se.

Sem dúvida, um dos principais problemas apontados pela doutrina como óbice ao princípio do livre acesso à Justiça é a falta de recursos econômicos de alguns para suportar os altos custos que surgem de uma demanda judicial.

Nesse sentido, lembra Luis Felipe Salomão que:

“Um dos problemas que mais afligem a sociedade brasileira moderna é a falta de acesso ao Judiciário. Algo em torno de 80% da nossa popu-

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?*, p. 91. Apud NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à Justiça*. p. 54.

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à Justiça. *RePro* 62/216. Apud NALINI, José Renato. Op. cit., p. 54.

lação é considerada carente, na acepção social e jurídica do termo, já que não pode pagar as custas, honorários de advogado e despesas de um processo sem prejuízo do sustento próprio ou da família”⁵⁵.

Já Fernando Passos, sobre a dificuldade do tratamento igualitário ao princípio do livre acesso, reputa como causa, primeiramente

“o retorno à velha questão: os pobres e os ricos. Os ricos têm acesso facilitado à Justiça, pois podem arcar com todos os ônus provenientes de uma demanda, até mesmo a falta de celeridade. Já os pobres... Pensando neste problema, e partindo da concepção de que ‘as diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas’, os pensadores do direito vêm buscando a cada dia identificar os reais obstáculos enfrentados principalmente pelos pobres para que obtenham o acesso à Justiça”⁵⁶.

Horácio Wanderlei Rodrigues aponta a desigualdade socioeconômica como sendo atualmente o maior obstáculo do princípio do livre acesso. Segundo o autor:

“Tem-se, então, como pode ser visto pelo que foi exposto, que a desigualdade socioeconômica gera, em termos de acesso à Justiça, dois problemas: (a) dificulta o acesso ao Direito e ao Judiciário, tendo em vista a falta de condições materiais de grande parte da população para fazer frente aos gastos que impõem uma demanda judicial; e (b) mesmo quando há esse acesso, a desigualdade material, em contraste com a igualdade formal prevista no ordenamento jurídico, acaba colocando o mais pobre em situação de desvantagem dentro do processo”⁵⁷.

Nesse diapasão, observa José Renato Nalini:

“Dentre os obstáculos econômicos que se antepõem entre o lesado e o equipamento formulador da Justiça figura a cobrança de custas. Pese embora a gratuidade assegurada para todo aquele que alegar insuficiência de recursos para custear a demanda, na verdade há muita pobreza excluída dos serviços judiciais, diante da inevitabilidade de algum dispêndio: a realização de uma perícia, a obtenção de documentos, compromissos que não serão suportados pelo defensor constituído”⁵⁸.

⁵⁵ SALOMÃO, Luis Felipe. *Manual do Juizado de Pequenas Causas e do Consumidor*. p. 7.

⁵⁶ PASSOS, Fernando. *Op. cit.*, p. 69.

⁵⁷ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no direito processual brasileiro*. p. 35.

⁵⁸ NALINI, José Renato. *Op. cit.*, p. 33.

Há a assistência jurídica integral e gratuita prevista no inciso LXXIV, art. 5º, da Constituição Federal brasileira como instrumento viabilizador do princípio do livre acesso à Justiça, é dizer que

“a Constituição Federal, ao prever o dever do Estado em prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, pretende efetivar diversos outros princípios constitucionais, tais como igualdade, devido processo legal, ampla defesa, contraditório e, principalmente, pleno acesso à Justiça”⁵⁹.

O reembolso das despesas com honorários advocatícios deveria ser uma das obrigações impostas pelo sistema. Mas isso depende de um certo grau de certeza (ou previsibilidade) do Direito. Em países nos quais o Direito é complexo e, com isso, desconhecido inclusive dos próprios operadores do Direito, não se pode “punir” as pessoas (ou não seria justo fazê-lo) por pleitearem, a cada passo, uma afirmação (esclarecimento) judicial sobre os direitos em jogo e seus respectivos titulares.

O princípio do livre acesso à Justiça, com a devida isenção de encargos, guarda íntima relação com os direitos humanos e o princípio da isonomia, também assegurados constitucionalmente, pois

“[...] se todos são iguais perante a lei, não pode a riqueza ser elemento a diferenciar os homens. Sem a garantia do Acesso à Justiça não pode haver o verdadeiro exercício da cidadania.

“A evolução do princípio de Acesso à Justiça acompanha passo a passo a história da luta pelos Direitos Humanos e pela Cidadania. A Assistência Judiciária e a Justiça Gratuita não são sinônimos de generosidade ou liberalidade do governo ou de uma instituição. Não é uma benesse mas um direito do cidadão, pois as garantias individuais não podem ficar apenas no papel”⁶⁰.

José Renato Nalini aponta que a burocracia no recolhimento de custas obsta a obtenção rápida e eficaz à Justiça. Preleciona o autor:

“À Justiça deve se chegar de maneira fácil. O pagamento de despesas, a par de não distinguir entre os hipossuficientes e os abastados, constitui em si um fator de prolongamento da demanda. É a necessidade de burocracia para os recolhimentos, a demora nos cálculos, o preparo a impedir que injustiças venham a ser corrigidas por instâncias superiores”⁶¹.

⁵⁹ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 440.

⁶⁰ ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida. Op. cit., p. 180.

⁶¹ NALINI, José Renato. Op. cit., p. 34.

“Porém tem-se que as custas judiciais devam ser cobradas moderadamente, pois os muitos direitos em debate no Judiciário produzem efeitos patrimoniais, sob pena de transformarmos a Justiça brasileira em serviços como os oferecidos pela saúde e educação pública de massa”⁶².

Por fim, cumpre oferecer entendimento já exarado pelo Supremo Tribunal Federal:

“A fixação da alíquota da taxa em percentual único sobre o valor da causa, sem qualquer limitação, eleva os custos judiciais, dificultando o acesso ao Poder Judiciário pelas classes menos favorecidas, com ofensa à garantia inscrita no art. 153, §4º, da Constituição”⁶³. Perfeito, pois, o entendimento, já que é necessário atender a um mínimo de razoabilidade.

4.3 Causas de baixa complexidade ou de cunho econômico não-significativo

Notícia Luciana Gross Siqueira Cunha que: “A idéia de criação dos Juizados Especiais surgiu no início da década de 80, quando instalado no Rio Grande do Sul o primeiro Conselho de Conciliação e Arbitragem, com competência para decidir, extrajudicialmente, causas com o valor de até 40 ORTNs”⁶⁴.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os Juizados Especiais passaram a fazer parte da estrutura do Poder Judiciário, conforme dicção do art. 98, I, que dispõe:

“A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos de juízes 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, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

A previsão constitucional dos Juizados Especiais amplia drasticamente o princípio do acesso à Justiça. Não seria incorreto dizer-se que não há acesso à Justiça sem se proceder a uma facilitação para as causas mais simples.

É cediço o entendimento de que mesmo consciente da violação de um direito seu, o cidadão não o persegue judicialmente, por ser de reduzida expressão econômica, tendo em vista a excessiva burocracia inerente à obtenção de uma solução, às altas custas processuais, ou mesmo à morosidade do Poder Judiciário para a apreciação da demanda.

⁶² PASSOS, Fernando. Op. cit., p. 70.

⁶³ Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 112, p. 44.

⁶⁴ CUNHA, Luciana Gross Siqueira. Juizado Especial: ampliação do acesso à Justiça? In: SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à Justiça*. p. 43.

Os juizados especiais avocam para seu âmbito de atuação causas não superiores a 40 salários mínimos (art. 3º, I, da Lei nº 9.099/95), viabilizando a qualquer pessoa mais amplo acesso à Justiça.

Comenta Kazuo Watanabe que “[...] a estratégia fundamental do Juizado Especial é a facilitação do acesso à Justiça: ‘[...] o acesso é facilitado pela gratuidade [...], pela possibilidade de ingresso direto no Juizado [...] e pela descomplicação, simplificação e, sobretudo, pela celeridade do processo’”⁶⁵.

Na redação dada ao art. 2º da Lei nº 9.099/95: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

Destarte, o excesso de formalismo jurídico não poderá ser óbice ao acesso à Justiça como outrora, tendo os Juizados Especiais contribuído sobremaneira para a diminuição desse formalismo, primando pelos princípios da simplicidade, oralidade e informalidade, princípios estes absolutamente antagônicos aos que vigoram ainda hoje na Justiça comum.

4.4 Acesso à Justiça e direito do consumidor

A defesa dos direitos do consumidor, e por conseguinte sua facilitação, também é assegurada constitucionalmente, por meio do disposto no art. 5º, inciso XXXII, assim redigido: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Com efeito, lembra Ada Pellegrini Grinover, ao tecer comentários acerca do Título III do Código de Defesa do Consumidor, sob o título “Da defesa do consumidor em juízo”, que esta

“coaduna-se com seu espírito, que é de defesa do consumidor, devendo ser entendida em sentido amplo: o Título não compreende apenas a defesa processual stricto sensu, com as exceções opostas pelo consumidor, mas sim toda e qualquer atividade por este desenvolvida em juízo, tanto na posição de réu, como na de autor, a título individual ou pelos entes legitimados às ações coletivas. Trata-se, portanto, da tutela judiciária dos direitos e interesses do consumidor.

“Justamente por isso, a preocupação do legislador, nesse passo, é com a efetividade do processo destinado à proteção do consumidor e com a facilitação de seu acesso à Justiça”⁶⁶.

A preocupação em oferecer maior importância à tutela dos direitos do consumidor, bem como propiciar-lhe o acesso à Justiça,

“reside no fato de que o consumidor, nas modernas sociedades industriais, é titular, em regra, de direito que outra coisa não é senão um fragmen-

⁶⁵ *Apud* CUNHA, Luciana Gross Siqueira. Op. cit., p. 44.

⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Acesso à Justiça e garantias constitucionais no processo do consumidor. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. p. 293.

to de mais vasto direito 'difuso', diante da produção e circulação 'em massa' dos bens, o mesmo tipo de produto destina-se a muitíssimos consumidores, cada um dos quais, se o produto é defeituoso não terá senão um 'fragmento' do dano total causado pelo 'mass wrong-doer' ”⁶⁷.

Ante o exposto, lembra Mauro Cappelletti:

“Mesmo que um ou alguns dos consumidores tivesse coragem de pôr em movimento o sistema jurisdicional, os resultados, segundo os tradicionais esquemas individualísticos da Justiça, seriam praticamente irrelevantes, decerto incapazes de eficácia dissuasórias em face do produtor ou distribuidor”⁶⁸.

Nesse mesmo sentido, Vassili Christianos chama a atenção também para a dificuldade em assegurar o direito do consumidor de acesso à Justiça nas legislações grega e francesa. Anota o autor que

“como as duas sociedades, francesa e helênica, seguem caminhos paralelos, foi também assinalado na Grécia que o novo direito material deveria adotar, por sua vez, novas regras de processo, pois o direito judiciário privado tradicional não estaria suficientemente armado, assim como o direito material, quanto à proteção eficaz do consumidor, para fazer face a uma exigência fundamental da sociedade industrial: o acesso do consumidor à Justiça. O professor Jean Calais-Auloy enfatiza judiciosamente que de nada serve elaborar regras fundamentais, se estas vão permanecer como letra morta, deixando de ser para o consumidor um meio de acesso à Justiça”⁶⁹.

O processo civil teve de sofrer profunda transformação, já que moldado para dar suporte aos litígios meramente individuais. Esse foi, sem dúvida, um primeiro passo para a efetivação do acesso à Justiça no que tange aos direitos difusos e coletivos.

Lembra Ada Pellegrini Grinover, ao comentar os instrumentos de tutela implantados pelo Código do Consumidor, que: “São esses os traços principais do novo processo brasileiro do consumidor, marcados pela eficiência e pela instrumentalidade e acompanhados por técnicas que visam a facilitar o acesso à Justiça e garantir o devido processo legal”⁷⁰. Vale observar

⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso dos consumidores à Justiça. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. p. 312.

⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 312.

⁶⁹ CHRISTIANOS, Vassili. Os Códigos de Processo Civil francês e helênico em face do acesso do consumidor à Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. p. 329.

⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 307.

que a instrumentalidade exige, entre outras realizações, a criação de técnicas adequadas ao direito material que se busca tutelar.

4.5 As ações afirmativas e o acesso à Justiça

As ações afirmativas não estão positivadas em nosso direito pátrio, caracterizando-se, no entanto, como instrumento abstrato de obtenção de justiça social e aplicação da igualdade material.

Desta feita, são as ações afirmativas instrumentos para materializar a igualdade substancial prevista nas leis. Serviam, a princípio, para resolver problemas de ordem racial, passando, todavia, à defesa de direitos de outras minorias ou de outros grupos sociais que, embora maioria (como as mulheres) tivessem sofrido alguma sorte de discriminação responsável por colocá-los, atualmente, em situação de desvantagem.

No que se refere às ações afirmativas e acesso à Justiça, é preciso invocar a já mencionada Lei dos Juizados Especiais, a Lei nº 9.099/95, por promover a possibilidade de que as pessoas pertencentes àqueles grupos carentes acessem o Judiciário, o que até então era, reconhecidamente, oferecido a uma classe privilegiada economicamente, ou seja, que pudesse suportar os altos encargos processuais aqui analisados. Tratava-se, pois, de grupo marginalizado pelo Direito pretérito que, com o advento da legislação mencionada, foi integrado ao sistema⁷¹.

Outro exemplo de ação afirmativa que atua com o acesso à Justiça é a Lei nº 10.173/01, que dá prioridade à tramitação de processos judiciais nos quais figurem como parte pessoas com idade igual ou superior a 65 anos. Trata-se de grupo que, da mesma forma, tinha suas especificidades ignoradas pelo sistema jurídico e, pois, que passou a receber o adequado tratamento processual no que se refere à morosidade do caminhar do processo.

José Renato Nalini, ao discorrer sobre a correlação entre o princípio do acesso à Justiça e o princípio da isonomia, assevera que:

“O juiz também é destinatário dessa norma. Na aplicação da lei ao caso concreto não poderá se afastar, nem frustrar, nem tergiversar com o princípio fundamental que lhe impõe assegurar a igualdade – de maneira efetiva e não formal – com o objetivo de erradicar a pobreza e construir uma sociedade livre, justa e solidária”⁷².

Também se integra na atividade judicante, portanto, a prática do princípio da igualdade, no qual ancoram-se as ações afirmativas.

4.6 Tempo e processo

Relacionado estreitamente com o tema dos encargos está a questão do tempo. A

⁷¹ Nesse sentido: FARIA, Anderson Peixoto de. O acesso à Justiça e as ações afirmativas. In: QUEIROZ, Raphael Augusto S. de (Org.). *Acesso à Justiça*. p. 17.

⁷² NALINI, José Renato. Op. cit., p. 22.

morosidade ou celeridade da máquina judiciária em solucionar definitivamente os conflitos é um fator determinante na defesa dos direitos.

A demora de se obter a decisão judicial consiste em uma negativa parcial de prestação jurisdicional.

A morosidade na administração da Justiça parece afetar não só o Judiciário brasileiro. Citando Mauro Cappelletti, José Rogério Cruz e Tucci anota que o mestre italiano “chegou a comparar a presteza da Justiça italiana ao trabalho de um relógio quebrado, que deve ser ‘batido e sacudido’ (*‘hit and shaken’*) para continuar em movimento...”⁷³.

Variadas são as causas da morosidade do Judiciário. Entre as principais encontra-se a repetição de milhares de causas, todas com os mesmos fundamentos e pedidos, geralmente ocasionadas por uma atuação irregular do Estado que, violando direitos individuais, faz gerar uma gama imensa de ações reparadoras.

Para tanto engendrou-se a controvertida figura do efeito vinculante das decisões judiciais, visando à solução mais rápida dos litígios e, conseqüentemente, garantir a democratização e o acesso à Justiça.

Sobre a democratização e a facilitação do acesso ao Judiciário, Dircêo Torrecillas Ramos anota que o

*“princípio stare decisis, conforme estudos apresentados, reduzirá substancialmente o número de processos, permitindo melhor qualidade de prestação jurisdicional, facilitando o acesso ao Judiciário, criando condições para uma reestruturação da Justiça estadual, levando-a ao povo, o que significa democratizá-la sem o ônus, na realidade atual, da municipalização”*⁷⁴.

Em sentido contrário à adoção das súmulas de efeito vinculante, anota Djanira Maria Radamés de Sá que:

“A vinculação dos órgãos julgadores submetidos à jurisdição dos tribunais editores de súmulas constitui, sem dúvida, obstáculo interposto entre o cidadão e a justiça, posto que, definida a tese, passam a submeter-se-lhe as questões com ela identificadas. Na prática, isso significa que é inútil buscar a rediscussão do tema, acabando o cidadão por deixar de levar à apreciação do Judiciário os fatos que a ele se reportem.

*“A existência da súmula vinculante agride, assim, o postulado do acesso à Justiça, porque inviabiliza a possibilidade de manifestação do Judiciário sobre casos in concreto”*⁷⁵.

⁷³ TUCCI, José R. Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. p. 15.

⁷⁴ RAMOS, Dircêo Torrecillas. Politização do Judiciário e a judicialização da Política – A Reforma do Judiciário: questão de estrutura ou de processo? O acesso à Justiça. A municipalização da Justiça. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n° 33, p. 77, out./dez. 2000.

⁷⁵ SÁ, Djanira Maria Radamés. Op. cit., p. 105.

Nesse mesmo sentido, José Anchieta da Silva aponta outros direitos individuais que seriam violados na eventual adoção da súmula de efeito vinculante. Contudo, assevera o autor que:

“O senão maior que os defensores da súmula de efeito vinculante amplo terão dificuldade de justificar, reside na assertiva constitucional segundo a qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O mesmo haverá de se dizer em torno da proteção ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”⁷⁶.

No entanto, é necessário racionalizar o sistema e, assim, caso haja manifestação do mais alto Tribunal acerca de uma determinada questão de Direito, vale dizer, se o tema já se encontra pacificado, não há motivos para permitir-se a repetição das discussões e recursos, ou mesmo a protelação das decisões judiciais.

Bibliografia

- AROUCA, José Carlos. O triste fim das comissões. *Tribuna do Direito*, jul. 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 3).
- CAPPELLETTI, Mauro. Acesso dos consumidores à Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SaFe, 1988. Título original: *Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective*.
- CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1.
- CHRISTIANOS, Vassili. Os Códigos de Processo Civil francês e helênico em face do acesso do consumidor à Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- CORRÊA, Oscar Dias. Breves ponderações sobre a crise do Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 98, p. 153-160, abr./jun. 2000.
- CUNHA, Luciana Gross Siqueira. Juizado Especial: ampliação do acesso à Justiça. In: SADEK, MariaTereza (Org.). *Acesso à Justiça*. São Paulo: Konrad Adenauer, 2001.
- DELGADO, José Augusto. Supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão.

⁷⁶ SILVA, José Anchieta da. *A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro*. p. 75.

- In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- FARIA, Anderson Peixoto de. O acesso à Justiça e as ações afirmativas. In: QUEIROZ, Raphael Augusto S. de (Org.). *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- FERREIRA, Pinto. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FRIEDE, Reis. *Curso de direito constitucional e de teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Acesso à Justiça e garantias constitucionais no processo do consumidor. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MAGALHÃES, José Carlos; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MARTINS, Pedro A. Baptista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Orgs.). *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1 de 1969*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. V.
- MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.
- NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- NERY JR., Nelson. *Princípios de processo civil na Constituição Federal*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PASSOS, Fernando. Acesso à Justiça e modelo de administração da Justiça. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 37, pp. 64-83, out./dez. 2001.
- RAMOS, Dircêo Torrecillas. Politização do Judiciário e a judicialização da Política – A Reforma do Judiciário: questão de estrutura ou de processo? O acesso à Justiça. A municipalização da Justiça. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 33, p. 68-78, out./dez. 2000.
- RICCI, Edoardo F. A impugnação da sentença arbitral como garantia constitucional. *Revista de Processo*, nº 96, p. 17-27, out./dez. 1999.
- ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida. *Direitos humanos: acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

- SÁ, Djanira Maria Radamés. *Súmula vinculante: análise crítica de sua adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à Justiça*. São Paulo: Konrad Adenauer, 2001.
- SALOMÃO, Luis Felipe. *Manual do Juizado de Pequenas Causas e do consumidor*. Rio de Janeiro: EMERJ, 1994.
- SILVA, José Anchieta da. *A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- TAVARES, André Ramos; BASTOS, Celso Ribeiro. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- TUCCI, José R. Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.