



**CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À LUZ DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Estado e Responsabilidade: Questões Críticas

Taigoara Finardi Martins

Dissertação apresentada como requisito parcial de conclusão do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão), do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UENP – Campus de Jacarezinho.

**O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
À LUZ DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA**

Estado e Responsabilidade: Questões Críticas

Taigoara Finardi Martins

Dissertação apresentada como requisito parcial de conclusão do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão), do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UENP – Campus de Jacarezinho.

Orientador: Prof. Dr. Gelson Amaro de Souza

Jacarezinho – 2017

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

**O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
À LUZ DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA**

Estado e Responsabilidade: Questões Críticas

Taigoara Finardi Martins

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gelson Amaro de Souza

Prof. Dr. Jaime Domingues Brito

Prof. Dr. Flávio Luis de Oliveira

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Walter e Phoenix. Tudo o que sou e que faço, hoje, é a extensão do que vocês fizeram e fazem por mim.

À minha esposa, Fabiane. Tudo o que sou e que faço, hoje, é a demonstração do que você é e sempre será para mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus. Não como mera formalidade ou tradição, mas como o real responsável por cada uma de minhas conquistas, e desta em especial. Quanto mais prossigo em minha caminhada, mais percebo o quão verdadeiras são as palavras de Jesus: sem Ele, nada podemos fazer!

Ao meu orientador, Prof. Dr. Gelson Amaro de Souza, pela liberdade e cordialidade que permearam o nosso relacionamento, desde o início.

Ao Prof. Dr. Fernando de Brito Alves, coordenador do programa, na pessoa de quem agradeço, também, a todos os demais professores e colaboradores que contribuem cotidianamente para o avanço da pesquisa em nossa seara.

Àqueles que poderiam ter sido apenas colegas, mas se tornaram verdadeiros amigos: aos meus companheiros de turma, por fazerem com que este período seja marcado por memórias e lembranças perenes, que vão muito além do mero estudo; em especial, ao Felipe e ao Guilherme, por confirmarem a certeza de que a verdadeira amizade não reside necessariamente nas semelhanças, mas na capacidade de entender e respeitar as diferenças. A todos e a cada um, muito obrigado!

MARTINS, Taigoara Finardi. O Novo Código de Processo Civil à Luz do Acesso à Justiça. Jacarezinho: 2017. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica: Estado e Responsabilidade: Questões Críticas – Universidade Estadual do Norte do Paraná – Centro de Ciências Sociais Aplicadas.

RESUMO

O presente trabalho se propõe à análise do novo Código de Processo Civil – Lei n.º 13.105/2015 – à luz do princípio fundamental do acesso à justiça. Para tanto, se dispõe a traçar, preliminarmente, a conceituação adequada do princípio, a partir da investigação analítica dos significados de “justiça” e de “acesso”. Na sequência, se debruça sobre a posituação do princípio em tela na ordem constitucional brasileira de 1988, partindo de uma breve reconstrução histórica do tema, buscando compreendê-lo diante de cada uma das cartas constitucionais anteriores, a fim de permitir uma visão contextualizada do diploma político atual. Finalmente, se presta ao estudo das alterações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil – Lei n.º 13.105/2015 – através do prisma de cada um desses três pilares, para convergir à conclusão de que a despeito das diversas mudanças positivas implementadas pela novel legislação, a questão atinente ao déficit de acesso à justiça no contexto pátrio não será plenamente solucionada exclusivamente por meio desta ou mesmo de outras reformas e inovações legislativas, dependendo do esforço coordenado do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, bem como da própria sociedade.

Palavras-chaves: Código de Processo Civil; Acesso à Justiça; Inafastabilidade da Jurisdição; Assistência Jurídica Gratuita; Razoável Duração do Processo.

MARTINS, Taigoara Finardi. The New Civil Process Code Through the Light of the Access to Justice. Jacarezinho: 2017. Mastership Thesis – Pós-Graduation Program in Juridical Science: State and Responsibility: Critical Issues – State University of the North of Paraná – Applied Social Science Center.

ABSTRACT

The presente study intends to analyse the new Civil Process Code – Law n.º 13.105/2015 – through the light of the fundamental principle of access to justice. In order to do so, it draws, preliminarily, the adequate concept of the principle, from the analytical investigation of the meanings of “justice” and “access”. Following this step, it leans over the positivation of the principle in the brazilian constitutional order of 1988, starting from a brief historical reconstruction of the theme, searching to comprehend it against the backdrop of each and every one of the previous constitutional documents, in order to allow a contextualized sight of the current political diploma. Finally, it studies the modifications introduced by the new Civil Process Code – Law n.º 13.105/2015 – through the prism of each one of these three pillars, converging to the conclusion that, in spite of the various positive changes implemented by the new law, the issue concerning the deficit of the access to justice in the national context won’t be fully solved exclusively by this or even other legislative reforms and inovations, depending on the coordinated efforts of the Legislative, the Executive and the Judiciary, as well as of society itself.

Key-words: Civil Process Code; Access to Justice; Inafastability of Jurisdiction; Free Juridical Assistance; Reasonable Duration of the Process.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1	
CONCEITUAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA.....	14
1.1. O que é “JUSTIÇA”?.....	16
1.1.1. Do clássico ao contemporâneo: uma visão holística.....	19
1.1.2. Justiça enquanto efetividade de direitos.....	33
1.2. O que é “ACESSO”?.....	40
1.2.1. A visão tradicional liberal de acesso ao Judiciário.....	42
1.2.2. Acesso formal ou material? A questão do “descenso”.....	47
1.3. A Natureza Instrumental do Acesso à Justiça.....	49
1.3.1. Princípio, ou regra? Direito ou garantia?.....	50
1.3.2. “Ultrainstrumentalidade” do acesso à justiça.....	54
CAPÍTULO 2	
CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E POSITIVAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA.....	58
2.1. O Acesso à Justiça na História Constitucional do Brasil.....	60
2.2. Positivação do Acesso à Justiça na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	72
2.2.1. Inafastabilidade da Jurisdição como garantia de acesso à justiça.....	75
2.2.2. Assistência jurídica gratuita como garantia de acesso à justiça.....	81
2.2.3. Razoável duração do processo como garantia de acesso à justiça.....	89
2.3. Interação Harmônica Entre as Funções do Poder do Estado na Promoção do Acesso à Justiça.....	100
CAPÍTULO 3	
ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS REFLEXOS PRÁTICOS SOB A ÓTICA DO ACESSO À JUSTIÇA.....	105
3.1. O Novo Código de Processo Civil: Necessidade ou Fetiche?.....	110
3.2. O Que Há de Novo?.....	118
3.2.1. Alterações em prol da inafastabilidade da Jurisdição.....	121
3.2.2. Alterações em prol da gratuidade da justiça.....	130
3.2.3. Alterações em prol da razoável duração do processo.....	138
3.3. “Tiro Pela Culatra”: Controvérsias e Críticas.....	149
CONCLUSÃO.....	162
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	167

INTRODUÇÃO

“O tempo é muito lento para os que esperam e muito rápido para os que têm medo.” Essa citação, atribuída ao dramaturgo britânico Shakespeare, marca o início da breve introdução redigida pelo ministro Luiz Fux, em 2010, quando de sua nomeação para presidir a comissão responsável pela elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

A frase, na verdade, é da autoria de Henry Van Dyke, um escritor americano. Trata-se, no entanto, de um equívoco escusável daquele ministro, e até curiosamente relevante, pois a perdoável gafe cometida por Luiz Fux não deixa de guardar certa relação com a própria essência de todo o seu texto introdutório, que sob o pálio da instrumentalidade, evidencia a primazia do conteúdo em detrimento da forma; do significado do que é dito e feito, acima da maneira pela qual se diz e faz. Quem escreveu, portanto, importa menos do que aquilo que foi escrito, é de se concluir.

A citação invocada pelo ministro pertence a um contexto um pouco mais amplo, que prossegue a discorrer sobre o tempo, dizendo que este também é muito longo para os que lamentam e muito curto para os que festejam, finalmente encerrando com a conclusão de que, para os que amam, o tempo é eterno. Em que pese a beleza poética da colocação final, esta foi propositadamente omitida, talvez para não dar aos mais jocosos a chance de arremedar, oportunamente, que o tempo também é eterno para aqueles que litigam perante o sistema judiciário brasileiro.

O fato é que o tempo realmente pareceu ser o fator de maior importância na construção do texto que mais tarde seria submetido à aprovação do Legislativo, com a pretensão de reformar toda a processualística civil em vigência. “Justiça retardada é justiça negada”, disse ainda o ministro, traduzindo o desafio da comissão que se formava em um único objetivo, qual seja, o de resgatar a crença no Judiciário, tornando em realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere.

Ainda da introdução cunhada por Luiz Fux, emanam algumas questões a constituir obstáculos a esta meta. Como vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito? Como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo prenhe de solenidades e recursos? Como prestar justiça célere numa parte desse mundo de Deus, onde de cada cinco habitantes um litiga judicialmente?

Tais indagações, por mais instigantes que se revelem, não admitem respostas simples ou imediatas – sabe-se que problemas complexos exigem sempre soluções

complexas. Talvez a pergunta que realmente deva ser respondida seja a que questiona se as reflexões em epígrafe realmente podem ser respondidas, completa ou ainda que parcialmente, por meio de alterações legislativas. Era o que pretendia a comissão encabeçada pelo ministro, que mais tarde, ainda diria que o Novo Código de Processo Civil, por si só, seria capaz de fazer com o que o tempo de tramitação média dos processos judiciais fosse reduzido no mínimo pela metade.

Impossível não notar o forte traço de legolatria nas palavras do ministro, cuja promessa – no mínimo, ousada – gerava na sociedade certa expectativa de que o novo diploma processual representaria a solução definitiva para a morosidade do Judiciário. Coincidentemente, é novamente o tempo o único capaz de cumpri-la ou refutá-la.

Ainda da leitura da introdução cunhada por Luiz Fux, em abertura ao anteprojeto elaborado por aquela comissão, outra reflexão se faz pertinente, a saber, a respeito do que realmente está a significar o termo “acesso à justiça”, hodiernamente. É inegável que, como dito, o tempo – materializado na duração razoável do processo, constitucionalmente garantida – é crucial nesta equação nada exata; mas existirão outros elementos também relevantes, que influenciem o seu resultado? A tutela deve ser tempestiva, mas deve também ser adequada, sendo certo que se observa uma relação visceral entre estas duas faces de uma mesma moeda. Mais negada que a justiça retardada é a justiça injusta, que oferece em prazo razoável a resposta errada.

Enquanto sociedade, clamamos por justiça, pois sabemos não tê-la conosco; no entanto, como haveremos de recebê-la, se sequer conhecemos a sua verdadeira face?

Antes, portanto, de investigar se o Novo Código de Processo Civil reúne ou não as condições necessárias a torná-lo capaz de ampliar e concretizar o acesso à justiça, como vem sendo prometido, faz-se necessário ao menos tentar compreender o real significado desta garantia constitucional, no cenário atual.

Assim que os primeiros esforços deste trabalho convergem no sentido de conceituar de maneira mais aprofundada os termos que compõem o princípio em questão: qual o conteúdo axiológico que permeia as concepções de “justiça” e de “acesso”? Para atender a esta reflexão, faz-se necessário um passeio, ainda que superficial, pelas noções filosóficas que se consolidaram ao longo da história acerca do tema, e que viabilizam o alcance de uma definição razoável do tema em análise.

De Aristóteles e Platão, a Jeremy Bentham, Immanuel Kant e John Rawls, são inúmeras as significações de justiça disponíveis, embora o que se tenha buscado seja a efetivação do conceito à luz da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento constitucional, dentro do panorama social brasileiro. De igual sorte, a construção histórica do acesso à justiça, como descrita nas obras de Mauro Cappelletti e outros, desde sua compreensão inicial por uma perspectiva marcadamente liberal, vem se plasmando ao longo do tempo, lado a lado com a própria ideia de constitucionalismo e com o arcabouço dos direitos fundamentais, em todas as suas dimensões.

Ao final do primeiro capítulo, portanto, há a indicação do conceito de acesso à justiça – a partir das noções de justiça e de acesso – a ser empregado ao longo de todo o trabalho de pesquisa realizado. Não que se pretenda indicar a conceituação apontada como a correta, em exclusão de outras existentes; é que das diversas significações possíveis, a depender do prisma, há que se adotar uma delas, para fins de coerência e clareza de conteúdo. Nesse sentido, adianta-se que se entende por acesso à justiça a tutela e a efetivação, adequada e tempestiva, dos direitos do cidadão pelo Estado, com ênfase especial naquele conjunto de direitos e garantias alçados à categoria de fundamentais, pela Constituição Federal.

Em um segundo momento, faz-se necessário o debruçar sobre a positivação deste princípio – acesso à justiça – na Constituição Federal de 1988. O emprego de esforços nessa direção é de suma importância, a fim de que reste superada a falsa concepção, por muitos ainda propagada e perpetuada, de que o princípio do acesso à justiça corresponderia, única e exclusivamente, ao inciso XXXV do artigo 5º do texto constitucional. Longe disso, o que se tem é um intrincado sistema constitucional de mecanismos, a vincular cada uma das esferas do poder estatal, cuja leitura teleológica aponta para uma responsabilidade muito mais ampla do Estado, no sentido de garantir que nenhuma lesão ou ameaça a direito permaneça sem a necessária tutela.

Para tanto, o segundo capítulo lança um olhar sobre os diferentes papéis outorgados pela Constituição Federal de 1988 ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário, dentro deste contexto garantista, ressaltando o caráter eminentemente instrumental do princípio do acesso à justiça, como pressuposto *sine qua non* de efetivação e proteção de todos os demais direitos outorgados pela carta aos cidadãos.

Finalmente, uma vez bem delimitados tanto o conceito quanto a positivação sistemática do acesso à justiça, é possível ajustar o foco da pesquisa para o objeto central proposto, qual seja, se a Lei n.º 13.105 de 2015 – o Novo Código de Processo

Civil, em vigor desde março de 2016 – de fato reúne as condições necessárias à ampliação do acesso à justiça, em contraste com a ordem processual anterior, ou se, na prática, o tiro sairá pela culatra.

Nesse sentido, o terceiro capítulo propõe-se à análise criteriosa de alguns aspectos mais relevantes do novo *codex*, mormente das mudanças significativas implementadas na processualística cível, cuja intenção seja a de conferir maior celeridade ao desfecho da demanda, bem como das impressões doutrinárias e jurisprudenciais acerca de cada uma delas.

Em conclusão, traça-se a síntese das diversas ponderações específicas realizadas, a conduzir a um diagnóstico quanto aos possíveis desdobramentos práticos das principais alterações introduzidas pela nova legislação, seja em consonância ou em desarmonia com aquilo que se pretendia e se espera dela.

É importante reafirmar que diante da novidade do tema – trata-se de alteração legislativa que, quando da condução desta pesquisa, não contava sequer com dois anos de vigência – e não havendo, ainda, a possibilidade de se observar na prática, ao menos em um número razoável de casos, os efeitos reais e concretos dos dispositivos legais analisados, não se pretende, de forma alguma, estabelecer conclusões definitivas, como que entalhadas na rocha. Longe disso, desde o início, procurou-se preservar a fluidez natural e característica que marca a análise de hipóteses que se projetam ao futuro.

Diante do problema proposto – o processo civil carece de maior tempestividade e adequabilidade – a hipótese dele decorrente, qual seja, a de que o novo código de processo civil talvez não seja capaz de atender às expectativas que caminham nesse sentido, embora tangenciada por esta pesquisa, só será realmente confirmada, como dito, ironicamente, pelo tempo.

1. CONCEITUAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

“Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque eles serão fartos.”

Mateus 05:06

O primeiro passo a ser dado na pesquisa de qualquer assunto, em geral, direciona-se à investigação acerca do conceito exato do objeto proposto. O esmero com a definição se justifica, uma vez que, não raro, um mesmo termo pode, pela riqueza de seu conteúdo, referir-se a diversos significados próximos ou conexos, porém distintos.

Isso se mostra ainda mais verdadeiro quando o tema a ser tratado revolve ao redor de termos extremamente polissêmicos. O que se busca dizer ou expressar, por meio da palavra “justiça”, por exemplo?

Qualquer resposta que pretenda ir mais adiante do que a velha máxima romana de dar a cada um o que é seu¹, geralmente acaba por se apoiar sobre outros termos de natureza igualmente multifacetada e genérica (“fazer o que é certo” ou “ser virtuoso”, por exemplo), o que pode dar lugar a uma dose indesejada de imprecisão técnica, que por fim vicia todo o discurso. Pressuposto de qualquer transmissão de informação, da mais informal à mais acadêmica, é que tanto o locutor quanto seus eventuais receptores atribuam os mesmos significados aos termos empregados.

Assim, haveria prejuízo em discorrer fartamente sobre o princípio do acesso à justiça, e seus reflexos sobre temas mais específicos, na ausência de clareza e exatidão quanto ao que se busca expressar por meio da expressão “acesso à justiça” em si, propriamente.

Sendo esta expressão composta por dois diferentes e igualmente multifacetados conceitos, cumpre, em primeiro lugar, esclarecer qual a significação dos termos “justiça” e “acesso”, no que toca a este trabalho, a fim de viabilizar a sua pretendida compreensão contextualizada.

Para tanto, fica o convite para um breve passeio literário, ao longo do qual a paisagem se compõe de diferentes visões e acepções acerca de ambos os vocábulos acima, que nada mais são do que propostas, por meio das quais se construirá a definição final pretendida de cada um deles. Não melhor, nem pior, é de se frisar, mas apenas mais adequada a exprimir o ideário relevante ao estudo em voga.

¹ Trata-se, na realidade, de trecho da famosa expressão atribuída ao jurista romano Ulpiano: “*Juris Praecepta Sunt Haec: Honeste Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere*”, ou, em uma tradução livre, “Tais são os preceitos do direito: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada o que lhe pertence”.

1.1. O que é “JUSTIÇA”?

O termo “justiça” prende-se etimologicamente ao latim: *justitia*²; segundo as concepções clássicas dos dicionários, refere-se à virtude de atribuir a cada um o que é seu, em alusão à divindade romana que empunha a espada – símbolo do poder – tendo à mão a balança, em alusão ao equilíbrio, com os olhos vendados, a indicar sua imparcialidade perene³.

Deve-se desde logo destacar que não se nutre a pretensão de oferecer uma resposta final à questão atinente à conceituação do termo “justiça”. Trata-se de tarefa impossível, pela própria natureza do conceito, vinculado visceralmente que está à cultura, à moral, à ética e a outros temas cuja essência se mostra em constante câmbio. Tentar estabelecer de maneira objetiva e exclusiva os limites semânticos do que se entende por justiça corresponde, portanto, a empregar esforços no sentido de descrever o formato exato e definitivo de um líquido qualquer, que se amolda ao recipiente que lhe contém, por suas características.

Ainda assim, não poucos juristas e filósofos, da antiguidade à modernidade, têm se ocupado em refletir e discorrer sobre a questão. Obras foram e são escritas: algumas mais pretensiosas, visando estabelecer parâmetros que possam extrapolar as barreiras do tempo e do espaço contextuais, enquanto outras se contentam em revisitar propostas clássicas e contemporâneas acerca do tema. A razão desse inesgotável interesse talvez se explique pela sede de justiça, que impulsiona o ser humano, em busca de algo tão subjetivo e ao mesmo tempo tão inegável.

Logo em suas primeiras reflexões, Júlio César Tadeu Barbosa, em clássica obra intitulada “O Que É Justiça”, ao justificar o propósito da questão, discorre:

Pode-se dizer com segurança que o interesse primordial do homem sobre a Terra é a justiça. A fim de estabelecê-la e mantê-la os homens se agruparam e criaram suas instituições. Grosso modo, pode-se dizer, toda organização social existe a fim de obter a realização da justiça. A despeito disso, quando se coloca a pergunta – o que é justiça? – as respostas não serão semelhantes. Nos campos da filosofia, da jurisprudência, da ética, da política e outros, há uma disputa permanente no sentido de ser oferecida uma resposta satisfatória à questão. (...) Transcendendo a ótica meramente

² NASCENTES, Antenor. Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa, 1ª edição, Rio de Janeiro: 1955, p. 286.

³ SIDOU, J. M. Othon. Dicionário Jurídico, 3ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995, p. 437.

jurídica, nossa questão é a da justiça, ideal supremo, a virtude primeira de qualquer sociedade em qualquer época.⁴

Na sequência, em confirmação ao que já se expôs, o autor prossegue à conclusão de que “o ideal de uma justiça absoluta está além de qualquer experiência histórica, e desta maneira pode-se deduzir que é impossível determinar cientificamente o que seja justiça”⁵.

Distinta da moral, mais atrelada à esfera íntima do indivíduo, e da ética, que se apoia sobre um conjunto de valores pré-estabelecidos, a justiça tampouco se confunde com o direito, posto que este, inegavelmente dela se distanciou, por vezes – regimes totalitários e notadamente injustos, marcados por flagrantes violações às condições mais básicas de dignidade humana, encontram legitimação jurídica, sob o pálio de um ordenamento normativo outorgado e impositivo. No entanto, a despeito da ausência de consenso quanto à justiça, é fato que esta constantemente é invocada, como o agitar de uma bandeira, no intuito de legitimar atos, decisões e mesmo sacrifícios.

É tarefa relativamente simples selecionar eventos e fatos recentes que ilustrem de forma vívida a essência controvertida da questão atinente à disparidade cotidiana entre justiça e direito

Sabe-se que foi jurídica e, portanto, válida, a regulamentação da concessão do auxílio-moradia a todos os magistrados integrantes do Poder Judiciário⁶; igualmente jurídico foi o posicionamento da AMAPAR – Associação dos Magistrados do Paraná, no sentido de exigir o pagamento do benefício de forma retroativa⁷. Foi justa, todavia,

⁴ BARBOSA, Júlio César Tadeu. O que é Justiça, São Paulo: Abril Cultural / Brasiliense, 1984, pp. 07-08.

⁵ BARBOSA, Júlio César Tadeu. *Op. Cit.*, p. 08.

⁶ Trata-se da Resolução n.º 199 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça (órgão do próprio Poder Judiciário, é bom frisar), datada de outubro de 2014, por meio da qual restou resolvido que a ajuda de custo para moradia é devida a todos os membros da magistratura nacional, independentemente de comprovação de gastos e despesas correspondentes. A íntegra do documento se encontra disponível no endereço eletrônico do CNJ; disponível em www.cnj.jus.br/images/imprensa/Resolucao_n_199-GP-2014.pdf; acessado em 10 de abril de 2017.

⁷ Segundo reportagem veiculada no portal de notícias da rede globo, a resolução aprovada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em julho de 2014 em sessão extraordinária autorizou o pagamento de 15% a mais sobre o salário bruto mensal de juízes e desembargadores. A estimativa da própria AMAPAR era a de que 550 magistrados recebessem o benefício de mais de três mil reais por mês, de forma retroativa; o então presidente da entidade, Frederico Mendes Júnior, na tentativa de justificar o pleito, afirmou ser necessária a criação de mais atrativos para os magistrados do Paraná, pois, nas palavras dele, “estamos tratando dos melhores profissionais que existem no mercado – que na iniciativa privada teriam remuneração muito maior”; disponível em www.g1.globo.com/pr/parana/noticia/2014/07/resolucao-regulamenta-auxilio-moradia-para-magistrados-do-tj-pr.html; acessado em 10 de abril de 2017.

considerando o expressivo ônus financeiro imposto ao ente público, que notadamente vem cortando despesas e investimentos direcionados à implementação e garantia dos direitos mais básicos de seus cidadãos, diante da recente crise financeira e orçamentária atravessada?⁸

O advogado que, apenas e exclusivamente se beneficiando de certas brechas e lacunas legais, dá espaço à prescrição da pretensão punitiva do Estado quanto ao crime cometido por seu cliente – que se verá impune, mesmo tendo praticado o ato ilícito – age conforme a ética de sua profissão. Será justa, no entanto, sua atuação, se confrontada com a perspectiva daquele que, ao abalo de ter sido vítima do crime, soma a frustração de ver seu ofensor escapar da punição que lhe era prevista?

A resposta para estas e outras perguntas perpassa pela teoria de justiça que se pretenda adotar, e não são poucas as opções disponíveis, visto que, como já se expôs, desde a antiguidade até os dias de hoje, diversas mentes têm se ocupado de formular suas próprias conjecturas acerca de balizas que pudessem indicar, de modo coerente, o caminho justo a ser adotado diante de toda e qualquer decisão.

A proposição inaugural de Barbosa mencionada anteriormente, quanto ao persistente anseio do homem por justiça, parece refletir a realidade, visto que tais investigações, eminentemente filosóficas, eventualmente alcançam sucesso comercial, na figura de *Best-sellers*, filmes que alcançam números altíssimos de bilheteria e mesmo séries de televisão, cujo enredo ficcional se apoia sobre diferentes concepções de justiça possíveis diante de cenários extremos.

Excelente exemplo é a obra “Justiça, O Que É Fazer A Coisa Certa”, de Michael J. Sandel, que já ultrapassou 17 edições, figurando na lista dos mais vendidos e lidos de sua categoria, a despeito de seu conteúdo acadêmico. O livro, na realidade, representa a condensação do curso que leva o mesmo nome, ministrado pelo autor já há anos na universidade americana de Harvard, onde é catedrático.

Ao longo do texto, por meio de exemplos reais e intrigantes, Sandel conduz o leitor a uma jornada através das diferentes visões acerca da Justiça, desde pensadores clássicos, como Aristóteles e Platão, passando por autores importantes da modernidade, como Bentham e Kant, até finalmente se debruçar sobre as ideias de filósofos e juristas da contemporaneidade, tais como John Rawls. Embora não o

⁸ Os sintomas da crise política e financeira atravessada pelo Estado do Paraná encontram-se descritos com precisão na reportagem publicada em maio de 2015 pela Carta Capital; disponível em www.cartacapital.com.br/politica/crise-no-parana-8749.html; acessado em 10 de abril de 2017.

faça de forma cronológica e sim temática, a exposição traçada na obra surge como uma válida contribuição à reflexão acerca das mais variadas maneiras de se vislumbrar a justiça. Excludentes entre si, porém incapazes de se sobrepor – do ponto de vista da coerência filosófica – visto que todas revelam pontos fortes e nuances de dificuldade, as distintas teorias de justiça que marcaram a história se mostram presentes, por meio das ilustrações oferecidas pelo autor, no cotidiano social, ainda que de maneira sublime e indireta.

Para fins do presente estudo, promover-se-á o estudo um pouco mais aprofundado do tema a partir de duas perspectivas complementares: a primeira, de viés mais histórico, propõe a investigação acerca das diferentes propostas de conceituação e definição do que seria justiça, ao longo do tempo, culminando na segunda, que se prende a encarar o termo em um recorte mais singular, a referir-se especificamente à efetividade de direitos.

1.1.1. Do clássico ao contemporâneo: uma visão holística

No decorrer da história, em contextos diferentes, pensadores igualmente distintos se debruçaram sobre a problemática da justiça, na tentativa de oferecer uma resposta ao debate acerca de como há de se definir o que é ou não é justo.

O convite à mesma discussão, para Sandel, se inicia com a narrativa da sucessão de acontecimentos que se deram depois que o furacão Charley varreu a Flórida, deixando um saldo negativo de 22 mortes e 11 bilhões de dólares em prejuízo⁹. Em decorrência da inédita demanda por itens antes abundantes e que agora se faziam escassos, o preço de algumas mercadorias e serviços disparou naquela região, alcançando patamares absurdos de duas, cinco e até dez vezes o valor original.

Esse repentino descompasso da economia local suscitou questionamentos: seria justo que aqueles comerciantes, se valendo da tragédia e do infortúnio das vítimas de um desastre natural, aproveitassem as circunstâncias para maximizar seus lucros?

Diversas foram e seriam as respostas possíveis, mas de acordo com Sandel, todas elas poderiam ser coerentemente organizadas em três grandes grupos, de

⁹ SANDEL, Michael J. Justiça, O Que É Fazer A Coisa Certa, tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo, 17ª edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 11 e seguintes.

acordo com o critério adotado como âncora para a ideia de justiça: bem-estar de uma coletividade de pessoas, respeito à liberdade individual ou promoção da virtude.

Essas questões não dizem respeito apenas à maneira como os indivíduos devem tratar uns aos outros. Elas também dizem respeito a como a lei deve ser e como a sociedade deve se organizar. São questões sobre justiça. Para responder a elas, precisamos explorar o significado de justiça. Na verdade, já começamos a fazer isso. Se você prestar atenção ao debate, notará que os argumentos a favor das leis relativas ao abuso de preços e contra elas giram em torno de três idéias: aumentar o bem-estar, respeitar a liberdade e promover a virtude. Cada uma dessas idéias aponta para uma forma diferente de pensar sobre justiça.¹⁰

Não é errado concluir, portanto, que toda teoria de justiça – ou pelo menos aquelas que conquistaram maior expressão e relevância, ao longo da história – de uma ou de outra forma, acabe por se enquadrar em uma das três categorias acima.

Para Aristóteles, por exemplo, a justiça deveria ser vislumbrada por um prisma teleológico. Para ele, a atribuição de bens e direitos passa pela compreensão necessária do propósito, da finalidade daquilo que se busca distribuir ou realizar. A visão teleológica de Aristóteles se faz muito presente, por exemplo, em seus escritos reunidos sob o título “Ética a Nicômaco”:

Ora, como são muitas as ações, artes e ciências, muitos são também os seus fins: o fim da arte médica é a saúde, o da construção naval é um navio, o da estratégia é a vitória e o da economia é a riqueza. (...) Se, pois, para as coisas que fazemos existe um fim que desejamos por ele mesmo e tudo o mais é desejado no interesse desse fim; e se é verdade que nem toda coisa desejamos com vistas em outra (porque, então, o processo se repetiria ao infinito, e inútil e vão seria o nosso desejo), evidentemente tal fim será o bem, ou antes, o sumo bem.¹¹

Consequentemente, a justiça terá sempre um viés honorífico, na medida em que para se vislumbrar o *télos* de uma prática ou postura, há que se compreender ou discutir quais as virtudes que ela busca honrar. A filosofia política de Aristóteles, portanto, pauta-se em um ideário de justiça que visa a promoção das virtudes, conciliando sempre a teoria à prática, pois para o filósofo, ambas caminham sempre de mãos dadas.

¹⁰ SANDEL, Michael J. *Op. Cit.*, p. 14.

¹¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, tradução de Leonel Vallandro e Gred Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross, Coleção Os Pensadores, 4ª edição, São Paulo: Nova Cultural, 1991, pp. 05-06.

É interessante a abordagem de Eduardo Carlos Bianca Bittar, que esclarece, ainda, que na filosofia aristotélica, a razão prática e a razão teórica devem atuar paralelamente para a realização integral da natureza social do homem, em sociedade, já que a vida social demanda por respostas do indivíduo que transitam pelo campo da utilidade, da *práxis*, e da razão pura e abstrata, da teoria.¹² Por causa disso, a justiça ou injustiça de uma conduta se medirá sempre, segundo Aristóteles, por meio de um critério social, qual seja, a adequação ou não da postura adotada pelo indivíduo frente aos ditames sociais nos quais se vê inserido. Trata-se, portanto, de uma análise da justiça por uma ótica publicista, a partir da esfera coletiva, que aprova ou reprovava a atitude em análise.¹³

Ainda para Bittar, em sua leitura de Aristóteles, serão justas aquelas ações que correspondam a virtudes, na medida em que implementam condições sociais para que possam ser classificadas como tais.¹⁴

A importância da valorização do mérito, dentro da filosofia aristotélica acerca das acepções de justiça, se faz bastante evidente em suas colocações acerca daquilo que denomina justiça distributiva – uma das modalidades da justiça particular, assim compreendida por se referir a sujeitos determinados e não mais a um conjunto indiscriminado de cidadãos.

A esse respeito, novamente encontramos em Bittar explanação didática:

Desbordada encontra-se, portanto, a disseminada ideia do igualitarismo dentro da teoria aristotélica da justiça, uma vez que, toda distribuição requer um critério diferenciador entre os súditos, que é o mérito. O mérito desigualdade aqueles que de acordo com ele são desiguais, ao mesmo tempo em que coloca em iguais condições aqueles que, com referência a ele, são iguais. A justiça distributiva, neste sentido, rompe os limites da tradicional falácia da reciprocidade, para a qual igualitarismo é o cerne do sistema social. Antes de propugnar pelo igualitarismo, a noção de justiça distributiva proporcional ao mérito de cada indivíduo ressalta a relatividade da justiça, que deve obedecer ao princípio do igual aos iguais e do desigual aos desiguais.¹⁵

O que se observa é que a ideia aristotélica de justiça se atrela visceralmente ao pressuposto de que o mérito – fixado de acordo com o contexto social, por uma

¹² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A Teoria Aristotélica da Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 2, 1997, p. 56.

¹³ *Idem*, p. 57.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Idem*, pp. 61-62.

perspectiva tanto teórica quanto prática – deve ser recompensado, e que os bens, aqui empregados enquanto uma representação genérica de tudo aquilo que pode ser almejado, devem ser distribuídos não de forma objetivamente igualitária entre os indivíduos, mas proporcionalmente, segundo as virtudes desenvolvidas por cada um. Só será justo o modelo de distribuição que respeite este pressuposto basilar, *a priori*.

Ocorre que Aristóteles também reconhecia que justiça distributiva, nos moldes delineados em epígrafe, nem sempre – ou quase nunca – seria capaz, *per si*, de garantir a manutenção da proporcionalidade almejada, visto que os indivíduos estão em constante interação social uns com os outros, interferindo reciprocamente em suas esferas de bens e atributos, culminando na alteração daquele estado de coisas inicial que havia justificado a distribuição proporcional, em primeiro lugar.

Rompe-se, com isso, a harmonia alcançada, em um primeiro momento, por meio da aplicação da justiça distributiva, fazendo-se necessário um mecanismo *a posteriori* de distribuição retificante, por Aristóteles denominado de justiça corretiva.¹⁶

Nesse diapasão, Bittar explica que “a justiça corretiva é essencialmente uma justiça entre particulares que se desigualaram injustamente”¹⁷, ou seja, literalmente uma ferramenta de correção.

Nota-se que ambas as diferentes modalidades de justiça em Aristóteles – tanto a distributiva, *a priori*, quanto a corretiva, *a posteriori* – pautam-se, como dito, pela atribuição de bens segundo um critério meritocrático, acima de qualquer outro parâmetro.

Sintetiza Sandel, em palavras mais simples, a conclusão acima:

Para Aristóteles, justiça significa dar às pessoas o que elas merecem, dando a cada um o que lhe é devido. Mas o que uma pessoa merece? Quais são as justificativas relevantes para o mérito? Isso depende do que está sendo distribuído. A justiça envolve dois fatores: “as coisas e as pessoas a quem elas são destinadas”. E geralmente dizemos que “pessoas iguais devem receber coisas também iguais”.¹⁸

¹⁶ *Idem*, pp. 62-63.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ SANDEL, Michael J., *Op. Cit.*, p. 234.

Para a famosa pergunta proposta por Amartya Sen, acerca de quem deve ficar com a flauta¹⁹, a resposta de Aristóteles seria, irremediavelmente, “aquele que melhor puder tocá-la”.

A filosofia aristotélica, embora remonte a dezenas de séculos atrás, continua viva e relevante, inclusive influenciando autores contemporâneos, que por meio de uma releitura contextualizada, propõem modelos de justiça aparentemente inéditos mas que na realidade, em sua essência, preservam a valorização do mérito enquanto principal critério para a distribuição social.

A partir da tradição liberal norte-americana, John Rawls publicou, no início da década de 1970, sua obra de maior expressão, “Uma Teoria da Justiça”, por meio da qual ofereceu sua própria concepção acerca do que deve ser reputado como justo ou injusto, em determinado contexto social. Em que pese a originalidade que permeia o aforismo do véu da ignorância – sobre o qual discorrer-se-á com maior propriedade mais adiante – é fato que em diversos pontos, suas ideias se revelam profundamente influenciadas pelo pensamento de Aristóteles.

Tanto o filósofo grego da antiguidade quanto o professor americano contemporâneo partem do princípio estrutural de que a distribuição dos bens, em qualquer sociedade, deve se pautar pela valorização e recompensa de certas virtudes individuais, em uma proposta claramente meritocrática. Óbvio que existem diversas nuances e elementos de distinção entre as proposições destes dois pensadores, visto que milênios os separam; a filosofia aristotélica é permeada por uma visão ontológica de mundo, que já não se faz presente na obra de Rawls. A essência das propostas, todavia, permanece a mesma: a ideia do que é justo atrela-se inevitavelmente à valorização de determinadas virtudes do indivíduo. Diferente de Aristóteles, contudo, Rawls se dispôs a investigar a questão por um prisma diverso, a partir da perspectiva contratualista, que a seu tempo já se mostrava consolidada há séculos por John Locke, Rousseau, Hobbes e outros.

¹⁹ Trata-se de uma célebre ilustração, retratada na obra “A Ideia de Justiça”, do prêmio Nobel de Economia Amartya Sen, que propõe a disputa hipotética de três crianças por uma flauta, cada uma com uma justificativa diferente para sustentar sua pretensão. A primeira deseja o instrumento por ser a única que efetivamente sabe tocá-la; já a segunda entende que, por ser a mais pobre, deveria receber a flauta por ser sua única oportunidade de entretenimento, enquanto a terceira demanda a propriedade da flauta, por ter sido ela a produzi-la, individualmente. Trata-se, por óbvio, de uma simples, porém inteligente, metáfora das principais teorias da justiça, distintas entre si, que podem ser empregadas como legitimadoras da distribuição social.

Sabe-se que a teoria do contrato social, embora exposta de maneira diferente por cada um dos autores já elencados acima, reduz-se basicamente à ideia de que todo aquele que goza dos benefícios de um governo consente implicitamente em obedecer à lei e a ela se vê sujeito, até mesmo ao simplesmente trafegar por uma estrada²⁰. Trata-se, obviamente, de um acordo hipotético, cujo consentimento presumido é igualmente hipotético: presume-se que os cidadãos de determinado Estado consintam com a validade e exigibilidade das normas produzidas de forma democrática por seus representantes, que por sua vez se legitimam pela própria existência do Estado, em um contexto constitucional – quer ditos cidadãos concordem expressamente com isso ou não.

A questão que desborda de tais colocações reside na dificuldade de se admitir que um acordo hipotético possa desempenhar o papel moral de apontar o que é realmente justo ou injusto. A fim de enfrentar esta indagação, John Rawls propõe a reflexão acerca de quais princípios seriam erigidos e com quais concordaríamos todos – qual seria o contrato social elaborado – se pudéssemos nos colocar em uma situação inicial de equidade hipotética.

O raciocínio de Rawls caminha pelo sentido de que a contínua confecção do contrato social, que ocorre sabidamente por meio da produção de normas jurídicas por aqueles ocupantes de cargos e posições representativas, esbarra em um obstáculo de difícil transposição: o consenso é praticamente impossível de ser alcançado, pois cada pessoa valoriza princípios diferentes, que refletem as diversas matizes de sua própria personalidade, forjada a partir de suas experiências individuais. Interesses pessoais, crenças, condições socioeconômicas, e mesmo a cor da pele, altura e outros atributos tão específicos inevitavelmente empurram a opinião do indivíduo neste ou naquele sentido, que lhe pareça mais conveniente. Assim, qualquer acordo elaborado dentro deste contexto de desigualdade fatalmente será injusto para Rawls, pois privilegiará alguns em detrimento de outros.

²⁰ Mais especificamente, John Locke afirma que “(...) qualquer homem que tenha qualquer posse ou desfrute de qualquer parte dos domínios de qualquer governo, manifesta assim seu consentimento tácito e, enquanto permanecer nesta situação, é obrigado a obedecer as leis daquele governo como todos os outros que lhe estão submetidos; pouco importa se ele possui terras em plena propriedade, transmissíveis para sempre a seus herdeiros, ou se ele ocupa somente um alojamento por uma semana; ou se desfruta simplesmente da liberdade de ir e vir nas estradas; e na verdade isso acontece ainda que ele seja apenas qualquer um dentro dos territórios daquele governo.” LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo Civil, tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, Rio de Janeiro: Editora Vozes, seção 119.

É explícito o posicionamento daquele autor, como se observa do excerto abaixo extraído de sua obra:

Se for permitido um conhecimento das particularidades, o resultado será influenciado por contingências arbitrárias. Como já foi observado, dar a cada um de acordo com o seu poder de ameaçar não é um princípio de justiça. Para que a posição original gere acordos justos, as partes devem estar situadas de forma equitativa e devem ser tratadas de forma igual como pessoas éticas.²¹

Na tentativa de oferecer uma alternativa teórica que supere as circunstâncias acima, John Rawls oferece um aforismo utópico, sintetizado por Sandel de maneira bastante didática e esclarecedora:

Analisemos agora uma experiência mental: suponhamos que, ao nos reunir para definir os princípios, não saibamos a qual categoria pertencemos na sociedade. Imaginemo-nos cobertos por um “véu de ignorância” que temporariamente nos impeça de saber quem realmente somos. Não sabemos a que classe social ou gênero pertencemos e desconhecemos nossa raça ou etnia, nossas opiniões políticas ou crenças religiosas. Tampouco conhecemos nossas vantagens ou desvantagens – se somos saudáveis ou frágeis, se temos alto grau de escolaridade ou se abandonamos a escola, se nascemos em uma família estruturada ou em uma família desestruturada. Se não possuíssemos essas informações, poderíamos realmente fazer uma escolha a partir de uma posição original de equidade. Já que ninguém estaria em uma posição superior de barganha, os princípios escolhidos seriam justos.

É assim que Rawls entende um contrato social – um acordo hipotético em uma posição original de equidade.²²

Apenas um conjunto de regras e princípios inicialmente estabelecidos em condições de equidade pode dar lugar a um sistema meritocrático realmente justo, para Rawls. Em outras palavras, só há justiça na valorização de determinadas virtudes individuais, quando a eleição de quais virtudes devem ser valorizadas se dá em um contexto equânime; só há justiça na “corrida” da meritocracia, se as condições iniciais dos “corredores” se mostrarem equivalentes.

Talvez seja esta a grande crítica que deva ser direcionada à defesa atual da meritocracia, que se distancia por demais do conceito de meritocracia cunhado por

²¹ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, São Paulo: Editora Martins Fones, 2000, p. 152.

²² SANDEL, Michael J. *Op. Cit.*, p. 178.

Rawls, uma vez que de nada vale premiar virtudes e esforços de uns, condenando o fracasso de outros, em um contexto de desigualdade social, onde as condições impostas a estes ou aqueles – inclusive pelo próprio contrato social materializado pelo ordenamento jurídico vigente – se mostram tão discrepantes.

A obra de Rawls revela suas raízes liberais, mas nem o mais exagerado dos liberais ousaria sustentar que há justiça em um modelo meritocrático que despreze por completo a diferença de oportunidades e condições disponibilizadas aos indivíduos que nele se inserem, seja por questões sociais, ideológicas, econômicas, raciais, etc.

Partindo da utópica proposta do véu da ignorância, Rawls traça algumas conclusões acerca de quais, na sua opinião, seriam os princípios fundamentais de um contrato social confeccionado por um grupo de pessoas em situação de equidade absoluta.

Ele crê que dois valores seriam alçados a uma posição de superioridade, em relação a quaisquer outras considerações possíveis: liberdade – enfatizando a livre expressão e a liberdade de culto e religião – e igualdade, social e econômica.

As convicções de Rawls se situam em posição diametralmente oposta da perspectiva utilitarista de Jeremy Bentham e John Stuart Mill, mostrando-se incompatíveis com aquela corrente de pensamento.

É que o utilitarismo, enquanto teoria de justiça, propõe, em síntese, que a decisão ou conduta justa é aquela que propicia a maximização da felicidade e prazer à maioria, à custa do menor sofrimento possível de uma minoria. Natural que Rawls repudiasse tal proposta a partir da ideia do véu da ignorância, pois ninguém arriscaria o sacrifício das minorias em prol de uma maioria, sendo sabedor de que poderia integrar a minoria sacrificada.

A concepção utilitarista de justiça é ilustrada por Sandel²³ com bastante propriedade, por meio do emprego de um exemplo real: ele narra a história verídica de um grupo de marinheiros ingleses do final do Século XIX que, após um naufrágio, veem-se à deriva, em um bote salva-vidas, tendo por única esperança a chance de que pudessem ser resgatados, sabe-se lá quando, por algum outro navio cuja rota o levasse a encontrá-los.

²³ *Idem*, capítulo 2.

Os quatro marinheiros – a princípio, “todos homens de excelente caráter”, conforme garantiram os jornais da época – não dispunham de muitos recursos. Haviam conseguido salvar apenas uma pequena porção de nabos, com os quais sobreviveram por alguns dias. No quarto dia, conseguiram capturar uma tartaruga, que serviu de sustento por mais um curto período, após o qual a comida acabou por completo.

Nove dias se passaram, sem que nenhum dos homens pudesse comer coisa alguma, até que finalmente o mais adoentado e fraco deles foi morto pelos demais, que se alimentaram do corpo e do sangue do infeliz por alguns dias, até que finalmente foram resgatados, no vigésimo quarto dia, por um navio que os avistou ao navegar por aquelas águas.

De volta à Inglaterra, os marinheiros foram presos e levados a julgamento pelo crime de assassinato, momento em que Sandel interrompe sua narrativa para dirigir-se diretamente ao leitor com a seguinte pergunta: “Suponhamos que você fosse o juiz. Como os julgaria? Para simplificar as coisas, deixe de lado as questões legais e suponha que você tivesse de decidir se matar o taifeiro seria moralmente admissível.”²⁴

Em introdução ao pensamento utilitarista, o autor salienta que o mais forte argumento da defesa residia no fato de que “diante das circunstâncias extremas, fora necessário matar uma pessoa para salvar três. Se ninguém tivesse sido morto e comido, todos os quatro provavelmente teriam morrido.”²⁵

Outros elementos ainda podem ser trazidos à discussão, a fim de torná-la mais rica e, conseqüentemente, mais complexa: a aceitação do crime poderia minar a vigência do tipo penal que condena o homicídio, trazendo consequências negativas à sociedade em geral na medida em que as pessoas talvez se sentissem mais propensas a fazer justiça com as próprias mãos; além disso, a absolvição dos acusados talvez trouxesse reflexos quanto à possibilidade de se recrutar novos marinheiros, atividade extremamente relevante para o contexto da época.

De qualquer modo, resta claro que se o método, o critério utilizado para o oferecimento de uma solução ao problema moral proposto segue pelo caminho do cálculo quantitativo da relação entre custo e benefício – três vidas valem mais do que uma – é flagrante a aplicação do conceito de justiça utilitarista ao caso.

²⁴ *Idem*, p. 46.

²⁵ *Ibidem*.

Considerado o pai do utilitarismo, Jeremy Bentham, formulou e consolidou sua doutrina apoiado em premissas bastante simples, e que até hoje ecoam, em maior ou menor medida, no pensamento e nas posturas adotadas por legisladores, juízes e mesmo cidadãos comuns. Basicamente, a visão utilitarista despreza os direitos naturais e a ideia da dignidade humana, reputando-os como absurdos, na medida em que somos todos, sem exceção, governados por dois “mestres soberanos”: o prazer e a dor. É destes dois governantes da vontade humana que advêm os conceitos de certo e errado, inevitavelmente. Será certa aquela atitude que proporcionar maior prazer e felicidade ao maior número de pessoas – maior utilidade, em suas palavras – causando o mínimo de dor, tristeza e sofrimento a um número igualmente mínimo de indivíduos²⁶.

Para Bentham, a Justiça e toda a moral vinculavam-se à maximização da utilidade. Aplicada à vida humana, a doutrina utilitarista a reduz a um número, a um componente de uma equação maior, cujo resultado não se fia em conceitos metafísicos ou relativos, mas pretende ser sempre objetivo e concreto, como em uma espécie de balança gigantesca, onde tudo, absolutamente tudo, pode ser pesado e medido a partir destes dois critérios bem definidos: prazer e dor, alegria e sofrimento. A solução ou proposta que indique maior peso de um, e menor de outro, será obrigatória e indiscutivelmente a correta, a justa.

Há que se concluir, portanto, que Bentham provavelmente não hesitaria em afirmar que os três marinheiros que ceifaram a vida de seu companheiro diante de seu estado de necessidade não deveriam sofrer punição alguma, pois a sua postura era justíssima: para preservar três vidas, sacrificaram uma. Três vale mais do que um, logo, justa e acertada a decisão.

É claro que a proposta utilitarista suscitou e suscita uma série de críticas, que podem ser resumidas em basicamente duas objeções cruciais: ela despreza por completo o valor da vida e da dignidade humana, e reduz qualquer centelha de moralidade a um ponto objetivo, em uma escala métrica de prazer e dor. Ambas foram enfrentadas por John Stuart Mill, em sua tentativa de aperfeiçoar a filosofia utilitarista proposta por Bentham.

Filho de James Mill, que por sua vez havia sido discípulo de Jeremy Bentham, John Stuart Mill desde cedo se mostrara extremamente inclinado aos estudos e à

²⁶ BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação. Tradução: Luiz João Baraúna. 3ª edição, São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1984, capítulo I.

academia, e em sua maturidade, se dispôs a revisar a obra de Bentham, dele já conhecida e pela qual nutria profunda admiração.

Em sua mais célebre obra, *On Liberty*, publicada em 1859, Mill pretendia sustentar a aplicabilidade do utilitarismo, por meio da defesa da liberdade individual, que serviria de fator de correção a qualquer possível distorção do modelo proposto por Bentham. Para Mill, a soberania individual de cada cidadão frente ao governo deveria ser sempre respeitada, podendo ser invadida apenas diante da ameaça de lesão ou imposição de vontades a outro indivíduo. Em síntese, Mill pregava que a independência é, por direito, absoluta. No que diz respeito a si mesmo, ao próprio corpo e à própria mente, o indivíduo é soberano²⁷.

Embora a princípio a proposta de valorização da liberdade individual soe um tanto quanto incongruente com a filosofia utilitarista, Mill sustentava que esta era um pressuposto essencial daquela, pois a maximização da utilidade não deveria ser feita de forma casuística, e sim a longo prazo. Nesse sentido, o respeito às liberdades individuais, ainda que aparentemente pudesse causar certo desconforto ou prejuízo a uma maioria de pessoas, de maneira imediata, sempre conduziria a uma sociedade mais livre e, por conseguinte, mais feliz; em outras palavras, a maximização da utilidade dependeria da defesa da liberdade de cada cidadão, e esta mesma defesa só se faria possível e justificável em um contexto utilitarista²⁸.

Contudo, é fato que a tentativa de Mill, por meio da defesa da liberdade individual, de “amenizar” a proposta utilitarista, tornando-a mais atrativa àqueles que prezam pela valorização intrínseca da vida e da dignidade humana, em última análise não obteve muito sucesso, pois um olhar mais atento evidencia que no final das contas, tanto a vida quanto a dignidade continuam sendo computadas em uma conta maior, consideradas como números de uma soma. O que muda é apenas o momento da busca pelo resultado, porém a perspectiva de que cada indivíduo é mero fator de uma grande equação permanece.

Em posição diametralmente oposta à proposta utilitarista, está a filosofia desenvolvida por Immanuel Kant, que fundamenta sobre a racionalidade sua tese de que toda e qualquer vida humana é merecedora de dignidade e respeito.

Contemporâneo de Jeremy Bentham, embora fosse cerca de duas décadas mais velho, Kant publicou sua mais importante obra apenas um ano depois de Bentham

²⁷ MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*, São Paulo: Ed. 70Brasil, 2010, cap. I.

²⁸ MILL, John Stuart. *Op. cit.*, cap. I.

tornar pública sua teoria utilitarista. Em 1781, aos 57 anos, Kant oferecia à academia sua *Crítica da Razão Pura*, que de maneira ousada e vanguardista, por meio de uma filosofia que se tornaria célebre por sua densidade, desafiava a teoria empírica do conhecimento, vigente à época, graças a nomes como David Hume e John Locke. Quatro anos mais tarde, sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, não menos sólida e complexa, se dedicaria a temas afetos à filosofia moral, campo sobre o qual Kant continuaria a escrever até o fim de sua vida.

Desde o início, Kant sempre repudiou o utilitarismo, em boa medida, devido ao estreito liame que a filosofia utilitarista mantém com o método empírico, também desprezado pelo pensador prussiano. Definir justiça e injustiça, certo e errado, tomando por base o prazer ou a dor experimentados por uma pessoa ou um grupo de pessoas a partir de suas próprias concepções do que é prazeroso ou doloroso, constitui um absurdo para a visão de Kant. Para ele, as vontades, desejos e paixões humanas são extremamente voláteis e justamente por isso não se prestam a servir de base para a construção de conceitos morais.

Ao contrário, ao invés de fundamentar suas concepções morais nos desejos – condenáveis, muitas vezes – Kant propõe que a âncora da moralidade deve se firmar sobre a razão, pura e prática, a única capaz de garantir a verdadeira liberdade, que por sua vez também representa um conceito muito caro à filosofia kantiana.

É por meio de sua racionalidade que o ser humano é capaz de sobrepujar seus desejos, não se deixando comandar apenas pela busca pelo prazer, ou pela fuga do sofrimento – vale notar a refutação direta do pensamento de Bentham, que alçava estes dois elementos ao patamar de governantes supremos da conduta humana. Ser verdadeiramente livre, portanto, para Kant, não é fazer apenas o que nos traz prazer ou evitar aquilo que nos causa dor, pois isso corresponde a agir quase que de maneira instintiva, animal; ao revés, a liberdade consiste na capacidade que o homem tem de adequar sua conduta à sua racionalidade, ainda que na contramão de seus impulsos e desejos. Digna de nota a síntese de Sandel do pensamento de Kant a esse respeito:

Nossa capacidade de raciocinar está intimamente ligada a nossa capacidade de sermos livres. Juntas, essas capacidades nos tornam únicos e nos distinguem da existência meramente animal. Elas nos transformam em algo mais do que meras criaturas com apetites.²⁹

²⁹ SANDEL, Michael J. *Op. Cit.*, p. 140.

Agir segundo nossas vontades e desejos, em uma perseguição incessante pelo prazer, nos torna escravos de nossas próprias paixões, das quais só podemos nos libertar por meio da racionalidade. Assim, se alguém sente prazer em comer uma comida saborosa, quando busca fazê-lo, não deve se iludir pensando que o faz porque é livre para fazê-lo, mas sim compreender que, ao satisfazer sua vontade, a ela obedece. Trata-se de um comportamento heterônomo, na terminologia kantiana, na medida em que se sujeita a fatores e finalidades externas. A autonomia, enaltecida por Kant, por outro lado, corresponde à conduta adotada em consonância à determinação interna, emanada da razão pura.

A autonomia, portanto, pressupõe que o comportamento desenvolvido deve encontrar sua finalidade em si mesmo, ao invés de vinculá-la a outros objetivos. Em palavras mais simples, o comportamento heterônomo corresponde à lógica do “faço isso para alcançar aquilo”, enquanto que a autonomia prevê que “faço isso porque isso é o que deve ser feito”.

É dessa profunda definição do que seria moral – e, por conseguinte, justo – que Kant extrai o famoso conceito do imperativo categórico, que se apresenta sob diversas modalidades ou versões diferentes, mas sempre a apontar para um mesmo significado.

A primeira forma de se compreender o imperativo categórico, segundo Kant, é a partir da tentativa de universalização da máxima em análise. “Aja apenas segundo um determinado princípio que, na sua opinião, deveria constituir uma lei universal”³⁰. Mais relevante do que a primeira, para o presente artigo, é a segunda formulação do imperativo categórico de Kant, que pretende sempre enxergar nas pessoas, um fim em si mesmas, e nunca um meio para algo. A distinção fundamental estabelecida por Kant entre pessoas e coisas é o ponto crucial de sua doutrina, que diverge diametralmente da filosofia utilitarista, uma vez que para o pensamento kantiano, é absolutamente inaceitável que a vida humana seja pesada na balança, em termos qualitativos ou, pior, quantitativos, com vistas a atingir qualquer outra finalidade externa – mesmo que esta diga respeito a outras vidas.

Para Kant, portanto, três vidas não valem mais do que uma, simplesmente porque não é possível atribuir um valor numérico ou quantificável à vida humana; não

³⁰ KANT, Immanuel. *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, tradução para o inglês de H. J. Paton, Nova York: Harper Torchbooks, 1964, p. 421, tradução livre para o português.

é possível enxergar uma pessoa como um instrumento destinado a qualquer outro fim que não ela própria, mesmo que este fim se destine a salvar outras vidas.

Em retorno ao caso dos marinheiros que sobreviveram graças à morte de seu companheiro, Kant não titubearia em condenar a atitude por eles adotada. Nada justifica a utilização de uma vida, de uma pessoa, para uma finalidade externa, como se ela fosse um instrumento que se destina a um outro objetivo qualquer, mesmo que tal objetivo convirja para a promoção ou mesmo salvamento de outras tantas vidas ou pessoas, como dito.

Das breves e superficiais exposições acima é possível perceber o forte contraste que se estabelece entre a visão utilitarista de Bentham e a filosofia de Kant, no que diz respeito ao valor e ao significado da vida humana e, conseqüentemente, ao que é justo ou injusto: para aquele, a vida – assim como qualquer outra coisa – não passa de mais um elemento a ser computado em uma grande equação em busca de um resultado que maximize a alegria, a felicidade e o prazer do maior número de pessoas possível, enquanto que para este, é impossível valorar a vida humana de maneira qualitativa ou quantitativa. Na prática, ambos oferecem respostas diametralmente opostas para uma pergunta bem simples: é justo sacrificar uma vida para salvar um número maior de pessoas? Para Bentham, excluídas outras contingências, sim. Para Kant, absolutamente não.

O que mais chama a atenção disso tudo é a constatação de que em seu dia a dia, toda e qualquer pessoa, mesmo a mais iletrada, ao se ver diante de uma decisão de maior ou menor importância, onde se façam envolvidos os conceitos de certo e errado, justo e injusto, fatalmente acaba por se alinhar, ainda que inconscientemente, a uma destas diversas correntes que buscam esmiuçar o que efetivamente reside por trás de cada impressão moral. O mundo, portanto, está repleto de utilitaristas que jamais ouviram falar em Jeremy Bentham, muito menos leram o que ele escreveu. Também são incontáveis aqueles que diariamente empregam alguma medida do imperativo categórico, sem nunca terem sequer folheado qualquer das obras de Kant.

A inevitável conclusão para a qual convergem todas as investigações alinhadas em epígrafe é a de que, como dito no início, estabelecer uma definição concreta, objetiva e definitiva do que seria a justiça, com pretensões de universalização, é tarefa virtualmente impossível, visto que em sua abstração, o conceito se apoia em um arcabouço de princípios e valores que transitam entre os campos da filosofia, da ética, da cultura e mesmo da moral individual. Não seria um equívoco supor que, em última

análise, cada pessoa é capaz de construir seu próprio ideário do que é justo ou injusto, a partir de suas próprias experiências.

Nesse sentido, Júlio César Tadeu Barbosa alerta que “a busca da justiça deve se pôr como um fim da ordem social, e se ela não é justa, significa que deve ser modificada de maneira a se aproximar o mais possível do ideal de justiça”³¹, e da mesma forma, questiona:

Mas, de qual justiça se deve falar primeiro? Penso que da justiça sob o aspecto dos direitos, pois os aspectos valorativos são infinitamente variáveis e, por mais disseminadas que sejam as noções de moralidade entre a sociedade, existe sempre a possibilidade que elas possam servir de disfarce para formas de dependência e domínio que um grupo possa exercer sobre outro dentro dela.³²

Falemos, portanto, da Justiça enquanto efetividade de direitos, deixando de lado, por um momento, as diferentes concepções acerca do termo e adotando o mesmo pressuposto comum – a fim de viabilizar o prosseguimento da pesquisa – de que será justo o que for conforme o Direito. Eis o porquê.

1.1.2. Justiça enquanto efetividade de direitos

Natural que o ideal de justiça de um indivíduo fatalmente revelará tanto pontos de congruência quanto de divergência, sempre que contrastado àquele sustentado por seu semelhante, cuja vivência singular não se assemelha a de mais ninguém. Sendo o fundamento do que é justo ou injusto o ponto de partida para a resolução de quaisquer conflitos, a discordância quanto a esta questão basilar tornaria extremamente difícil a pacificação social no contexto estatal.

Sobre a essência conflituosa da sociedade, Cintra, Grinover e Dinamarco expõem com propriedade:

Ora, como é do conhecimento de todos, a sociedade contemporânea é altamente conflitiva, atingida por um sempre crescente número de desavenças envolvendo cada vez mais os seus integrantes. O adensamento populacional, o caráter finito e conseqüente insuficiência dos bens materiais e imateriais à disposição dos homens para a satisfação de suas necessidades, a escassez de recursos, a concentração de riquezas em

³¹ BARBOSA, Júlio César Tadeu. *Op. Cit.*, p. 24.

³² *Idem*, p. 25.

mãos de poucos, tudo coopera para que indivíduos e coletividades se envolvam cada vez mais em situações conflituosas.³³

Também por isso, desde os mais remotos registros de que se tem notícia, o Estado tem buscado maneiras de legitimar um conjunto coletivo de normas que represente uma noção coletiva de justiça, a despeito das impressões individuais de cada cidadão, sem que estes se sintam violados pela obrigação de sujeição à construção estatal que lhes é imposta.

É interessante o retrato da relação – ainda que com ênfase na distinção – entre Justiça e Direito, conforme retratada por Eros Roberto Grau, em obra de natureza essencialmente crítica à atividade jurisdicional desenvolvida pelo Estado:

Não hão de ter faltado ética e justiça à Humanidade. Tantas éticas e tantas justiças quantas as religiões, os costumes, as culturas, em cada momento histórico, em cada recanto geográfico. Muitas éticas, muitas justiças. Nenhuma delas, porém, suficiente para resolver a contradição entre o universal e o particular, porque a ideia muito dificilmente é conciliável com a realidade. A única tentativa viável, embora precária, de mediação entre ambas é encontrada na legalidade e no procedimento legal, ou seja, no direito posto pelo Estado, este com o qual operamos no cotidiano forense, chamando-o direito moderno, identificado à lei.³⁴

Indiscutivelmente, é esta a nascente do Direito, que surge justamente enquanto o conjunto de regras e princípios cuja finalidade precípua é ordenar e coordenar a multidão de interesses, vontades e anseios que fervilham do corpo social. Daí a ideia de que não há sociedade sem Direito.

No atual estágio dos conhecimentos científicos sobre o direito é predominante o entendimento de que não há sociedade sem direito: *ubi societas ibi jus*. Mesmo os autores que sustentam ter o homem vivido uma fase evolutiva pré-jurídica formam ao lado dos demais para, sem divergência, reconhecerem que *ubi jus ibi societas*. Só não haveria lugar para o direito na imaginária hipótese de um ermitão vivendo em local deserto, sem convívio com ninguém e sem a subordinação a um Estado soberano, como no caso do legendário *Robinson Crusoe*, antes da chegada do índio *Sexta-feira* à sua ilha isolada do mundo.³⁵

³³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, 30ª ed. rev., atual. e aum., São Paulo: Ed. Malheiros, 2014, p. 30.

³⁴ GRAU, Eros Roberto. Por Que Tenho Medo dos Juizes (A Interpretação/Aplicação Do Direito E Os Princípios), 6ª ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, São Paulo: Ed. Malheiros, 2014, p. 16.

³⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, p. 37.

E ainda, sobre a função do Direito enquanto instrumento a serviço da sociedade, prosseguem os mesmos autores:

Indaga-se desde logo, portanto, qual a causa dessa correlação entre sociedade e direito. E a resposta está na função que o direito exerce na sociedade: a função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre seus membros.

A tarefa da ordem jurídica consiste exatamente em harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com os valores prevalentes em determinado momento e lugar.³⁶

Interessante notar como o trecho em destaque estabelece a relação do Direito com aquilo que é justo e equitativo, a partir de uma visão coletiva, temporal e regionalizada, em oposição à perspectiva individual e singular, exatamente porque, como já afirmado anteriormente, o papel do Direito não é outro senão o de extrapolar a individualidade moral e autônoma de cada pessoa, impondo-se enquanto um conjunto heterônomo de normas que represente um ideal de justiça aplicável a determinado recorte social.

Não se ignora que, ao longo da história, a legitimidade do Direito tenha se alicerçado em diferentes raízes, das mais variadas, a depender do modelo de Estado em análise.

O Estado Antigo, também conhecido como Estado Teocrático, constituía verdadeira amálgama entre a família, a religião e a economia, que nas palavras de Gettel, formavam um conjunto confuso e sem diferenciação aparente, razão pela qual não se fazia possível distinguir as normas jurídicas daquelas de natureza religiosa³⁷. Para Dalmo de Abreu Dallari, uma das marcas deste modelo era a influência predominante da religião sobre o Direito, “afirmando-se a autoridade dos governantes e as normas de comportamento individual e coletivo como expressões da vontade de um poder divino”³⁸.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ GETTEL, Raymond G. *Historia de las Ideas Políticas*, Mexico: Ed. Nacional, 1951, p. 61 e seguintes.

³⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 27ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 62.

Excelente exemplo reside na figura do povo hebreu, cuja organização política e jurídica centrava-se indissociavelmente em sua fé. Gerações se passaram, desde Abraão até Saul, o primeiro rei a ser estabelecido³⁹; por séculos, a liderança e a autoridade residiram exclusivamente sobre a figura do profeta, compreendido como o porta-voz de Deus.

Também por isso, o cerne da compreensão hebraica acerca da justiça residia na interpretação da vontade divina: justo é o que se alinha à vontade de Deus, e injusto é o que Lhe desagrada. As duas tábuas da lei, contendo os dez mandamentos, escritos originalmente pelo próprio dedo de Deus, segundo a tradição hebraica⁴⁰, eram ao mesmo tempo um código de conduta religiosa e a base de todo o sistema jurídico do povo hebreu, servindo inclusive de fundamento às decisões tomadas pelas autoridades constituídas, na resolução dos conflitos que lhes eram apresentados, numa espécie primitiva de jurisdição⁴¹. Não à toa, o Deus hebraico é diversas vezes identificado como Juiz⁴².

Neste diapasão, a titularidade da soberania e, por consequência, da competência exclusiva para ditar o justo e o injusto, era integralmente depositada sobre os ombros de Deus. Zulmar Fachin explica:

Na tradição judaico-cristã, Deus é a única fonte de todo o poder que já existiu. Assim, toda a autoridade provém de Deus. É ao seu poder (supremo no Universo) que os homens devem estar submetidos. Tal fundamento pode ser encontrado na Epístola de São Paulo aos romanos: “Cada qual seja submisso às autoridades constituídas, porque não há autoridade que não venha de Deus; as que existem foram instituídas por Deus”. Se todo o poder advém de Deus, a titularidade do poder constituinte a Ele pertence.⁴³

Não obstante, a simbiose entre religião e Direito descrita não impedia que despontassem regras interessantes, imbuídas de inegável cunho social, a refletir a preocupação já existente à época com a concentração de renda, e para com aqueles que se encontravam em situação de miserabilidade.

³⁹ Bíblia Sagrada. Traduzida em Português por João Ferreira de Almeida, Revista e Corrigida, 4ª edição, São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009, Livro de I Samuel, capítulo 8, pp. 403-404.

⁴⁰ *Idem*, Livro de Êxodo, capítulo 31, versículo 18, p. 128.

⁴¹ *Idem*, Livro de Êxodo, capítulo 18, versículos 13 a 16, pp. 106-107.

⁴² *Idem*, Livro de Salmos, capítulo 07, versículo 11, p. 764; dentre várias outras referências.

⁴³ FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional, 5ª edição revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012, p. 50.

O chamado Ano do Jubileu representava um sistema arquitetado especificamente para evitar o aprofundamento crônico de desigualdades sociais, já antecipadas e previstas.

A tradição hebraica previa a divisão das terras conquistadas entre as diferentes tribos que compunham o povo. Cada tribo, por sua vez, promovia a distribuição do que lhe competia às famílias que a integravam, de forma equânime⁴⁴. No entanto, é natural que, com o passar dos anos e das gerações, a repartição inicial se alterava, pois algumas famílias e tribos alcançavam maior sucesso comercial e econômico, adquirindo as terras daquelas que não logravam tanto êxito. Em situações extremas de endividamento, havia a previsão de que o indivíduo vendesse a si próprio como servo, a fim de saldar seu débito⁴⁵.

Diante desta perspectiva de crescente desigualdade social, a lei hebraica previa que de cinquenta em cinquenta anos – ou depois de “sete semanas de anos”, na linguagem tradicional – decretava-se o Ano do Jubileu, onde cada indivíduo e família tornavam à sua posse original, a fim de se restabelecer o equilíbrio inicialmente firmado com a repartição primeira. Havia, inclusive, a previsão de fixação de preços, a partir deste sistema: quanto mais distante o próximo Ano do Jubileu, maior o valor da terra, que poderia ser explorada pelo seu adquirente por um período maior, e vice-versa⁴⁶.

A identificação da ideia de justiça com a metafísica do divino perdurou por séculos, inclusive sustentando as monarquias absolutistas sobre o alicerce de que a legitimidade do monarca se apoiava sobre o direito divinamente concedido de governar. Lembra Badie Bertrand que “o príncipe é admitido como soberano legítimo porque sendo à imagem de Deus, ele não pode por definição contrariar a vontade divina.”⁴⁷ A vontade do monarca absolutista era, portanto, justa, uma vez que, por definição e pela própria essência daquele sistema, obrigatoriamente se alinhava à vontade de Deus, que continuava sendo a única e verdadeira fonte de toda a justiça.

No entanto, com o advento da revolução francesa, impulsionada que foi pelos ideais de pensadores como o abade Sieyès, observou-se a transferência da

⁴⁴ Conferir, por exemplo, a divisão realizada no capítulo 13 do Livro de Josué, da Bíblia Sagrada.

⁴⁵ Bíblia Sagrada. Traduzida em Português por João Ferreira de Almeida, Revista e Corrigida, 4ª edição, São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009, Livro de Levítico, capítulo 25, versículos 39 a 42, p. 186;

⁴⁶ *Idem*, Livro de Levítico, capítulo 25, pp. 184-187.

⁴⁷ BERTRAND, Badie. Um Mundo Sem Soberania, tradução de Armando Pereira da Silva, Lisboa: Instituto Piaget: 2000, p. 24.

soberania, do monarca para a nação e, posteriormente, para o próprio povo, em decorrência direta da ascensão do iluminismo e dos valores antropocêntricos, com a superposição da figura do homem sobre Deus. Emmanuel Sieyès, sobre a soberania da nação, diria que “a nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo”⁴⁸ e que “em toda nação livre – e toda nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças (...). Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria nação.”⁴⁹

Mais tarde, Carré de Malberg diria que “a soberania primária, o poder constituinte, reside essencialmente no povo, na totalidade e em cada um de seus membros”⁵⁰, ideal que persiste até os dias atuais, facilmente observável da leitura do parágrafo único do artigo primeiro da Constituição Federal, promulgada em 1988, que com todas as letras expressa que todo o poder emana do povo⁵¹.

Esse deslocamento do manancial de soberania, de Deus para o povo, representa uma alteração drástica no paradigma de justiça, que deixa de ser a manifestação da vontade divina, para traduzir-se na vontade do povo, que a exerce diretamente ou por meio de seus representantes, em um contexto democrático.

Em um recorte ainda mais específico, o Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, vincula a democracia à primazia do Direito; vale dizer: aquela necessariamente flui por meio deste. Fachin explica esta justaposição da seguinte forma:

O Estado Democrático de Direito formou-se a partir de dois conteúdos: o Estado de Direito e o Estado Democrático. No Estado de Direito, criado pelo liberalismo, tem-se o império da lei, a distribuição do poder estatal, a previsão de direitos fundamentais e a garantia desses direitos. No Estado Democrático, cujo fundamento é a soberania popular, o vocábulo *democrático* aparece como um qualificativo do Estado. Tal conteúdo deve inspirar não apenas os atos a serem praticados no âmbito do Estado, mas, inclusive, nas relações entre particulares.⁵²

Prossegue, no entanto, à conclusão de que da união formal entre o Estado de Direito e o Estado Democrático não resulta apenas a somatória simples de ambos os

⁴⁸ SIEYÉS, Emmanuel Joseph. A Constituinte Burguesa, tradução de Norma Azeredo, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 91.

⁴⁹ *Idem*, p. 94.

⁵⁰ MALBERG, R. Carré de. Teoría General del Estado, tradução de José Lion Depetre, México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 1.163.

⁵¹ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, art. 1º, par. único.

⁵² FACHIN, Zulmar. *Op. Cit.*, p. 201.

fatores, mas, nas palavras de José Afonso da Silva, “na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera”⁵³.

Em palavras mais simples, a democracia brasileira, enquanto instrumento de delimitação do que é justo e injusto a partir da vontade soberana do povo, exercida em geral por meio de seus representantes democraticamente eleitos, se instrumentaliza precipuamente através do Direito, da produção legislativa democrática, da instituição de disposições jurídicas declaratórias e assecuratórias em favor de seus cidadãos, bem como da imposição de deveres a todos e a cada um deles, para com seus semelhantes e mesmo para com o próprio Estado.

E nem poderia ser diferente, uma vez que a finalidade do Estado, enquanto um dos elementos que o caracterizam na modernidade⁵⁴, não é outra senão “superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime que realize a justiça social”⁵⁵, na lembrança de José Afonso da Silva.

Para fins do presente estudo, portanto, em que pese a relevância fundamental das diferentes correntes filosóficas acerca do tema, em nome da pragmática, há que se compreender justiça enquanto a efetivação dos direitos e garantias estabelecidos no ordenamento jurídico em vigência, mormente daqueles de natureza fundamental, estabelecidos pela Constituição, diante de sua relevância enquanto instrumentos indispensáveis à consecução da finalidade própria do Estado, sintetizada com maestria no primeiro inciso do artigo 3º do diploma magno⁵⁶. Se de fato o que se pretende por meio do Estado Brasileiro é a construção de uma sociedade livre, solidária e, especialmente, justa, o único caminho plausível é o da efetividade do arcabouço de direitos outorgados pela própria Constituição.

Pois bem, uma vez compreendido e delimitado o significado de justiça em sua extensão e profundidade, para fins deste trabalho, cumpre explorar em que medida

⁵³ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 119.

⁵⁴ A esse respeito, Dalmo de Abreu Dallari, em paráfrase de Groppali, salienta “em primeiro lugar, que as pessoas só se integram numa ordem e vivem sob um poder, em função de um fim a atingir; em segundo lugar, o Estado, sendo dotado de ordem própria e poder também próprio, é evidente que deverá ter uma finalidade peculiar, que justifique sua existência”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. Cit.*, pp. 71-72.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 122.

⁵⁶ O artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 expressa que “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

se faz possível acessá-la, e o que precisamente representa este acesso, no contexto constitucional de coisas atual. Como dito anteriormente, a exata percepção da expressão “acesso à justiça” se apoia tanto sobre o conhecer da justiça, como do acesso em si, o qual se analisa na sequencia.

1.2. O que é “ACESSO”?

Não é segredo que existe um abismo imenso entre a existência positivada de um dispositivo jurídico e a sua real consecução prática, no dia a dia da sociedade. Entre vigência e eficácia, há um mundo inteiro de obstáculos de natureza social, econômica, cultural e mesmo jurídica, que precisam ser superados, para que os efeitos de uma norma realmente se observem no seio social.

Não à toa, a doutrina inclusive distingue os diferentes aspectos de validade da norma jurídica, ante ao espaço que separa o dever ser do que realmente é. A validade formal e ética, infelizmente, nem sempre culmina na validade fática de determinado dispositivo. Relembrando as lições de Miguel Reale, Maria Helena Diniz explica com propriedade:

Tomando o termo *validade* como gênero, nele distinguimos, seguindo a esteira de Miguel Reale, a *vigência* como validade formal ou técnico-jurídica, a *eficácia* como validade fática, e o *fundamento axiológico* como validade ética. Logo, a validade seria um complexo, com aspectos de vigência, eficácia e fundamento. (...) Há na norma uma relação necessária entre validade formal, fática e ética.⁵⁷

Mais adiante, especificamente sobre a eficácia da norma, esclarece, parafraseando Tércio Sampaio Ferraz Jr., que a eficácia corresponde à qualidade da norma que se refere à sua adequação em vista da produção concreta de feitos, e conclui que “vigência não se confunde com eficácia, logo, nada obsta que uma norma seja vigente sem ser eficaz, ou que seja eficaz sem estar vigorando”⁵⁸.

Em que pese as colocações acima se destinem a uma análise mais técnica da norma jurídica, enquanto objeto do Direito, não há dúvidas quanto ao fato de que não basta que determinado sistema de direitos e garantias, ainda que axiologicamente

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito*, 20ª edição revista e atualizada, São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 398.

⁵⁸ *Idem*, p. 407.

justo, goze de vigência formal para que seja capaz de transformar e plasmar a sociedade no mesmo sentido. Já alertava Júlio César Tadeu Barbosa, décadas atrás:

O fato de destacar o aspecto dos direitos não significa, entretanto, que desprezarei o dos valores, pois se o espírito ético deixar de existir, de pouco valeriam as leis, que seriam mal aplicadas, mesmo na hipótese de serem justas. Vejamos um exemplo. A lei proíbe a tortura ou a agressão física como meio de extrair confissões de suspeitos da prática de qualquer delito. É uma lei justa. A tortura, entretanto, é uma prática comum, nos xadrezes da polícia, nos porões das delegacias e distritos e também nas enxovias das penitenciárias. A extinção da tortura não se dará tão-somente pela proibição legal, mas é necessário que o repúdio a ela se incorpore à ética social, para que a lei seja eficazmente aplicada.⁵⁹

Eis aí o problema do acesso à justiça: como garantir a eficácia prática e cotidiana de um sistema justo de direitos? Como trazer, do plano da vigência para a esfera da efetividade, o ordenamento jurídico positivo? Como pode o cidadão comum, vendo-se lesado ou em necessidade, acessar de forma concreta o conteúdo de justiça em abstrato inserido em determinado dispositivo legal?

A questão, por óbvio, não é inédita, e vem sendo enfrentada ao longo de décadas. Natural que os esforços nessa jornada extrapolem o próprio Direito, construindo pontes com outras áreas do conhecimento como a Política, a Economia e a Sociologia, na medida em que o próprio cerne da problemática também não se restringe ao âmbito jurídico. Longe de ser algo negativo, este diálogo com outras ciências, embora gere certo assombro e desconforto inicial ao jurista, que se vê afastado de sua zona de conforto, deve ser encarado como uma etapa imprescindível e valiosa da caminhada. Nessa senda, Mauro Cappelletti e Bryan Garth enxergam o cenário pelo seguinte prisma:

Nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica. Cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam. Essa indagação fundamental que já produz inquietação em muitos advogados, juízes e juristas torna-se tanto mais perturbadora em razão de uma invasão sem precedentes dos tradicionais domínios do Direito, por sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicólogos, entre outros. Não devemos, no entanto, resistir a nossos invasores; ao contrário, devemos respeitar seus enfoques e reagir a eles de forma criativa. Através da revelação do atual modo de funcionamento de nossos sistemas jurídicos, os críticos oriundos das outras

⁵⁹ BARBOSA, Júlio César Tadeu. *Op. Cit.*, p. 26.

ciências sociais podem, na realidade, ser nossos aliados na atual fase de uma longa batalha histórica – a luta pelo “acesso à Justiça”.⁶⁰

No entanto, ao que importa a este trabalho, vale restringir o foco da busca às ferramentas que se fazem disponíveis no contexto do Direito, em especial pelo prisma do Estado.

1.2.1. A visão tradicional neoliberal de acesso ao Judiciário

É certo que a atividade jurisdicional sempre foi o principal instrumento estatal de consecução da justiça, quando compreendida enquanto a eficácia do ordenamento jurídico vigente, como dito alhures. Desde o Direito Romano, de quem se empresta o termo de origem latina empregado até hoje, a jurisdição⁶¹ se revela enquanto ferramenta do Estado apta a garantir a conformação da realidade ao dever ser jurídico.

É esta a concepção clássica, sustentada por autores como GIUSEPPE CHIOVENDA, para quem a jurisdição é pura e simplesmente a expressão da vontade da lei, diante de uma situação concreta trazida à atenção do Estado, razão pela qual afirma de forma objetiva que o dever dos juízes é afirmar e atuar a vontade da lei que considerarem existente ao caso concreto, dados os fatos que eles julguem disponíveis⁶².

Contudo, o exercício estatal da jurisdição, em sua origem, muito pouco se relacionava à garantia de direitos em favor do cidadão comum. Longe disso, a atividade jurisdicional se voltava quase que exclusivamente em defesa dos interesses públicos, e da dedução da pretensão punitiva do próprio Estado em face do indivíduo que se achasse acusado de ato ilícito. Quando muito, a jurisdição se afigurava enquanto o instrumento público de pacificação social e resolução de conflitos. É o que se extrai da descrição feita por GRINOVER, DINAMARCO e CINTRA acerca da transição da autotutela para a jurisdição, restando clara a imposição de que esta última diferiria daquela primeira essencialmente em virtude da imposição do Direito ao sujeito

⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça, tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Ed: Fabris, 1988, pp. 07-08.

⁶¹ A etimologia do termo “jurisdição” – definido pela maioria dos dicionários como o poder de interpretar, ministrar e aplicar a justiça e o direito – nos conduz ao latim; o verbete *jurisdictio* significa, literalmente, “dizer o Direito”.

⁶² CHIOVENDA, Giuseppe. Principios del Derecho Procesal Civil, tradução de José Casáis y Santaló. Madrid: Editorial Reus S.A., 1922, p. 82.

que, desejando por fim a um litígio qualquer com outrem, se vê compelido a “chamar o Estado-juiz, o qual dirá afinal qual a vontade do ordenamento jurídico para o caso concreto e, se for o caso, fará com que as coisas se disponham, na realidade prática, conforme essa vontade”⁶³.

Ocorre que mesmo a resolução de conflitos por meio da jurisdição nem sempre esteve ao alcance de todos; a partir do início do Século XIX e no período que se seguiu, com a ascensão dos valores de natureza liberal, impulsionados pela Revolução Francesa e Independência Americana que marcaram o final do século anterior, o direito ao acesso à proteção judicial, nas palavras de Cappelletti e Garth, significava essencialmente o direito meramente formal do indivíduo ofendido de propor ou contestar uma ação⁶⁴, sem que sequer se cogitasse uma postura ativa do Estado no sentido de viabilizar ou tornar possível tal direito.

Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.⁶⁵

Assim que as portas de entrada do Poder Judiciário faziam-se cerradas à grande maioria da população pobre – pobre de informações, pois sequer tinha ciência de seus direitos; pobre de recursos, pois ainda que os conhecesse, não dispunha de meios materiais para custear a sua defesa em juízo.

Natural que os primeiros esforços no sentido de ampliar o acesso à justiça tenham convergido para a abertura destas mesmas portas de entrada, garantindo o acesso ao Poder Judiciário, enquanto único legitimado a exercer a jurisdição, visto ser patente o esgotamento e a insuficiência do modelo liberal em atender aos anseios que se faziam relevantes em um novo modelo de Estado e de sociedade. Autores há, inclusive, que ao se debruçarem sobre a tão falada crise do Judiciário, apontem justamente suas raízes liberais; José Afonso da Silva, por exemplo, sobre a questão posta em análise, se posiciona no sentido de que o Poder Judiciário vem fracassando

⁶³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, p. 39.

⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Op. Cit.*, p. 09.

⁶⁵ *Ibidem*.

em atender a demanda do tempo atual porque tendo sido concebido no contexto do Estado Liberal, não conseguiu transformar-se para acompanhar as novas exigências históricas, permanecendo passivo em seu espírito individualista e manietado à inércia que aguarda a provocação do interessado⁶⁶.

Esta confluência é facilmente observável na leitura atenta dos pactos e tratados internacionais que objetivavam a construção e garantia de direitos de natureza fundamental, em especial daqueles documentos produzidos no contexto do Pós-Guerra, já em meados do Século XX.

A Declaração Universal dos Direitos dos Homens, de 1948, por exemplo, em seu artigo 10, estabelece que todo ser humano tem direito a uma audiência justa e pública, por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele⁶⁷. A mesma garantia vem expressa no artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966⁶⁸.

Assim que, por uma perspectiva neoliberal, o significado da garantia de acesso à justiça se confunde com a ideia de acesso ao Judiciário; se antes a possibilidade de provocar o exercício da jurisdição, de dar início às engrenagens judiciais em defesa de determinado direito não se mostrava ao alcance de todos, agora ao menos formalmente qualquer cidadão se via capaz de fazê-lo, não encontrando óbice legal para tanto.

Havia, no entanto, um distanciamento latente da academia jurídica que se dispunha a pesquisar e doutrinar sobre o tema, em relação à população em geral, visto que, nas palavras de Chayes, “fatores como diferenças entre os litigantes em potencial no acesso prático ao sistema, ou a disponibilidade de recursos para enfrentar o litígio, não eram sequer percebidos como problemas”⁶⁹. Nas palavras de Cappelletti e Garth, a produção científica orientada ao assunto era eminentemente

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. Acesso à Justiça e Cidadania, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.º 216, p. 18, abr/jun de 1999.

⁶⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php, acessado em 10 de abril de 2017.

⁶⁸ “Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas, quer das contestações sobre os seus direitos e obrigações de caráter civil.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Disponível em: www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php, acessado em 10 de abril de 2017.

⁶⁹ CHAYES, Abram. O Papel do Juiz nos Conflitos de Direito Público, Harvard Law Review, V. 89, 1976, pp. 1041-1048.

formalista, dogmática e indiferente às dificuldades reais enfrentadas pelos indivíduos, em seu cotidiano⁷⁰.

Fator que agravou este distanciamento foi o florescimento da fase autonomista do processo, que ganhava relevância na medida em que se destacava do direito material, enquanto ramo autônomo e merecedor de atenção e considerações próprias, especialmente a partir do trabalho do processualista alemão Oskar Von Bülow, na segunda metade do Século XIX, mencionado por Cássio Scarpinella Bueno, quando este discorre acerca desta fase – também chamada por alguns de fase científica – salientando que foi durante este período que se observou a delimitação e desenvolvimento dos conceitos de “ação” e “processo” que, à semelhança de outros de igual destaque, prosseguiriam para se tornar referenciais obrigatórios de estudo do direito processual⁷¹.

Antes que se cogitasse o advento da fase instrumentalista, ainda hoje em vigência, o natural deslumbramento da academia diante da imensidão de ineditismo que se assomava – surgia um campo de estudos jurídicos completamente novo, até então ignorado – trouxe consigo efeitos colaterais, dentre os quais justamente o ofuscamento do direito material e do real escopo da jurisdição, pelo prisma da sociedade. É incisiva a crítica de Grinover e Dinamarco a esse respeito:

Faltou na segunda fase uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero instrumento técnico predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise de seus resultados na vida das pessoas ou uma suficiente preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer.⁷²

Natural que neste recorte histórico, o acesso à justiça – embora já tivesse conquistado seu espaço no rol de direitos de natureza fundamental – fosse compreendido eminentemente enquanto um direito de primeira dimensão, identificado como uma daquelas liberdades negativas, como ensinava Norberto Bobbio⁷³, impondo ao Estado uma postura de abstenção, no sentido de que deveria se abster,

⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Op. Cit.*, p. 10.

⁷¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil*, Vol. 1, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 42-43.

⁷² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, p. 62.

⁷³ Nesse sentido, conferir BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2004.

justamente, de obstar o acesso à justiça pelo cidadão, sendo certo que se esperava que este fosse capaz de fazê-lo por conta própria, sem que se fizesse necessário qualquer respaldo ou impulso público para tanto, como ilustra com propriedade Caio Márcio Loureiro:

É como se o Estado explicitasse: “Nós (Estado) cumprimos com nossa parte, qual seja, trazer estampado no ordenamento jurídico que a todos é concedido o direito de acesso à justiça. Assim, não temos culpa se você (jurisdicionado), porque não tem condições econômicas e sociais, não pode fazer valer este direito”. Vigia naquela época, ou melhor, século XVIII e XIX, ainda sob os auspícios de um Estado liberal, totalmente descompromissado com questões sociais.⁷⁴

Naturalmente, a postura negativa do Estado de meramente não constituir óbices ao acesso à justiça sempre esteve muito longe de garantir a consecução integral da garantia, como a desejamos compreender, visto que os obstáculos ao cidadão comum se faziam numerosos, ainda que não criados diretamente pelo poder público.

Trata-se da exata mesma conclusão alcançada em outras searas afetas ao diálogo acerca dos direitos humanos: não basta que o Estado se abstenha, pois o indivíduo enfrenta uma série de outras dificuldades que não se originam necessariamente da atividade estatal; deve, portanto, o Estado, se posicionar ativamente, por meio de uma postura positiva, que garanta ao particular as condições mínimas que viabilizem a efetivação dos direitos positivados pela ordem jurídica.

Eis aí o cerne do *Welfare State*, que consigo trouxe, a partir do Século XX, o fortalecimento das demandas sociais, antes sufocadas pela bandeira da igualdade formal – muitas vezes permeada pela hipocrisia – do liberalismo que imperara no século XIX. Era o começo do fim do Estado ausente, e a semente de uma nova compreensão das funções estatais frente ao povo; naturalmente, esse câmbio paradigmático também ecoou sobre o exercício da jurisdição e sobre os meios de acessá-la.

⁷⁴ LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça*, São Paulo: Ed. Método, 2004, p. 82.

1.2.2. Acesso formal ou material? A questão do “descesso”

Na medida em que os desvirtuamentos da fase autonomista eram denunciados, abria-se espaço para uma nova abordagem do processo, não mais marcada pelo exacerbado formalismo de outrora, e pela ideia do “processo pelo processo”, mas que o encarava a partir de uma perspectiva teleológica, buscando aferir e dar primazia à sua real finalidade, enquanto instrumento a serviço das pretensões e anseios materiais deduzidos pelas partes em juízo – daí o rótulo conferido à fase instrumentalista.

Autores como Kazuo Watanabe⁷⁵ e Eduardo Cambi⁷⁶ confirmam a transição do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizaram a ciência processual que se via superada, para a busca de uma ótica mais abrangente e penetrante de toda a problemática sócio-jurídica, sem que isto implique em um retorno à fase sincretista – onde havia confusão entre processual e material – nem em negar os resultados alcançados pela fase autonomista, mas pretendendo transformar tais conquistas em um sólido patamar que se destine ao cumprimento da primordial vocação do processo que é a de servir de instrumento à efetiva realização de direitos.

A superação do paradigma autonomista em favor da confirmação da instrumentalidade do processo implicou na decorrente revisão de todo o sistema processual em vigor, que agora se via diante de novo desafio: o de se esvaziar de sua pompa, despindo-se de muitos de seus adornos, em prol da consecução de seu real objetivo.

No Brasil, mais especificamente, vale destacar o Código de Processo Civil de 1973, cuja exposição de motivos levava a assinatura do então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, que fez questão de parelhar a realidade brasileira àquelas substanciadas “nos monumentos legislativos mais notáveis de nosso tempo”, como escrevera. De fato, o texto legislativo contemplava referências da legislação alemã,

⁷⁵ WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil, 2ª edição, Campinas: Ed. Bookseller, 2000, pp. 20-21.

⁷⁶ CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Jurisdição no Processo Civil: Uma Visão Crítica, Curitiba: Ed. Juruá, 2002, pp. 91-92.

austríaca, italiana, francesa e portuguesa⁷⁷, todas estas reformuladas a partir do novo paradigma da instrumentalidade.

E mesmo aquele diploma processual civil não se esquivou de ser objeto de uma série de outras reformas, pontuais ou mais abrangentes, nesta mesma busca, valendo mencionar a maciça reestruturação trazida pela Lei n.º 11.232/2005, que dentre outras disposições, alterou por completo o procedimento de execução de sentença, instituindo o processo sincrético, em flagrante promoção da visão instrumental do processo em relação ao direito material.

Na correnteza desta completa metamorfose que se operava sobre as mais diversas matizes da ciência processual, o conceito de acesso à justiça também se plasmou, deixando para trás a concepção neoliberal clássica de mero acesso ao Judiciário, sendo forçado a se expandir para que pudesse albergar todo um novo arcabouço de sentidos que ganhavam relevância, naquele novo contexto.

É nesse contexto que Carreira Alvim cunha o termo “descenso à justiça”⁷⁸, a significar o acesso não apenas à porta de entrada do Judiciário – como se compreendia até então – mas à sua saída. Se aquela se substancializava na mera distribuição da petição inicial, esta se materializa na prestação da tutela jurisdicional pretendida, de maneira tempestiva e adequada. Tratava-se e trata-se, no entanto, de objetivo mui mais difícil de ser concretizado, obviamente, pois se antes bastava ao Estado a postura absenteísta de não obstaculizar o “acesso”, agora se via diante do desafio de viabilizar as circunstâncias necessárias ao “descenso”.

Nesse contexto, Roberto Portugal Bacellar ilustra com propriedade esta transição entre paradigmas ao advertir que “além do acesso, há necessidade de saída da justiça”⁷⁹, concluindo que “abrir as portas da justiça é uma prioridade; entretanto, incentivar a saída da justiça com soluções pacíficas gerais (‘dentro’ e ‘fora’ do processo) é uma necessidade”⁸⁰.

⁷⁷ A este respeito, conferir BUZAID, Alfredo. A Influência de Liebman sobre o Direito Processual Civil Brasileiro, Studi in Onore di Enrico Tullio Liebman, Milão: A. Giuffrè, 1979, volume 1, p. 10 e seguintes, conforme mencionado em PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro: Origem, Formação e Projeto de Reforma, Revista de Informação Legislativa, v. 48, n.º 190 t.2, pp. 93-120, abr/jun 2011.

⁷⁸ Nesse sentido, conferir ALVIM, J. E. Carreira. Justiça: Acesso E Descenso, Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil, v. 21, n.º 73, jan/jun de 2003, Niterói: Impetus, 2003, pp. 165/183.

⁷⁹ BACELLAR, Roberto Portugal. Sustentabilidade Do Poder Judiciário E A Mediação Na Sociedade Brasileira, Mediação De Conflitos: Novo Paradigma De Acesso À Justiça, Coordenadores: Paulo Borba Casella, Luciane Moessa de Souza, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 85.

⁸⁰ *Idem*, p. 86.

O que se percebe é que, na realidade prática, a justiça real não está no acesso, mas sim no dito “descesso”, uma vez que a parte só alcança a tutela pretendida quando esta é efetivamente prestada pelo Estado, em tempo razoável e em linhas que se revelem condizentes com as circunstâncias que permeiam a lide. Disso, conclui-se que os esforços no sentido de ampliar o mero acesso – aqui compreendido como a possibilidade de provocar inicialmente o Judiciário – não têm o condão de combater a litigiosidade contida, que se assoma enquanto um dos fatores que culminam no crescente descrédito do Judiciário perante a sociedade.

Em síntese, se antes a preocupação ao redor do acesso à justiça repousava em não obstar o cidadão de pedir, agora se volta ao dever do Estado de responder – e responder de maneira satisfatória.

1.3. A Natureza Instrumental do Acesso à Justiça

Em paralelo às questões exploradas em epígrafe, surge outro agravante capaz de proporcionar ainda mais destaque ao tema, qual seja, a latente instrumentalidade do próprio conceito de acesso – a partir de agora, a englobar também o “descesso” – à justiça, quando compreendido pela função que desempenha no âmbito da efetivação de direitos.

Inegável a interação dinâmica que se observa no seio do ordenamento jurídico em vigor, pela qual dispositivos integrantes de microssistemas distintos produzem uns sobre os outros efeitos capazes de alavancar e maximizar mutuamente seu potencial. A par da eficácia social, sabe-se que a eficácia jurídica, como descrita anteriormente, cumpre importante papel na estabilização e coerência deste macrossistema, em toda a sua complexidade.

Não é exagero, portanto, concluir que algumas normas se destinam menos a ditar padrões de conduta social, e mais a proporcionar condições de eficácia a outras disposições legais. Nesta seara, muito se poderia discorrer acerca das diferentes classificações possíveis de normas jurídicas, a partir do critério de seus múltiplos objetivos, por este prisma. Não é o objetivo deste estudo, todavia, que se contentará em explorar, ainda que de maneira breve e sintética, a distinção doutrinária entre direitos e garantias, tangenciando a definição de princípios, sendo válido frisar que tais esforços se justificam diante da ciência de que a melhor compreensão acerca de

tais postulados é pressuposto para a sequência da exposição acerca da natureza instrumental do acesso à justiça.

1.3.1. Princípio ou regra? Direito ou garantia?

Muito embora a academia jurídica nem sempre preze pelo esmero no emprego correto das diversas terminologias à sua disposição – direito, garantia, regra, norma, princípio e outras nomenclaturas, não raro, são utilizadas a esmo, como se sinônimos fossem, quando o foco do texto ou discurso se desprende da técnica – é fato que o significado exato das palavras, quando bem aplicadas em um contexto correto, contribui para o enriquecimento da mensagem a ser transmitida.

Mais do que isso, até, não é exagerado concluir que a forma, a linguagem empregada na transmissão de determinada mensagem extrapola o caráter de mero acessório, mas ao contrário disso, como ensina Eduardo Bittar, “não só reveste como também fornece vida à própria criação”⁸¹, uma vez que “toda obra requer uma linguagem própria para que se possa fazer coisa entre coisas”⁸². Trata-se, portanto, de fundamental mecanismo de distinção semântica, a completa e inequívoca compreensão do significado correto de determinado termo, para que se possa empregá-lo com propriedade.

Neste cenário, cumpre situar a expressão objeto deste trabalho, em meio ao vasto universo terminológico que se afigura, a fim de que a partir de sua correta alocação, passe a expressar exatamente o que dela se espera, em investigações vindouras.

Em primeiro lugar, é extremamente necessária a distinção entre “direito” e “garantia”; afinal, existe o direito de acesso à justiça, ou será isto uma garantia conferida ao cidadão?

A melhor doutrina parece convergir para a seguinte diferenciação, resumida com clareza por Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, que estipulam como determinante a adoção do critério atinente ao conteúdo jurídico da norma: se declaratório ou assecuratório:

⁸¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Metodologia da Pesquisa Jurídica, 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 78.

⁸² *Idem*, p. 77.

Rui Barbosa foi um dos primeiros a abordar a questão. Disse que da leitura do texto constitucional poder-se-iam separar as disposições declaratórias, que estariam a imprimir existência legal aos direitos reconhecidos, das disposições assecuratórias, que atuariam na proteção desses direitos fundamentais, limitando o poder. Enquanto os direitos teriam por nota de destaque o caráter declaratório ou enunciativo, as garantias estariam marcadas pelo seu caráter instrumental, vale dizer, seriam os meios voltados para a obtenção ou reparação dos direitos violados.⁸³

Parece certo, diante disso, que a construção do acesso à justiça, nos moldes até aqui expostos, melhor se enquadre enquanto garantia fundamental, na medida em que se destina a assegurar a efetividade de outras disposições de natureza declaratória, estabelecidas pela carta constitucional. Disso se extrai seu caráter essencialmente instrumental, abordado com maior propriedade logo adiante.

Também se mostra relevante a distinção contemporânea entre regras e princípios, sendo certo que, se por um lado, ambas as espécies são inegavelmente normas jurídicas com capacidade vinculante, por outro, não se nega que estes, em geral, gozam de certa primazia sobre aquelas, na interpretação e aplicação textual – especialmente de dispositivos constitucionais – de enunciados normativos a um determinado caso concreto.

Nesse diapasão, Canotilho enuncia uma série de critérios sugeridos, no que tange à por vezes complexa tarefa de distinguir princípios de regras: grau de abstração, grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito, proximidade da ideia de direito, natureza normogenética⁸⁴, etc.

De maneira objetiva, no entanto, quanto às regras, conclui-se que se referem àquelas normas que prescrevem imperativamente uma exigência, de modo impositivo, permissivo ou proibitivo, que pode ou não ser cumprida pelo indivíduo. Disso, conclui o constitucionalista português que a convivência das regras é sempre antinômica, convergindo muitas vezes para a exclusão recíproca, uma vez que – por obedecerem à lógica do “tudo ou nada”, citando Ronald Dworkin – devem ser inevitavelmente cumpridas na exata medida de suas prescrições, não admitindo qualquer grau de ponderação⁸⁵.

⁸³ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional, 17ª edição, São Paulo: Ed. Verbatim, 2013, p. 152.

⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª edição, Lisboa: Ed. Almedina, 1999, p. 1087.

⁸⁵ *Idem*, pp. 1087-1088.

A lição acima é confirmada em análise mais técnica por Eros Roberto Grau:

(...) as regras jurídicas não comportam exceções. Isso é afirmado no seguinte sentido: se há circunstâncias que excepcionem uma regra jurídica, a enunciação dela, sem que todas essas exceções sejam também enunciadas, será inexata e incompleta. No nível teórico, ao menos, não há nenhuma razão que impeça a enunciação da totalidade dessas exceções e quanto mais extensa seja essa mesma enunciação (de exceções), mais completo será o enunciado da regra.⁸⁶

Os princípios, por outro lado, são normas jurídicas, mas de otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante as condições fáticas do caso em análise; por esta razão, podem coexistir, ainda que em conflito, mediante o balanceamento de valores e interesses⁸⁷, buscando-se sempre a máxima efetividade possível⁸⁸.

Para Miguel Reale, os princípios são “verdades fundantes de um sistema de conhecimento”⁸⁹, capazes de condicionar e orientar a compreensão e aplicação do ordenamento jurídico como um todo⁹⁰, salientando que a sua vigência não se prende à positivação legal, “constituindo um *jus* prévio e exterior à *lex*”⁹¹.

Embora essencialmente diferentes entre si, é natural e necessário que princípios e regras interajam reciprocamente, na interpretação cotidiana do direito, aplicado à realidade. Se a determinada regra pode-se dar ou negar vigência, em detrimento ou favor de outra mais adequada ao caso, conforme entendimento do intérprete, quanto aos princípios não se admite tal afastamento integral, sendo imperativo preservar-lhes o máximo possível de eficácia, sempre – o que se revela possível graças à abertura semântica que lhes é característica, a viabilizar sua incidência gradativa e passível de dosagem. Também é certo que entre princípios e regras há latente relação de orientação, como já exposto, uma vez que a aplicação destas deve se dar sob a regência daqueles.

⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica*, 4ª edição revista e atualizada, São Paulo: Ed. Malheiros, 1998, pp. 89-90.

⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.*, p. 1087.

⁸⁸ A respeito da técnica de interpretação constitucional visando a máxima efetividade de princípios em conflito aparente, já se consolidou a doutrina ao redor da posição sustentada inicialmente pelo próprio J. J. Gomes Canotilho, valendo conferir, a esse respeito, a sua obra “Fundamentos da Constituição”;

⁸⁹ REALE, MIGUEL. *Lições Preliminares de Direito*, 27ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 303.

⁹⁰ *Idem*, p. 304.

⁹¹ *Idem*, p. 305.

Ilustração válida reside no princípio da dignidade da pessoa humana, positivado expressamente pelo artigo 1º da Constituição Federal. Sua abrangência se estende indubitavelmente sobre todo o ordenamento jurídico em vigência, cumprindo ao intérprete buscar conferir-lhe a maior efetividade possível, ao aplicar toda e qualquer regra jurídica, em qualquer campo do direito – civil, penal, trabalhista, tributário, etc.

Assim, ao decidir, por exemplo, sobre a aplicação de determinada regra prevista pela legislação trabalhista – a respeito de jornada de trabalho, suponha-se – incidente a uma relação de emprego judicializada, mais do que faculdade, constitui verdadeiro dever do magistrado sopesar, ainda que indiretamente, o impacto de seu posicionamento pela ótica da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio norteador de todo o ordenamento jurídico.

Não que se pretenda legitimar um ativismo exagerado por parte do Judiciário, à revelia da legislação vigente, sob a égide panprincipiologista de que tudo é admissível, em nome de princípios inventados a gosto do intérprete⁹². Contudo, atribuir valor desproporcional às regras, em detrimento dos princípios, também parece equivocado em igual ou maior medida.

Em retorno ao objeto da presente investigação, o acesso à justiça obviamente se enquadra no rol dos princípios; embora não tenha sido expressamente previsto pelo texto constitucional, é inegavelmente uma das normas gerais que desfruta de reconhecimento praticamente unânime por toda a doutrina e jurisprudência, sendo, além disso, perfeitamente extraível da leitura teleológica e sistemática de um conjunto de princípios e regras positivados pela carta constitucional, e que a toda vista convergem para uma mesma finalidade, qual seja, justamente, a de garantir ao cidadão o acesso à plena efetividade dos direitos a ele outorgados, inclusive por meio do aparato estatal à sua disposição para tanto, se necessário – ou, em síntese, à justiça.

⁹² Tal prática vem sendo denunciada e duramente criticada há anos por Lenio Luiz Streck, em sua coluna semanal e em palestras e eventos que participa.

1.3.2. “Ultrainstrumentalidade” do acesso à justiça

Não é recente a defesa da instrumentalidade do processo, capitaneada em meio à doutrina pátria já há décadas por Dinamarco, que inclusive escreveu obra específica sobre o tema⁹³.

Como dito alhures, o rompimento com o paradigma sincretista e a consequente evolução exponencial da doutrina processual – que conquistara sua independência em relação ao direito material – em um segundo momento, também abriu espaço para o amadurecimento da visão acadêmica acerca da natureza da norma processual, que não deve existir enquanto um fim em si mesma, mas justifica-se a partir de sua função instrumentalizadora da aplicação dos direitos e garantias subjetivos, conferidos aos cidadãos.

Nessa linha, Dinamarco explica que a visão instrumental que marca esta fase terciária da metodologia processual se refere à instrumentalidade do processo enquanto síntese do próprio sistema processual, que, nessa nova concepção, é visualizado sob o ângulo externo de suas finalidades⁹⁴. Extrapolando a concepção tradicional de teleologia unitária, o autor ainda indica três esferas de escopos, ou finalidades, distintas e complementares do direito processual, enquanto instrumento, perante a sociedade e o Estado: a) os escopos sociais, que se referem à promoção da pacificação social e da eliminação dos conflitos cotidianos; b) os escopos políticos, a englobar a afirmação da autoridade soberana do Estado, ao mesmo tempo em que a limita; c) os escopos jurídicos, que consistem na atuação da vontade concreta do direito, materializado no ordenamento jurídico vigente⁹⁵.

É interessante, ainda, notar a classificação dicotômica proposta pelo mesmo processualista, quanto ao processo, em sua leitura instrumental, que revela dois aspectos: positivo e negativo, correspondendo este último à negação do processo como valor em si mesmo, e situando-o “em seu devido lugar de instrumento, cheio de dignidade e autonomia científica, mas nada mais que instrumento”⁹⁶.

Das alusões acima, conclui-se que o atributo da instrumentalidade corresponde à compreensão de determinado instituto enquanto ferramenta de garantia e promoção

⁹³ Nesse sentido, conferir DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, 7ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 1999.

⁹⁴ *Idem*, pp. 265-266, 310-311.

⁹⁵ *Idem*, pp. 152-171, 209-211.

⁹⁶ *Idem*, pp. 267.

de eficácia de outros direitos diversos. Diz-se instrumento aquilo que existe em função de algo que não si próprio.

Em estreita relação com a instrumentalidade do processo, está a flagrante instrumentalidade da garantia fundamental de acesso à justiça, diante do quanto já se investigou acerca de sua essência e natureza. Assim como o processo – ou, talvez, justamente por meio dele – referida garantia se dispõe a atender aos exatos mesmos fins elencados neste trabalho, tanto diretamente perante a sociedade e os cidadãos, quanto diante do próprio Estado, de forma reflexa.

Contudo, diferente de outras garantias, cuja instrumentalidade também se mostra evidente, em relação a certos direitos, o acesso à justiça, sob um olhar mais aprofundado, revela uma gradação mais profunda desta característica em evidência.

E isso porque, em geral, a instrumentalidade de determinado dispositivo se dá em relação a certo direito ou direitos específicos e definidos, garantindo-lhes a eficácia. Como exemplo, é possível citar o inciso V, do artigo 5º, da Constituição Federal, que assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, sendo certa a relação estabelecida entre tais garantias e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, prevista pelo inciso X do mesmo artigo⁹⁷. De igual sorte, os chamados remédios constitucionais – as ações judiciais previstas pelo mesmo artigo 5º – se prestam à garantia específica de determinado direito fundamental de natureza individual: o *habeas corpus* se revela enquanto instrumento em favor da liberdade de locomoção; o *habeas data* tem sua instrumentalidade vinculada ao direito de informação; e assim por diante⁹⁸.

Em tais casos, nota-se uma relação singular entre direito e garantia, entre objeto e instrumento. Não é o que se observa em relação à ampla garantia do acesso à justiça, todavia.

O sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais, ao estabelecer – enquanto um dos pilares centrais do princípio do acesso à justiça – que o Judiciário

⁹⁷ Artigo 5º, inciso V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) inciso X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁹⁸ São cinco as ações conhecidas como “remédios constitucionais”: o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data* e a ação popular, previstos pelos incisos LXVIII, LXIX e LXX, LXXI, LXXII e LXXIII, do artigo 5º da Constituição Federal, respectivamente.

não se furtará de apreciar lesão ou ameaça a direito, evidentemente pretendia estabelecer um mecanismo de apoio a si próprio, como um todo e de forma geral. Mais do que isso, também estendeu esta mesma ferramenta a todo e qualquer direito, mesmo aqueles que não se revestem de essência fundamental. Logo, não é exagero concluir que, diferente dos exemplos citados, o princípio constitucional do acesso à justiça se apresenta enquanto instrumento de todo o ordenamento jurídico vigente, na medida em que constitui aparato de suporte e garantia à disposição de todo cidadão, para as infinitas situações práticas de lesão ou violação de qualquer direito, que marcam o cotidiano social.

Disso, se sugere sua natureza “ultrainstrumental”, justificando-se o neologismo a partir da explicação de que o termo “*ultra*”, do latim, se refere a uma categoria de coisa que vai além do que normalmente se esperaria⁹⁹. Assim, ao se apresentar enquanto instrumento em favor não apenas deste ou daquele direito específico, mas de todo o sistema – constitucional e infraconstitucional – jurídico de direitos e garantias conferido aos cidadãos, o princípio fundamental do acesso à justiça inevitavelmente se alça a um patamar superior à mera instrumentalidade; vai além dela, sendo, portanto, ultrainstrumental.

Nesta linha, Vinícius José Corrêa Gonçalves disserta, evidenciando, inclusive, o caráter social do acesso à justiça:

De nada adianta construir um enorme arcabouço jurídico, que abarque largamente os direitos materiais, se não existirem instrumentos efetivos para a sua concretização no seio social, ou melhor, se não possibilitarem o exercício dos direitos substanciais por todas as camadas sociais, de forma igualitária. (...) Assim sendo, como já foi visto, a negação de acesso à justiça (e à tutela jurisdicional tempestiva) ocasiona a grave negação do exercício da cidadania, uma vez que de nada adianta conferir direitos meramente formais a todos os cidadãos, deve-se também colocar à disposição destes mecanismos eficientes e céleres de concreção desses direitos.¹⁰⁰

A propósito da importância da promoção do acesso à justiça enquanto ferramenta de viabilização da cidadania, mencionada no trecho colacionado acima, é pertinente trazer à baila o conceito de cidadania tornado célebre por Hannah Arendt,

⁹⁹ Como ilustração, é válido citar a expressão “*ultra petita*”, comumente empregada para denunciar a decisão judicial que vai além do postulado pela parte. Nesse sentido, conferir: CALDAS, Gilberto. O Latim no Direito, São Paulo: Brasiliense Coleções, p. 315.

¹⁰⁰ GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. Tribunais Multiportas: Em Busca de Novos Caminhos para a Efetivação dos Direitos Fundamentais de Acesso à Justiça e à Razoável Duração dos Processos, Curitiba: Ed. Juruá, 2014, pp. 65-66.

que em sua simplicidade, sintetiza com maestria o significado teleológico do termo. Arendt, a partir de seu contato com o regime nazista, tendo sido forçada a deixar a Alemanha, sua terra natal, por ter ascendência judaica, e no contexto da profunda análise que desenvolveu acerca da situação política, filosófica e jurídica dos apátridas – compreendidos por ela como um dos elementos cruciais à origem do próprio nazismo e do totalitarismo em geral – conclui que cidadania é, ou deve ser, o direito a ter direitos¹⁰¹, sendo este, em sua concepção, o primeiro direito a ser outorgado a qualquer ser humano.

Ora, pelo exposto, natural que a cidadania, um dos pilares fundamentais de nossa república¹⁰², deva caminhar de mãos dadas com o acesso à justiça, sendo inequívoco que este direito a ter direitos pressupõe o exercício efetivo e a garantia de tais direitos; que, se não houver uma ferramenta que lhes garanta a eficácia, esses direitos serão letra morta. No contexto do Estado Democrático de Direito, em que se deposita sobre o próprio Estado a expectativa de fazer valer o direito, democraticamente construído, não poderá ser outra esta ferramenta, senão este arcabouço principiológico, extremamente rico em significados e desdobramentos, que é o acesso à justiça. Pelos mesmos motivos, parte da doutrina tem, inclusive, elevado o acesso à justiça enquanto um dos elementos integrantes daquele núcleo basilar, o chamado mínimo existencial, absolutamente irreduzível por se revelar enquanto a parcela mínima de direitos e garantias cuja violação corresponderia à própria negação da dignidade da pessoa humana.

A doutrinadora Ana Paula de Barcellos, por exemplo, propõe que esse mínimo é composto de quatro elementos, sendo três materiais – a educação, a saúde e a assistência aos desamparados – e um instrumental, a fim de garantir os anteriores: justamente o acesso à Justiça¹⁰³.

Cumprido, portanto, investigar de que maneira a Constituição Federal, carta política e jurídica fundante deste mesmo Estado Democrático de Direito, pretendeu estabelecer os alicerces do princípio em voga.

¹⁰¹ ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 300-336. Nesse sentido vide ainda: LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos, São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1988, p. 150-154.

¹⁰² A Constituição Federal da República Brasileira, de 1988, elenca, em seu artigo 1º, a cidadania enquanto um dos princípios fundamentais da República, ombreada pela soberania e pela dignidade da pessoa humana.

¹⁰³ BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 302.

2. CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E POSITIVAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA

“Não sendo possível fazer-se com que aquilo que é justo seja forte, faz-se com que o que é forte seja justo.”

Blaise Pascal

Nem todos os princípios constitucionais – nem mesmo os de natureza fundamental – encontram-se expressos literalmente, de forma textual; alguns são extraídos da leitura teleológica de um determinado conjunto sistêmico de dispositivos, que apontam para certa direção, quando enxergados de maneira holística, em seu contexto.

Nesse sentido, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco asseveram que “consideradas em conjunto, as normas constitucionais são vistas como a pertencer a um sistema normativo, que lhes imprime uma certa ordem de propósitos e que configura um todo tendencialmente coeso e que se pretende harmônico”¹⁰⁴.

É o caso do acesso à justiça. Curiosamente, em lugar algum da Constituição Federal de 1988, lê-se a expressão “acesso à justiça”; ainda assim, é inegável que se trata de um dos pilares fundamentais do sistema constitucional de direitos e garantias. Onde residiria, então, sua positivação? Como já dito, trata-se do resultado interpretativo de um microssistema de normas constitucionais, cuja finalidade reside, justamente, em garantir o acesso à justiça; mais: é o resumo, a síntese de um vasto arcabouço de significados, já explorado no capítulo anterior.

Antes, todavia, de investigar cada um dos dispositivos que, em conjunto, integram e substancializam a garantia de acesso à justiça na Constituição Federal de 1988, pertinente traçar uma breve digressão histórica, um sobrevoo pela trajetória constitucional brasileira, a fim de evidenciar a historicidade¹⁰⁵ – característica intrínseca essencial à rotulação enquanto fundamental – deste princípio. Há de se notar que, se por um lado o acesso à justiça sempre se fez presente, ainda que de maneira implícita, em nossa tradição constitucional, por outro, sua abrangência e valoração contextualizada se ampliaram relevantemente ao longo do tempo.

Essa maximização, obviamente, não foi exclusiva do cenário pátrio. Longe disso, as transformações percebidas pelo constitucionalismo brasileiro retratam, obviamente, o reflexo – por vezes tardio, até – dos avanços em outros panoramas e ordens. O acesso à justiça, desde tempos remotos e de maneira ainda mais relevante na contemporaneidade, tem sido objeto de estudos e discussões, nas mais variadas realidades; natural que o fruto deste interesse doutrinário e acadêmico pelo tema

¹⁰⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional, 6ª edição revista e atualizada, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 82.

¹⁰⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op. Cit.*, p. 161.

tenha sido e continue sendo um contínuo redescobrir de significados acerca deste princípio, em sua relação íntima e direta com a própria efetividade do Direito.

Neste particular, a obra “Acesso à Justiça”, de Cappelletti e Garth, surge como um importantíssimo marco, a desvelar o desdobrar histórico do tópico, a partir de estudos concretos¹⁰⁶ incidentes sobre o quão acessível aos cidadãos em geral a justiça efetivamente se fez e se fazia, e quais os obstáculos já superados ou a serem transpostos.

Talvez um dos grandes méritos desta obra seja a didática empregada pelos autores, que ilustram as diferentes fases de ampliação do acesso à justiça, referindo-se a elas como as hoje célebres “ondas”. Por meio desta inteligente figura, traça-se a evolução dos esforços convergentes à ampliação do princípio em voga, desde suas raízes que remontam à tradição liberal de séculos atrás, até um recorte moderno. Temas como a assistência judiciária aos hipossuficientes, a representação dos interesses difusos e mesmo a remodelação da própria concepção de justiça, figuram entre as meticolosas considerações tecidas por Cappelletti e Garth. Trata-se, inequivocamente, de um retrato continuado, rico e detalhado da evolução do tema, que não deixa escapar os aspectos ainda carentes – à época e mesmo hoje – de atenção pela doutrina, pela jurisprudência e, mormente, pelo legislador.

Mais à frente tais aspectos e considerações serão novamente invocadas com maior propriedade, no contexto em que se mostrarão mais relevantes. Neste capítulo, vale mencioná-las apenas para destacar, como dito, que a realidade brasileira espelhava e continua a espelhar – ainda que adaptada às suas próprias peculiaridades – um cenário bem mais amplo.

2.1. O Acesso à Justiça na História Constitucional do Brasil

Para os efeitos do presente estudo, ignorar-se-á o período colonial, pelo simples fato de que o Brasil, enquanto colônia, não se revestia de soberania e, conseqüentemente, não desenvolvia atividade legislativa. Vigoravam em solo pátrio as ordenações de origem portuguesa – Manuelinas e, a partir de determinado ponto,

¹⁰⁶ O livro em questão se pauta nos resultados obtidos a partir do chamado Projeto de Florença, capitaneado por Mauro Cappelletti; tratava-se de uma iniciativa de pesquisa cujo foco principal era aferir, justamente, o quão acessível era a justiça ao cidadão comum, em diferentes realidades, a partir de entrevistas, coleta e análise de dados objetivos, etc.

Filipinas – e não seria exagero afirmar, como afirma de fato parte da doutrina, que durante este recorte temporal, pouco ou quase nada se observava de relevante, no que diz respeito ao acesso à justiça¹⁰⁷.

Pouca coisa mudou com a independência, no início do Século XIX. Vale lembrar que a primeira constituição brasileira, A Constituição Política do Império, de 1824, desde sua origem, revelara-se questionável, sob a perspectiva da democracia. Conforme lembra Zulmar Fachin, a Assembleia Constituinte, originalmente convocada pelo então Imperador Dom Pedro I, mesmo antes da proclamação da independência e instalada no ano seguinte, foi abruptamente dissolvida por insistir em ideias que desagradavam ao monarca, no evento que ficaria conhecido como “noite da agonia”. A carta inaugural da ordem constitucional brasileira, como registro histórico de um país que nascia, seria outorgada, meses depois, à revelia do povo, visto ter sido redigida por encomenda, em reuniões a portas fechadas, conduzidas por um seletivo grupo de nobres indicados pelo próprio Imperador¹⁰⁸.

A análise do texto daquela constituição deixa transparecer inegáveis características absolutistas, merecendo destaque o Poder Moderador, que alçava a figura do Imperador a uma posição hierarquicamente superior a todas as demais instituições constituídas, viabilizando sua interferência discricionária e direta, enquanto chefe do Executivo, sobre o Legislativo e o Judiciário. Assim, embora textualmente houvesse a previsão de independência do Poder Judicial, por exemplo, facultava-se ao monarca, através do exercício do Poder Moderador, suspender magistrados e alterar as decisões judiciais¹⁰⁹.

Bem verdade que, a fim de atender aos ditames da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que somente reconhecia como existente a constituição que previsse, no mínimo, a separação dos poderes e os direitos individuais – a Constituição Política de 1824 estabeleceu um rol de direitos e garantias de natureza individual aos cidadãos brasileiros. Contudo, quando analisada em perspectiva – de seus 179 capítulos, apenas sete, alocados na porção final do texto, eram destinados ao sistema de direitos e garantias individuais¹¹⁰ – nota-se que o real

¹⁰⁷ Nesse sentido, conferir CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.

¹⁰⁸ FACHIN, Zulmar. *Op. Cit.*, pp. 69-70.

¹⁰⁹ BRASIL, Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil, Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil, 1824, arts. 151 e 179, XII.

¹¹⁰ *Idem*, arts. 173 a 179.

objetivo daquela carta constitucional era, sem a menor sombra de dúvidas, organizar e fortalecer as instituições estatais, sob a regência de um regime de monarquia absolutista, apenas se dispondo a disciplinar um modesto conjunto de dispositivos voltados aos seus cidadãos, por expressa necessidade de reconhecimento e legitimidade pela comunidade internacional.

A Constituição Política de 1824 previa expressamente, ainda, o regime de escravidão¹¹¹ e o estabelecimento de critérios econômicos para o exercício de direitos políticos¹¹². Outros tempos, felizmente idos, é de se frisar – muito embora o período de vigência de sessenta e cinco anos ainda faça daquela carta constitucional a mais duradoura de nossa história.

Obviamente, o acesso à justiça não consistia em tema de maior relevância, tendo sido negligenciado pela primeira constituição brasileira.

Com o esgotamento do modelo imperial e a consequente ruptura com aquele paradigma, fez-se necessária a elaboração de uma nova carta constitucional, a fim de reestruturar o Estado brasileiro que buscava se reorganizar, sob o pálio do regime republicano. Assim, aproximadamente dois anos depois da proclamação da república, era promulgada a Constituição de 1891, sob a batuta de Rui Barbosa e debaixo de inegável influência norte-americana¹¹³. Tal constatação se faz clarividente, da leitura daquele texto constitucional, que além do modelo republicano¹¹⁴, deixava a forma unitária para trás, optando pelo estabelecimento de um pacto federativo integrado por entes autônomos¹¹⁵, à semelhança do que haviam feito os Estados Unidos da América, um século antes. Além disso, ganhava força a tripartição de poderes, com a

¹¹¹ *Idem*, arts. 6º, I; e arts. 91 a 97, por exemplo.

¹¹² *Idem*, art. 92, V.

¹¹³ O próprio título conferido à carta constitucional – Constituição dos Estados Unidos do Brasil – deixa transparecer o impacto da realidade jurídico-política norte-americana sobre a Assembleia Constituinte da época.

¹¹⁴ BRASIL, Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1891, art. 1º.

¹¹⁵ *Ibidem*. A respeito da implementação do federalismo, sabe-se que o golpe militar de 1889, cujo suposto objetivo principal seria o de derrubar a monarquia e instituir a república, na realidade, era impulsionado com muito mais força por ideais federalistas do que efetivamente republicanos. O próprio Rui Barbosa, comumente identificado como essencialmente republicano, declarou expressamente, certa vez: “Eu era, senhores, federalista, antes de ser republicano. Não me fiz republicano, senão quando a evidência irrefragável dos acontecimentos me convenceu de que a monarquia se incrustara irredutivelmente na resistência à Federação”. Nesse sentido, cf. BARBOSA, Rui. Pensamento e Ação de Rui Barbosa, Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, p. 84.

natural extinção do Poder Moderador e a consequente garantia de independência entre Legislativo, Executivo e Judiciário¹¹⁶.

A mera transição do regime monárquico – com fortes traços absolutistas, como visto – para um contexto republicano, por si só, já aponta, ao menos na teoria, para um caminhar no sentido do acesso à justiça, uma vez que a flagrante ascensão dos valores democráticos e a ideia de que a verdadeira soberania repousa sobre o povo, que simplesmente a exerce por meio de seus representantes, se revela muito mais compatível com a garantia e a efetivação dos direitos conferidos ao cidadão, do que um modelo de governo que subjugava as instituições e a própria lei à pessoa de um imperador.

Além disso, a Constituição de 1891 também estabeleceu a garantia ao *Habeas Corpus*¹¹⁷, a respeito da qual a carta constitucional anterior havia se omitido. Trata-se, obviamente, de importante ferramenta de acesso à justiça, na medida em que visa garantir o direito fundamental à liberdade, em face de violência, coação, ilegalidade ou abuso de poder.

É importante destacar, no entanto, que o Brasil havia abolido por completo a escravidão apenas alguns anos antes¹¹⁸; como resultado, expressiva parcela do povo era constituída de ex-escravos, somados aos pobres e analfabetos, que não tinham condições de compreender ou alcançar a justiça democrática prometida pela nova ordem constitucional. Em conclusão, muita coisa mudara no papel, e pouca coisa mudara na prática, no que toca à efetivação do acesso à justiça.

A nova ordem constitucional também inaugurou, no final do Século XIX, o período que ficaria conhecido como a República Velha. O professor Zulmar Fachin descreve este período, de forma sucinta e sob prisma de crítica:

Entre 1889 e 1930, teve vigência a Primeira República, ensejando o fortalecimento das oligarquias em vários Estados, principalmente em função da produção de café. As alianças políticas consolidaram o poder dos governadores. O pacto mais sólido foi celebrado entre São Paulo e Minas Gerais, para que um mineiro e um paulista fossem se alternando no cargo

¹¹⁶ BRASIL, Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1891, art. 15.

¹¹⁷ *Idem*, art. 72, § 22.

¹¹⁸ A Lei n.º 3.353, conhecida como Lei Áurea, que em seu artigo 1º declarava extinta por completo e em definitivo a escravidão, fora assinada pela Princesa Imperial Regente Isabel, apenas um ano antes da proclamação da República, em 1888, como se sabe.

de presidente da República. O acordo, conhecido como a política do café com leite, perdurou por muitos anos (...).¹¹⁹

Novamente, nota-se uma discrepância entre teoria e realidade, na medida em que os ideais democráticos exaltados pela carta constitucional republicana foram solapados pelos interesses econômicos de oligarquias regionais. Este acordo vigente entre o eixo mineiro e paulista, obviamente relegava a segundo plano as demais regiões do país – notadamente, as menos produtivas e mais pobres – e, com elas, o cidadão.

Quatro décadas se passaram, antes que o conchavo eleitoreiro denunciado acima tivesse fim; e note-se que seu enfraquecimento se deu não por fatores externos, mas pela própria conjuntura política interna, que teve sua fraudulenta harmonia interrompida quando, em 1929, o então presidente da República Washington Luís – paulista – declarou seu apoio a Júlio Prestes, também de São Paulo, ao invés de viabilizar sua sucessão por um candidato mineiro.

A nata política de Minas Gerais, obviamente insatisfeita com a “traição” dos paulistas, rompeu com o ciclo, ao apoiar a candidatura oposicionista de Getúlio Vargas, que mesmo derrotado nas urnas, assumiu a presidência, depois de um movimento revolucionário eclodido em Minas Gerais e no Rio Grande do Sul, e que contou com a adesão posterior de diversos outros estados, depondo Washington Luís, em outubro de 1930, antes que este sequer tivesse a oportunidade de concluir seu mandato.¹²⁰

A ascensão de Vargas ao poder, a princípio, foi permeada por graves retrocessos, no âmbito dos direitos e garantias fundamentais. O Decreto 19.398 por ele editado, a fim de iniciar a organização de seu governo, estabelecia uma série de medidas drásticas, visando a estabilização do conturbado cenário político, à custa da adoção de posturas de caráter extremamente autoritário e despótico. Octaviano Nogueira, sobre este período, afirma:

A ruptura de 1930, com a qual se dissolveu o Congresso, exilaram-se os adversários, cassando-se os direitos políticos, extinguíram-se os partidos, revogou-se a Constituição, suspenderam-se as garantias individuais,

¹¹⁹ FACHIN, Zulmar. *Op. Cit.*, pp. 79-80.

¹²⁰ Para maiores detalhes acerca do panorama político e dos acontecimentos que marcaram a época – narrados de maneira extremamente sintética no presente trabalho – vale conferir a obra de Olavo Leonel Ferreira: 500 Anos de História do Brasil, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005.

instituiu-se a censura e o Executivo passou a legislar por decretos-leis, tornou-se perigoso precedente utilizado sete anos depois, ainda com maiores requintes.¹²¹

O Governo Provisório bem tentou, sem sucesso, suprimir o Movimento Constitucionalista que se organizara em São Paulo; em maio de 1933, contudo, em virtude da pressão popular que não arrefecia, a despeito da repressão por parte do governo federal, realizaram-se eleições diretas para a escolha dos membros da Assembleia Constituinte, com o objetivo de estabelecer uma nova ordem constitucional, capaz de trazer balizas ao governo de Vargas.

Por constituir verdadeiro baluarte de resistência ao autoritarismo e às violações em curso às liberdades individuais, naquela época, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 logrou êxito em avançar sensivelmente, no que diz respeito à garantia de direitos fundamentais. Inspirada pelo constitucionalismo europeu que florescia no contexto pós Primeira Guerra, o Poder Constituinte buscou elementos sociais, deixando-se permear pelo impacto de outras cartas constitucionais que prezavam pela implementação do *Welfare State* – notadamente, a Constituição Mexicana de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919. Nesse sentido, a carta constitucional de 1934 progrediu na seara dos direitos e garantias aos trabalhadores, por exemplo, ao proibir a contratação discriminatória, instituir o salário mínimo e fixar limites à jornada de trabalho¹²².

No que tange especificamente à ampliação e efetivação do acesso à justiça, vale notar que foi também a Constituição de 1934 a responsável pela criação da Justiça do Trabalho¹²³ – até hoje, símbolo de distribuição de justiça e proteção ao empregado hipossuficiente. Também merecem destaque as figuras da ação popular e do mandado de segurança, que encartavam o bojo do texto constitucional, pela primeira vez¹²⁴.

O mais significativo marco nessa seara, contudo, sem dúvidas reside na previsão da garantia à assistência judiciária gratuita àqueles que não dispusessem de recursos

¹²¹ NOGUEIRA, Octaviano. A Constituinte de 1946. Getúlio, o Sujeito Oculto. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 20 e 21.

¹²² BRASIL, Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro: Assembleia Nacional Constituinte, 1934, art. 15, art. 121.

¹²³ *Idem*, art. 122.

¹²⁴ *Idem*, art. 113, 33.

suficientes ao custeio da demanda – garantia esta que perdura até os dias de hoje, como é sabido.

Nesse sentido, vale destacar textualmente o artigo 113 daquela carta constitucional, responsável pela outorga de direitos e garantias de natureza individual aos cidadãos, dando ênfase ao inciso 32:

Art. 113 – A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.¹²⁵

Se é fato que a Constituição de 1934 trouxe consigo grandes avanços no campo do acesso à justiça, a história também não nos deixa esquecer que sua vigência foi extremamente efêmera, visto que apenas três anos após sua promulgação, ela foi solapada por uma nova ordem constitucional, com a outorga do novo diploma político de 1937, a inaugurar o Estado Novo de Getúlio Vargas.

Diferente da Constituição anterior – elaborada por uma assembleia exclusiva, integrada por representantes eleitos com o único propósito de elaborar o texto constitucional – a carta de 1937 foi redigida de modo solitário pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos, a pedido de Vargas, sob a expressa orientação de que atendesse aos interesses e necessidades do regime autoritário que se instalava, debaixo da suposta ameaça comunista materializada no fantasioso Plano *Cohen*¹²⁶, cuja farsa só seria desmascarada muito tempo depois.

Também não falta consenso doutrinário acerca do fato de que o texto constitucional de 1937, justamente por sua natureza inequivocamente semântica¹²⁷, representou lamentável mas inegável retrocesso no campo dos direitos e garantias

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ FACHIN, Zulmar, *Op. Cit.*, p. 86.

¹²⁷ Zulmar Fachin, ao anotar a natureza semântica da Constituição de 1937, explica que “Por Constituição semântica entende-se aquela utilizada para garantir a continuação do controle do poder político. Ela permite aos governantes continuarem no exercício do poder, sem que possa haver sua substituição por outros. A Constituição de 1937, que instituiu o chamado Estado Novo, foi outorgada com o objetivo de prorrogar a permanência de Getúlio Vargas e seu grupo no exercício do poder”. FACHIN, Zulmar. *Op. Cit.*, pp. 86-87.

individuais¹²⁸, além de em outras áreas igualmente relevantes – cite-se a fragilização da separação harmônica entre os poderes, com o fortalecimento exagerado do Executivo (como é característico de regimes autoritários)¹²⁹.

Naturalmente, a efetivação de direitos aos cidadãos figurava em posição de extrema insignificância no rol de prioridades da nova carta constitucional, cujo inocultável objetivo era, justamente, o de viabilizar a instalação do regime ditatorial arquitetado pelo governo Vargas.

Quase uma década se passaria antes que o Estado Novo enfraquecesse, com a derrocada de regimes autoritários ao redor do mundo, no contexto do pós-guerra. Em 1945, Vargas foi finalmente afastado da presidência¹³⁰ para que o cargo fosse assumido por José Linhares, então presidente do Supremo Tribunal Federal. O processo de (re)democratização¹³¹ teve início com a convocação de eleições gerais e com a formação de uma Assembleia Constituinte, que em 1946 promulgou uma nova Constituição Federal.

Inegavelmente, o texto da carta recém promulgada buscava retornar à essência que emanava da Constituição de 1934, prematuramente interrompida. Fabiana Marion Spengler destaca que “A nova Constituição objetivava retornar ao rumo da

¹²⁸ Dentre outros exemplos, vale citar a previsão de pena de morte em diversas hipóteses, inclusive em caso de tentativa de mudança da ordem política e social estabelecida (art. 122, inciso 13) e o estabelecimento de censura prévia em relação a várias formas de manifestação do pensamento, tais como imprensa, teatro, cinema e rádio, permitindo que a autoridade competente proibisse, por exemplo, a circulação, a difusão ou a representação de materiais ou ideias consideradas impróprias, prevendo, ainda, as penas de multa e prisão aos responsáveis, no caso do jornalismo (art. 122, inciso 15); BRASIL, Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1937.

¹²⁹ Além da exagerada influência conferida ao Presidente da República, sobre o Legislativo – que funcionaria apenas quatro meses por ano, a menos que se manifestasse o Presidente, que ainda podia indicar senadores, de forma discricionária – a entrada em vigor da Constituição de 1937, no dia 10 de novembro daquele mesmo ano, culminou absurdamente na dissolução da Câmara dos Deputados, do Conselho Federal, das Assembleias Legislativas dos Estados e das Câmaras Municipais, em todo o território nacional (art. 177).

¹³⁰ É de se notar que, a despeito do caráter extremamente autoritário e despótico que permeou o Estado Novo, a figura de Vargas continuava desfrutando de extrema popularidade perante as massas, devido ao seu carisma individual; tanto é assim que, mesmo afastado compulsoriamente da Presidência da República, Getúlio Vargas, sem ser candidato, conquistou nada menos do que nove mandatos, na eleição subsequente: dois de senador e sete de deputado federal, conforme relembra Fachin. FACHIN, Zulmar. *Op. Cit.*, p. 89.

¹³¹ A história brasileira revela que o Brasil passou imediatamente de colônia a império, e de império a um simulacro de república, cujas eleições se prestavam unicamente a conferir legitimação à alternância de poder previamente compactuada pelas elites; o regime oligárquico da República Velha só seria interrompido com a ascensão do Estado Novo de Vargas, o que conduz à conclusão de que, até a deposição de Vargas, o Brasil ainda não havia experimentado, de fato e na realidade, a democracia. Por este motivo, justifica-se dizer que a Constituição de 1946 não representou uma tentativa de redemocratização, mas sim de inaugurar a democracia, até então inexistente, na experiência política brasileira.

Constituição de 1934 que fora interrompido pela Constituição de 1937, conjugando a democracia liberal com as aquisições sociais”¹³². Nesse sentido, buscou restabelecer o equilíbrio harmônico entre Executivo, Legislativo e Judiciário¹³³ e ampliou novamente o rol de direitos e garantias fundamentais – tanto de natureza individual quanto social – que haviam sido duramente negligenciados no regime anterior.

Especificamente no campo do acesso à justiça, merece destaque o § 4º do artigo 141 da Constituição de 1946, que inaugurou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ao garantir que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”¹³⁴.

Tal princípio seria duramente violado mais tarde, pelo Ato Institucional n.º 3, de 1966 – já na vigência do regime militar – que em seu artigo 6º caminhava na direção oposta, ao excluir da apreciação judicial quaisquer atos praticados com fundamento naquele diploma ou nos que dele decorressem e o complementassem. A respeito deste período, destaca Fabiana Marion Spengler:

A partir do golpe militar de 1964, portanto, o direito de acesso à justiça passa a ser mitigado em todo o Brasil, porquanto o regime militar adotou inúmeros atos visando restringi-lo. Merecem destaque os Atos Institucionais editados pelo regime que visavam legitimar e legalizar as ações militares, bem como suspender direitos políticos e civis dos brasileiros.¹³⁵

À semelhança do que ocorrera em 1937 – quando o Estado Novo solapara os avanços materializados pela Constituição de 1934 – o governo militar que se instalou a partir da década de 1960, abruptamente interrompeu a proposta tênue democracia que buscava se consolidar, e gradativamente nublou direitos e garantias fundamentais – notadamente aqueles de natureza individual – até que, em seu auge, o que se observava era o eclipse quase integral daquele arcabouço protecionista do cidadão frente ao Estado.

¹³² BEDIN, Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion. O Direito de Acesso à Justiça e as Constituições Brasileiras: Aspectos Históricos, Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 135-146, julho/dezembro de 2013.

¹³³ O artigo 89 do texto constitucional, em seu caput e incisos, rotulava como crime de responsabilidade qualquer ato do Presidente da República que atentasse contra a Constituição, contra o livre exercício do Legislativo e do Judiciário, ou contra o cumprimento das decisões judiciais. BRASIL, Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro: Mesa da Assembleia Constituinte, 1946.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ BEDIN, Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion. *Op. Cit.*

As dezenas de atos institucionais editados ao longo deste período reiteradamente atentavam contra a esfera de individualidade antes tutelada, ao passo que também promoviam o crescente desequilíbrio institucional e político entre Executivo, Legislativo e Judiciário. O mais grave deles, o Ato Institucional n.º 5, ou AI-5, de 1968, conferia ao Presidente da República a faculdade de decretar o recesso de todo o Poder Legislativo, em âmbito federal, estadual e municipal, avocando para si a competência para legislar sobre todo e qualquer tema¹³⁶ – o que de fato ocorreria, mais tarde, em 1977. Também suspendia as garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade conferidas aos magistrados, que poderiam ser demitidos, removidos, aposentados ou colocados em disponibilidade pelo Presidente da República, mediante simples decreto¹³⁷.

Além disso, o AI-5 também suspendeu a garantia do *habeas corpus*¹³⁸ e manteve a exclusão da apreciação judicial relativa a todas as ações praticadas em conformidade com aquele ato¹³⁹, sendo flagrante a proposta de inviabilizar o acesso ao Judiciário e, conseqüentemente, à justiça, na medida em que as posturas adotadas pelo Executivo – ainda que em flagrante violação de direitos – se colocavam acima de qualquer questionamento.

É interessante a síntese de André De Carvalho Ramos acerca da sistemática constitucional vigente à época, no que diz respeito aos direitos e garantias individuais, que embora formalmente conferidos aos cidadãos, tinham sua eficácia vinculada à submissão integral ao regime posto, uma vez que qualquer ato de hostilidade ao *status quo* poderia culminar na imediata suspensão do próprio direito em questão:

Com a ditadura militar, a Constituição de 1967 previu formalmente um rol de direitos e garantias individuais no seu art. 150, fazendo remissão a outros direitos, decorrentes do regime e dos princípios constitucionais no art. 150, § 35 (“A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”). Contudo, o art. 151 trouxe a ameaça explícita aos inimigos do regime, determinando que “aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível,

¹³⁶ BRASIL. Ato Institucional n.º 5, Brasília: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1968, art. 2º.

¹³⁷ *Idem*, art. 6º.

¹³⁸ *Idem*, art. 10.

¹³⁹ *Idem*, art. 11.

assegurada ao paciente a mais ampla defesa”. Assim, a cláusula indeterminada do “abuso dos direitos individuais” pairava sobre os indivíduos, demonstrando a razão de Estado que imperava naquele momento de governo militar.¹⁴⁰

Tratava-se, naturalmente, de uma fachada, cujo propósito de conferir legitimidade à carta constitucional não afastava o flagrante caráter invasivo e violador da individualidade do cidadão, que se via completamente à mercê do Estado, e incapaz de socorrer-se de qualquer instituição, caso não se alinhasse ao modelo que lhe era imposto.

Somente a partir da década de 1980 haveria espaço para novas iniciativas de natureza democrática, respaldadas pela ampla movimentação popular, cujo combustível era a crescente insatisfação com o recrudescimento do regime militar, que se tornava cada vez mais insustentável. Nas palavras de Zulmar Fachin, conclui-se que “O Brasil cansara-se do regime ditatorial. Poder-se-ia afirmar, inclusive, que boa parte dos militares estava à beira da exaustão do poder político. O retorno do regime democrático era natural”¹⁴¹.

Também por isso, a Constituição Federal de 1988 – verdadeiro símbolo de resistência em face dos abusos cometidos pelo regime militar – foi apelidada de Constituição Cidadã. Inegável sua essência democrática, plural e eclética, também sendo digno de nota o extenso rol de direitos e garantias individuais constantes do artigo 5º, cujos mais de setenta incisos foram propositadamente trazidos para o início do texto constitucional, ao contrário do que ocorrera em outras cartas anteriores – um gesto ilustrativo, mas que orienta o intérprete a compreender que tal arcabouço protecionista deve gozar, necessariamente, de certa primazia, mesmo em contraste com outras normas embutidas no corpo da Constituição.

Além de preservar ou resgatar a maioria dos direitos e garantias que haviam sido repetidamente outorgados e revogados ao povo, ao longo da história, a Constituição de 1988 mostrou-se vanguardista ao acrescentar à lista outros dispositivos inéditos na realidade brasileira. Especificamente no que diz respeito ao acesso à justiça, houve não apenas a restauração, mas a ampliação da universalidade da jurisdição, que agora se mostra inafastável não apenas na hipótese de violação, mas mesmo de ameaça a direito; também se alargou a gratuidade da justiça, expressamente

¹⁴⁰ RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos, São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 345.

¹⁴¹ FACHIN, Zulmar. *Op. Cit.*, p.96.

garantida como dantes, mas também decorrente da instituição dos juizados especiais e da justiça de paz; as ações de garantia às liberdades individuais – os chamados remédios constitucionais – também foram objeto de atenção especial pelo Poder Constituinte Originário, que consagrou, além do tradicional *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança, o mandado de injunção e a ação popular; ao lado destas, a ação civil pública – enquanto instrumento de tutela dos interesses coletivos – recebeu disciplina constitucional, ganhando expressão correlata ao fortalecimento do Ministério Público, enquanto instituição responsável pela defesa dos mesmos interesses de natureza plural; a mesma sorte teve a Defensoria Pública, elevada a patamar de instituição fundamental ao exercício jurisdicional; etc¹⁴².

Paralelamente, observou-se a inegável constitucionalização do processo, com a valorização dos princípios fundamentais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, compreendidos como imprescindíveis à validade de qualquer procedimento jurisdicional¹⁴³. O processo civil, em especial, se viu profundamente plasmado pela nova ordem constitucional que se estendia sobre todo o ordenamento jurídico em vigência. Natural que o Código de Processo Civil de 1973, então em vigor, fosse recepcionado ante a adequação material do texto à nova Constituição; contudo, sua leitura e instrumentalização prática agora se permeavam de uma compreensão inédita do que realmente significava – ou precisava significar – a garantia de acesso à justiça, que emanava do texto constitucional recém promulgado.

Não que a mera promulgação da Constituição de 1988 pudesse, solitária, ter o condão de ajustar todos os desajustes e alinhar todos os desalinhamentos observáveis no contexto da atividade judicial e da efetividade de direitos, à época; contudo, tratou-se, inequivocamente, de um grande e largo primeiro passo em direção ao horizonte ético estabelecido pelo texto constitucional.

Quase trinta anos – e diversas emendas constitucionais – depois, o acesso à justiça continua sendo um dos, senão o eixo central, sobre o qual rotacionam todos os demais direitos e garantias previstos pelo texto constitucional, em virtude de sua já demonstrada instrumentalidade latente. Cumpre, portanto, compreender quais os dispositivos essenciais à composição deste princípio, conforme sua posituação na

¹⁴² BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, art. 5º, XXXV, LXIX, LXXI, LXXII, LXXIII, LXXIV e LXXVII; art. 98, I e II; arts. 127 a 130; arts. 134 e 135.

¹⁴³ *Idem*, arts. 5º, LV.

Constituição Federal de 1988. Embora diversos artigos, parágrafos e incisos pudessem disputar espaço em tal discurso, por uma questão metodológica, destacar-se-ão três incisos do artigo 5º, os quais, corretamente interpretados, por sua abertura semântica, se revelam capazes de abarcar todos os demais atinentes ao tema.

2.2. Positivção do Acesso à Justiça na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Vimos que, curiosamente, a expressão “acesso à justiça” não aparece uma única vez sequer, ao longo de todo o texto constitucional. Todavia, natural que se trata de tema endereçado pelo Poder Constituinte – tanto originário, quanto derivado. Como encontrá-lo, então? A resposta para tal questionamento passa pela leitura teleológica de certos dispositivos, que embora não se refiram expressamente ao tópico, a ele remetem, enquanto objetivo último.

Dignos de nota, nesse aspecto, são três incisos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988; cada um deles, embora de conteúdo essencialmente diverso dos outros dois, aponta para a mesma direção, visando um objetivo comum: a garantia de acesso à justiça aos cidadãos, em sua expressão mais completa.

É interessante notar, inclusive, que a construção textual do artigo 5º - o único dispositivo constitucional que preenche o capítulo dos direitos e garantias individuais, dentro do título responsável pela instituição das disposições de natureza fundamental – conduz à conclusão de que cada um de seus setenta e oito incisos se presta à instrumentalização prática dos cinco grandes núcleos éticos estabelecidos pelo *caput*¹⁴⁴: a todos, há de se garantir e efetivar o direito à vida, à igualdade, à liberdade, à propriedade e à segurança, por meio de cada uma das disposições listadas ao longo do extenso rol que se segue.

Algumas são bem mais específicas do que outras, naturalmente. Inegável que a isonomia entre homens e mulheres, prevista logo pelo inciso I, se destine a assegurar a igualdade; já o inciso II, que estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, se volta à proteção da liberdade dos

¹⁴⁴ A redação do *caput* é a seguinte: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”.

indivíduos, enquanto os incisos XXII e XXIII versam sobre o direito de propriedade, por exemplo.

Não obstante, o acesso à justiça, por sua essência ultrainstrumental, a respeito da qual já se versou, não se destina à garantia de apenas um ou de alguns direitos fundamentais. Ao contrário, coloca-se a serviço da vida, da liberdade, da igualdade, da segurança e da propriedade, a depender do caso concreto; mais do que isso, também se revela subserviente a outros direitos, de natureza individual, coletiva, social, difusa, etc. Também por isso, é de se questionar a opção topográfica feita pelo Poder Constituinte, que incluiu os dispositivos que se vinculam ao tema, no rol dos direitos individuais, de primeira dimensão.

Ora, sabe-se que os direitos individuais de primeira dimensão, historicamente, são compreendidos como aqueles delimitadores de fronteiras à atuação do Estado, frente ao indivíduo, daí sendo comumente rotulados de “liberdades negativas”, por pressuporem uma postura absenteísta do ente público. Com esta definição se alinham a maioria dos incisos do artigo 5º da Constituição Federal, visto que, justamente, impõem ao Estado o dever de não fazer algo: não obrigar ninguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (inciso II), não submeter ninguém a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (inciso III), não impedir a livre manifestação do pensamento (inciso IV), e assim por diante.

Não à toa, Karl Loewenstein, ainda na aurora do reconhecimento doutrinário da real natureza de tal arcabouço de direitos e garantias, a ele se referia como o “reconhecimento jurídico de determinados âmbitos de autodeterminação individual nos quais o Leviatã não pode penetrar”¹⁴⁵, em referência direta à clássica ilustração de Thomas Hobbes.

Ocorre que as disposições constitucionais que visam a promoção e a concretização efetiva do acesso à justiça – nos traços já delineados – não se amoldam a essa configuração abstenteísta; ao revés, pressupõem a participação ativa do Estado, promovendo as circunstâncias necessárias à consecução de tal princípio. Em ilustração, se para garantir a liberdade de expressão e manifestação, basta ao Estado não cerceá-la, por outro lado, a concreta eficácia dos direitos outorgados aos cidadãos pelo texto constitucional, o acesso à justiça como o entendemos, exige que o Estado

¹⁴⁵ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución, Trad. ANABITARTE, Alfredo Gallego, 2ª edição, Barcelona: Ed. Ariel, 1979, p. 390.

se imponha enquanto o único capaz de garanti-lo e realizá-lo de fato, por meio do exercício da jurisdição, de maneira célere e adequada.

Eis aí a crítica à opção de alocação dos dispositivos cuja teleologia conduz a esta conclusão: em que pese se insiram no rol de incisos do artigo 5º - e, por via de consequência, no capítulo destinado a disciplinar os direitos e garantias de primeira dimensão – estão muito distantes da concepção clássica que paira sobre tal conjunto, aproximando-se, talvez, da definição que caracteriza a segunda dimensão de direitos e garantias fundamentais, a qual, nas palavras de Luiz Alberto David Araújo E Vidal Serrano Nunes Júnior, se distingue da primeira, da seguinte forma:

Se os direitos fundamentais de primeira geração tinham como preocupação a liberdade contra o arbítrio estatal, os de segunda geração partem de um patamar mais evoluído: o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama agora uma nova forma de proteção da sua dignidade, como seja, a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha dignidade e sentido na vida humana. A posição inicial (Estado apenas como policial das liberdades negativas) recebe novo enfoque. Essa nova forma de alforria coloca o Estado em uma posição diametralmente oposta àquela em que foi posicionado com relação aos direitos fundamentais de primeira geração. Se o objetivo dos direitos aqui estudados é o de dotar o ser humano das condições materiais minimamente necessárias ao exercício de uma vida digna, o Estado, em vez de abster-se, deve se fazer presente, mediante prestações que venham a imunizar o ser humano de injunções dessas necessidades mínimas que pudessem tolher a dignidade de sua vida.¹⁴⁶

Explorando ainda mais a fundo esta dicotomia, Paulo Gustavo Gonet Branco explica que “uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais”¹⁴⁷, estabelecendo, como consequência disso, que “uma diferente pletora de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas”¹⁴⁸. A intenção desta nova gama de direitos e garantias, ainda segundo o mesmo autor, é a de realçar o princípio da igualdade, por meio do reconhecimento de liberdades positivas e sociais.

Ainda à propósito da direta relação havida entre acesso à justiça e igualdade, Rodrigo Pires Da Cunha Boldrini ressalta:

¹⁴⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR. Vidal Serrano. *Op. Cit.*, pp. 159-160.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 155.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

(...) acesso à Justiça é requisito para promoção de igualdade material, típica do Estado Social e Democrático de Direito projetado por nossa Constituição. Nesse Estado, a concepção de Justiça compreende não somente igualdade de acesso, mas também acesso à igualdade.¹⁴⁹

Assim que, com exceção do inciso XXXV do artigo 5º, o qual será objeto de análise na sequência, no qual se esculpe norma de caráter eminentemente absenteísta e que se coaduna à definição clássica que agasalha a primeira dimensão dos direitos fundamentais, os dispositivos voltados à consecução do acesso à justiça, em geral, revelam disposição diversa, pendendo para a imposição, ao Estado, de posturas ativas que visem a sua instrumentalização prática. Assim é, quanto ao inciso LXXIV, e quanto ao inciso LXXVIII, ambos do mesmo já citado artigo, sobre os quais o presente estudo também se debruçará logo adiante.

Frise-se que, obviamente, muitos outros dispositivos constitucionais também, direta ou indiretamente, caminham em direção da promoção e garantia do acesso à justiça; todavia, compreende-se que os três incisos em epígrafe, de certa forma, compreendem em sua amplitude, as demais disposições mais específicas, sendo este o motivo pelo qual são merecedores de maior atenção.

2.2.1. Inafastabilidade da Jurisdição como garantia de acesso à justiça

O primeiro dispositivo a merecer destaque, nesta seara, como dito, é o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição ao textualmente estabelecer que a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Este mesmo princípio, também conhecido por outros rótulos – princípio da proteção judiciária, princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, princípio do controle jurisdicional, princípio da ubiquidade da justiça¹⁵⁰ – não raro é empregado como síntese do acesso à justiça, na ordem constitucional. Realmente, trata-se do primeiro passo a ser dado nesse sentido: impedir que o Estado, em sua função judicante, vire as costas ao cidadão que o busca em virtude de lesão ou ameaça de seu direito.

¹⁴⁹ TRINDADE, Edi Aparecido; OSCAR, Mellim Filho (orgs.). Acesso à Justiça, Campinas: Editora Alínea, 2012, p. 43.

¹⁵⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR, Vidal Serrano. *Op. Cit.*, p. 230.

Trata-se de garantia imprescindível em um contexto onde o Estado detém o monopólio da imposição de vontade, visando a pacificação social; se o ente público avoca para si a exclusividade da execução do direito, também não pode se esquivar de fazê-lo, sempre que instado a tanto.

Não foi sempre assim, todavia. A doutrina aponta que a origem deste princípio remonta à Constituição de Weimar, de 1919, que na segunda alínea de seu artigo 105 estabelecia que ninguém poderia ser subtraído ao seu juízo legal. No Brasil, como visto, esta garantia só ganharia positivação efetiva com a Constituição Federal de 1946¹⁵¹. Em outras palavras, excluindo-se a história mais recente, a ideia de que todos teriam direito de acesso ao Judiciário sempre soou desafinada aos ouvidos daqueles que detinham o controle político de sociedades pautadas na estratificação social e em regimes oligárquicos.

Basta lembrar, por exemplo, que a Constituição de 1934, outorgada por Vargas em preparação ao Estado Novo que se inauguraria poucos anos depois, trazia limitações expressas ao acesso à justiça: questões exclusivamente políticas ou afetas aos atos do Governo Provisório estavam eminentemente excluídas da apreciação judicial¹⁵². Que não se olvidem, ainda, os retrocessos pontuais que também se fizeram presentes, valendo citar que durante o governo militar, os diversos Atos Institucionais que viabilizaram o recrudescimento do regime instalado, em geral, também excluía da análise judicial aquelas posturas adotadas a partir deles, abrindo brechas para abusos e ilegalidades tais que não poucos questionam se, durante tal período, havia realmente um Estado de Direito em vigência; a este respeito, comenta Celso Bastos:

Algumas exceções históricas que este princípio sofreu se deram em períodos de não vigência do Estado de Direito. Nestas ocasiões, eram freqüentes determinados atos de força legislativa auto-excluírem-se da apreciação do Judiciário. Estas exceções, contudo, tinham sempre a sua vigência condicionada à manutenção do Estado autoritário. Desaparecido este, restaura-se, em sua plenitude, a acessibilidade ampla ao Poder Judiciário.¹⁵³

¹⁵¹ BRASIL, Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro: Mesa da Assembleia Constituinte, 1946, art. 141, § 4º.

¹⁵² BRASIL, Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro: Assembleia Nacional Constituinte, 1934, art. 68 e art. 18 do ADCT.

¹⁵³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 171.

A consolidação – ou, talvez, o restabelecimento – da inafastabilidade da jurisdição só viria mais de quatro décadas depois, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que reafirmou novamente o princípio, excessivamente flexibilizado até ali.

Embora de breve posituação, o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal é extremamente rico de significado. Nota-se, por exemplo, que a garantia de acesso ao Judiciário pressupõe, como corolário lógico, diversas outras garantias, que viabilizem o seu exercício, sob pena de se revelar inócua a norma em análise. O devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e ainda outras garantias encartadas no texto constitucional¹⁵⁴ integram a chamada tutela constitucional do processo, a qual, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover e de Cândido Rangel Dinamarco, “incumbe-se de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça”¹⁵⁵.

Trata-se de conclusão inevitável: a garantia de apreciação, por parte do Judiciário, de lesão ou ameaça a direito, exige a submissão da questão ao órgão julgante, o qual, vinculado que está pela sistemática a ele imposta, só pode apreciá-la no contexto de um processo judicial; garantindo-se o acesso ao processo – ou ao direito de ação, como preferem alguns – há que se estabelecer certos ditames necessários ao seu desenvolvimento, para que atinja os fins e objetivos a que se destina, sendo o último e principal deles, sem dúvida, a consecução da decisão justa, a partir do caso concreto.

Em síntese, a inafastabilidade da jurisdição, compreendida por um prisma teleológico, “representa a possibilidade, conferida a todos, de provocar a atividade jurisdicional do Estado e instaurar o devido processo constitucional, com as garantias a ele inerentes”¹⁵⁶.

Quanto à sua abrangência, embora a letra do texto se dirija especificamente ao legislador, é pacífica a doutrina ao redor do entendimento de que se trata de garantia conferida a todos os cidadãos em face do Estado, como um todo, inadmitindo-se

¹⁵⁴ Nesse sentido, conferir o já citado inciso LV do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

¹⁵⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, p. 99.

¹⁵⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coordenadores). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002, p. 14.

qualquer tentativa de interpretação restritiva. Logo, não é apenas a lei que deve se abster de criar entraves ou obstáculos ao acesso ao Judiciário, mas o ente público, de forma geral. É essa, ao menos, a lição de Nelson Nery Junior, que de maneira sucinta e objetiva ensina que “não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão”¹⁵⁷.

Insta salientar que, por óbvio, trata-se de cláusula pétrea, na esteira da limitação imposta ao Poder Constituinte Reformador, pelo artigo 60, 4º, inciso II, também do texto constitucional, que inadmite proposta de emenda constitucional tendente a abolir qualquer das garantias fundamentais de natureza individual. Assim que, à exceção de eventuais ressalvas feitas pelo próprio texto constitucional, não se vislumbra possível qualquer pretensão restritiva do princípio em voga, nem mesmo por meio de emenda à constituição – muito menos, naturalmente, através de legislação infraconstitucional.

Isso não significa, obviamente, que a lei não possa estabelecer critérios e regras a fim de organizar e, inclusive, potencializar a atividade jurisdicional. Há que se ter cuidado, portanto, ao se investigar o conteúdo exato do termo “excluirá”, constante do dispositivo constitucional; se, por um lado, interpretá-lo de modo excessivamente literal poderia viabilizar a imposição de restrições que, embora não excluíssem, acabariam por tornar o acesso ao Judiciário tarefa hercúlea e desmedidamente restritiva; por outro, o exagero na abertura semântica do vocábulo implicaria em cercear do legislador a faculdade de estipular parâmetros e regras que visem o bom e regular exercício da jurisdição, culminando na completa falência do sistema.

Muito se discute acerca do posicionamento ideal desta fronteira entre o que fere a disposição constitucional e o que se encontra dentro da esfera de possibilidades legítimas do Estado, em se tratando da criação de normas e disposições atinentes à busca pela jurisdição, pelo particular. As portas do Judiciário estão, portanto, entreabertas, pois se a Constituição não permitiu cerrá-las, escancará-las também significaria o agravamento da crise já enfrentada em virtude do enorme volume de demandas em trâmite e deflagradas, cotidianamente.

Quando a legislação infraconstitucional exige, por exemplo, que a petição inicial atenda a certos requisitos, sob pena de indeferimento; ou atribui capacidade postulatória exclusivamente ao advogado; ou, ainda, quanto estabelece prazos prescricionais que, uma vez transcorridos, inviabilizam o exercício do direito de ação,

¹⁵⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 130.

parece certo que não esteja a violar o acesso ao Judiciário garantido pela Constituição, senão que a promovê-lo, por prezar pela higidez e pelo bom funcionamento do sistema por meio do qual referida garantia se instrumentaliza na prática e sem o qual se tornaria inviável.

Outra ilustração também repousa na obrigatoriedade de esgotamento das instâncias da justiça desportiva, antes que se faça possível o acionamento do Judiciário, prevista, desta feita, pela própria carta constitucional¹⁵⁸, que não exclui a questão da apreciação do Poder Judiciário, apenas exigindo que, antes, esta seja submetida a outra instância, inclusive mais específica. Outrossim, em harmonia com a constituição, a impossibilidade de revisão judicial daquelas decisões alcançadas por meio da jurisdição arbitral¹⁵⁹, que representam uma via alternativa à solução do conflito, a partir da livre e consciente manifestação de vontade das partes, nesse sentido. Nota-se, portanto, que o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, em discussão, por uma leitura contemporânea, distancia-se de qualquer pretensão de absolutismo, deixando-se permear pela pragmática inerente ao sistema de coisas que busca disciplinar.

Digna de nota, no entanto, é a iniciativa adotada pela carta constitucional em viabilizar o controle jurisdicional não apenas das lesões, mas também das ameaças ao direito, conforme se extrai da redação do dispositivo em análise. Trata-se de louvável avanço, que visa expandir a função do Judiciário – antes meramente repressiva – permitindo que este atue também de forma preventiva, alcançando, além dos conflitos já instaurados, aqueles em potencial, antes de sua concretização.

Esta abertura em muito contribui ao escopo principal do exercício da jurisdição, qual seja, o da pacificação social, na medida em que impõe ao Estado não apenas o papel de dirimir litígios em curso, mas de evitar que estes ocorram. De forma prática, há grande benefício na seara do acesso à justiça, uma vez que o cidadão comum, ao

¹⁵⁸ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, art. 217, §§ 1º e 2º.

¹⁵⁹ Os artigos 18 e 31 da Lei n.º 9.307/96, também conhecida como Lei de Arbitragem, dispõem que o árbitro é juiz de fato e de direito, que a sentença por ele proferida não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário, e que produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença pelos órgãos jurisdicionais, constituindo, a depender das circunstâncias, título executivo. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Sentença Estrangeira n.º 5.206, em sede de Agravo Regimental, viu-se compelido a se manifestar justamente acerca da constitucionalidade de tais disposições, quando confrontadas com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, constante do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal; naquela oportunidade, por unanimidade, aquela corte constitucional reconheceu a constitucionalidade dos dispositivos em referência, cuja vigência e eficácia seguiram incólumes.

invés de buscar a reparação do dano que sofreu – que eventualmente não se mostraria alcançável antes de alguns anos de demanda – se vê capaz de impedir por completo a lesão de seu direito e, conseqüentemente, esquivar-se do prejuízo.

Ora, a tutela jurisdicional que evita o dano é, sem a menor sombra de dúvidas, muito mais desejável – mais célere e adequada – do que aquela que busca remediá-lo. Mais célere porque se antecipa à lesão, ao invés de persegui-la em momento posterior; mais adequada porque, por diversas vezes, o retorno ao chamado *status quo ante* se mostra materialmente impossível, forçando o Judiciário a buscar alternativas de compensação que, ainda que de maneira imperfeita, promovam algum tipo de reparação ao indivíduo lesado. É o que ocorre, por exemplo, nas corriqueiras ações de indenização por danos morais: é impossível desfazer o abalo moral experimentado preteritamente pelo autor da ação, razão pela qual eventual sentença de procedência lhe confere compensação pecuniária. Trata-se, à toda vista, de uma resposta insuficiente, sob a ótica da relação entre dano e reparação; muito melhor seria se o dano jamais tivesse sido experimentado.

Este endereçamento das ameaças ao direito, bem verdade, pressupõe a manifestação concreta de circunstâncias que revelem no mínimo tendência de violação, a fim de justificar provimentos judiciais de caráter emergencial. É assim, por exemplo, na apreciação de *habeas corpus*¹⁶⁰ de natureza preventiva, em que a tutela jurisdicional pretendida só é deferida mediante a observância de fatores externos reais que coloquem a liberdade do paciente em risco.

No âmbito do processo civil não é diferente, pois a legislação em vigor também condicionou as tutelas provisórias de urgência – eventualmente requeridas com vistas a evitar a violação de direito que se ache ameaçado – ao preenchimento de certos requisitos que evidenciem risco concreto de dano, observadas, ainda, outras peculiaridades¹⁶¹.

A partir da visão mais completa acerca da liberdade de acesso ao Judiciário, em sua estrutura multifacetada exposta até aqui, surgem outros obstáculos ao acesso à justiça que se mostram igualmente desafiadores, ainda que já parcialmente

¹⁶⁰ O inciso LXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, seguindo a mesma lógica do inciso XXXV em sua redação, faz referência à concessão de *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção.

¹⁶¹ O artigo 300 do Código de Processo Civil dispõe que a tutela de urgência só será deferida mediante a constatação de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

manejados jurídica e politicamente pelo Estado, ao longo das últimas décadas. A Constituição Federal de 1988, em sua completude, não se esquivou de abordá-los, como se vê na sequência.

2.2.2. Assistência jurídica gratuita como garantia de acesso à justiça

Como visto, a liberdade de acesso ao Judiciário não impede que o legislador infraconstitucional estabeleça certas condições para o exercício do direito de ação, desde que estas não inviabilizem referido exercício por completo, ou o tornem excessiva e desnecessariamente dificultoso.

Ocorre que, como é sabido, por vezes, determinadas condições acarretam custos e despesas ao jurisdicionado: notadamente, o condicionamento da propositura e andamento de uma ação ao pagamento de custas judiciais das mais variadas naturezas, ombreado pelos honorários devidos ao advogado, figura alçada à condição de indispensável à administração da justiça, pelo próprio texto constitucional¹⁶².

Ora, não se nega que o advogado, no exercício de sua profissão, faça jus a remuneração digna; tampouco que a provocação do Judiciário, em geral, exija daquele que o aciona certo comprometimento financeiro – tendo em vista, inclusive, o altíssimo custo da estrutura institucional que viabiliza a prestação jurisdicional – a fim, até mesmo, de desestimular demandas levianas e o prolongamento de conflitos de natureza insignificante. No entanto, por outro lado, tais medidas se carregam de relevância distinta, quando compreendidas a partir do contexto social brasileiro, profundamente sulcado pela desigualdade, marginalização e pobreza de grande parte da população. Segundo dados do IBGE¹⁶³, boa parte dos brasileiros conta com menos de um salário mínimo para seu sustento.

Disso, extrai-se que o atrelamento do direito de ação a despesas financeiras, por mais insignificantes que pareçam – e por mais justificável que se revele a medida – acabaria, sem a menor sombra de dúvidas, por alijar enorme parcela da população,

¹⁶² É esse o conteúdo expresso do artigo 133 da Constituição Federal de 1988.

¹⁶³ Segundo resultados de pesquisa promovida pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no ano de 2015, a renda per capita da maioria dos estados brasileiros – em especial daqueles integrantes das regiões norte e nordeste – é inferior a um salário mínimo, considerado, para efeitos desta pesquisa, como correspondente a R\$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais); informações extraídas do site oficial do IBGE; disponível em: www.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Renda_domiciliar_per_capita/Renda_domiciliar_per_capita_2015_20160420.pdf; acessado em 10 de abril de 2017.

que não dispõe de condições materiais que lhe permitam arcar com tal ônus. Neste deslinde, tal postura, pelo legislador infraconstitucional, configuraria inegável violação ao princípio fundamental constante do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, já comentado em epígrafe, na medida em que irremediavelmente acabaria por excluir, ainda que de maneira reflexa, da apreciação do Judiciário, lesões e ameaças ao direito daqueles que não dispusessem dos meios necessários ao atendimento de tais imposições, compreendidas como condição *sine qua non* ao exercício do direito de ação e, conseqüentemente, do próprio acesso à justiça.

Por outra via, como já se expôs, também não parece razoável, do ponto de vista econômico mesmo, se estabelecer a gratuidade universal do acesso ao Judiciário, visto que o exercício da jurisdição custa, e custa caro: estima-se que o Judiciário brasileiro custe aos cofres públicos nada menos do que aproximadamente oitenta bilhões de reais por ano¹⁶⁴.

A fim de lidar com este aparente paradoxo, a Constituição Federal de 1988 optou, ainda no artigo 5º, agora em seu inciso LXXIV, por garantir assistência jurídica integral e gratuita, prestada pelo próprio Estado, mas apenas àqueles que comprovem insuficiência de recursos, a princípio.

Trata-se de posicionamento que acompanha tendência que, há época da promulgação do texto constitucional, já às vésperas do início da década de 1990, se observava há mais de vinte anos pelo mundo ocidental. Explica Mauro Cappelletti:

O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência judiciária.¹⁶⁵

É necessário esclarecer, neste ponto, que a expressão empregada pelo texto constitucional, a saber, “assistência jurídica gratuita” não se confunde com a também conhecida “assistência judiciária” ou “justiça gratuita”, sendo mais ampla, por abranger

¹⁶⁴ Informação extraída do relatório “Justiça em Números” de 2016, elaborado a partir de pesquisa conduzida pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça; disponível em: www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/50af097ee373472788dd6c94036e22ab.pdf; acessado em 10 de abril de 2017.

¹⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. Cit.*, p. 31.

não apenas as custas e despesas inerentes ao próprio processo em si, como esta, mas também os encargos devidos ao advogado que patrocina a causa.

Feita tal distinção, em sequência ao que se expunha, as conclusões obtidas por aquele mesmo autor a partir de extenso estudo promovido em prol da melhor compreensão acerca da realidade atinente ao acesso à justiça, em diferentes contextos e realidades, o conduziram à síntese dos esforços e medidas adotadas nesse sentido, em algumas “ondas”, que em maior ou menor escala, se fizeram presentes em praticamente todos os países ocidentais, num mesmo período histórico. Destas, como ilustra o trecho acima, a primeira a se destacar diz respeito, justamente, à promoção da assistência jurídica.

Ainda segundo Cappelletti, a burocracia inerente a qualquer procedimento judicial torna indispensável o auxílio de um advogado¹⁶⁶, detentor de conhecimentos técnicos que lhe permitem navegar e conduzir seu cliente, titular do direito, em meio ao intrincado sistema de regras que permeia o funcionamento do Judiciário. Ocorre que, a princípio, os Estados se limitavam a impor à classe dos advogados, o dever legal de promover atendimento gratuito aos pobres¹⁶⁷, o que obviamente – embora oferecesse resultados quantitativos – deixava muito a desejar sob a perspectiva qualitativa do patrocínio prestado. Conforme explicita o autor, “os advogados (...) tendem mais a devotar seu tempo a trabalho remunerado que à assistência judiciária gratuita”¹⁶⁸, em óbvia consequência prática de um modelo teórico que pretendia impor ao particular o ônus de solidariedade de uma pretensão eminentemente pública.

Mais tarde, ainda no início do século XX, alguns países como a Alemanha e a Inglaterra promoveram reformas àquele sistema, instituindo um sistema de remuneração pública aos advogados que se dispusessem a prestar assistência jurídica aos cidadãos que não pudessem custeá-la, valendo destacar o estatuto inglês, já de 1949, que deu origem ao *Legal Aid and Advice Scheme*, reputado como um dos marcos de superação do paradigma liberal anterior, bem característico do *laissez-faire*¹⁶⁹. Trata-se, sem dúvida, do gérmen do que hoje constitui a Defensoria Pública – instituição mantida integralmente pelo Estado e responsável pela assistência jurídica

¹⁶⁶ *Idem*, pp. 31-32.

¹⁶⁷ As leis francesas, alemãs, italianas e algumas outras, editadas na segunda metade do século dezenove, estabeleceram para os advogados deveres de atendimento gratuito aos pobres; a este respeito, vide nota de rodapé de n.º 41, constante da p. 32, da mesma obra já citada.

¹⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. Cit.*, p. 32.

¹⁶⁹ *Idem*, pp. 32-33.

gratuita a todos aqueles que não disponham de meios para a contratação de um advogado particular.

Aliás, acerca do papel desempenhado pela Defensoria Pública, enquanto ferramenta de instrumentalização de um dos elementos essenciais à assistência jurídica gratuita, é fato que a Constituição de 1988 tratou de valorizá-la, versando acerca de sua importância e mesmo de sua criação e funcionamento, dedicando a ela uma seção inteira, no capítulo voltado às funções essenciais à administração da justiça.

Interessante notar que a Defensoria Pública foi disciplinada pelo texto constitucional em apartado da advocacia privada, sem dúvidas com vistas a realçar seu papel singular, enquanto mecanismo de garantia de acesso à justiça, em decorrência direta do mesmo inciso LXXIV do artigo 5º, já mencionado. Nesse sentido, o artigo 134 da Constituição Federal de 1988 estabelece a Defensoria Pública como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados; foi-lhe garantida, ainda, no parágrafo segundo do mesmo dispositivo, autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária, tendo por princípios a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

A despeito do caráter irrepreensível do texto, sabe-se, todavia, que as Defensorias Públicas – de responsabilidade estadual – raramente (ou quase nunca) logram êxito em cumprir com a plenitude de seu papel constitucionalmente estabelecido.

A instituição das Defensorias Públicas, na esteira do que prevê a própria Constituição Federal, é matéria a ser regulada por meio de lei complementar; ora, as diretrizes para a implementação das Defensorias Públicas no âmbito estadual só surgiram em 1994, na figura da Lei Complementar de n.º 80, sendo certo que alguns Estados só se dispuseram a instrumentalizá-las de maneira prática muito mais tarde, como no caso do Paraná, que até 2011, ainda não havia instituído sua Defensoria Pública Estadual.

O flagrante descaso político em relação ao tema – mais de duas décadas se passaram, antes que certos Estados se dispusessem a atender as disposições

constitucionais atinentes, e apenas em virtude de grande pressão popular – deixa transparecer a lamentável realidade, no que se refere ao fato de que o acesso à justiça, principalmente daqueles que menos tem e mais precisam, está muito longe de ocupar lugar de destaque na agenda pública. Trata-se de grave equívoco gestacional, já que mesmo outras demandas sociais de maior relevância aparente – saúde, educação, segurança, etc. – tem sua eficácia relativa ao indivíduo condicionada à capacidade deste de buscar o amparo estatal em caso de necessidade, como visto anteriormente.

E que não se negligencie o fato de que mesmo depois de criadas as Defensorias Públicas nas esferas estaduais, o seu funcionamento também se distancia do que desejara o constituinte, já que em diversos contextos, nota-se baixo efetivo, falta de estrutura e de recursos, além de outras circunstâncias que obstem o desempenho da instituição. Por exemplo, até o início do ano de 2016, a Defensoria Pública paranaense contava com pouco mais de setenta defensores, distribuídos em algumas poucas comarcas; considerando-se as mais de onze milhões de pessoas que povoam o Estado, alcança-se a conclusão de que cada defensor público teria de atender cerca de cento e cinquenta mil paranaenses, em média. Além disso, nem todas, ou ainda, pouquíssimas cidades contam com defensores públicos, já que a tendência é a concentração na capital e nas grandes comarcas. Segundo informações constantes do próprio site oficial da Defensoria Pública do Paraná, dos quase quatrocentos municípios paranaenses, apenas 22 contam com sedes próprias daquela instituição – aproximadamente 95% das cidades paranaenses não contam com defensores públicos¹⁷⁰.

A inequívoca demanda remanescente, daqueles que, incapazes de pagar um advogado, também não encontram amparo por parte da Defensoria Pública, acaba sendo absorvida, em parte, pela advocacia *pro bono* – recentemente regulamentada por provimento específico da OAB¹⁷¹ - e, em sua maioria, pelos núcleos de prática jurídica mantidos pelas diversas instituições públicas e privadas de ensino superior, a

¹⁷⁰ As informações objetivas constantes deste parágrafo foram obtidas junto ao site oficial da Defensoria Pública do Paraná, acessível em www.defensoriapublica.pr.def.br; acessado em 02 de dezembro de 2016.

¹⁷¹ Trata-se do Provimento de n.º 166/2015 do Conselho Federal da OAB, que definiu a advocacia *pro bono* como a prestação gratuita, eventual e voluntária de serviços jurídicos em favor de instituições sociais sem fins econômicos e aos seus assistidos, ou a pessoas naturais, sempre que os beneficiários não dispuserem de recursos para a contratação de profissional.

fim de viabilizar aos alunos da graduação em Direito a oportunidade de atuar, na prática, supervisionados por professores.

Nota-se que, na insuficiência do aparato público, restou à sociedade civil organizar-se de forma a tentar suprir a demanda de milhares de pessoas que, não dispondo de recursos suficientes ao custeio de um advogado particular, se vêem à mercê da solidariedade alheia, enquanto única via de acesso à justiça.

Ainda outro particular merece atenção, sobre este mesmo tema, qual seja, a garantia de gratuidade da justiça àqueles que eventualmente não disponham de meios que lhes permitam custear um processo judicial.

Como afirmado anteriormente, a proposta de que o exercício da jurisdição por parte do Estado pudesse se dar de maneira integralmente gratuita, em todas as esferas, corresponde a uma utopia, diante do elevado custo de funcionamento e manutenção da estrutura necessária à esta atividade. A esse respeito, afirma Cappelletti, a esse respeito:

A resolução formal de litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas. Se é certo que o Estado paga os salários dos juizes e do pessoal auxiliar e proporciona os prédios e outros recursos necessários aos julgamentos, os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide.¹⁷²

Se, por um lado, seria absolutamente inviável a implementação de um modelo que viabilizasse o litígio gratuito, impondo exclusivamente ao Estado os ônus financeiros da resolução de conflitos entre os particulares – inclusive porque tal sistema fatalmente conduziria à multiplicação de demandas temerárias, propostas pelos mais irrelevantes motivos, ante à inexistência de ônus ao acionamento da atividade jurisdicional – por outro, é indene de dúvidas a carência social por exceções que garantem o acesso à justiça, por meio de um processo judicial, daqueles que efetivamente não dispõem de meios para o pagamento das custas atinentes à deflagração e continuidade de uma lide formal.

A legislação brasileira, desde a década de 1950, já reconhecia esta necessidade; são notórias as disposições da Lei n.º 1.060/1950, que garantem a gratuidade da

¹⁷² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. Cit.*, pp. 15-16.

justiça aos necessitados, e que estabeleciam¹⁷³ condições mínimas para a concessão do benefício, facilmente atendidas, tais como a declaração de hipossuficiência, redigida de próprio punho pela parte.

A Constituição Federal de 1988 não apenas recepcionou o instrumento legal em questão, como avançou no endereçamento do assunto, ao impor à União e aos Estados a criação de juizados especiais, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas de menor complexidade¹⁷⁴. Anos depois, o Legislativo, por meio das Leis n.º 9.099/1995 e 10.259/2001, disciplinaria o funcionamento dos Juizados Especiais Estaduais e Federais, respectivamente, que embora tenham competência para apreciar apenas aquelas demandas de valor menos expressivo¹⁷⁵, ou de menor complexidade – inclusive na esteira do que previra o texto constitucional – dispensam os litigantes do pagamento das custas processuais.

Não há dúvidas de que a criação e implementação dos Juizados Especiais corresponde a um grande passo no campo do acesso à justiça, e não apenas no que se refere à sua gratuidade, mas também à sua informalidade, simplicidade e consequente celeridade, como há de se abordar mais adiante.

As chamadas “pequenas causas” eram, talvez, as mais afetadas negativamente pelas custas judiciais, em uma análise proporcional, o que invariavelmente conduz à litigiosidade contida, uma vez que ao indivíduo parece ser menos prejudicial simplesmente absorver o eventual prejuízo material ou moral que tenha suportado – ou, pior, promover justiça com as próprias mãos, em exercício arbitrário das próprias razões – do que se dispor a acionar o Judiciário, arcando com as custas de sua demanda e encarando um sistema excessivamente burocrático que lhe é estranho, quando o valor a ser discutido não se revela muito expressivo. O Juizado Especial, nesse sentido, lhe oportuniza a chance de buscar a jurisdição enquanto ferramenta de pacificação social, sem que tenha de se submeter à desproporcionalidade dos ônus que pendem sobre a via tradicional de acesso ao Judiciário.

¹⁷³ O verbo encontra-se no passado, pois a Lei n.º 1.060/1950 foi parcialmente revogada pela Lei n.º 13.105/2015 – o novo Código de Processo Civil – em especial naquilo que se refere aos requisitos e formalidades para a concessão do benefício; tais alterações serão objeto de análise aprofundada mais adiante.

¹⁷⁴ Trata-se do enunciado normativo constante do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

¹⁷⁵ O limite do valor da causa para os Juizados Especiais Estaduais é de 40 salários mínimos, conforme artigo 3º da Lei n.º 9.099/1995, e de 60 salários mínimos, nos Juizados Especiais Federais, na esteira do que dispõe também o artigo 3º, da Lei n.º 10.259/2001.

Quanto a isso, Cappelletti aborda a questão das pequenas causas com propriedade:

Causas que envolvem somas relativamente pequenas são as mais prejudicadas pela barreira dos custos. Se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade. (...) Na Alemanha, por exemplo, as despesas para intentar uma causa cujo valor corresponda a US\$ 100, no sistema judiciário regular, estão estimadas em cerca de US\$ 150, mesmo que seja utilizada apenas a primeira instância (...).

Além da questão atinente às despesas inerentes ao processo propriamente dito, a legislação que disciplina o procedimento dos Juizados Especiais também excepcionou a regra geral que exige que as partes ingressem em juízo sempre representadas por um advogado – a indispensabilidade da capacidade postulatória – permitindo que, em determinadas circunstâncias, os litigantes busquem o amparo do Judiciário desacompanhados de um causídico, contando com o auxílio e respaldo da própria estrutura dos Juizados para a dedução de suas pretensões¹⁷⁶.

Inúmeras são, pois, as disposições constitucionais e legais que convergem para a instituição e sustentação de um sistema de amparo excepcional àqueles que, por sua condição social e econômica, não dispõem de condições materiais que lhes permitam arcar com as custas diretas e indiretas de um processo judicial, evitando, assim, que o acesso à justiça, enquanto princípio fundamental norteador de toda a ordem jurídica, se alce a posição inalcançável por expressiva parcela do povo.

Quanto à efetiva subsunção de tais normas aos casos concretos, todavia, nota-se preocupante discrepância entre a intenção constitucional e a realidade, que permeada pela atuação cotidiana dos operadores do direito – advogados, magistrados, promotores, defensores, etc. – por vezes, e vezes demais, acaba por não conferir guarida aos destinatários mais óbvios das garantias elencadas até aqui.

¹⁷⁶ O artigo 9º da Lei n.º 9.099/1995 dispõe que a assistência por advogado é facultativa nas causas cujo valor não exceda vinte salários mínimos, garantindo, em seu § 1º, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial; outrossim, o artigo 10 da Lei n.º 10.259/2001 estabelece que as partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, podendo estes ser advogados ou não.

2.2.3. Razoável duração do processo como garantia de acesso à justiça

Superado, ao menos na teoria, o obstáculo dos custos inerentes a um processo judicial, surge novo desafio capaz de novamente nublificar o acesso à justiça, na figura da excessiva demora na prestação jurisdicional perseguida pelos litigantes.

É que não se pode, frise-se, confundir o acesso à justiça com o mero acesso ao Judiciário, já que a efetiva tutela do direito, almejada pelas partes, não se concretiza, naturalmente, com a distribuição da petição inicial, nem mesmo com o despacho inicial que eventualmente a receba. Acessar o Judiciário, por meio da propositura de uma demanda judicial, nada mais é do que o primeiro passo a ser dado, na substancialmente mais longa caminhada que antecede a materialização do acesso à justiça, quando compreendido, como já vimos, enquanto a maximização da eficácia de todo o arcabouço de direitos e garantias conferido aos cidadãos pelo ordenamento jurídico em vigência.

O credor que busca no Judiciário a força legítima para compelir o devedor ao necessário adimplemento não se sente justificado ao ser cientificado pelo seu advogado acerca do protocolo da petição exordial que deflagra a lide; a ele, pouco interessam os trâmites processuais, pois o que efetivamente almeja é a decisão judicial que reconhece seu crédito e, ainda mais do que ela, o funcionamento dos mecanismos executórios que culminem em sua concreta satisfação.

Nota-se, pois, que tanto a inafastabilidade da jurisdição quanto a assistência jurídica gratuita, nos moldes delineados acima – em que pese sua inegável importância – visam promover, a rigor, o acesso ao Judiciário, sendo insuficientes, se solitárias, mormente ante a conclusão de que a justiça não cumprimenta o cidadão na porta de entrada do órgão jurisdicional, mas sim o aguarda na porta de saída.

A intempestividade na prestação da tutela perseguida pelos litigantes pode, muito bem, torná-la inócua, quando finalmente concedida, malogrando todos os esforços constitucionais e legais que meramente garantam o direito de instauração e manutenção de um processo judicial, sem que se disponham a disciplinar sua efetiva duração. O fator do tempo é, nota-se, crucial nesta equação.

Sobre isso, discorre Vinícius José Corrêa Gonçalves:

Um dos principais motivos impulsionadores das reformas atualmente empreendidas é, indubitavelmente, a lentidão do Poder Judiciário. A excessiva demora para o julgamento das demandas judiciais é fator gerador de grandes injustiças, além de constituir verdadeiro óbice à função de pacificação social e, ainda, à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça. Com efeito, de pouco ou nada vale atingir a justiça substancial com excessivo atraso. A demanda que se prolonga por anos e anos transforma-se em instrumento de revolta e indignação para aqueles que dela esperam ansiosamente por uma solução em suas vidas.¹⁷⁷

É celebre a expressão atribuída a Rui Barbosa, no sentido de que a justiça tardia nada mais é do que injustiça institucionalizada. Logo, o acesso à justiça, como se quer enxergá-lo no presente trabalho, há de se vincular de maneira muito mais íntima ao “descesso” do que ao mero acesso ao Judiciário, em especial no que diz respeito às camadas mais pobres da sociedade, que sem a menor sombra de dúvidas são as mais afetadas pela demora do Estado no exercício da jurisdição, já que não raro dependem dele para a manutenção de sua dignidade.

É ilustrativa a posição de Luiz Guilherme Marinoni, que estabelece uma relação entre a demora de um processo e o seu custo, que será obviamente tanto mais árduo, quanto mais dependente for a parte litigante da pretensão que deduz em juízo. Esclarece que “quando o autor não depende economicamente do valor em litígio, ele obviamente não é afetado como aquele que tem o seu projeto de vida, ou o seu desenvolvimento empresarial, vinculado à obtenção do bem ou do capital objeto do processo”¹⁷⁸, salientando que aquele que se veja demasiadamente dependente do objeto da demanda, fatalmente acabará por ceder à morosidade do processo, em benefício de outrem que, embora eventualmente não tenha a seu lado a razão e a justiça, se mostre menos prejudicado pela demora do Judiciário¹⁷⁹.

A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, firmada em 22 de novembro de 1969, em San José, na Costa Rica, por diversos países – dentre eles o Brasil – já estabelecia, em seu artigo 8º, a toda pessoa o direito a ser ouvida por um juiz ou tribunal competente, dentro de um prazo razoável, a fim de que se determinem seus direitos ou obrigações de cunho civil, trabalhista, fiscal, ou de qualquer outra natureza. A despeito disso, o texto original da Constituição Federal de 1988 silenciava a este

¹⁷⁷ GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. *Tribunais Multiportas: Pela Efetivação dos Direitos Fundamentais de Acesso à Justiça e à Razoável Duração dos Processos*, Curitiba: Editora Juruá, 2014, pp. 61-62.

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 187.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 188.

respeito, tendo permanecido inalterado, nesta seara, por décadas, mesmo depois da ratificação daquele documento internacional, em 1992¹⁸⁰. Foi só no ano de 2004¹⁸¹, por meio da Emenda Constitucional n.º 45 – promotora de uma extensa reforma sistemática do Judiciário – que a razoável duração dos processos foi positivada, enquanto direito fundamental de natureza individual, com a inclusão do inciso LXXVIII ao artigo 5º do texto constitucional, a assegurar a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Vale lembrar que esta alteração – quiçá seja, talvez, a mais relevante – não foi a única promovida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, com vistas ao fortalecimento do acesso à justiça. Destacam-se, ainda, diversas outras, como lembra Rodrigo Pires da Cunha Boldrini:

Por força dessa Emenda, em homenagem ao acesso à Justiça, outras alterações foram feitas, a saber:

- a) o art. 93, II, “c” passou a prever produtividade e presteza no exercício da jurisdição como critérios para aferição do merecimento a fim da promoção de magistrados;
- b) incluiu-se o inciso XII no art. 93, que proibiu férias coletivas no Poder Judiciário e previu plantão permanente nos dias em que não houver expediente forense normal, propiciando que a atividade jurisdicional seja ininterrupta;
- c) incluiu-se o inciso XIII no art. 93, que estabeleceu que o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população;
- d) incluiu-se o inciso XV no art. 93, que determina que a distribuição de processos seja imediata em todos os graus de jurisdição;
- e) incluíram-se os artigos 107, §3º e 125, §6º, que permitiam a descentralização dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais

¹⁸⁰ Nesse sentido, conferir o Decreto n.º 678/1992 da Presidência da República.

¹⁸¹ A fim de se evitar conclusões distorcidas, é válido esclarecer, aqui, que a demora na promoção da indiscutivelmente necessária reforma do Judiciário a que se propunha a Emenda Constitucional n.º 45 não se deu em virtude de desídia do Legislativo em introduzir a proposta – sendo certo que a exposição de motivos da PEC correspondente, datada do mesmo ano de 1992, revela que o projeto submetido ao crivo parlamentar fora fruto de profundo trabalho de pesquisa junto às mais diversas instâncias jurisdicionais – e sim em decorrência da absurda demora na aprovação dela, que alongou-se por mais de uma década. Tal circunstância, inclusive, não deixa de ser um convite à reflexão acerca do prejuízo ao acesso à justiça em uma etapa ainda anterior à da demora do Judiciário, que por vezes é lento em tutelar direitos: a demora do Legislativo em instituir, de maneira democrática, tais direitos, pelos quais anseia a sociedade. Trata-se, no entanto, de tema tão complexo quanto interessante, a ser abordado, talvez, em outra oportunidade, por questões metodológicas.

Federais, por meio da Constituição de Câmaras Regionais, a fim de assegurar o pleno acesso à Justiça em todas as fases do processo.¹⁸²

As várias implementações destacadas acima, em conjunto com outras que ainda poderiam ser citadas, por um lado revelam a intenção pública de instituir instrumentos legais que conduzam a atividade jurisdicional ao cumprimento da garantia constitucional ao redor de um prazo razoável para a solução de litígios; por outro, todavia, deixam transparecer a complexidade do tema, cuja solução naturalmente não se alcançará de maneira simples.

A inserção da produtividade e da presteza no exercício da jurisdição, no rol dos critérios apreciados na promoção de magistrados pela via do merecimento, aliada ao programa de metas instaurado pelo CNJ, em sua função fiscalizadora, certamente contribuiu para a diminuição do tempo médio de tramitação dos processos em geral; todavia, o outro lado da moeda se mostra preocupante, pois parece haver uma inevitável proporção inversa entre celeridade e adequabilidade no processo de convencimento e decisão dos órgãos jurisdicionais: ações complexas, julgadas apressadamente sob pressão de mecanismos externos, tendem a convergir para desfechos mais rápidos, porém menos adequados.

O mesmo se observa quanto à atuação dos Juizados Especiais, sobre os quais já se versou em tópico anterior, sob o enfoque da gratuidade da justiça. É que além de dispensar os litigantes do pagamento das custas processuais e dos honorários de sucumbência aos advogados, os Juizados Especiais também prezam pela celeridade na tramitação das demandas, que justamente por isso devem ser essencialmente menos complexas e de valor menos expressivo. Também por este motivo, a dilação probatória naquela instância é menos elástica do que em outras, e a possibilidade de impugnação das decisões também é mais restrita¹⁸³. Tais restrições trazem inegável

¹⁸² BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. Acesso à Justiça como Garantia de Igualdade, em TRINDADE, Edi Aparecido; FILHO, Oscar Mellim (orgs.). Acesso à Justiça, Campinas: Ed. Alínea, 2012, p. 40.

¹⁸³ A ritualística a ser observada no âmbito dos Juizados Especiais, conforme legislação atinente, estabelece uma série de restrições processuais às partes, que com elas anuem tacitamente quando optam por aquela via, valendo destacar a inadmissibilidade de perícia, o descabimento da intervenção de terceiros e a impossibilidade de questionamento das decisões interlocutórias por meio de agravo de instrumento; este último exemplo ilustra com propriedade a contraposição entre celeridade e adequabilidade, visto que a exclusão da possibilidade de impugnação das decisões proferidas ao longo do processo contribui consideravelmente para um desfecho mais rápido da lide, mas reverte-se em motivo de grave insatisfação, caso a condução da lide se mostre turbulenta, pois os litigantes se veem de mãos atadas (ao menos no que tange ao exercício do duplo grau de jurisdição) até a prolação da sentença, valendo, ainda, destacar, que não raro tal tarefa fica a cargo de juízes leigos.

benefício no campo da celeridade, mas abrem espaço para a inadequabilidade da tutela.

O deslinde deste indesejado efeito colateral é o risco de fundamentação inadequada ou inexistente das decisões, compelindo a parte vencida – ou, por vezes, ambas as partes, quando há sucumbência recíproca – à impugnação da decisão por meio de recurso, prolongando a lide, que agora deve se submeter ao crivo das instâncias superiores, antes de enfim encontrar seu desfecho.

É interessante notar que a duração razoável do processo, garantida pelo texto constitucional – embora na maioria das vezes compreendida como mola impulsionadora da tramitação acelerada – em verdade não corresponde, na exata mesma medida, à simplista leitura de “quanto mais rápido, melhor” que cotidianamente lhe desejam emprestar. Longe disso, a escolha do termo “razoável” diz muito acerca do real significado do enunciado normativo em análise, que aponta para a necessidade de equilíbrio, no exercício da jurisdição, entre os dois pólos dicotômicos que se polarizam, a saber, justamente a celeridade e a adequabilidade. Nesse sentido, o caminhar do processo não deve ser tão lento a ponto de que, quando de seu desfecho, a tutela pretendida pelas partes se mostre inócua diante do lapso temporal transcorrido; por outro lado, também não deve ser tão apressado, que impeça o magistrado de formar seu convencimento acerca das questões que permeiam a lide, de maneira completa e clara, fundamentando seu posicionamento de modo que mesmo a parte que eventualmente se veja vencida e, quiçá, inconformada com o resultado da lide, seja forçada a reconhecer que o exercício da jurisdição ocorreu de modo satisfatório – houve o respeito dos princípios constitucionais que a norteiam.

É fato consolidado que as barreiras ao acesso à justiça, em suas mais variadas matizes, se revelam intrincadamente inter-relacionadas, e justamente por isso sua superação se mostra ainda mais desafiadora. Também Cappelletti e Garth trazem um alerta quanto a isto:

Muitos problemas de acesso são inter-relacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro. (...) Um estudo sério do acesso à Justiça não pode negligenciar o inter-relacionamento entre as barreiras existentes.¹⁸⁴

¹⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. Cit.*, p. 29.

Felizmente – ou infelizmente, talvez – a realidade observada atualmente no cenário do Judiciário não justifica maiores preocupações com a segunda porção do alerta acima: se não há falta de decisões inadequadas, estas dificilmente se devem à celeridade exagerada da tramitação do processo em que foram proferidas, originando-se, lamentavelmente, de outros fatores de natureza bem mais subjetiva. Em palavras mais simples, o risco de que as demandas sejam julgadas rápido demais é praticamente nulo, no contexto que se afigura hodiernamente, e desmerece maiores atenções.

Já a morosidade processual, diversamente, é um dos grandes óbices ao acesso à justiça, hoje, sendo provavelmente a maior razão do descrédito do Judiciário perante a sociedade.

Aliás, é de se notar que a crescente frustração popular em relação à capacidade do Estado de atender aos seus anseios, no âmbito judicial, pode ser melhor compreendida quando enxergada à luz do caminhar contínuo da sociedade rumo a uma dinâmica de relações cada vez mais acelerada, com a consequente supervalorização do tempo e da habilidade de empregá-lo nas mais diversas atividades imagináveis. A capacidade jurisdicional do Estado, na contramão deste fenômeno, se mostra cada vez mais truncada, pois com o crescimento vertiginoso da população, cresce também – em quantidade e em complexidade – o montante de conflitos que demandam uma solução, culminando no congestionamento de todas as instâncias do Judiciário, que se vê acionado ininterruptamente.

Em sua obra, Ivan de Oliveira Silva descreve este paradoxo entre os anseios de uma sociedade cada vez mais imediatista e a incapacidade estatal de atendê-los:

A morosidade processual caminha no sentido inverso dos anseios da sociedade, haja vista que o cenário hodierno, no exercício de transações diversas, apregoa o máximo aproveitamento de tempo. Para tanto, necessária a existência de instituições públicas dotadas para acompanhar adequadamente este ritmo. O problema, em alguns casos, chega a ser crítico, pois, enquanto de um lado, temos uma sociedade formada de pessoas que em geral, exaltam e buscam o dinamismo, do outro lado, infelizmente encontramos um sistema lento e incapaz de suprir a necessidade social.¹⁸⁵

¹⁸⁵ SILVA, Ivan de Oliveira. *A Morosidade Processual e a Responsabilidade Civil do Estado*, São Paulo: Ed. Pillares, 2004, p. 32.

Há mesmo potencial extremamente lesivo no prolongamento desarrazoado de uma lide, pois se para advogados, juízes e promotores, a continuidade de um processo que se arrasta por anos a fio pode ser mero inconveniente profissional, para a parte que anseia por um desfecho e não raro dele depende, trata-se de fator de gravíssimo abalo psicológico e emocional. O já citado autor, a este propósito, conclui que “no que se refere ao impacto psicológico, para as partes e interessados em geral, o processo é algo terrível e angustiante, capaz de propiciar momentos de ansiedade e sofrimento”¹⁸⁶, em análise que traz a memória o calvário enfrentado por Josef, o protagonista da obra “O Processo”, de Franz Kafka, que vendo-se arrastado a um processo judicial sem fim, angustia-se tanto a ponto de buscar a própria morte¹⁸⁷.

Se o desfecho do enredo ficcional é um tanto quanto dramático, não há dúvidas de que, por outro lado, os sentimentos de impotência e angústia experimentados pela personagem ao longo da narrativa refletem com maestria o estado de espírito de praticamente qualquer indivíduo que, sendo parte em um processo – autor ou réu – não vislumbra perspectiva de se desvencilhar dele.

Mas qual será, afinal, a medida razoável de duração de um processo? Não parece provável que se pretenda estabelecer uma resposta – ou mesmo respostas – concreta a partir de critérios objetivos, ante a inerente singularidade de cada demanda. O conhecido clichê que repousa sobre a assertiva de que cada caso é, de fato, um caso, aponta para a verdade de que um processo jamais será idêntico a outro, ainda que extremamente semelhantes. Logo, também se conclui que a razoabilidade na duração do processo deve, necessariamente, ser aferida de modo igualmente singular, a partir das circunstâncias que permeiam cada lide.

Novamente, Ivan de Oliveira Silva chancela tal conclusão:

(...) de início, forçoso reconhecer que não há possibilidade lógica de, em nome de uma suposta uniformização dos prazos processuais, criar uma espécie de tabela contendo um elenco de prazos para a finalização de determinados litígios levados ao Judiciário. Esta abstração, pelas variantes apresentadas em cada situação particular, é inconcebível. Em verdade, estaríamos sendo levianos se, porventura, nos lançássemos à lúgubre tentativa de estipular, aleatoriamente, em fração de dias ou meses, qual o tempo ideal para a conclusão de um dilema levado à fronteiras do Judiciário.¹⁸⁸

¹⁸⁶ *Idem*, p. 34-35.

¹⁸⁷ KAFKA, Franz. *O Processo*, 3ª edição, São Paulo: Ed. Martin Claret, 2009.

¹⁸⁸ SILVA, Ivan de Oliveira. *Op. Cit.*, pp. 44-45.

Tal constatação não impede, todavia, que se tracem limites amplos ao lapso temporal máximo e mínimo de uma demanda, desde que estes permitam uma considerável margem de flexibilidade que lhes torne capaz de se amoldar à individualidade essencial a cada caso. Assim, embora não seja possível precisar exatamente qual o prazo razoável para o desfecho de uma ação de conhecimento qualquer, parece óbvio que uma sentença proferida em menos de uma semana será tão inadequada quanto será intempestiva outra proferida somente depois de dez anos – e incrivelmente nenhum dos dois cenários se assoma enquanto impossível, no amplo espectro de ilustrações esdrúxulas que é o Judiciário brasileiro.

E é justamente esta indefinição, esta qualidade acinzentada e extremamente nublada da razoável duração do processo que ao mesmo tempo dificulta sua concretização, e traz indignação ao jurisdicionado; afinal, o transcurso do tempo é percebido de maneira sensivelmente distinta, a depender da conjuntura a que se submete aquele que o percebe. O que é perfeitamente razoável a alguns, pode ser e fatalmente será absurdamente desarrazoado para outros, sem que haja quem possa refutar qualquer um dos lados (ressalvados os exageros, como dito).

Também por isso é muito mais profícuo que se empreendam esforços no campo da análise das causas e possíveis soluções à morosidade do Judiciário, do que a se buscar, em vão, estabelecer fronteiras objetivas a um adjetivo primariamente subjetivo como a razoabilidade. Nisso pauta-se a sequência deste trabalho.

Parece incontroverso que a principal circunstância a ser avaliada, nessa contextura, seja o congestionamento do Judiciário, inundado que aparentemente sempre esteve e continua a estar, por um sem número de demandas pendentes de julgamento, que abarrotam – literal e figurativamente – as diversas instâncias jurisdicionais.

O Relatório Justiça em Números, disponibilizado pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça anualmente já há mais de uma década¹⁸⁹ é um relevante espelho desta realidade: segundo a edição de 2016, o Judiciário conta, atualmente com quase setenta e quatro milhões de casos pendentes, em todas as suas esferas¹⁹⁰. O mesmo

¹⁸⁹ Todas as edições do Relatório Justiça em Números encontram-se acessíveis para consulta por meio do site oficial do CNJ – Conselho Nacional de Justiça; disponível em www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros; acessado em 10 de abril de 2017.

¹⁹⁰ Justiça em números 2016 - Infográficos: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016, p. 13.

documento traz um indicativo de aumento desse número, em relação ao estudo prévio, na ordem de 2,6%. Ainda mais reveladora é a breve exposição encontrada no bojo do Relatório referente ao ano imediatamente anterior, de 2015, que aponta um crescimento de quase vinte por cento no número de demandas pendentes, em um período de seis anos¹⁹¹.

Tais indicativos não deixam de transparecer outros aspectos de natureza social e econômica presentes no cenário nacional, principalmente quando contrastados com outros dados complementares que lhes emprestam ainda mais significado. Por exemplo, a pesquisa conduzida pelo CNJ no ano de 2016 concluiu que quase um quarto¹⁹² de todas as demandas em trâmite atualmente se devem a pretensões laborais deduzidas por trabalhadores em busca de verbas rescisórias não pagas. Quase dez por cento¹⁹³ deste total corresponde a litígios deflagrados por consumidores, percentual seguido de perto¹⁹⁴ pelas ações de natureza tributária, por meio das quais o Estado busca o ressarcimento do erário lesado.

O reflexo direto disso é o consideravelmente longo tempo de tramitação dos processos em geral, que demoram em média quase dois anos para alcançar uma sentença de primeiro grau, e mais nove meses para serem baixados da segunda instância, havendo recurso, nas esferas dos Estados. Caso se faça necessária a execução forçada do julgado, o tempo dos processos pendentes naquele âmbito do Judiciário é de quase nove anos¹⁹⁵.

Ciente de que o congestionamento do Judiciário constitui alarmante óbice à concretização do acesso à justiça, nos moldes delineados pelo texto constitucional, o CNJ tem buscado continuamente implementar mecanismos e fomentar instrumentos que, de alguma forma, se mostrem capazes de reduzir o número de demandas – novas e pendentes – sem ferir a garantia de inafastabilidade da jurisdição assegurada aos cidadãos. Parte destes esforços convergem para o incentivo e a divulgação dos meios consensuais de resolução de conflitos, que conduzem os litigantes à perseguição de um lugar comum em meio à disputa de seus interesses, a fim de

¹⁹¹ A porcentagem exata é de 19,1%; cf. Justiça em números 2015 – Executive Summary: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2015, p. 13.

¹⁹² A porcentagem exata é de 22,6%; cf. *Op. Cit.*, p. 10.

¹⁹³ A porcentagem exata é de 9,6%; *ibidem*.

¹⁹⁴ A porcentagem exata é de 8,3%; *ibidem*.

¹⁹⁵ *Idem*, p. 11; esta realidade praticamente se repete no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, segundo dados do mesmo relatório, contrariando a expectativa de que corresponderiam a uma alternativa expressivamente mais célere ao jurisdicionado.

viabilizar a composição e a pacificação, movimentando mecanismos jurisdicionais o mínimo possível.

Esta tarefa tem se mostrado especialmente difícil, diante de uma cultura essencialmente demandista e contenciosa arraigada na mentalidade da população, que dificilmente anui com o comprometimento e renúncia recíprocos, necessários a um acordo, em qualquer medida, preferindo insistir na busca pela decisão judicial, ainda que extremamente mais demorada, custosa e, conseqüentemente, desvantajosa, em geral. Ao menos é o que conclui o próprio CNJ:

As pesquisas demonstram que os meios consensuais foram responsáveis por apenas 11% da solução dos conflitos, apesar do imenso investimento do CNJ e dos tribunais, desde 2006, em atos normativos, campanhas, sistemas e atividades de capacitação.¹⁹⁶

Nota-se que de todos os conflitos trazidos à atenção do Estado, quase noventa por cento desembocam no exercício da jurisdição, por meio de processos formais que só alcançam o seu desfecho com a de decisão judicial imposta às partes.

Por outro lado, iniciativa que tem resultado em aparente sucesso é a migração da forma física dos processos para o meio eletrônico. Há alguns anos, a maioria das instâncias do Judiciário, sob a batuta do CNJ, só admite a distribuição digital de novas ações, e a conversão do papel para o virtual dos processos já em andamento indica que provavelmente, em um futuro próximo, todas as demandas – novas e pendentes – tramitarão exclusivamente pela via eletrônica.

Trata-se de avanço digno de comemorações, segundo o CNJ, que celebrou a constatação de que o número de novos casos eletrônicos superou, pela primeira vez, em 2015, o número de casos novos físicos:

As expectativas são muitas, e se projetam no sentido da agilização do processamento das demandas. Mais do que isso, o processo eletrônico é um “gatilho” para uma série de outras mudanças que alterarão substancialmente o espaço e o fluxo de trabalho, além do próprio *modus operandi* dos operadores da Justiça.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016, p. 382.

¹⁹⁷ *Idem*, p. 381.

A informatização da atividade jurisdicional – ainda que tardia, haja vista o estágio atual do avanço tecnológico e digital nas mais diversas outras áreas do conhecimento e mesmo da atuação estatal – reveste-se de grande potencial e carrega consigo as esperanças de que possa ser, no termo empregado pelo próprio CNJ, o “gatilho” que viabilizará uma completa reestruturação do funcionamento do Judiciário, tornando-o mais produtivo, eficiente, e menos dependente da atuação humana direta (e, por via de consequência, menos suscetível a falhas decorrentes da subjetividade inerente a ela), ao menos no que diz respeito às atividades auxiliares, que não digam respeito especificamente ao exercício da jurisdição propriamente dito, mas a todo o conjunto de atos que se fazem necessários a fim de viabilizá-lo, de forma conexa.

Este processo – agora na acepção mais ampla do vocábulo – visa dinamizar e otimizar o cotidiano não apenas de servidores e magistrados, mas também, e talvez principalmente, dos advogados, que agora, dentre outras importantes mudanças, são capazes de acompanhar e movimentar as demandas em que atuam, sem sequer sair de seus escritórios.

Tanto a promoção das vias alternativas de resolução de conflitos, quanto os maciços investimentos que têm sido realizados em prol da ampliação do novo paradigma digital dos processos, representam, com certeza, interessantes avanços no combate e tentativa de superação da morosidade do Judiciário.

No entanto, é fato que tal tarefa não deve, e nem pode, ser enfrentada unilateralmente por uma das facetas do Estado, enquanto as demais instituições públicas, às quais a Constituição Federal não tenha confiado tipicamente o exercício da função jurisdicional, se quedam inertes, como se avessas fossem à questão, tanto do congestionamento e da lentidão do Judiciário, mencionadas neste tópico, quanto do acesso à justiça em geral, visto ser tema de relevância crucial à própria manutenção da ordem social, conforme demonstrado.

É papel, por conseguinte, do Estado como um todo, em todas as suas esferas – e mesmo da sociedade civil – conscientizar-se e mobilizar-se no endereçamento desta problemática que se torna mais e mais evidente.

2.3. Interação Harmônica entre as Funções do Poder do Estado na Promoção do Acesso à Justiça

São diversas as críticas possíveis às opções textuais que culminaram na redação do artigo 2º da Constituição Federal de 1988¹⁹⁸.

Em primeiro lugar, há que se questionar a pluralização presente no termo “poderes”, quando a doutrina majoritária não deixa espaço para dúvidas acerca da natureza singular e indivisível do Poder, identificado diretamente com a soberania – embora com ela não se confunda¹⁹⁹ –, enquanto um dos elementos identificadores do Estado, em seu paradigma moderno. Autores há, inclusive, que sustentem que Estado e Poder se mesclam em uma amálgama de indistinção, sendo uno o Poder, na mesma medida em que é um o próprio Estado, como explica Dalmo de Abreu Dallari:

O problema do poder, para muitos autores, é o tema central da Teoria Geral do Estado, havendo mesmo quem sustente que o Estado não só tem um poder mas é um poder. Esta é precisamente a teoria de BURDEAU, que conceitua o Estado como a institucionalização do poder. (...) O Estado é poder, e por isso seus atos obrigam; (...) se ele dura tanto, a despeito das contingências históricas, é porque encarna uma ideia, a imagem de ordem que é o próprio fundamento do poder.²⁰⁰

Também é digna de repreensão a atribuição do Poder – ou dos “Poderes”, como quis o texto constitucional – à figura da União, já que esta, no contexto do pacto federativo, corresponda a apenas um dos diversos entes federados, que à semelhança dos demais (estados-membros, municípios e o Distrito Federal), não se reveste de soberania, mas tão somente da limitada dose de autonomia que lhe tenha sido conferida pela própria Constituição Federal.

O próprio artigo 18 do texto constitucional é expresso ao estabelecer que os entes que integram a organização político-administrativa da República são, todos, autônomos, taxativamente²⁰¹.

¹⁹⁸ A redação textual do dispositivo é a seguinte: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

¹⁹⁹ A esse respeito, Darcy Azambuja esclarece que “A esse poder do Estado, que é supremo, que é o mais alto em relação aos indivíduos e independente em relação aos demais Estados, os escritores clássicos denominam soberania. Veremos, no entanto, que não se pode identificar o poder do Estado com a soberania”; cf. AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*, 44ª edição, São Paulo: Ed. Globo, 2006, p. 49.

²⁰⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu, *Op. Cit.*, p. 110.

²⁰¹ BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Não se nega que a União possa, de fato, atuar em nome de toda a Federação, como quando, no plano internacional, representa o País ou ainda, no plano interno, intervém em um dos estados; não obstante, não há confusão entre a União, enquanto ente autônomo, e a República, o Estado soberano, este sim detentor do Poder a que se refere o artigo 2º da Carta Constitucional.

Esta colocação é facilmente verificável na prática, sendo fato incontestável que cada um dos estados-membros, no desdobramento das atribuições que lhes tenham sido confiadas pela Constituição Federal, conta com sua exclusiva esfera de exercício do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, sobre as quais a União não interfere ou exerce qualquer tipo de controle direto ou indireto, em circunstâncias normais. Mesmo os municípios, incluídos no pacto federativo, de modo vanguardista, pelo texto constitucional de 1988, dispõem de Executivo e Legislativo próprios, cujo funcionamento não se vincula ao estado em que se inserem nem à União. Incongruente, portanto, a afirmação de que tais expressões do Poder pertenceriam exclusivamente, ou mesmo majoritariamente, à União.

Muito mais coerente do que rotular o Legislativo, o Executivo e o Judiciário de “Poderes da União”, como fez o Poder Constituinte Originário, seria defini-los como funções, ou ainda, expressões organizacionais do Poder Nacional, ou do Poder da República, esta, sim, soberana e, portanto, titular do Poder.

Finalmente, também se questiona a indicação de que a relação entre as três esferas do Poder já citadas, seria realmente de independência e harmonia. Aliás, o contraste entre estes dois termos conduz, *per sí*, à insustentabilidade semântica: não pode haver harmonia na independência, visto que uma relação harmoniosa pressupõe a combinação de elementos que interagem entre si de modo a produzir um resultado agradável e proveitoso; pressupõe, ainda, a concordância e convergência destes elementos a uma mesma finalidade, em uma coexistência livre de conflitos e dissonâncias. Não à toa, o conceito de harmonia é muito mais presente no campo das artes: não há música sem harmonia, que aqui ocorre por meio da justaposição de sons, de notas individuais que se sobrepõem de modo a causar efeitos e sensações que só podem mesmo resultar desta conjugação plural.

É de se concluir, disso, que independência e harmonia estão, na realidade, em extremos opostos: a harmonia só se sustenta pela supressão da individualidade dos sons e timbres que se misturam, para que aquele que ouve, ouça o todo, e não as partes; a melhor orquestra será aquela em que todos os instrumentistas sejam

capazes de dissolver sua própria individualidade em prol do que se pretende alcançar coletivamente, e o instrumento que eventualmente, de modo independente, pretenda trilhar um caminho diferente, desenhando sua própria melodia singular – por mais bela que seja – imediatamente rompe com a harmonia que até ali se construía.

Não, definitivamente não há espaço para a independência na harmonia. É possível que três elementos sejam independentes entre si, e é possível que sejam harmônicos, mas não parece plausível que busquem uma relação de harmonia, sem que, ao mesmo tempo, se disponham a abrir mão de sua independência; ora, independência, em uma análise etimológica das mais simples, naturalmente significa ausência de dependência, apontando para a condição de algo ou alguém que existe e que pode continuar a existir sem prejuízo algum, na completa ausência de outra coisa ou de outrem, de que ou quem seja independente.

Não parece ser esta a intenção da Constituição acerca da essência da relação entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Diante das considerações acima, naturalmente que se espera a interação harmônica entre eles, ainda que isto signifique, por outra via, um afastamento em relação à independência, gravada textualmente, mas que, por razões óbvias, não se observa na prática: não há que se falar em existência ou funcionamento de uma das esferas do Poder, sem as outras. Pelo contrário, a existência e o funcionamento de cada uma delas, em equilíbrio, é condição indispensável à concretização da harmonia pretendida, já que os exemplos pontuais de atuação independente – fora de uma relação de dependência e subordinação mútua – de qualquer uma delas sempre são marcados como negativos acidentes destoantes do modelo teórico almejado.

Também por isso, talvez fosse mais adequado ao texto constitucional expressar que a relação entre as expressões do Poder, para que seja harmônica, deve ser de interdependência, na qual os elementos, vinculados entre si pela dependência recíproca, conjugam esforços e coordenam suas atividades e funcionamento objetivando uma mesma finalidade mediata, ainda que de modo imediato possam atuar de forma autônoma, no desempenho de seus papéis constitucionais.

Obviamente, tanto o Legislativo, quanto o Executivo e o Judiciário, submissos que são e estão à ordem constitucional – que os criou e legitima sua existência – devem necessariamente ter por meta última e determinante a consecução dos objetivos da República (de cujo Poder, aliás, são manifestações, como vimos), estes grafados explicitamente no artigo 3º da mesma Constituição Federal que, no

dispositivo imediatamente anterior, lhes instituiu. Sua atuação deve ter por fim, portanto, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de discriminação²⁰².

Tais alvos não se arvoram à condição de projetos concretos, mas devem ser compreendidos, holisticamente, como um horizonte ético a ser perseguido pelo Estado – governo e povo – no desenvolvimento de suas atividades e no funcionamento de suas instituições. A jornada na direção do norte apontado por esta espécie de bússola de valores estabelecida pela Constituição Federal pressupõe a incessante busca pela crescente efetivação dos direitos e garantias assegurados pela mesma ordem constitucional; em outras palavras, pelo acesso à justiça, vislumbrado através do prisma ampliativo já oferecido anteriormente, em sua função ultrainstrumental.

Assim que os macro e micro aspectos delineados pelo texto constitucional nesse sentido – aqui reunidos sob o pálio dos três princípios mencionados em epígrafe: inafastabilidade da jurisdição, assistência jurídica gratuita e razoável duração do processo – não devem ser atribuídos exclusivamente ao Executivo, ao Legislativo ou ao Judiciário, de maneira estanque; ao contrário, cada fibra do Estado, direta ou indiretamente, tem o dever político e jurídico de contemplá-los em sua gama de atividades.

É nessa esteira que o Judiciário, ano após ano, procura reinventar-se a fim de incorporar o que há de moderno e que possa conferir-lhe maior eficiência no exercício da jurisdição, seja no campo da tecnologia, com a migração dos processos físicos para o meio eletrônico, ou na seara da gestão e da administração, a partir da implementação de metas e da constante – embora talvez ainda insuficiente – capacitação e fiscalização de magistrados e servidores. Também é nesse âmbito que o Executivo promove medidas, institui programas e inaugura e mantém órgãos e repartições voltadas àquelas finalidades, tais como a Defensoria Pública, cuja flagrante missão é garantir o respaldo jurídico, técnico e profissional, àqueles que se vejam incapazes de custear o patrocínio de um advogado particular. Outrossim, o Legislativo não se furta às suas tarefas, na produção de normas – e eventual correção

²⁰² *Ibidem*.

e retificação daquelas porventura já existentes – que orientem e conduzam a atividade pública e privada à concretização dos mesmos fins, valendo citar os diversos instrumentos legais já elencados em momento anterior, como a Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, a respeito da qual muito já se versou. Até mesmo o Ministério Público, desvinculado que está das demais esferas do Poder mas igualmente submetido aos ditames constitucionais, se mostra diligente nesse mesmo contexto quando, por exemplo, promove no bojo de uma ação civil pública a defesa de interesses difusos cuja tutela individualizada, por uma miríade de razões, se mostraria extremamente mais difícil e, por vezes, até mesmo inviável.

Também é interessante notar que a interação harmônica entre as diferentes funções estatais se torna ainda mais visível quando, mais do que atuarem individualmente em busca dos mesmos objetivos, instituições que originalmente integram esferas diversas no plano de organização constitucional do Estado, se dispõem a adir seus esforços em uma única convergência. Não são raros os casos em que Legislativo, Executivo e Judiciário se coordenam a fim de alcançar uma finalidade imediata comum; aliás, talvez seja essa, de fato, a real intenção da gramática constitucional em análise, já que tão produtiva quanto desafiadora, na prática.

Excelente ilustração reside na conjugação de forças que resultou na elaboração e aprovação do atual Código de Processo Civil, em substituição à legislação processual antiga. Sabe-se que a Lei n.º 13.105 de 2015 é fruto de um projeto confeccionado a partir de um amplo prisma de visões, contando com a contribuição de integrantes da sociedade civil e de todas as esferas do Poder já mencionadas, tendo por objetivo essencial e último a ampliação do acesso à justiça por meio da superação de diversos obstáculos que se assomaram ao longo das décadas de vigência do diploma anterior, que já caminhava para quase meio século de vida.

Sendo este o foco principal do presente trabalho, passa-se, portanto, à análise mais cuidadosa do instrumento legislativo em voga, a partir do contexto até aqui delineado, qual seja, o da interação dinâmica entre as diferentes funções e instituições do Poder do Estado, em prol da promoção do acesso à justiça, em sua percepção mais ampla.

3. ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS REFLEXOS PRÁTICOS SOB A ÓTICA DO ACESSO À JUSTIÇA

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”

Eduardo Juan Couture

A crise atravessada pelo Poder Judiciário, nas últimas décadas trouxe consequências que naturalmente extrapolaram o questionamento acerca dos tópicos meramente organizacionais e relacionados à eficiência funcional das instituições jurisdicionais; o próprio processo e sua ritualística foram submetidos ao microscópio da doutrina e da jurisprudência.

Aliado a tais circunstâncias, está o constante avanço da sociedade no campo da tecnologia, que inexoravelmente se estende sobre os mais variados campos de atuação profissional. Não é diferente no que toca à prática jurídica: absolutamente inimaginável, hodiernamente, que um escritório de advocacia – ou, para todos os efeitos, qualquer repartição pública afeta à mesma área – seja capaz de funcionar sem um bom computador e uma conexão de internet razoável. Arquivos físicos e pastas foram há muito substituídos por sistemas informatizados, e a antiga pesquisa em livros e revistas, cada vez mais, cede espaço à consulta por meios digitais não menos idôneos e extremamente mais acessíveis. O processo eletrônico, como já mencionado, é uma realidade crescente e parece óbvio que esta mudança de paradigma – com todos os seus efeitos positivos e negativos – constitui um caminho do qual não há volta.

Não obstante, o exercício da jurisdição, pelo prisma da formalidade, assim como qualquer outra atividade pública, vincula-se de modo inarredável ao princípio da legalidade, ou seja, há que se pautar pela lei. E a lei, por sua vez, justamente para que se mostre legítima em um contexto democrático, deve ser confeccionada a partir dos ditames constitucionais que regem o processo legislativo e que, sob certos aspectos, carecem de celeridade, especialmente quando permeados pelo jogo de interesses que é inerente à conjuntura política instalada no seio das casas representativas.

Em palavras mais simples, há um considerável hiato temporal entre o surgimento de um anseio social, sua identificação pelo Estado e a resposta na forma de um instrumento normativo capaz de endereçar a questão com propriedade. Consequência disso é que se nota uma constante discrepância entre a realidade prática e a realidade legal, como se o ordenamento jurídico espelhasse um retrato perenemente defasado do cenário que pretende disciplinar.

Esta incongruência se acentua conforme a sociedade se torna cada vez mais e mais suscetível a mudanças e alterações, que ocorrem com rapidez crescente,

enquanto que a produção normativa pelo Estado se vê acorrentada às mesmas fórmulas e ditames de antigamente.

O interessante fenômeno descrito conduz a certas curiosidades que, embora inofensivas do ponto de vista prático, servem de convite à reflexão acerca dos mecanismos democráticos em questão. Há, por exemplo, ainda em vigor, uma lei promulgada em 1892, na aurora da república, durante o mandato do primeiro presidente brasileiro, Marechal Deodoro da Fonseca, sob a assinatura de seu então vice-presidente, Floriano Peixoto. Trata-se de texto com mais de cento e vinte anos – cuja redação não deixa de se revestir de certa comicidade, pela grafia arcaica de certas palavras – mas que, para todos os efeitos, continua plenamente válida²⁰³.

Há especial relevância nesta análise quando o interesse repousa sobre os grandes diplomas legais, também chamados de “códigos”, que pretendem disciplinar todo um arcabouço temático, em sua completude, e justamente por isso revelam-se consideravelmente mais extensos e densos de conteúdo. Enquanto um instrumento normativo específico normalmente conta com algumas dezenas de dispositivos, um código pode albergar milhares e milhares de artigos, parágrafos, incisos e alíneas. Por essa razão, obviamente, o tempo e a energia necessários à elaboração de um código inédito são consideravelmente mais expressivos do que aqueles investidos na confecção de uma lei mais simples e menos complexa. Os diversos pontos de potencial polêmica fatalmente são discutidos à exaustão, com provável repercussão nas mais diversas camadas sociais afetadas, e não raro o consenso político é verdadeira utopia. Também por isso é muito mais comum que o Legislativo se disponha a promover constantes reformas a este tipo de diploma do que a reelaborá-lo por completo, culminando na vigência, ainda hoje, de códigos cujo texto original remonta a décadas atrás, tendo sido objeto de uma miríade de alterações ao longo dos anos.

É válido citar, a título de ilustração, a Lei n.º 2.848 e a Lei n.º 3.689 – Código Penal e Código de Processo Penal, respectivamente – datadas do início da década de 1940 e em vigor. Também a Lei n.º 5.452, responsável pela Consolidação das Leis do Trabalho, vigora desde 1943. Outro paradigma interessante é a Lei n.º 3.071 de

²⁰³ A Lei n.º 44-B, de 02 de junho de 1892, em seu artigo 2º, estabelece que “O exercício simultâneo de serviços públicos, *compreendidos* por sua natureza no desempenho da mesma *função* de ordem profissional, *scientífica* ou *technica*, não deve ser considerado como acumulação de cargos *diferentes* para aplicação do final do art. 73 da Constituição”, em clara alusão à então recém promulgada Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891.

1916, que instituía o Código Civil, atualmente revogada pela Lei n.º 10.406 de 2002, mas cuja vigência se estendeu por quase um século.

O Código de Processo Civil anterior – Lei n.º 5.869 de 1973 – mesmo tendo sido alvo de inúmeras alterações, para alguns passou a dar sinais de esgotamento mais acentuados no início do Século XXI, em virtude das inúmeras novidades introduzidas na processualística cível, que não eram contempladas pelo diploma, elaborado em um contexto em que as petições eram redigidas na máquina de escrever. O argumento de que se alcançara um ponto em que fazia mais sentido elaborar um novo código do que continuar reformando o antigo, ganhava força.

Em atendimento a ele, a Presidência do Senado Federal, em 2009, instituiu uma comissão especial integrada por diversos juristas de expressão, confiando a ela a tarefa de elaboração do Anteprojeto do que seria o novo Código de Processo Civil. Dela participaram advogados como Marcus Vinícius Furtado Coelho – que depois viria a ser eleito Presidente do Conselho Federal da OAB –, Humberto Theodoro Júnior, José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, nomeada relatora-geral dos trabalhos, tendo-lhes sido conferido prazo de cento e oitenta dias para a conclusão da missão, prazo este ligeiramente extrapolado, conforme há de se verificar. A presidência do grupo repousou sobre o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux, que hoje integra o Supremo Tribunal Federal.²⁰⁴

Vale destacar a síntese de Luiz Guilherme Marinoni, que resume as atividades desempenhadas pela comissão nestes pouco mais de seis meses:

Antes da entrega do Anteprojeto ao Senado Federal, a Comissão divulgou seus estudos iniciais contendo proposições temáticas sobre as quais gravitavam as discussões a seu respeito. A partir delas, realizaram-se oito audiências públicas a fim de que se pudesse ouvir a sociedade civil sobre as questões levantadas. Estas tiveram lugar em Belo Horizonte, Minas Gerais (26.02.2010), Fortaleza, Ceará (05.03.2010), Rio de Janeiro (11.03.2010), Brasília, Distrito Federal (18.03.2010), São Paulo (26.03.2010), Manaus, Amazonas (09.04.2010), Porto Alegre (15.04.2010) e Curitiba (16.04.2010).

A apresentação do Anteprojeto ao Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, ocorreu no dia 8 de junho de 2010, devidamente precedida da Exposição de Motivos firmada pela Comissão de Juristas que o elaborou.²⁰⁵

²⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O Projeto do CPC: Crítica e Propostas, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 63.

²⁰⁵ *Ibidem*.

A promoção das diversas audiências públicas naquele curto espaço de tempo evidencia a preocupação da comissão em dar voz aos extratos e segmentos sociais que se veriam direta ou indiretamente afetados pelas alterações e inovações pretendidas. Foram oito, buscando contemplar todas as regiões do território nacional (Minas Gerais, no Centro-Oeste; Ceará, no Nordeste; Rio de Janeiro e São Paulo; no Sudeste; Distrito Federal e Amazonas, no Norte; e Paraná e Rio Grande do Sul, no Sul).

Desde o início, não se ocultava o fato de que o objetivo principal e último perseguido naquele contexto era conferir maior celeridade aos processos, o que se tornou evidente logo na introdução às exposições temáticas que marcaram os estudos iniciais da comissão, cujas palavras são da lavra de Luiz Fux: “A ideologia norteadora dos trabalhos da Comissão foi a de conferir maior celeridade à prestação da justiça”²⁰⁶. Foi a partir desta mesma premissa que se idealizaram as propostas posteriormente submetidas à coletividade, diretamente por meio das audiências públicas, e indiretamente, no contexto do processo legislativo conduzido por parlamentares na qualidade de representantes eleitos democraticamente.

O Anteprojeto, recepcionado pelo Senado na forma do Projeto de Lei n.º 166/2010, levaria ainda cinco anos até sua final aprovação pelo Legislativo e posterior chancela pelo Executivo, não sem antes ser palco de inúmeras discussões, controvérsias e alterações do texto originalmente submetido. Em 16 de março de 2015, a então Presidente da República Dilma Rousseff sancionava a Lei n.º 13.105, que em virtude da *vacatio legis* estabelecida pelo artigo 1.045, só entraria em vigor em março do ano seguinte, 2016.

Inegável que a vigência do novel diploma trouxe consigo inúmeros ineditismos à processualística cível: alguns mais profundos, outros superficiais; alguns que têm sido recebidos positivamente por aqueles que dia a dia atuam nesta seara, outros que vêm sendo rotulados negativamente. Para fins do presente estudo, o lapso temporal disponível para análise é, ainda, consideravelmente enxuto, sendo certo que com o passar dos anos, novas conclusões se farão mais evidentes a partir da aplicação cotidiana dos novos dispositivos legais. Contudo, desde logo, algumas experiências práticas já conduzem a dois importantes questionamentos, os quais há que se endereçar, especialmente pelo prisma do acesso à justiça e, notadamente, da busca

²⁰⁶ FUX, Luiz. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 196.

pela celeridade que à toda evidência norteou o surgimento desta nova lei: (i) um novo Código de Processo Civil era realmente necessário? (ii) o Novo Código de Processo Civil é e será capaz de atender às expectativas construídas ao seu redor?

3.1. O Novo Código de Processo Civil: Necessidade ou Fetiche?

O atendimento da primeira questão proposta, qual seja, aquela afeta à perquirição da real necessidade de um novo Código de Processo Civil, demanda a compreensão do que representa, hoje, um diploma desta natureza, no contexto do ordenamento jurídico atual, por um prisma sistemático.

Equivocada a suposição de que o código representa – ou pretende representar – o exaurimento legislativo do tema codificado, até porque esta tortuosa linha de raciocínio conduziria ao repúdio das leis esparsas, que normalmente debruçam sobre um tópico específico, e que povoam em grande número a estrutura legal vigente. Não é o caso.

Ao revés disso, a intenção do código se afasta do desarrazoado esgotamento material para simplesmente ocupar o cerne do contexto em que se situa, sem com isso negar espaço à coexistência de outros instrumentos normativos que se dediquem à mesma temática, conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni:

O papel que qualquer codificação atual pode aspirar dentro da ordem jurídica é o de centralidade – vale dizer, consistir em eixo a partir do qual se articulam os vários institutos de determinado ramo do Direito, dando-lhes um sentido comum mínimo. Um código contemporâneo é antes de tudo um Código central.²⁰⁷

Assim que, tanto o antigo quanto o novo Código de Processo Civil não se arvoraram à ambição de constituir uma disciplina plena da ordem jurídica processual civil, o que sequer seria possível, de qualquer maneira, por diversas razões, valendo destacar duas delas, como preceitua o mesmo autor: a necessidade de se compreender o direito processual civil a partir da leitura constitucional dos direitos fundamentais – que deve, naturalmente, permear a interpretação e aplicação de todo e qualquer enunciado normativo, diga-se de passagem – e a concorrência, como dito,

²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 51.

de outras fontes normativas equivalentes destinadas a ordenar aspectos mais específicos da processualística cível²⁰⁸.

Da correta alocação do código no contexto em que se insere, extrai-se que a sua finalidade, sua razão de ser, vincula-se à tentativa de sistematização, por parte do legislador, do tema codificado; orienta-se no sentido de que deva haver uma certa ordem hermenêutica a ser percebida quando o intérprete, afastando-se metaforicamente para que possa contemplar todo o conjunto de enunciados normativos afetos àquele cenário, os enxerga como um único arcabouço coerente, e não uma composição heterogênea. Em outras palavras, é preciso que os diversos livros e capítulos que integram um código dialoguem entre si, e se harmonizem com o restante da legislação extravagante; que as diferentes regras se coadunem aos mesmos princípios basilares, de modo a conferir integridade ao dito sistema.

Talvez tenha sido este um dos principais argumentos a favor da ideia da substituição do Código de Processo Civil de 1973 por um diploma novo: o fato de que a lei antiga inegavelmente não se mostrava muito alinhada à ideia de um sistema único que pudesse reger o processo civil como um todo, depois das dezenas de micro e macro reformas a que foi submetida, ao longo de mais de quarenta anos, transformando-a naquilo que a doutrina comumente se refere como “colcha de retalhos”. A própria exposição de motivos constante do anteprojeto apresentado pela comissão em questão não deixa espaço para dúvidas, quanto à colocação em análise:

O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões inevitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito.

Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade.²⁰⁹

Também comenta este particular, Daniel Mitidiero:

²⁰⁸ *Idem*, pp. 51-52.

²⁰⁹ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: Anteprojeto, Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 12.

Este foi, aliás, um dos declarados propósitos da Comissão que elaborou o Projeto. Colhe-se da Exposição de Motivos que os seus trabalhos se orientaram, dentre outros três objetivos, por “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal” e “imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão”.²¹⁰

Existem, todavia, posicionamentos contrários, que basicamente desconstroem a relação de causa e consequência estabelecida em epígrafe: a assistematização de um código, *per si*, não justifica sua revogação integral em favor de um novo diploma, em especial quando a lei novel, em sua essência, não traz mudanças significativas ao *status quo* normativo em vigor²¹¹.

Para boa parte da doutrina, o momento não se mostrava oportuno a uma nova codificação, ante à ausência de renovação metodológica da proposta posteriormente convertida em lei; não se justificava, portanto, a ruptura imposta, com base apenas na mera pretensão de outorga de coesão ao direito processual civil e no acréscimo de poucos institutos novos. Era caso de consolidação, e não de codificação, defendem alguns.²¹²

A própria análise histórica do caminhar legislativo brasileiro na seara do processo civil revela certa discrepância entre a conjuntura atual e aquela que marcou o momento de ruptura que culminou na substituição do código anterior pelo Código de Processo Civil de 1973, como bem relembra Luiz Guilherme Marinoni:

A história mostra – para quem tem nela interesse – os contextos culturais em que se fazem oportunas as codificações. Pense-se, por exemplo, na passagem do Código de 1939 ao Código Buzaid. Quando Alfredo Buzaid apresentou seu Anteprojeto de Código de Processo Civil, seu objetivo estava em revolucionar metodologicamente o direito processual civil brasileiro. Não é preciso muito esforço argumentativo sobre o ponto. É de domínio comum o fato de Alfredo Buzaid ter colocado o processo civil brasileiro, no plano normativo, em fina sintonia com o que de melhor havia se produzido em termos de dogmática processual civil na primeira metade do Século XX no Velho Continente e, muito especialmente, na Itália. Com o Código Buzaid, houve em grande parte ruptura com a tradição do direito

²¹⁰ *Idem*, pp. 55.

²¹¹ Quanto a este particular, Luiz Guilherme Marinoni salienta que “é importante perceber que isso, por si só, não significa que há oportunidade para um novo Código de Processo Civil ou, pelo menos, para uma nova codificação que na essência não acrescenta muito ao estado da arte, como aquela proposta pelo Projeto”, valendo lembrar que a obra em referência foi publicada antes mesmo da entrada em vigor da Lei n.º 13.105/2015 que, como sabemos, teria o seu já escasso ineditismo ainda mais suprimido por vetos parciais do Executivo; nesse sentido, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, pp. 55-56.

²¹² *Ibidem*.

luso-brasileiro ainda presente no Código de 1939. A diferença entre o Código de Buzaid e o Código de 1939, como todos sabem, é abissal. É evidente aí a preponderância do intento de ruptura.

O mesmo não se passa em relação ao Projeto. Este repete em grande parte as redações tais quais já existentes no Código Vigente. Em muitos momentos, há sutil reescrita do texto, preservando-se integralmente o sentido normativo. Em outros, simples incorporações de textos constitucionais e de diplomas legislativos infraconstitucionais extravagantes. Em novecentos e setenta artigos, não chega a ser significativa a quantidade de verdadeiras inovações legislativas propostas pelo Projeto. Muitas, aliás, são simples explicitações de soluções doutrinárias que já podem ser extraídas do sistema vigente. Da Exposição de Motivos, colhem-se quarenta e cinco focos de mudanças. Nada que não pudesse ser realizado, pois, por reforma do texto do Código vigente, sem que fosse necessária a instituição de um Novo Código de Processo Civil.²¹³

É flagrante que a opção de revogação integral do Código de Processo Civil de 1973 – com todas as suas consequências – em detrimento de uma possível nova onda reformatória não representa consenso ou unanimidade em meio à academia. E mesmo aqueles autores que, a princípio, posicionaram-se favoravelmente a ela, passaram a enxergá-la com certas ressalvas, quando o texto original da proposta elaborada pela comissão especial nomeada pelo Senado viu-se objeto de diversas alterações por parte do Legislativo e do Executivo, culminando em uma versão – que restaria posteriormente aprovada – consideravelmente distinta daquela redigida inicialmente. A própria relatora da comissão, Teresa Arruda Alvim Wambier, confessa:

Nota-se, na versão que prevaleceu, embora em linhas gerais o projeto original tenha sido respeitado, uma preocupação nítida com a resolução de problemas do momento. Ou seja, identificaram-se rumos equivocados – um a um – da jurisprudência e discussões doutrinárias e se criou, para cada um dos problemas, uma solução legislativa. O receio que isto cria, é evidente, é o de que este excesso de regras possa resolver os problemas específicos que as inspiraram, mas acabe criando outros. Só a experiência dirá se terá sido, ou não, uma opção sábia.²¹⁴

Em síntese, conforme alertara Marinoni, a mera pretensão de sistematização não seria suficiente a justificar a recodificação do processo civil; e mesmo que o fosse, referida pretensão restou, em boa parte, malograda, de acordo com Wambier, já que a versão original, elaborada de maneira a atendê-la, acabou sendo, sob certa ótica,

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Artigo por Artigo*, 1ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 50.

desnaturada por alterações pontuais de cunho individualista, em prejuízo direto da coerência holística do texto. Não são vãs, nota-se, as incertezas acerca da opção em voga.

Tais dúvidas certamente se agigantam quando se ombreia a pretensão formal da proposta recodificadora – explicitada acima, em prol de uma melhor sistematização legal – pela sua pretensão material primeira, qual seja, a de ampliar o acesso à justiça, identificando e superando os óbices que se lhe opõem. Novamente, era flagrante e declarada a motivação precípua daquela comissão de juristas, no sentido de que o novo diploma se mostrasse capaz de “gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”²¹⁵.

A pergunta, agora, é outra: ainda que a revogação do Código de Processo Civil de 1973 pudesse, de fato, instituir um sistema antes inexistente, servindo de eixo central ao redor do qual orbitassem todos os enunciados normativos atinentes – o que já se viu ser profundamente questionável – seria este o melhor e mais eficiente caminho, a fim de combater os entraves que presentemente prejudicam o acesso à justiça pelo cidadão comum? A resposta, sendo essencialmente diversa a indagação, naturalmente não pode ser alcançada pelas mesmas investigações.

O que se nota é uma certa dissociação, aparentemente ignorada, entre as causas dos problemas que se pretendem dirimir e a solução proposta; ora, de todos os motivos que convergem à indesejada morosidade processual – principal objeto de preocupação da comissão encarregada de elaborar o novo diploma, como visto – não se vislumbrava a redação do Código de Processo Civil de 1973 em posição de destaque. Disso, os questionamentos grafados em epígrafe: a par de sua (des)necessidade, seria a recodificação uma medida adequada, diante das circunstâncias que supostamente a justificavam?

É notável – e aqui o termo não deve ser compreendido como um elogio – a tendência pátria de tentar solucionar problemas das mais variadas matrizes, sempre por meio da atividade legislativa, em detrimento de outras posturas que provavelmente se mostrariam mais eficazes, diante das circunstâncias. Exemplo válido reside na questão afeta à violência contra a mulher, que há séculos assola o contexto nacional, fazendo-se presente em praticamente todas as camadas sociais. Quando o Brasil foi finalmente impulsionado a dedicar ao problema a atenção que lhe era devida, em

²¹⁵ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Op. Cit.*, p. 14.

virtude de condenação sofrida perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos²¹⁶, a resposta dada à sociedade não veio em forma de políticas públicas, de iniciativas de conscientização ou de quaisquer outros mecanismos que se revelassem condizentes com a natureza cultural e social do tema; em vez disso, promulgou-se um novo diploma legal a disciplinar especificamente o assunto, com ênfase na área criminal, como se sabe²¹⁷.

Não que a Lei Maria da Penha, como seria apelidada em referência à vítima que demandara contra o Estado em busca de justiça, tenha trazido malefícios ou retrocesso; inegável, porém, que sua vigência e o recrudescimento penal que se insere em seu bojo estão muito distantes de constituir uma solução satisfatória à problemática.

O mesmo padrão se faz presente quando se traz o foco para os esforços despendidos em prol da ampliação do acesso à justiça: de todas as medidas plausíveis que poderiam ser adotadas e implementadas nesse sentido, preferiu o poder público, mais uma vez, voltar-se à inovação legal, como carro-chefe, revestindo-a de promessas e atraindo a ela expectativas que talvez não se concretizem, pelo que vem indicando a academia.

Curioso perceber que tal opção não é fruto de falta de alternativas, que vêm sendo oferecidas pela doutrina, extremamente profícua em identificar os principais entraves ao acesso à justiça, contemporaneamente, e em sugerir remédios pontuais e gerais, sob as mais variadas formas e em todos os campos de atuação pública imagináveis. Nota-se, neste aspecto, maior adesão e coerência entre causa, efeito e proposta de solução/melhoria possível.

Obstáculos como o desconhecimento de seus direitos pelo cidadão comum, o distanciamento entre sociedade e Judiciário, os custos diretos e indiretos da prestação jurisdicional, a morosidade dos processos e consequente intempestividade e ineficácia da tutela pretendida, as dificuldades na tutela dos direitos difusos e

²¹⁶ O Relatório de n.º 54/01 emitido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, mantida pela OEA – Organização dos Estados Americanos, dá conta do caso n.º 12/051, de Maria da Penha Maia Fernandes, que em 1998 ofereceu denúncia, através do Centro Pela Justiça e pelo Direito Internacional e do Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher, contra o Brasil, em virtude da tolerância demonstrada para com a violência contra a mulher, valendo-se de seu próprio exemplo – sofrera diversas agressões e tentativas de homicídio por parte de seu então esposo, que permaneceu impune por mais de quinze anos. Como consequência, aquele órgão internacional recomendou ao Brasil que adotasse uma série de medidas visando combater a violência contra a mulher. Em resultado disso, editou-se a Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências, apelidada de “Lei Maria da Penha”.

²¹⁷ Trata-se, como dito, da Lei n.º 11.340/2006.

coletivos²¹⁸, e ainda muitos outros facilmente enumeráveis – todos fatores de prejuízo ao acesso à justiça, obviamente – provavelmente seriam melhor combatidos por meio de medidas específicas que se destinassem propriamente a cada um deles, ao invés da recodificação proposta, nos moldes em que se concretizou.

A título de ilustração, vale destacar o esforço feito por autores contemporâneos como Eduardo Cambi, que muito além de meramente identificar os problemas descritos, têm se disposto a pensar e oferecer propostas concretas de posturas e medidas que se mostrem aptas e adequadas na busca por soluções que conduzam à real ampliação do acesso à justiça; um bom exemplo disso reside na investigação e nas considerações propostas pelo mencionado doutrinador, no que tange à necessidade de estratégias nacionais de prevenção e redução de litígios, por compreender que o açodamento do Judiciário é um dos principais fatores a ser endereçado:

Não existe uma fórmula de validade universal que resolva integralmente o problema. Há a necessidade de se combinar estratégias e táticas, para se chegar a maior efetividade do sistema judicial.

É, pois, indispensável pensar em estratégias nacionais de prevenção e redução de litígios. Conforme dados do CNJ, por exemplo, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é o maior litigante nacional, correspondendo a 22,3% das demandas dos 100 maiores litigantes nacionais, seguido pela Caixa Econômica Federal, com 8,5% e pela Fazenda Nacional, com 7,4%.

Sem uma política específica, voltada aos entes públicos, aos bancos, as companhias telefônicas e as empresas de planos de seguro, que são os maiores litigantes nacionais, não será possível tornar a justiça brasileira mais eficiente. Aliás, a justiça brasileira vive uma situação paradoxal: está inchada por setores que demandam em excesso, sendo receptiva a certo tipo de demandas, mas está pouco atenta aos pleitos da cidadania, na medida em que ainda é desconhecida e inacessível a grande parte dos brasileiros.²¹⁹

Não obstante, preferiu-se a atividade legislativa, em detrimento de outras opções negligenciadas – e é amplo e variado o rol delas.

Merece destaque, exemplificativamente, o investimento na capacitação dos magistrados no tocante à promoção do acesso à justiça no exercício da jurisdição,

²¹⁸ Para maiores detalhes acerca de cada um dos óbices elencados, conferir CRISTO, Ismael Vieira de. *Acesso à Justiça e Participação Popular: Reflexões Sobre o Direito de Ação*, São Paulo: Edições Pulsar, 2000, pp. 100-112.

²¹⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*, 3ª edição, São Paulo: Ed. Almedina, 2015, pp. 626-627.

sendo certo que “não obstante a enorme carga de trabalho que lhe é, de regra atribuída, imprescindível que o juiz encontre condições de prosseguir – sistematicamente – seus estudos, sem deixar de exigir sempre mais de si”²²⁰; inegável que a figura do magistrado constitui peça chave na equação do acesso à justiça, quando se constata que não apenas a tempestividade, mas principalmente a adequabilidade da tutela pretendida, dependem diretamente da qualidade técnica e do comprometimento deste profissional no exercício de suas funções.

Também o fortalecimento das Defensorias Públicas, enquanto instituições voltadas exclusivamente para o acesso à justiça daqueles menos favorecidos²²¹, deveria ocupar lugar de destaque entre as medidas prioritárias nessa seara, especialmente à luz da Emenda Constitucional n.º 80, editada em 2014, que inclusive estabeleceu metas e prazos, negligenciados de modo flagrante, infelizmente.

Outrossim, a promoção da conscientização popular acerca de seus direitos e dos mecanismos viáveis para sua efetivação, bem como a instrumentalização real de vias alternativas para a solução de conflitos²²², atualmente, não contam com o empenho necessário por parte do poder público.

As razões deste fenômeno, isto é, da nem sempre lógica preferência pela atividade legislativa enquanto resposta às demandas sociais diversas, em detrimento de outras opções aparentemente mais adequadas, são incertas e de difícil delimitação. Em uma primeira análise, afirmar com certeza que o Estado age de forma consciente consistiria em maniqueísmo superficial e tendencioso, embora não se negue que a inovação legal geralmente se mostra menos custosa, complexa e, conseqüentemente, mais atraente à administração pública – é mais barato e simples atender a determinado anseio popular por meio da criação de uma nova lei do que através da promoção de políticas públicas que pressupõem imprescindível dotação orçamentária.

²²⁰ NALINI, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 16.

²²¹ Nesse sentido, conferir RÉ, Aluísio Nunes Monti Ruggeri (org.). *Temas Aprofundados da Defensoria Pública*, Salvador: Editora Jvs Podium, 2013.

²²² São muitos os exemplos de trabalhos doutrinários neste campo, ante à expressão crescente dos mecanismos de pacificação social que oferecem alternativas à jurisdição, em especial daqueles vinculados à mediação, à conciliação e à arbitragem; merece destaque, contudo, a obra da lavra de Vinícius José Corrêa Gonçalves acerca dos Tribunais Multiportas, sistema norte-americano que já conta com projetos-pilotos com resultados positivos no Brasil, mas que ainda carece de maior atenção e investimento; nesse sentido, conferir GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. *Op. Cit.*

Há, também, aparente traço cultural que converge para a realidade descrita, na medida em que a forte predominância da legislação sobre todas as demais fontes do Direito²²³, como é flagrante no contexto brasileiro, conduz a sociedade a um estado de legolatria²²⁴, em que todas as coisas necessariamente devem ser endereçadas e resolvidas através da lei, como se ela fosse, de fato, *per si*, capaz de conformar aquilo que é ao dever ser que contém. Não à toa, portanto, a legislação se revela enquanto principal ferramenta de atendimento às demandas sociais pelo Estado, em um processo retrofágico porém ineficaz, em geral.

Não que se pretenda relegar o Novo Código de Processo Civil à condição de inocuidade, sendo certo que – para o bem ou para o mal – sua vigência trouxe consigo algumas (ainda que não muitas e ainda que não profundas) mudanças relevantes à processualística hodierna, que com certeza hão de reverberar na extensão do acesso à justiça pelos jurisdicionados. Por outro lado, parece indene de dúvidas que, diante de todas as promessas e expectativas depositadas sobre ele, o diploma novel se aproxima muito mais do fetiche do que da solução.

3.2. O Que Há de Novo?

Não se pretende, por meio deste trabalho, traçar um comparativo exaustivo entre todas as alterações pontuais constatáveis entre o novo diploma e o código processual antigo, hoje já revogado, até porque nem todas – ou, ainda, a minoria delas – se mostram relevantes ao tema em voga. Ademais, antes mesmo da vigência do novel *códex* já havia considerável fartura de obras que se dispuseram exclusivamente a esta tarefa, qual seja, a de proporcionar um rol analítico minucioso da totalidade de diferenças observáveis entre a lei que surgia e a que desvanecia. Algumas, inclusive,

²²³ Maria Helena Diniz, de forma objetiva, afirma que “A legislação, nos países de direito escrito e de Constituição rígida, é a mais importante das fontes formais estatais. Nos Estados modernos, em sua maioria, a formulação do direito é obra exclusiva do legislador” (DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.*, p. 288); Miguel Reale com razão complementa que “no Direito brasileiro, filiado à tradição romanística, também se deu análogo movimento de afirmação da supremacia do processo legislativo, que, com naturais abrandamentos, corresponde à índole de nossa cultura e de nossa gente” (REALE, Miguel. *Op. Cit.*, p. 153).

²²⁴ O termo é empregado por Paolo Grossi em uma conotação negativa, para descrever o apego excessivo à legislação que acaba por amarrar a liberdade intelectual de tantos juristas; tratar-se-ia da corrupção do que se conhece por Estado de Direito, com o protagonismo absoluto e exagerado da lei. Nesse sentido, conferir GROSSI, Paolo. *Primeira Lição Sobre o Direito*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, p. 83.

optaram por fazê-lo dando especial ênfase à didática, por meio de quadros, tabelas e diagramas que facilitassem a visualização comparativa.

Sem que se ofusque o mérito de tais iniciativas, na senda da atualização profissional, há que se perceber que tais esforços, por sua própria natureza, dificilmente ultrapassam a barreira da superficialidade intrínseca a este tipo de pesquisa; para fins deste estudo, em particular, pareceu mais adequado sacrificar a extensão em favor da profundidade.

Feitas tais considerações, resta assentado o objetivo que imbui a presente dissertação, qual seja, o de se debruçar mais de perto sobre uma seleção de inovações introduzidas pelo Código de Processo Civil em vigor, em contraste com o diploma revogado – seleção esta definida por meio de critério que será explicitado na sequência - a fim de que se possa avaliar, a partir da ainda escassa experiência prática já registrada e de conjecturas futuras que se mostrem viáveis, se o conjunto de enunciados normativos em mesa tem se mostrado ou se mostrará capaz de atender às expectativas sobre eles depositadas, no que diz respeito, justamente, ao acesso à justiça.

São diversas as maneiras que se revelam possíveis, no que tange à organização das distinções que brotam da comparação dos dois diplomas. A mais simples delas – e, talvez, mais extensa e menos lógica – consiste no mero elenco progressivo de todos os mais de mil artigos constantes do Código de Processo Civil de 2015, em contraste direto com o dispositivo correspondente, quando existente, do diploma processual de 1973²²⁵.

Outro mecanismo de sistematização válido vincula-se à exposição de motivos do próprio anteprojeto elaborado pela comissão; o texto que precedia a proposta apresentava, de modo expresso, cinco objetivos que, direta ou indiretamente, nortearam toda a atividade daquele grupo:

²²⁵ Diversos autores lançaram mão desta estratégia, inicialmente, talvez por seu inegável apelo comercial, na medida em que atendia à ansiedade imediatista dos milhares de profissionais da área que desejavam, a princípio, apenas ser capazes de localizar, na nova lei, os enunciados normativos do diploma antigo com os quais já estavam familiarizados. Como exemplo, vale citar o trabalho realizado pelo Prof. José Miguel Garcia Medina, que disponibilizou gratuitamente a versão digital de seus Quadros Comparativos – CPC/2015 > CPC/1973 e CPC/1973 > CPC/2015 para download. Também são incontáveis as edições do Novo Código de Processo Civil que reúnem comentários, remissões diretas e notas comparativas ao diploma anterior, sendo dignas de nota as obras da lavra de Teresa Arruda Alvim Wambier, Nelson Nery Junior, Luiz Guilherme Marinoni, Humberto Theodoro Junior, Theotonio Negrão e do Próprio José Miguel Garcia Medina, além de muitas outras, todas nesse mesmo sentido.

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim mais coesão.²²⁶

Com esteio nesta leitura, alguns autores preferiram tratar das inovações introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015 a partir do catálogo proporcionado pela própria exposição de motivos, conforme destaque em epígrafe, rotulando-as de acordo com o objetivo expresso que se dispunham a concretizar.

Foi o que fizeram, por exemplo, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, que em obra destinada a tratar do tema, optaram por trabalhá-lo dentro destas balizas, ou seja, abordando cada uma das alterações que se mostravam relevantes, pelo prisma dos cinco objetivos listados na exposição de motivos:

Com o objetivo de “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”, arrolam-se as seguintes inovações: (...). Visando a “criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa”, listam-se: (...). Com o desiderato de “simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas”, arrolam-se: (...). Objetivando “dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado”, relacionam-se: (...). Por fim, visando a “imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão”, listam-se: (...).²²⁷

Trata-se, com efeito, de abordagem interessante, na medida em que se vincula à própria intenção expressa pelo legislador – *in casu*, pela comissão de juristas que elaborou o anteprojeto que, mais tarde, seria submetido ao crivo do Legislativo.

No entanto, prezando-se pela coerência, é mais razoável que o presente estudo adote critério diverso, que se relacione de maneira direta com os aspectos atinentes ao objeto principal de sua análise, compreendido como o acesso à justiça, em suas diferentes manifestações constitucionais, como visto em tópicos anteriores.

²²⁶ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Op. Cit.*, p. 14.

²²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, pp. 57-59.

Disso, mostra-se plausível a visualização dos ineditismos constantes do Código de Processo Civil de 2015, pela ótica dos três grandes pilares básicos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 enquanto sustentáculos principiológicos do acesso à justiça na contemporaneidade, e a respeito dos quais já se versou de maneira ampla – a inafastabilidade da jurisdição, a assistência jurídica gratuita e a razoável duração do processo.

3.2.1. Alterações em prol da inafastabilidade da jurisdição

Como já exposto em epígrafe, uma das expressões de positivação do princípio do acesso à justiça na ordem constitucional contemporânea se deu por meio da garantia de inafastabilidade da jurisdição, assegurada pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que assevera que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Também já se versou acerca da necessidade de que tais garantias sejam lidas sempre por um prisma teleológico que lhes conduza não apenas à máxima efetividade – enquanto princípio basilar da hermenêutica constitucional – mas à consecução dos objetivos implícitos que contêm. Disso, vale lembrar que a inafastabilidade da jurisdição, por óbvio, não se dedica apenas e tão somente à mera proibição imposta ao Legislativo de produzir enunciados normativos que constituam óbice à atividade jurisdicional.

Longe disso, cada vez mais há que se considerar superado o paradigma clássico inerente à primeira dimensão dos direitos fundamentais, que os ancorava a uma perspectiva de absenteísmo estatal; a moderna compreensão acerca de tais instrumentos entende que todas as diferentes dimensões e categorias de direitos, direta ou indiretamente, pressupõem uma postura ativa do Estado, na promoção e preservação da dignidade da pessoa humana, sendo este o cerne, a essência de todos os direitos e garantias fundamentais.

Especificamente no que se refere à inafastabilidade da jurisdição, logo se vislumbra o vínculo estabelecido para com outras garantias de igual calibre, que caminham no mesmo sentido, rumo a um objetivo comum – qual seja, o de que todo e cada indivíduo seja capaz de receber do Estado a prestação jurisdicional, de forma justa e adequada. Fala-se, notadamente, de um conjunto de dispositivos constitucionais voltados à disciplina do processo – em todas as suas diferentes

esferas – pela perspectiva daquela mesma dignidade da pessoa humana, fundamento republicano; fala-se, naturalmente, da tutela constitucional do processo²²⁸ em um sentido, aqui, levemente restritivo, para que não haja confusão com os demais aspectos relevantes ao acesso à justiça, já evidenciados acima.

O novo Código de Processo Civil, nesse cenário, introduziu certos ineditismos no declarado intuito de promover o fortalecimento e a efetiva aplicação de determinados postulados constitucionais que, por um motivo ou outro, careciam de maior aplicabilidade na processualística cível.

Houve, por exemplo, inegável expansão do princípio do contraditório, por meio de dispositivos que valorizam e enaltecem a igualdade entre as partes, impondo não apenas a elas, mas à figura do próprio magistrado o dever de observá-lo mesmo naquelas questões que poderiam ser decididas de ofício, independentemente de provocação. Nesse sentido, os artigos 7º, 9º e 10 daquele diploma:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.²²⁹

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.²³⁰

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.²³¹

Tais imposições, na realidade, apenas verbalizam textualmente o que a doutrina já há muito concluíra; não obstante, têm sido festejadas pela academia em geral, mormente quando observadas pela perspectiva do exercício da advocacia, já que as não raras decisões que literalmente “surpreendem” as partes – pois proferidas pelo juiz acerca de temas que sequer haviam sido ventilados no processo, até ali – constituíam motivo de insatisfação em meio à classe dos causídicos.

²²⁸ Para uma perspectiva mais abrangente deste conceito, cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, pp. 99-100.

²²⁹ BRASIL, Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 2015.

²³⁰ *Idem.*

²³¹ *Idem.*

Sobre a importância do princípio da igualdade, em referência direta aos dispositivos em epígrafe, Luiz Guilherme Marinoni assevera que “um processo de cariz realmente democrático não pode prescindir da previsão de participação em contraditório mediante a paridade de armas”²³², por entender que a paridade de armas é pressuposto indispensável para que o contraditório encontre ambiente propício ao seu cabal e pleno desenvolvimento. E do mesmo autor, acerca do que se tem chamado de “dever de consulta” ou, ainda, “dever de diálogo” imposto aos magistrados:

Não há dúvida que o Projeto consagrou nestes casos o direito ao contraditório como dever de consulta ou de diálogo judicial. A novidade está em que, ao contrário do que sucedia anteriormente, o contraditório atualmente também tem como destinatário o órgão jurisdicional. O contraditório não é tão somente entre as partes. É também entre o juiz e as partes. O juiz passa a figurar igualmente como um sujeito do contraditório.²³³

Ainda em outros momentos pontuais, o diploma processual explicita este mesmo direito/dever, como se vê no enunciado normativo constante do parágrafo único do artigo 487, que determina que a prescrição e a decadência – matérias de ordem pública, notadamente cognoscíveis de ofício, como se sabe – não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade manifestar-se²³⁴; ou no parágrafo único do artigo 493, que exige que o juiz, constatando de ofício fato novo, ouça as partes sobre ele antes de decidir²³⁵.

Existem, contudo, críticas à redação adotada, como aquelas tecidas, por exemplo, por Daniel Amorim Assumpção Neves, para quem foi infeliz o legislador, já que não haveria qualquer ofensa em decidir-se sem que a outra parte tenha sido ouvida, posto que a manifestação constitui ônus processual, indicando, como alternativa mais adequada, a interpretação de que a decisão judicial não será proferida antes de intimada a parte contrária e concedida a ela uma oportunidade de manifestação, já que a circunstância de poder ser ouvida – que não se confunde com efetivamente ser ouvida – já seria suficiente à observância do efetivo contraditório²³⁶.

²³² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 74.

²³³ *Idem*, p. 75.

²³⁴ BRASIL, Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 2015.

²³⁵ *Idem*.

²³⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015, 2ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense; São Paulo: Ed. Método, 2015, p. 1.

Interessante reflexo deste novo paradigma – a expressa sujeição da figura do magistrado ao contraditório – é observável, também, nas diretrizes estabelecidas pela novel legislação à motivação da sentença, minuciosamente endereçada pelo artigo 489, que em seu parágrafo primeiro exige que não apenas a sentença, mas toda e qualquer decisão judicial – para que se considere fundamentada – enfrente todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador²³⁷. Ora, sendo a fundamentação, condição basilar das decisões judiciais, a interpretação extensiva do dispositivo conduz à conclusão de que o magistrado, no exercício da jurisdição, está absolutamente vinculado às partes, em uma relação dialógica, e que o distanciamento ou a negligência a este vínculo indissolúvel implicará em incontornável nulidade de sua atividade²³⁸.

Quanto a este particular, Teresa Arruda Alvim Wambier salienta o destaque conferido ao contraditório pelo novo *códex*:

De especial interesse é o art. 489, § 1º, IV, em que se estabelece a regra no sentido de se considerar como não motivada a decisão, se não forem enfrentados todos os argumentos deduzidos no processo – e esta expressão abrange argumentos de fato e de direito que teriam o condão de levar o magistrado a decidir de outra forma. Estes argumentos, se não acolhidos, têm de ser afastados.

Este dispositivo integra os contornos da noção contemporânea do princípio do contraditório. O contraditório não se resume à atividade das partes, no sentido de terem a oportunidade de afirmar e demonstrar o direito que alegam ter. O contraditório só tem sentido se se supõe a existência de um observador neutro, no sentido de imparcial que assista ao diálogo entre as partes (alegações + provas) para, depois, decidir. O momento adequado para o juiz demonstrar que participou do contraditório é a fundamentação da decisão. As partes têm de ter sido ouvidas, apesar de suas alegações poderem, é claro, não ser acolhidas. Até porque o juiz pode decidir com base em fundamentos não mencionados por nenhuma das partes (*iura novit curia*). Mas não sem antes dar às partes oportunidade de se manifestar.²³⁹

Nota-se que a verdadeira inovação estabelecida, aqui, diz respeito à mudança do sistema de motivação das decisões judiciais, antes de fundamentação meramente suficiente, para um novo modelo, de fundamentação exauriente. A jurisprudência

²³⁷ *Idem*.

²³⁸ Nesse sentido, imperioso lembrar que o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, estabelece o dever de publicidade e fundamentação a todos os julgamentos e decisões emanadas do Judiciário, sob pena de nulidade.

²³⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Op. Cit.*, p. 795.

pátria, sob a regência do STJ²⁴⁰, historicamente prezava pela tese de que não seria obrigação do juiz enfrentar todas as colocações de fato e de direito trazidas a lume pelas partes, bastando indicar um único motivo suficiente à fundamentação da decisão proferida. Contudo, a partir da vigência do novo diploma, é forçosa a superação deste paradigma, em favor de outro, que exige do magistrado uma análise completa, conforme explicita Daniel Amorim Assumpção Neves:

Há duas técnicas distintas de fundamentação das decisões judiciais: exauriente (ou completa) e suficiente. Na fundamentação exauriente, o juiz é obrigado a enfrentar todas as alegações das partes, enquanto na fundamentação suficiente basta que enfrente e decida todas as causas de pedir do autor e todos os fundamentos de defesa do réu. Como cada causa de pedir e cada fundamento de defesa podem ser baseados em várias alegações, na fundamentação suficiente o juiz não é obrigado a enfrentar todas elas, desde que justifique o acolhimento ou a rejeição da causa de pedir ou do fundamento de defesa. (...)

Nos termos do dispositivo, é possível concluir que a partir do advento do Novo CPC não bastará ao juiz enfrentar as causas de pedir e fundamentos de defesa, mas todos os argumentos que os embasam.²⁴¹

Esta mesma interação dinâmica entre os atores processuais – notadamente, das partes entre si e entre partes e juiz – também restou consagrada pelo artigo 6º do novel diploma, que estabeleceu o dever de cooperação entre todos os sujeitos do processo, visando a obtenção de uma decisão que se mostre, ao mesmo tempo, tempestiva, justa e efetiva. Aqui, no entanto, de forma muito mais utópica do que prática, conforme tem exposto a moderna doutrina, em confirmação do quanto já se expôs acerca do fetiche pela legislação e da distância que se observa entre a positivação de determinado enunciado normativo e a sua concreta capacidade de conformação da realidade.

É incisiva a crítica de Daniel Amorim Assumpção Neves ao dispositivo em comento, em especial à sua essência excessivamente ingênua. Assevera aquele autor que referido princípio deve se voltar à pessoa do magistrado, enquanto aquele que conduz o processo, impondo a ele os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio; as partes, por outro lado, figuram no processo em posições

²⁴⁰ Nesse sentido, cf., a título de ilustração, STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp n.º 549.852/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 07.10.2014, DJe 14.10.2014; e STJ, 3ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp n.º 1.353.405/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 02.04.2013, DJe 05.04.2013; além de vários outros, no mesmo teor.

²⁴¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.*, pp. 8-9.

antagônicas, sendo inviável a pretensão de colaboração mútua entre elas, já que contrários os seus interesses. O mesmo doutrinador respalda sua irresignação no posicionamento de outros nomes da academia:

Nesse sentido crítico, Lênio Luiz Streck, Lúcio Delfino, Rafael Giorgio Dalla Barba e Ziel Ferreira Lopes: “Então agora as partes deverão cooperar entre si? Parte e contraparte de mãos dadas a fim de alcançarem a pacificação social... Sem ironias, mas parece que Hobbes foi expungido da ‘natureza humana’. Freud também. O novo CPC aposta em Rousseau. No homem bom. Ou seja, com um canetaço, num passe de mágica, desaparece o hiato que as separa justamente em razão do litígio. Nem é preciso dizer que o legislador pecou ao tentar desnudar a cooperação aventurando-se em setor cuja atuação merece ficar a cargo exclusivo da doutrina. E o fez mal porque referido texto legislativo está desacoplado da realidade, espelha visão idealista e irrefletida daquilo que se dá na arena processual, onde as partes ali se encontram sobretudo para lograr êxito em suas pretensões. Isso é, digamos assim, natural, pois não? Disputar coisas é uma coisa normal. Não fosse assim não haveria ‘direito’. Direito é interdição. É opção entre civilização e barbárie”.

Ainda conforme o texto, é benéfico ao sistema processual que exista uma comunidade de trabalho com a finalidade de regulamentar o diálogo entre as partes e o juiz, mas estes, por terem interesses diversos no processo, não podem ser colocados num mesmo patamar.²⁴²

Ainda em outros pontos o novo código buscou fortalecer o princípio do contraditório, ombreado à garantia constitucional de ampla defesa, como se extrai da nova sistemática imposta à desconsideração da personalidade jurídica nas execuções – figura que até então dispunha de escassa disciplina processual específica.

Se na vigência do diploma anterior era comum que se levantasse o véu da personalidade jurídica de determinada empresa, viabilizando o redirecionamento da execução contra a pessoa de seus sócios e administradores, com base nas colocações unilaterais do credor, *inaudita altera pars*²⁴³, é fato que a lei já em vigor, em seus artigos 133 a 137, estabeleceu a obrigatoriedade de instauração de incidente processual para tal finalidade, com a consequente necessidade – imprescindível, para fins de validade do *decisum*, frise-se – de citação do terceiro cuja inclusão no polo passivo se pretenda, para que se lhe oportunize a manifestação e o requerimento das

²⁴² *Idem*, pp. 16-17.

²⁴³ Acerca deste particular, lembra José Miguel Garcia Medina que “Na jurisprudência, já se decidiu, na vigência do CPC/1973, que seria desnecessário ouvir o terceiro, em relação ao qual teria ocorrido confusão patrimonial, orientação que não tínhamos por acertada, por violar o princípio do contraditório”. MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 228.

provas que eventualmente entenda cabíveis. Em havendo necessidade, há obrigatoriedade de fase instrutória, como se extrai do artigo 136.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni reputa como positiva referida alteração; em seu entendimento “Trata-se de medida que visa a resguardar o direito ao contraditório daqueles que podem ter as suas esferas jurídicas afetadas por decisão judicial a cujo respeito não tiveram a oportunidade de influir na formação”²⁴⁴. Com ele concorda Teresa Arruda Alvim Wambier:

A decisão que desconsidera a personalidade jurídica não poderia, à luz da Constituição Federal, ser proferida sem ser antecedida de contraditório amplo, englobando produção de provas, como infelizmente, muito frequentemente se faz hoje em dia. Isto porque, de rigor, se trata de decisão que equivale àquela que coloca alguém na posição de réu, já que sujeita seu patrimônio a responder por uma dívida, a ser objeto de atos de desapropriação. Em face disso, não há como se permitir que o juiz profira uma decisão com este alcance sem ouvir, antes, este terceiro.²⁴⁵

Parece ser realmente digna de louvor a alteração em evidência, ante a inegável ampliação do princípio do contraditório, sob a perspectiva do terceiro cuja responsabilização se pretende, ainda que impondo ao credor maior ônus processual na perseguição do montante exequendo. Aliás, quanto à inevitável dicotomia entre os interesses do credor e do devedor real – executado – e potencial – terceiro – nota-se que o novel diploma buscou adotar posição equilibrada, dentre as diversas opções que vinham sendo sustentadas pela doutrina ao longo dos anos. Mais especificamente, certos autores sustentavam que a desconsideração da personalidade jurídica pressupunha a necessidade de deflagração de um processo de conhecimento, autônomo, enquanto outros mestres defendiam que sequer se faria necessária a oportunidade de manifestação do terceiro, em um primeiro momento, como já se expôs.

Outros princípios de tanta relevância quanto os do contraditório e da ampla defesa influíam na discussão em voga, tais como os da celeridade e da economia processual, conforme expõe analiticamente Daniel Amorim Assumpção Neves:

Havia corrente doutrinária que defendia – e mesmo com o texto legal pode continuar a defender, mas apenas num plano acadêmico – a existência de

²⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 80.

²⁴⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Op. Cit.*, p. 252.

um processo de conhecimento com os pretensos responsáveis patrimoniais secundários compondo o polo passivo para se discutir os requisitos indispensáveis à desconsideração da personalidade jurídica.

Por outro lado, havia doutrina que afirmava que, estando presentes os pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica, e conseguindo o credor prová-los de forma incidental, seria desnecessário o processo autônomo, sendo esse entendimento prestigiado pelo Superior Tribunal de Justiça.

É compreensível que o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça esteja fundado nos princípios da celeridade e da economia processual, até porque exigir um processo de conhecimento para se chegar à desconsideração da personalidade jurídica atrasaria de forma significativa a satisfação do direito, além de ser claramente um caminho mais complexo que um mero incidente processual na própria execução ou falência. E tais motivos certamente influenciaram o legislador a consagrar a natureza de incidente processual ao pedido de desconsideração da personalidade jurídica.²⁴⁶

É digna de nota, de fato, a consciência aparentemente demonstrada pelo legislador, na ponderação dos princípios acima ao instituir novidade tão drástica: ao mesmo tempo em que buscou ampliar o acesso à justiça por meio do privilégio ao contraditório e à ampla defesa – à inafastabilidade da jurisdição, no contexto do devido processo legal, portanto – também não se olvidou de zelar pela razoável duração do processo e por sua efetividade.

Inevitável que se questione – como tem feito a doutrina – se as inúmeras disposições inovadoras mencionadas até aqui, bem como outras também elencáveis, seriam realmente necessárias, visto que “Afiml, o direito de participação com influência e a garantia de não surpresa resultam da própria afirmação constitucional de que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito”²⁴⁷, como assevera Alexandre Freitas Câmara, concluindo que “Os dispositivos do CPC que ‘esmiúçam’ o conteúdo do princípio do contraditório, pois, e como consequência da reconhecida força normativa da Constituição, são a rigor desnecessários”²⁴⁸. Inobstante, o mesmo autor se posiciona pela importância – senão teórica, prática – da postura adotada pelo legislador, ainda que, por vezes, possa parecer redundante:

²⁴⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.*, p. 142.

²⁴⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo CPC e o Princípio do Contraditório, publicado em 17 de abril de 2015; disponível em www.justificando.cartacapital.com.br/2015/04/17/o-novo-cpc-e-o-principio-do-contraditorio/, acessado em 10 de abril de 2017.

²⁴⁸ *Ibidem*.

Não obstante isso, é extremamente importante – ao menos por seu valor simbólico – que o novo CPC “desenhe” o modo como se deve observar o contraditório no processo civil brasileiro.

É que, embora seja perfeitamente possível afirmar-se, a partir da Constituição da República, que o contraditório é garantia de participação com influência e de não surpresa, certo é que esta concepção, forte na doutrina, e com algum impacto na jurisprudência, a verdade é que na prática o contraditório continuou a ser observado, no processo judicial, de maneira eminentemente formal. Assegurava-se às partes o “direito de falar”, mas não se respeitava seu “direito de ser ouvido”. E este só existe se for assegurado às partes o direito à consideração dos argumentos, isto é, o direito a que os argumentos deduzidos pelas partes sejam apreciados pelo órgão julgador.²⁴⁹

Com efeito, o que se percebe é que a concepção da Constituição enquanto documento dotado de “uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado”²⁵⁰, como vislumbrou Konrad Hesse em sua obra clássica, embora reforçada na teoria e parafraseada na fundamentação de incontáveis decisões judiciais, acaba ofuscada pelo solipsismo que permeia a atividade jurisdicional cotidiana; o magistrado, embora se sinta compelido pela Constituição, em sua força normativa, também se julga livre para interpretá-la – mais ainda: para compreendê-la – da forma que lhe pareça mais “justa”, conforme o caso. Os protestos da academia, em geral, não produzem muito eco, nessa seara. Também por isso, retorna-se à discussão já travada anteriormente neste trabalho, acerca do papel desempenhado pela legislação no contexto jurídico brasileiro.

Não que o devido processo legal, enquanto o conjunto de garantias que o compõe, já não estivesse suficientemente assegurado – na teoria – pelo texto constitucional; todavia, ante a realidade prática que evidenciava a sua rotineira distorção e negligência, julgou-se necessário explicitá-lo de maneira ainda mais impositiva e dogmática, em sede de legislação infraconstitucional.

Disso, conclui-se pela importância de tais dispositivos do novo código: embora teoricamente desnecessários, constituem a positivação simbólica de uma nova concepção processual na esfera cível brasileira: “a do processo democrático, não só na teoria, mas também – e principalmente – na vida real das pessoas”²⁵¹.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1991.

²⁵¹ CÂMARA, Alexandre Freitas, *Op. Cit.*

3.2.2. Alterações em prol da assistência jurídica gratuita

Como dito em tópico anterior, a assistência jurídica – enquanto forma basilar e imprescindível de acesso à justiça à parcela mais carente da população – embora efetivamente garantida pela Constituição Federal e elevada à categoria de norma fundamental de aplicação imediata²⁵², desde a redação original do texto constitucional, promulgado em 1988, enfrentou e enfrenta certos entraves ao alcance de sua eficácia plena.

A indesculpável desídia estatal em implementar e manter as Defensorias Públicas – órgãos vitais à efetivação de tal garantia, cuja criação e funcionamento foram, mais do que sugeridos, impostos pela carta política – que persiste até hoje, em alguns contextos, infelizmente continua constituindo gravíssimo óbice à concretização prática da assistência jurídica gratuita e, conseqüentemente, ao acesso à justiça, quanto a este particular, especialmente no que toca à perene carência de orientação e patrocínio técnico daqueles que não são capazes de custear os honorários de um advogado particular.

Some-se a tal circunstância – cujo endereçamento inegavelmente pressupõe maior vontade política por parte do Executivo do que do Legislativo – o fato de que também a concessão do benefício da gratuidade da justiça enfrentava e ainda enfrenta certa crise, em virtude da crescente polêmica que acabou por situar a questão no cerne de profundos embates travados entre boa parte dos magistrados e advogados, no âmbito do Judiciário.

É que dito benefício – que naturalmente implica na outorga, à parte beneficiada, de isenção completa de todas as custas processuais e de eventual verba de sucumbência – não de hoje, por um lado é muitas vezes pleiteado pela parte que, mesmo dispondo de condições que lhe permitiriam custear a demanda, deseja eximir-se de tal ônus, desvirtuando por completo a finalidade do instituto; outrossim, em reação diametralmente oposta, também é constantemente negado àqueles que comprovadamente fariam jus a ele.

Explica-se: conforme já se asseverou, a disciplina infraconstitucional da garantia em voga, por décadas, repousava sobre a Lei n.º 1.060, de 1950, recepcionada pela Constituição Federal de 1988. O sintético diploma, ainda parcialmente em vigor,

²⁵² Ao menos, é o que prevê o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

contava em sua originalidade com pouco menos de vinte artigos, e tendo sido promulgado há mais de meio século atrás, ainda sob a regência do então presidente Eurico Gaspar Dutra, naturalmente dispunha acerca do assunto de modo menos moderno do que se poderia desejar atualmente – fato compreensível, visto que à época recursos que hoje são encarados de modo corriqueiro (cite-se o processo eletrônico, a assinatura digital e outros) constituíam utopia que se fazia presente apenas no imaginário daqueles mais vanguardistas.

Ocorre que, mesmo passadas décadas, alguns juízes persistem no apego à literalidade formal, que naturalmente se descompassa em relação à realidade que avança, em prejuízo da teleologia da norma; são notórias as decisões – proferidas já de forma eletrônica pelo próprio magistrado – que rejeitam o pedido formulado pelo advogado constituído, condicionando a concessão do benefício pleiteado à apresentação de um requerimento redigido pela parte, de próprio punho.

Absurdamente, tal exigência se repete nas mais variadas instâncias jurisdicionais, tendo sido, inclusive, objeto de recurso submetido ao Superior Tribunal de Justiça, que felizmente pacificou o tema, rechaçando a esdrúxula imposição, em acórdão de relatoria da Ministra Eliana Calmon²⁵³.

De maneira mais grave, houve a sedimentação do equivocado entendimento de que a parte pleiteante estaria obrigada a demonstrar, por meio das mais diversas fontes de prova imagináveis, que de fato encontra-se em situação de hipossuficiência econômica, antes que o magistrado sequer se disponha a analisar o requerimento formulado. Não raras as oportunidades em que se exige a juntada de extratos

²⁵³ À guisa de curiosidade, vale transcrever trecho da decisão: “PROCESSO CIVIL – GRATUIDADE DA JUSTIÇA (LEI 1.060/50) – DECLARAÇÃO DE POBREZA – AFIRMAÇÃO FEITA NA PETIÇÃO INICIAL OU NO CURSO DO PROCESSO. 1. O pedido de assistência judiciária gratuita previsto no art. 4º da Lei 1.060/50, quanto à declaração de pobreza, pode ser feito mediante simples afirmação, na própria petição inicial ou no curso do processo, não dependendo a sua concessão de declaração firmada de próprio punho pelo hipossuficiente. 2. Recurso especial provido. [...] para a lei, a afirmação da parte no sentido de que não tem condições de arcar com as despesas do processo pode ser feita pelo seu representante judicial na própria petição inicial, não havendo necessidade de declaração de próprio punho do hipossuficiente atestando sua condição, motivo pelo qual não há que se falar em deserção. De fato, esta Corte tem se posicionado no sentido de que a declaração prestada na forma da lei firma em favor do requerente a presunção iuris tantum de necessidade, que somente será elidida diante da prova em contrário, podendo também o magistrado, avaliando as alegações feitas pela parte interessada, examinar as condições para o seu deferimento. [...] Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos à origem para que prossiga no julgamento do agravo de instrumento, como de direito. É o voto.” (REsp n.º 901.685/DF, 2ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 03 de junho de 2008, publicado no DJe em 06 de agosto de 2008); disponível em www.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=789043&num_registro=200602496701&data=20080806&formato=PDF; acessado em 10 de abril de 2017.

bancários, holerites, declarações de imposto de renda, e mesmo certidões do DETRAN e dos diversos cartórios de registro de imóveis da comarca, como condição imprescindível não à concessão, mas à mera apreciação do pleito – a não aquiescência, por óbvio, fatalmente implica no indeferimento²⁵⁴.

Desnecessário dizer que referida arbitrariedade padece não apenas de ilegalidade – visto que mesmo a Lei n.º 1.060/1950 já dispõe que o gozo dos benefícios por ela previstos pressupõe apenas e tão somente a simples afirmação de hipossuficiência da parte na petição inicial, sem qualquer exigência comprobatória, além de garantir a presunção de pobreza ao afirmante, impondo, inclusive, ao magistrado, o dever expresso de apreciar o pedido de plano, dentro do prazo máximo de setenta e duas horas – mas também de incontornável inconstitucionalidade, em múltiplos e diferentes planos.

Em primeiro lugar, há a flagrante violação à própria garantia fundamental de assistência jurídica, que engloba a gratuidade da justiça, como já exposto; além disso, nota-se também o vilipêndio à também fundamental razoável duração do processo, visto que a postura denunciada em epígrafe – em geral adotada antes mesmo do despacho citatório – inevitavelmente acarreta atraso desnecessário do feito, cujo prosseguimento permanece obstado enquanto a questão não é sanada. Entre a decisão que intima a parte pleiteante a trazer aos autos uma série de documentos que o magistrado julga pertinentes, a efetiva obtenção de tais documentos, a posterior apreciação destes pelo juiz e, finalmente, o endereçamento jurisdicional do requerimento, podem transcorrer semanas e, por vezes, meses – sem mencionar as hipóteses mais burlescas que culminam na interposição de recurso e no consequente sobrestamento dos autos até ulterior manifestação das instâncias superiores.

²⁵⁴ Mesmo depois do advento do novo Código de Processo Civil, ainda há magistrados que insistem neste reprovável comportamento, valendo citar, a título de ilustração, o posicionamento reiteradamente adotado pela 2ª Vara Cível da comarca de Apucarana – PR, que notadamente responde aos requerimentos de concessão do benefício da gratuidade da justiça, por meio de despacho padrão, nos seguintes termos (o trecho a seguir foi extraído dos autos de n.º 0010608-45.2016.8.16.0044): “[...] ao requerente do benefício, para que, no prazo de 20 (vinte) dias e sob pena de indeferimento do pedido de gratuidade, junte aos autos: a) cópia das últimas folhas da carteira de trabalho; b) cópia dos extratos de cartão de crédito, dos últimos três meses; c) comprovantes de recebimentos de salário ou proventos de aposentadoria; d) certidão de inexistência de bens imóveis expedida pelos cartórios de registro de imóveis da comarca (certidão de inteiro teor, no caso de existência, ou certidão negativa de imóveis, no caso de inexistência; d.1) Observe-se que em caso de o requerente ser proprietário de um único imóvel, a respectiva certidão de inteiro teor deverá fazer tal constatação (anotação na matrícula), sob pena de o Juízo entender que o requerente é proprietário de outros imóveis; e) comprovante de propriedade de veículos automotores expedido pelo DETRAN; f) conta de luz com data de vencimento não anterior a 90 (noventa) dias”.

A par de tais impropriedades mais óbvias, há também o latente ferimento de aspectos ainda mais afetos à própria dignidade da parte, vez que a obrigatoriedade de expor em processo judicial – de público acesso, frise-se – informações detalhadas acerca de seu patrimônio e mesmo de seus hábitos e despesas pessoais, quando tais circunstâncias em nada se relacionam ao real objeto da lide, culmina em grave transgressão de sua privacidade, também constitucionalmente tutelada. Parece apenas óbvio que o indivíduo, geralmente já em situação de fragilidade – uma vez que teoricamente busca o Judiciário a fim de justamente fazer cessar lesão ou ameaça de seu direito – ao reconhecer que se encontra em posição de hipossuficiência econômica, sinta-se constrangido quando compelido a deflagrar a estranhos informações personalíssimas, tais como seu salário líquido, o valor de sua fatura do cartão de crédito, etc.

Ademais, também é paradoxal a pretensão de que a parte que requer do Judiciário a isenção das custas processuais, por não ter condições de adimpli-las, deva contrair despesas desnecessárias com a obtenção de certidões diversas junto a cartórios e repartições públicas, a fim de poder ter seu pedido apreciado.

Diante deste cenário, embora o texto originalmente elaborado pela comissão de juristas se mostrasse mais tímido, as alterações sugeridas no contexto da Câmara dos Deputados, nessa seara, trataram de endereçar a questão com especial zelo, dando ouvidos aos anseios da sociedade, substanciados na voz representativa da classe dos advogados, que participou ativamente dos trabalhos e discussões que culminaram no texto finalmente aprovado, tendo prevalecido a versão da Câmara dos Deputados, conforme relembra Teresa Arruda Alvim Wambier, em comentário sobre o ponto em foco:

Sem correspondência no CPC vigente, a gratuidade da justiça encontra-se prevista nos arts. 98 e seguintes do NCP. No Anteprojeto do CPC e posteriormente no Projeto do Senado, a ideia inicial era manter as regras em vigor e revogar o art. 17 da Lei 1.060/50. Porém, as inovações ocorreram na Câmara dos Deputados, que em seu Projeto prevê significativas alterações, especialmente ao esclarecer o momento e a forma do requerimento do benefício, o cabimento do agravo de instrumento, etc. A redação da Câmara dos Deputados prevaleceu.²⁵⁵

²⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Op. Cit.*, p. 180.

O diploma anterior, já revogado, mostrava-se de certa forma omissivo quanto a este particular específico, relegando a disciplina do tema quase que exclusivamente à já mencionada Lei n.º 1.060/1950. O tópico aparecia no Código de Processo Civil de 1973 em raríssimas oportunidades, e quase sempre de modo adjacente a outra questão que ocupava o foco principal do dispositivo em análise²⁵⁶. Já o novo Código de Processo Civil se dispôs a abordar a temática de forma específica, dedicando-lhe uma seção exclusiva, dentro de um de seus livros²⁵⁷.

Mais do que isso, o advento do novel diploma trouxe consigo drástica repaginação da antiga Lei n.º 1.060/1950, que embora continue em vigência, teve boa parte de seus enunciados revogada, deixando a anterior posição de primazia disciplinante que lhe conferia o Código de Processo Civil anterior, para ocupar lugar de mero instrumento de apoio coadjuvante, ante a disposição da Lei n.º 13.105/2015 em versar acerca do tema.

O artigo 2º da Lei n.º 1.060/1950, por exemplo, foi revogado, em favor da redação conferida ao *caput* do artigo 98 do novo Código de Processo Civil, que ampliou o rol dos sujeitos beneficiáveis, afastando a necessidade de residência no país. Embora os requisitos para a concessão do benefício tenham sido mantidos²⁵⁸, também se nota a ampliação de sua abrangência, visto que a lista antes prevista pelo artigo 3º daquele diploma legal – igualmente revogado expressamente – cedeu lugar às hipóteses elencadas nos incisos do § 1º do mesmo artigo 98, já citado.

É nesse sentido o comentário de Daniel Amorim Assumpção Neves:

Trata-se de rol que amplia e por vezes especifica o rol constante do art. 3º da Lei 1.060/1950, que foi expressamente revogado pelo art. 1.072, III, do Novo CPC. [...] No inciso VI é incluída a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira, mantidos os honorários do advogado e do perito. [...] Sem correspondência na Lei 1.060/1950 o inciso

²⁵⁶ De modo mais específico, são pouquíssimos os enunciados normativos da Lei n.º 5.869/1973 que mencionavam o tema da gratuidade da justiça, valendo citar o artigo 10 daquele diploma, que impunha às partes o dever de prover as despesas dos atos que realizassem ou requeresses no processo, limitando-se fazer constar a expressão “salvo as disposições concernentes à justiça gratuita”.

²⁵⁷ Trata-se da Seção IV, “Da Gratuidade da Justiça”, inserida no Capítulo II, “DOS DEVERES DAS PARTES E DE SEUS PROCURADORES”, do Livro III, “DOS SUJEITOS DO PROCESSO”, da parte geral.

²⁵⁸ A esse respeito, Daniel Amorim Assumpção Neves assevera que “A concessão dos benefícios da gratuidade da justiça depende da insuficiência de recursos da parte para o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios no caso concreto. A revogação expressa do art. 2º da Lei 1.060/1950 não altera essa realidade diante do previsto no art. 98, *caput*, do Novo CPC, que prevê as mesmas causas da norma revogada para a concessão da gratuidade da justiça.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.*, p. 101.

VII inclui no âmbito da gratuidade o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução. [...] A isenção do pagamento de emolumentos devidos aos notários ou registradores em decorrência da prática de ato de registro, averbação, ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido, foi a que mais chamou a atenção do legislador, que destinou dois parágrafos do dispositivo para discipliná-la.²⁵⁹

Também outras garantias adjacentes foram confirmadas e criadas pelo novo Código de Processo Civil, tais como a previsão de prazo prescricional às obrigações eventualmente impostas ao beneficiário da gratuidade da justiça em virtude de sua sucumbência, que ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos cinco anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se com o transcurso deste quinquênio, conforme previsão específica do § 3º do mesmo artigo 98, em confirmação expressa da norma esculpida no artigo 12 da Lei n.º 1.060/1950, consequentemente revogado; também há possibilidade de parcelamento das despesas, ou de concessão parcial do benefício, na esteira dos §§ 5º e 6º do mesmo dispositivo, caso a situação do pleiteante não se revele nem tão gravosa a ponto de autorizar a concessão integral, mas nem tão cômoda que lhe permita arcar com as despesas do processo sem algum tipo de prejuízo direto – anteriormente, o cenário em tela fatalmente culminaria na frustração da pretensão.

Outro fator de facilitação trazido pela Lei n.º 13.105 diz respeito à forma e ao momento processual do requerimento: se antes, como dito, havia certa discussão acerca da necessidade de declaração própria de hipossuficiência, além de controvérsias quanto à possibilidade de se pleitear a benesse em momento posterior à fase postulatória, o artigo 99 do novo Código de Processo Civil mostrou-se extremamente flexível, ao permitir que o pedido seja formulado diretamente na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou mesmo em grau de recurso, ressaltando, ainda, em seu § 1º, a hipótese de formulação por petição simples, nos autos do próprio processo.

É óbvia a intenção do legislador, no sentido de rebater o posicionamento antiquado que vinha sendo adotado pelo Judiciário, que, conforme já se expôs,

²⁵⁹ *Idem*, pp. 102-103.

rotineiramente exigia a apresentação de declaração de hipossuficiência, que necessariamente deveria ser assinada pela própria parte; parece pacificado, agora, o entendimento de que basta que a afirmação seja feita no bojo da própria petição inicial, da contestação, ou de qualquer outra manifestação elaborada pelo advogado da causa. Tal conclusão é confirmada pelo artigo 105, também do novo Código de Processo Civil, que insere nos poderes conferidos ao causídico, por meio de procuração judicial, o de afirmar a hipossuficiência da parte, bastando que haja no instrumento cláusula específica nesse sentido.

Quanto à análise das condições daquele que requer a concessão do benefício, o novel diploma buscou esclarecer ao magistrado, de maneira incisiva, aquilo que já se encontrava previsto na legislação antiga: presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida por pessoa natural, sendo esta a redação do § 3º do artigo 99. Sendo presumível, obviamente independe de prova; não obstante, também não eram raros os casos em que, mesmo na ausência de qualquer indício ou circunstância que pudesse apontar na direção contrária, a parte era intimada a comprovar a alegada hipossuficiência, sob pena de indeferimento do benefício – muitas vezes antes mesmo de que o magistrado se dignasse a determinar a citação da parte contrária, como exposto e ilustrado.

Visando combater tal impropriedade no exercício da jurisdição, o novo Código de Processo Civil, no § 2º do mesmo artigo 99 expressamente proibiu o juiz de indeferir o pedido, a menos que constem dos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão da gratuidade pretendida; e, mesmo na hipótese da presença de tais elementos, impôs-se ao magistrado o dever de intimar a parte, a fim de conferir-lhe a oportunidade de comprovar o preenchimento dos requisitos em questão. Aliás, nota-se, aqui, a valorização do princípio fundamental do contraditório, já comentado em tópico anterior.

Outro ponto polêmico que mereceu a atenção do legislador repousa sobre a assistência do requerente por advogado particular, o que por muitas vezes serviu de argumento ao magistrado que buscava pretextos que lhe permitissem indeferir o pleito; concluía-se – erroneamente – que se a parte dispunha de meios que lhe haviam permitido contratar um advogado particular, certamente poderia arcar com as custas do processo. Equivocado, obviamente, o posicionamento, visto que são comuns os contratos de honorários advocatícios vinculados ao êxito da demanda, além da também não rara hipótese de atendimento gratuito, promovido por grandes escritórios

que buscam contribuir, à sua maneira, com as demandas sociais. Por tais razões, visando evitar que tal desacerto continuasse a ocorrer, o § 4º, ainda do artigo 99 do novo Código de Processo Civil, trouxe consigo disposição expressa, no sentido de que a assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça. Sintético o comentário de Teresa Arruda Alvim Wambier acerca do tópico.

Ainda que representada por advogado particular, a parte fará jus à concessão do benefício, já que, como dissemos, custas do processo e representação por advogado são causas diferentes.²⁶⁰

Para Luiz Guilherme Marinoni, as diversas garantias trazidas no bojo dos artigos 98 e 99 do novo Código de Processo Civil objetivam dar às partes a possibilidade de efetivamente participar do processo, sendo a participação das partes, naturalmente, condição indispensável à legitimidade do exercício do poder jurisdicional, conforme afirma, em comentário específico acerca dos dispositivos legais mencionados:

Tais garantias objetivam dar às partes a possibilidade de efetivamente participarem do processo. O exercício do poder jurisdicional somente é legítimo quando os interessados no ato de positivação do poder – na decisão – podem efetiva e adequadamente participar do processo, alegando, produzindo provas, participando de audiências, controlando a racionalidade do exercício do poder estatal, etc.

Um processo em que qualquer das partes não possa efetivamente participar retira a legitimidade do exercício do poder jurisdicional. Não há como ter uma decisão legítima sem se dar àqueles que são atingidos por seus efeitos a adequada oportunidade de participar da formação do *judicium*.²⁶¹

Parece indene de dúvidas que a absorção do tema pelo novo Código de Processo Civil – quer para cancelar o que já se encontrava previsto em legislação esparsa, quer para inovar – em contraste ao silêncio ostentado pelo diploma anterior quanto ao tópico, tem sido bem aceita e celebrada pela doutrina. Se em outros aspectos, o texto da lei nova foi objeto de críticas e reprimendas, neste particular, a comunidade acadêmica tem enxergado com bons olhos a iniciativa de promover a sistematização da disciplina acerca da gratuidade da justiça, que mais do que

²⁶⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Op. Cit.*, p. 184.

²⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, pp. 351-352.

ampliada, restou reforçada e confirmada, como que a lembrar o Judiciário acerca de seu papel fundamental enquanto via imprescindível de acesso à justiça de parcela expressiva da população.

3.2.3. Alterações em prol da razoável duração do processo

Finalmente, cumpre encarar o novo diploma processual, pela ótica da razoável duração do processo, também compreendida, conforme visto, enquanto um dos grandes pilares da positivação constitucional ao redor do acesso à justiça, desde sua inclusão no rol das garantias fundamentais, na forma do inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional n.º 45/2004.

De fato, o presente ponto merece especial destaque, visto que desde os primeiros debates acerca da substituição do Código de Processo Civil antigo por um novo, a maior celeridade na tramitação processual sempre foi, ostensivamente, uma das precípuas – senão a principal – metas.

Tal priorização resta flagrante do próprio texto que marca os estudos iniciais da comissão nomeada pelo Senado para a tarefa de elaborar o anteprojeto do novo Código de Processo Civil; nele, o então Presidente do Senado, José Sarney, explicita que a iniciativa constituía passo fundamental para a celeridade do Poder Judiciário, a atingir o cerne dos problemas processuais, e apta a possibilitar uma Justiça mais rápida e, naturalmente, mais efetiva²⁶²; ao elencar os anseios sociais que seriam atendidos pelo novel diploma, novamente faz referência à celeridade do processo, vinculando-a à efetividade de seu resultado²⁶³.

Na qualidade de presidente da comissão, Luiz Fux, na mesma oportunidade, de modo objetivo sintetiza de forma clara esta verdade:

A ideologia norteadora dos trabalhos da Comissão foi a de conferir maior celeridade à prestação da justiça. Por isso que, à luz desse ideário maior, foram criados institutos e abolidos outros que se revelaram ineficientes ao longo do tempo.²⁶⁴

²⁶² SARNEY, José. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 195.

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ FUX, Luiz. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 196.

Das colocações em destaque, concluir-se-ia que o texto final do novo diploma, de todos os ineditismos que contém, se mostraria especialmente propenso a inovar e reformar aqueles pontos que tradicionalmente constituíam causa de morosidade e lentidão. Seria de se supor que o novel Código de Processo Civil conferiria primazia ao tema da celeridade processual, sobrepondo-o a qualquer outro, quando em eventual conflito, a cada decisão legislativa que culminou na aprovação da versão definitiva hoje em vigor. Não é o que se observa, contudo.

Embora o artigo 4º do novel diploma tenha confirmado expressamente a garantia conferida às partes de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, de forma prática, poucas foram as alterações implementadas pela nova legislação que conduzem efetivamente a um processo mais célere; e mesmo estas, quando vislumbradas de forma contextualizada, empalidecem diante de outras mudanças que fatalmente culminarão – como já têm culminado, sabe-se – no resultado diametralmente oposto: uma tramitação ainda mais demorada, como restará demonstrado em análise específica, mais adiante.

Não se nega, contudo, que algumas inovações realmente parecem ter o condão de combater, ainda que de forma tênue, a morosidade do Judiciário, rotulada como a grande vilã a ser superada, como visto.

Merece destaque, por exemplo, a considerável simplificação do procedimento necessário à discussão acerca de incompetência relativa, que anteriormente exigia a instauração de um incidente específico; o Código de Processo Civil de 1973 assim o exigia, em seu artigo 112. Já o novo diploma, em seu artigo 64, prevê que referida questão será abordada na própria contestação, em sede de preliminar, reforçando a ideia em seu artigo 337, inciso II.

Trata-se, em verdade, da positivação legal de posição que já vinha sendo adotada pelo Judiciário, tendo sido, inclusive, chancelada por mais de uma vez pelo STJ²⁶⁵, como explica Daniel Amorim Assumpção Neves:

A incompetência, independentemente de sua natureza, será alegada pelo réu como preliminar de contestação. Na realidade, a previsão do art. 64 do Novo CPC inova apenas no tocante à incompetência relativa, que no sistema anterior era alegada por meio de exceção ritual de incompetência. O sinal mais evidente de que a exceção de incompetência estava com seus

²⁶⁵ Nesse sentido, cf. STJ, 2ª Seção, CC 8.692, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 13/02/2008, DJ 03/03/2008; STJ, 2ª Turma, REsp 885.960/CE, rel. Min. Humberto Martins, j. 02/08/2007, DJ 15/08/2007; STJ, 2ª Seção, REsp 169.176/DF, rel. Min. Castro Filho, j. 25/03/2003, DJ 12/08/2003.

dias contados vinha do Superior Tribunal de Justiça, que, ao admitir, em aplicação do princípio da instrumentalidade, a alegação de incompetência como preliminar de contestação mesmo com a imposição legal de outra forma procedimental, demonstrava a inutilidade prática da exceção ritual.²⁶⁶

Aliás, bastante interessante a nova sistemática implementada pela nova lei quanto a este particular: o artigo 340 do diploma faculta à parte contestante, na hipótese de alegação de incompetência, protocolar a contestação no foro de seu próprio domicílio, fato este que será imediatamente comunicado ao juiz da causa por meio eletrônico, preferencialmente. Ato contínuo, a peça de defesa será remetida ao juiz da causa, que deverá apreciar a questão; caso reste reconhecida a incompetência suscitada pelo réu, considerar-se-á prevento aquele juiz que – por livre distribuição ou em virtude de carta precatória para citação – tiver recebido a contestação.

A princípio, parece positiva a intenção do legislador em suprimir a exceção de incompetência, que anteriormente se fazia necessária e constituía fator de complexidade, a tramitar de forma incidental ao feito principal. A possibilidade de suscitar a questão na contestação, diretamente, contribui para a fluidez do processo. Em contrapartida, a facilidade outorgada ao réu, que pode protocolar sua defesa em seu próprio domicílio, parece caminhar na direção contrária, pois em que pese constitua enorme conveniência a uma das partes, sem aparente prejuízo direto da outra, implica em desdobramentos que podem acarretar desnecessário atraso processual: a distribuição, recebimento e, finalmente, a remessa da contestação protocolada – do juiz que a recebe, para o juiz da causa – embora previstas como “imediatas” pelo dispositivo legal em análise, naturalmente dependem da diligência das serventias judiciais, podendo demorar dias, semanas e, até mesmo, meses.

De igual sorte, a possibilidade de falha de comunicação entre ambos os juízes pode acarretar prejuízos ainda mais severos, na medida em que o juiz da causa, caso não seja alertado acerca do protocolo da contestação em comarca diversa, naturalmente dará sequência ao feito, reputando o réu como revel, ao constatar o aparente transcurso do prazo contestatório. Em momento posterior, a existência de contestação tempestiva implicará na revogação da revelia, com todos os seus efeitos, bem como na nulidade de eventuais atos que tenham sido praticados sem a participação do Réu, com inevitável tumulto do feito.

²⁶⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.*, p. 78.

Também o fato de que, neste caso, a contestação será apresentada em momento anterior à audiência de mediação e conciliação implica na suspensão do ato eventualmente já designado pelo juiz reputado como incompetente, na esteira do que prevê o § 3º do mesmo artigo 340. Uma vez superada a questão, far-se-á necessária a redesignação da audiência, a depender da pauta e, conseqüentemente, acarretando demora no desenvolvimento da demanda.

Afora isso, a redação do dispositivo se revela um tanto quanto obscura, quando investigada de modo mais aprofundado, como alerta Daniel Amorim Assumpção Neves:

A confusão que a norma cria é considerável, já que o legislador desconsiderou as diferenças entre competência absoluta e relativa. [...] Fica claro que o dispositivo trata de incompetência territorial.

Ocorre, entretanto, que no *caput* admite-se que a alegação ora analisada possa ter como objeto a incompetência absoluta. É curiosa a opção do legislador, porque a competência funcional, por matéria e por pessoa, não se confunde com a competência territorial. Perde todo o sentido o dispositivo legal porque o réu poderá protocolar a alegação no foro de seu domicílio, mesmo que esse seja o foro em que tramita o processo, alegando a incompetência absoluta. E nesse caso, não há sentido em informar o juízo do processo, porque a petição será protocolada justamente no juízo em que a demanda tramita. [...]

A impropriedade de o dispositivo incluir a possibilidade de alegação de incompetência absoluta pode ser demonstrada por outra situação hipotética. A demanda tramita na Justiça Estadual de São Paulo, quando deveria sê-lo na Justiça Federal, de São Paulo ou de qualquer outra seção judiciária. E o réu é domiciliado em Fortaleza. Nesse caso, ele pode peticionar na Justiça Estadual de Fortaleza a alegação de incompetência, que será encaminhada ao juízo de São Paulo. Reconhecida a incompetência, não há falar em prevenção do juízo estadual de Fortaleza, tornando-se inaplicável no caso concreto a regra consagrada no § 2º do art. 340 do Novo CPC.²⁶⁷

Nota-se que a despeito da louvável intenção do legislador – que seguia no sentido de trazer maior simplicidade à sistemática do tema ao migrar a discussão, de uma exceção própria para o próprio corpo dos autos, por meio da contestação – resta eclipsada pela confusão delineada, tornado a questão quiçá mais complexa do que era anteriormente. Não obstante, é digno de nota o ineditismo.

Ainda nessa mesma linha, a contestação também passou a abarcar, coerentemente, a ventilação de outras controvérsias que anteriormente também

²⁶⁷ *Idem*, pp. 81-82.

exigiam a instauração de incidente próprio. É o caso da eventual insurgência, pela parte ré, contra o deferimento da gratuidade da justiça conferido à parte autora, cujo debate, no contexto do diploma processual anterior, pressupunha a deflagração de um incidente de impugnação específico a esta finalidade. Outrossim, o questionamento do valor conferido à causa pelo autor também demandava tramitação incidental.

O artigo 337 do novo Código de Processo Civil, ao incluir estas e outras questões secundárias no rol daquelas que agora podem e devem ser suscitadas em sede de preliminar na própria peça contestatória, contribui para o melhor deslinde das demandas, na medida em que tais pontos serão dirimidos pelo magistrado, em geral, no próprio despacho saneador, sem que haja a necessidade da condução de uma lide paralela.

À semelhança disso, também a dedução de pretensão própria pelo réu, conexa àquela desenvolvida pelo autor, passou a ter espaço na mesma relação processual, ao contrário do que se exigia anteriormente. Ao invés de fazê-lo por meio de peça apartada da defesa, o réu deve reconvir no corpo de sua contestação, conforme preceitua o artigo 343 da nova lei. De novo, trata-se de mudança já prenunciada, à luz do que vinha decidindo o Superior Tribunal de Justiça, como explica Daniel Amorim Assumpção Neves:

A reconvenção deixa de ser alegada de forma autônoma no Novo Código de Processo Civil, passando, nos termos do art. 343, *caput*, a ser apresentada na própria contestação. Essa mudança já era esperada, considerando que o Superior Tribunal de Justiça já consagrou a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas da alegação em uma só peça da contestação e da reconvenção. Se o desrespeito à forma legal não gera qualquer consequência, não sendo decretada a nulidade do ato, é porque aquela não mais se justifica, e, nesse sentido, o art. 343, *caput*, do Novo CPC consagra o entendimento de serem essas duas espécies de resposta do réu apresentadas na mesma peça.²⁶⁸

É inequívoco o esforço do legislador em, sempre que possível – e desde que não haja prejuízo de garantias também superestimadas pelo novo código, como o contraditório e a ampla defesa – promover o sincretismo de diferentes procedimentos e disciplinas em uma mesma peça ou ato, como se têm observado.

²⁶⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. Cit., p. 246.

Ainda nesta linha, o novo diploma também optou por extinguir a chamada ação declaratória incidental, que no passado constituía o veículo adequado à parte que desejava estender os efeitos da coisa julgada a determinada questão secundária ao objeto principal da lide. É que suprimiu-se a disposição que antes constava do artigo 469, inciso III, do código antigo, no sentido de que não fazia coisa julgada material a apreciação da questão prejudicial decidida incidentalmente no processo, e que consequentemente justificava o manejo de uma ação autônoma, com este objetivo; ao contrário, o artigo 503 do novo diploma, em seu § 1º, acoberta pela coisa julgada também a questão prejudicial, desde que observados alguns requisitos elencados em seus incisos²⁶⁹.

Embora à primeira vista tal alteração aparentemente se preste apenas à simplificação do procedimento que antes vigia, há de se notar que sua real justificativa é bem mais profunda e prende-se à própria coerência das decisões judiciais, conforme bem explicita Teresa Arruda Alvim Wambier:

O *caput* do art. 503 traz a regra no sentido de que fundamentalmente, é a decisão sobre o mérito, propriamente dita, que transita em julgado: sobre o *decisum*, principalmente, é que pesa a autoridade de coisa julgada. Mas como se verá a seguir, não só. Esta é uma novidade importante no NCPC.

Art. 503, § 1º - A regra que consta do CPC/73, é que somente a decisão em si está coberta pela coisa julgada (*decisum*). O NCPC estende a autoridade de coisa julgada para a solução dada pelo juiz ou pelo Tribunal às questões prejudiciais ao *decisum*.

Entendemos ser esta a melhor escolha, pois: (a) não é lógico, e é contra o bom senso, admitir que possa haver dois entendimentos sobre a mesma *causa pretendi* em duas ações diferentes, para gerar consequências diversas; (b) a regra do CPC/73 deixa a porta aberta para outras ações futuras, em que a mesma *causa pretendi* pode ser vista de outra maneira.²⁷⁰

Há sensível contribuição à razoável duração do processo, em uma perspectiva ampla, na medida em que, mais do que tornar célere o desfecho da demanda, a alteração em análise elimina a necessidade dela – no caso, da ação declaratória

²⁶⁹ Especificamente, a nova lei exige, para surtir tais efeitos, que dessa resolução dependa o julgamento do mérito; que a respeito da questão em voga tenha havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; e que o juiz da causa tenha competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la, como se questão principal fosse, nos moldes do artigo 503, § 1º, incisos I a III, do novo Código de Processo Civil.

²⁷⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Op. Cit.*, p. 822.

incidental – visto que a pretensão da parte pode ser obtida no curso do próprio feito principal.

Também restaram extintas pela nova disciplina processual as ações cautelares previstas pelo diploma anterior; foram substituídas pela possibilidade de concessão das tutelas provisórias, às quais o novel código dedicou um livro inteiro²⁷¹, disso extraindo-se a relevância do tema. Há tutelas provisórias de urgência e de evidência, sendo natural que ambas, ao anteciparem os efeitos da pretensão deduzida, ainda que em cognição sumária, contribuam para a tempestividade da prestação jurisdicional, muito mais relevante à praxe do que a sentença propriamente dita, à qual não necessariamente precisa se vincular.

Merecem especial destaque as inovações derradeiramente elencadas, visto que têm por principal característica a eliminação de procedimentos e demandas autônomas, que ainda hoje – visto ser recentíssima a vigência do novo diploma – são responsáveis pelo congestionamento das vias judiciais, mormente nas instâncias primárias. A extinção dos incidentes de impugnação à gratuidade da justiça e ao valor da causa, das ações declaratórias incidentais e das demandas de natureza cautelar, há de representar gradual e considerável desobstrução dos órgãos jurisdicionais, que – espera-se – mostrar-se-ão mais eficientes, do ponto de vista temporal e adequacional, no exercício de suas atividades, com a redução do número de ações por vara e magistrado.

Além destas, também se reconhece que outras há com o mesmo potencial, qual seja, o de contribuir para o combate da saturação excessiva do Judiciário. A extinção da modalidade retida de agravo e a delimitação objetiva das hipóteses de cabimento do mesmo recurso, em forma de instrumento, são bons exemplos.

Inegável que outro fator de açodamento das vias judiciais sempre foi a farta gama de recursos cabíveis, no contexto do processo civil. A miríade de caminhos recursais propriamente ditos, equiparados pelos também múltiplos sucedâneos recursais, à disposição da parte inconformada, extrapolava qualquer medida de mero respeito ao princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, constituindo-se – não raro – em verdadeira ferramenta de protelação e tumulto a quem assim desejasse fazê-lo, em prejuízo da celeridade e da própria efetividade do processo.

²⁷¹ Trata-se do Livro V da Parte Geral.

Também por isso, parte da doutrina, já de longa data, tem buscado problematizar a questão atinente ao sistema recursal cível brasileiro, a partir do questionamento e da compreensão de sua real alocação, justificativa e finalidade, no contexto da disciplina processual contemporânea. É o que fazem, por exemplo, Marinoni, Arenhart e Mitidiero, por meio da proposta de um prisma incomum à visualização do tema:

Isso dizer que a existência ou não do direito ao recurso, a sua extensão e mesmo a quantidade de recursos cabíveis são questões que não podem ser analisadas de forma dissociada da cultura em que se aloca determinado sistema processual civil, assim como dos objetivos por ele visados. Daí que é imprescindível afastar qualquer ideia de que a contingência de todos estarmos submetidos à falibilidade da condição humana por si só justifica a existência do direito ao recurso e a revisão irrestrita e constante das decisões judiciais por todas as instâncias do Poder Judiciário. A necessidade de diferenciar funcionalmente os órgãos jurisdicionais em uma ordem hierarquizada e o direito fundamental ao processo com duração razoável fornecem as bases constitucionais para uma adequada compreensão do sistema recursal brasileiro.²⁷²

Interessante a colocação final do trecho em evidência, que aponta para a necessidade de que se discuta o sistema recursal pela ótica da garantia constitucional à razoável duração do processo. Há, nas entrelinhas, o alerta de que a concretização do duplo grau de jurisdição e o reconhecimento da falibilidade humana não devem solapar outras disposições constitucionais de relevância par, cabendo ao legislador, portanto, buscar um ponto de equilíbrio que lhes permita coexistir.

Parece ter sido essa a linha de raciocínio a guiar os trabalhos que culminaram na reforma do sistema recursal, no bojo do novo Código de Processo Civil, haja vista que, embora naturalmente preservado, o duplo grau de jurisdição inegavelmente cedeu uma parcela de espaço à celeridade e à condensação procedimental, como se extrai das alterações promovidas nesse campo.

Conforme dito anteriormente, a modalidade retida do recurso de agravo, prevista pelo antigo código, deixou de existir: doravante, o inconformismo acerca de decisões interlocutórias que não demandar apreciação imediata pelas instâncias superiores deverá ser suscitado em eventual recurso de apelação, em caráter preliminar, consoante disciplina do artigo 1.009, § 1º do novo diploma. Novamente, nota-se a

²⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum, vol. II, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 502.

coerente intenção do legislador em condensar, em um mesmo ato ou peça, questões que antes careciam de endereçamento individualizado.

Bem verdade que, na prática, a migração da discussão antes travada em sede de agravo retido, para o bojo da própria apelação – embora extremamente positiva à praxe da advocacia, afastando a ameaça de preclusão que antes pairava sobre todo e qualquer pronunciamento proferido no curso da lide – aparentemente há de surtir poucos efeitos sobre a rotina dos tribunais, cujo exercício da jurisdição, em segunda instância, sobre os agravos retidos só ocorria, mesmo antes, na hipótese de requerimento expresso através da interposição de recurso de apelação, e por meio da mesma decisão, como continuará a acontecer.

Por outro lado, a limitação das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento parece revestir-se de considerável potencial, quanto à concreta redução do número de recursos em trâmite e, conseqüentemente, à rapidez com que os tribunais cumprem seu papel revisional. Trata-se, em verdade, do resultado de uma convergência histórica, observável a partir das reformas que já haviam se operado sobre o Código de Processo Civil de 1973, no passado.

É que o texto original do artigo 522 daquele diploma previa que de todas as decisões proferidas no processo caberia agravo de instrumento, tendo sido progressivamente alterado, sempre de forma restritiva. Logo no primeiro ano de sua vigência, o dispositivo já foi objeto de mudança²⁷³, para o fito de se suprimir o termo “todas”; anos mais tarde, a redação legal foi novamente plasmada²⁷⁴, passando a diferenciar o recurso de agravo, em suas duas modalidades distintas, a saber, na forma retida ou por instrumento; finalmente, uma quarta versão²⁷⁵ do artigo substituiu as anteriores, para determinar que das decisões interlocutórias caberia agravo retido, salvo quando se tratasse de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que seria admitida sua interposição por instrumento.

Conquanto as diversas reformas evidenciadas acima manifestamente intencionassem restringir o manejo do agravo de instrumento, nota-se que mesmo a última redação, não obstante indicasse a preferência legal pela modalidade retida, não impunha limites objetivos à opção, deixando a critério da parte, em um primeiro momento, aferir se a decisão contra a qual se insurgia se mostrava ou não suscetível

²⁷³ Redação dada pela Lei n.º 5.025/1973.

²⁷⁴ Redação dada pela Lei n.º 130/2005.

²⁷⁵ Redação dada pela Lei n.º 11.187/2005.

de causar lesão grave e de difícil reparação. Natural que o cabimento do recurso fatalmente passaria pelo crivo do Judiciário, que não raro acabava por converter o agravo de instrumento em agravo retido, ante o não preenchimento do requisito legal; todavia, tratava-se de apreciação subjetiva, a demandar a análise do caso concreto e, conseqüentemente, implicando no acúmulo desnecessário de casos pendentes, nas instâncias intermediárias e superiores.

Avançando nesta mesma tendência, e visando corrigir tais distorções do instituto é que o novo Código de Processo Civil achou por bem estabelecer um rol taxativo das hipóteses em que se faz cabível o recurso de agravo, fora do qual não há espaço para discussões. De maneira exaustiva, o artigo 1.015 do novo diploma autoriza o manejo do agravo de instrumento apenas diante de algumas circunstâncias bem específicas²⁷⁶. Evidente que a migração, de uma cláusula objetiva, para a adoção de parâmetros objetivos e bem delimitados, tem por objetivo a redução do número de recursos desta espécie, meta que provavelmente será alcançada, em maior ou menor escala, crê-se.

A relevância do tema inclusive suscitou divergências entre as casas do Legislativo, como explicita Daniel Amorim Assumpção Neves:

O tema foi um dos que despertaram diferenças mais sensíveis entre a Câmara e o Senado. Enquanto o projeto de lei aprovado na Câmara previa o cabimento de agravo de instrumento em 16 incisos no rol do art. 1.015, além de outras hipóteses específicas espalhadas pelo Código, o Senado consagrou no texto final um rol de 13 hipóteses, além de suprimir algumas previsões específicas constantes em outros dispositivos legais do Código.²⁷⁷

Nota-se que prevaleceu a versão do Senado, mais restritiva, em prol de maior celeridade com esteio na redução mais drástica do número total de recursos. Todavia, nem toda a doutrina se mostrou empolgada com a nova proposta, visto que no inevitável contraste entre a razoável duração do processo e outras garantias

²⁷⁶ Diz o dispositivo legal, em seus incisos, ser cabível o agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre (i) tutelas provisórias; (ii) mérito do processo; (iii) rejeição da alegação de convenção de arbitragem; (iv) incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (v); rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; (vi) exibição ou posse de documento ou coisa; (vii) exclusão de litisconsorte; (viii) rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; (ix) admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; (x) concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; (xi) redistribuição do ônus da prova; (xii) outros casos, desde que expressamente referidos em lei. O parágrafo único do mesmo artigo também autoriza o manejo do recurso contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

²⁷⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.*, p. 580.

processuais, há quem preferisse dar primazia a estas, em detrimento daquela, e não o inverso, como acabou ocorrendo, pela ótica de alguns. O próprio Daniel Amorim Assumpção Neves é um destes, como se denota de sua incisiva crítica:

Essa radical modificação do sistema, apesar de manter o cabimento do agravo de instrumento em situações essenciais, não deve ser aplaudida. O agravo de instrumento vem há muito tempo sendo apontado como o grande vilão da morosidade dos tribunais de segundo grau, que, abarrotados de agravos de instrumento, não conseguem julgá-los em tempo razoável, prejudicando também o julgamento das apelações, que, sem a preferência de julgamento que têm os agravos de instrumento, demoram cada vez mais para ser julgadas.

Diante desse quadro, mais agudo em determinados tribunais do que em outros, resolve-se pela limitação do agravo de instrumento e fim do agravo retido.

Lamenta-se que o projeto procure acabar com um problema pontual de alguns tribunais com a limitação de um relevante recurso, expondo a parte a ilegalidades e injustiças praticadas pelo juízo de primeiro grau. A recorribilidade somente no final do processo será um convite aos tribunais de segundo grau a fazer vista grossa a eventuais irregularidades, nulidades e injustiças ocorridas durante o procedimento.²⁷⁸

O mesmo autor alerta para o fato de que a provável redução do número de recursos nos tribunais talvez tenha caráter ilusório, se desejável enquanto fator de promoção da tão almejada celeridade, visto que “aguarda-se a popularização do mandado de segurança, que passará a ser adotado onde atualmente se utiliza do agravo quando este tornar-se incabível”²⁷⁹. De modo bem direto, afirma: “corre-se um sério risco de se trocar seis por meia dúzia”²⁸⁰. Partilha da exata mesma opinião, Teresa Arruda Alvim Wambier²⁸¹.

Tais ponderações evidenciam duas verdades inarredáveis acerca do novo Código de Processo Civil: que, na esteira do que já se asseverou, a resolução das dificuldades enfrentadas cotidianamente no exercício da jurisdição jamais residiu exclusivamente – talvez nem mesmo majoritariamente – na alteração e renovação legislativa, cujos efeitos, em geral, são tanto mais imprevisíveis quanto mais drástica for a reforma proposta; e que as alterações e propostas que se consolidaram com a promulgação do novel diploma estão extremamente distantes do consenso frente à

²⁷⁸ *Idem*, p. 582.

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ *Ibidem*.

²⁸¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Op. Cit.*, p. 1453.

doutrina e as diversas classes profissionais e funcionais que diuturnamente lidam com o processo civil. Longe disso, a comunidade jurídica, no primeiro ano de vigência da lei, se viu inundada por dúvidas, questionamentos, críticas – o que, há de se convir, é natural, até certo ponto: seria ingênuo supor que qualquer novidade se mostrasse capaz de angariar aprovação uníssona.

No entanto, nota-se que alguns pontos em particular têm sido foco de objeções mais ferrenhas e generalizadas, havendo, inclusive, casos de não aplicação manifesta de enunciados normativos, por magistrados. Sobre esse propósito, cumpre versar acerca de certos tópicos – não de forma exaustiva, novamente – que vêm se mostrando mais sujeitos a controvérsias.

3.3. “Tiro Pela Culatra”: Controvérsias e Críticas

Como dito, não são poucas as novidades trazidas pelo novo diploma que têm gerado ansiedade à academia e àqueles que mergulham na praxe do processo civil, cotidianamente. Aliás, é bom que se frise que, conforme restou evidenciado até aqui, a mera aprovação de uma versão final do texto do anteprojeto constituiu tarefa extremamente desafiadora, tendo sido permeada, do começo ao fim, por debates acalorados, disputas entre diferentes classes e, naturalmente, pelo perene inconformismo deste ou daquele grupo, independentemente da opção adotada, visto que em muitíssimos casos, o conflito se dava entre interesses diametralmente opostos, sendo impossível encontrar uma posição de equilíbrio que promovesse a satisfação mútua, como ocorre em um cabo de guerra.

Esta polvorosa inicial, no entanto, tende a esmaecer ao longo do tempo, visto que vinculada ao próprio ineditismo da questão; conforme o que é novo vai perdendo seu assombro inaugural, e tornando-se mais e mais familiar, é natural que os ânimos também se assentem.

Há, contudo, pontos nevrálgicos cujas controvérsias que os circundam parecem não se prender apenas à circunstância descrita acima, mas à própria essência do enunciado normativo, o que indica que a insatisfação acerca deles não há de ser tão passageira.

Nota-se, inclusive, que em determinados momentos, o novo Código de Processo Civil beira as raias da contradição, prejudicando, por certos dispositivos, o que buscara contemplar em outros. Trata-se, é provável, de consequência inevitável do já

mencionado conflito perene que se instaura entre diferentes pretensões e objetivos que competiam por espaço, quando o texto legal era ainda mero projeto: a ampliação de garantias inerentes ao devido processo legal, tais como o contraditório e a ampla defesa, fatalmente geram efeitos colaterais sobre a celeridade da tramitação das demandas; a valorização da garantia inerente à gratuidade da justiça traz como rebote a abertura para demandas temerárias, que em nada contribuem para a desobstrução das vias jurisdicionais; de igual sorte, a flagrante primazia conferida pelo novo diploma à busca pela resolução consensual do conflito, em oposição à saída impositiva da decisão judicial, geralmente caminha na contramão da almejada razoável duração do processo; e assim por diante.

Cite-se, por exemplo, a inversão trazida pelos artigos 334 e 335 do novo Código de Processo Civil, que adotando a sistemática já praticada no âmbito dos juizados especiais, agora preveem que o recebimento da petição inicial implicará na citação da parte ré para o comparecimento a uma audiência de conciliação, e que o prazo para contestar tem como termo inicial não mais a citação em si, mas a data da mesma audiência.

A inserção da audiência de tentativa de conciliação no intervalo entre a petição inicial e a contestação – ou, entre tese e antítese – tem por óbvia finalidade a promoção de um ambiente mais favorável à efetiva composição entre os litigantes, teoricamente mais próxima de ser alcançada em momento anterior à formalização de resistência pela parte demandada, conforme explica Teresa Arruda Alvim Wambier:

Com o NCP, a audiência de conciliação será realizada antes da apresentação de defesa pelo réu, tendo como objetivo principal a economia e a celeridade processual. Entende-se que o fato de o réu se preparar para defender-se acirra os ânimos e dificulta o acordo.²⁸²

A despeito da digna intenção do legislador, a mudança não foi bem recebida, no campo teórico ou prático. Doutrinadores têm enxergado o dispositivo enquanto uma demonstração de fanatismo e fetiche na busca pela dita solução consensual, reputando enquanto especialmente exagerada a exigência de que ambas as partes manifestem seu desinteresse expresso pela conciliação, para a não realização do ato²⁸³. Sintetiza Daniel Amorim Assumpção Neves, para quem “como diz o ditado

²⁸² *Idem*, p. 568.

²⁸³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.*, p. 235.

popular, ‘quando um não quer, dois não fazem’, de modo que a manifestação de uma das partes já deveria ser suficiente para que a audiência não ocorresse”²⁸⁴. Também é bastante incisiva a crítica tecida pelo mesmo autor ao § 8º do artigo 334, que impõe pena de multa à parte que injustificadamente deixar de comparecer à solenidade, rotulando a conduta enquanto atentatória à dignidade da justiça:

O § 8º do art. 334 do Novo CPC é um dos mais lamentáveis de todo o projeto. [...] A norma é mais um fruto do fanatismo que se instaurou entre alguns operadores do Direito em favor da conciliação e mediação como forma preferencial de solução de conflitos. Poder-se-á questionar: que sentido tem obrigar a presença das partes para uma audiência em que exclusivamente se tentará a conciliação ou a mediação? Seria uma sanção apenas porque a parte não pretende conciliar ou mediar? Não atenta contra o constitucional direito de ir e vir criar um dever de comparecimento a essa audiência, mesmo que seu objetivo não seja pretendido pela parte, que inclusive expressamente se manifesta nesse sentido?²⁸⁵

De fato, a pragmática tem tomado o partido desta última linha, mais crítica ao idealismo sustentado pela relatora do anteprojeto, já que não parece ter havido um aumento sensível no número de demandas que se encerram na audiência de conciliação, agora realizada em momento mais precoce; de outro lado, é flagrante o desequilíbrio processual gerado pelo fato de que a parte ré, a partir da vigência do novel diploma, na prática, conta com prazo muito maior para oferecer sua defesa, valendo-se da obrigatoriedade da audiência – que só será desmarcada caso ambas as partes se manifestem expressamente nesse sentido – enquanto mecanismo de protelação do feito, em prejuízo direto do interesse do autor, em geral o maior interessado na celeridade do feito.

Diante deste cenário, notícias há de magistrados que têm optado por simplesmente não aplicar os dispositivos em voga, insistindo na sistemática antiga na qual o prazo para contestar se inicia com a contestação, e optando por diferir o momento da audiência, em manifesta revelia da lei. Vale destacar trecho de decisão judicial recente, proferida pela juíza titular da 2ª Vara Cível de Apucarana, a ilustrar o entendimento que vem sendo aplicado nos processos em trâmite perante aquele cartório judicial:

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ *Idem*, p. 237.

A Lei n.º 13.105/2015 consagra, no rol de princípios fundamentais que nortearão o processo civil, os métodos da conciliação, mediação e outros, como instrumentos a serem utilizados pelo juiz na condução do processo, pelas partes, seus representantes, Defensoria e Ministério Público.

O art. 334 do referido diploma, por sua vez, disciplina que, preenchidos os requisitos da petição inicial e não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, é caso de designação de data para realização de audiência de conciliação.

Contudo, este Juízo, com base nos princípios fundamentais que regem o direito processual civil moderno, bem como na realidade pragmática desta Vara Cível, construiu o posicionamento de que a designação de audiência conciliatória, no momento indicado pelo referido dispositivo legal, não é imprescindível.

Com efeito, o Código de Processo Civil de 2015 preceitua ser direito das partes a obtenção de prazo razoável para a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Assim, visando concretizar a efetividade e a duração razoável do processo, que são, acima de tudo, postulados constitucionais, o Juízo postergará a designação da audiência de conciliação, tal como prevista no art. 34, CPC/2015, a ser realizada quando verificada a probabilidade efetiva de conciliação.²⁸⁶

Outro interessante exemplo reside no posicionamento reiteradamente adotado pelo magistrado titular da 1ª Vara Cível de Presidente Prudente, que de ofício vem realizando o controle de constitucionalidade do dispositivo e promovendo a sua interpretação conforme à Constituição Federal, para o fito de justificar a não designação da audiência, *contra legem*:

O NCPC realmente busca implantar a cultura da resolução consensual de litígios. Todavia, não se trata de uma busca a todo e qualquer custo ou de um desiderato que se concretiza mediante regra absoluta.

De fato, o *caput* do art. 334 do NCPC só autoriza a designação de audiência de conciliação ou mediação se não for o caso de improcedência liminar do pedido. Isso revela, claramente, a opção primeira pelo julgamento do mérito, o quanto antes possível, tudo no sentido de concretizar um valor mais significativo para o ordenamento, que é o de se evitarem dilações processuais indevidas (razoável duração do processo). O detalhe é que esse julgamento do mérito, desejado mais do que tudo pelo próprio sistema do Código, só pode ser desfavorável ao autor.

A admissão desse julgamento liminar do mérito, mediante sentença de improcedência, nada tem de ilegítimo, até porque o mesmo sistema prevê, numa atitude de reequilíbrio das posições jurídicas das partes, a tutela de evidência em favor do autor (art. 311 do NCPC), a possibilidade do julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356 do NCPC) e até mesmo o julgamento antecipado integral do mérito (art. 355 do NCPC).

²⁸⁶ Autos n.º 0003289-26.2016.8.16.0044, em trâmite perante a 2ª Vara Cível de Apucarana – PR.

Partindo dessas premissas, entendo que a razoável duração do processo, mediante procedimentos que evitem dilações indevidas, não pode ser buscada, na fase inicial do processo, apenas na hipótese em que a postura judicial seja desfavorável ao autor (improcedência liminar do pedido). Em obséquio ao princípio da isonomia, mostra-se pertinente e necessário que o sistema congregue opções que favoreçam a posição do autor, mais precisamente pela admissão de julgamento de mérito favorável ao autor o quanto antes possível.

Essa possibilidade de rápida decisão favorável ao autor, nos casos em que o sistema a admite (art. 311, art. 355 e art. 356), geralmente pressupõe a análise da postura processual do réu, uma vez que, a depender da forma como o réu se apresentar em juízo, será possível imediato julgamento do mérito ou, no mínimo, concessão de tutela de evidência, com todos os benefícios daí avindos.

Então, o ordenamento jurídico que pretende ser célere em desfavor do autor também deve almejar celeridade quando a situação seja favorável àquele, sob pena de maltrato ao princípio da isonomia. Nesse contexto, penso que a aplicação irrefletida do disposto no *caput* do art. 334 do NCPC permite a produção de resultados inconstitucionais, já que, da forma como posta a regra, a razoável duração do processo só interessa quando se tem um quadro desfavorável ao demandante.

Então, promovendo-se uma interpretação conforme a Constituição, no intuito de salvar a boa intenção do legislador no sentido da solução consensual de conflitos, reputo que a audiência de conciliação ou mediação deve ser designada apenas nas hipóteses em que, segundo a legislação, não seja possível o julgamento do mérito, favorável ou desfavorável ao autor. Para tanto, mostra-se imprescindível que se aguarde a vinda da resposta do réu, quando então será possível aquilatar sobre a possibilidade de imediato julgamento do mérito.

Diante do exposto, dou ao art. 334, do NCPC, interpretação conforme à Constituição para o fim de diferir para fase oportuna a designação de audiência de conciliação ou de mediação.²⁸⁷

O fato de que o dispositivo legal não tem sido aplicado pelo próprio Estado, no exercício da jurisdição, sem dúvidas é um relevante indicativo de que, talvez, o enunciado normativo nele esculpido careça de revisão.

Outro ponto que atravessa situação similar diz respeito à relevante mudança do sistema de contagem de prazos, introduzida pelo art. 219 do novo diploma, que estabelece que, neste contexto, computar-se-ão somente os dias úteis, diferente do que ocorria anteriormente, na vigência do código de 1973, quando os prazos eram contados de maneira corrida, considerando-se todos os dias, úteis ou não.

É fato que a nova sistemática foi parcialmente festejada, em especial pela classe de advogados, que tendem a encará-la como a tardia correção de uma

²⁸⁷ Autos n.º 100463-21.2016.8.26.0482 em trâmite perante a 1ª Vara Cível de Presidente Prudente – SP.

“desequilibrada situação corriqueiramente gerada pelo CPC/73”²⁸⁸, como explicita Teresa Arruda Alvim Wambier, já que prazos mais curtos, na vigência do diploma antigo, acabavam por culminar em certo entrave ao seu cumprimento, especialmente quando, em seu decurso, observavam-se feriados ou finais de semana, obstando a atividade do causídico responsável²⁸⁹.

De modo ainda mais enfático, como lhe é característico, Daniel Amorim Assumpção Neves se alinha ao mesmo entendimento, salientando que “com prazos em trâmite durante o final de semana o advogado simplesmente não tem descanso”²⁹⁰. Também salienta o doutrinador que não há incompatibilidade entre a nova forma de contagem em voga e a garantia constitucional atinente à razoável duração do processo, visto que, pelo prisma que adota, embora seja inegável que a tramitação das demandas esteja longe de poder ser considerada célere, “culpar os prazos por isso é inocência”²⁹¹, preferindo imputar a responsabilidade pela falácia ao tempo de espera entre os atos processuais, principal culpado pela morosidade procedimental.

Curiosamente, não foi esse o entendimento consolidado pelos magistrados integrantes da diretoria e das comissões do FONAJE – Fórum Nacional de Juizados Especiais, que em nota técnica elaborada em março de 2016, classificaram o enunciado normativo em discussão como um “inexplicável distanciamento e indisfarçável subversão ao princípio constitucional da razoável duração do processo”²⁹², firmando-se pelo entendimento de que havia insuperável incompatibilidade entre a nova sistemática e o critério informador da celeridade, predominante no âmbito dos juizados especiais cíveis.

Referido entendimento seria, ainda naquele mesmo ano, consolidado na forma do enunciado n.º 165, que dispõe que nos juizados especiais cíveis, todos os prazos serão contados de forma contínua. Novamente, trata-se de manifesta recusa pela magistratura em aplicar enunciado normativo claro e expresse.

²⁸⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Op. Cit.*, p. 387.

²⁸⁹ Nesse sentido, a mesma doutrinadora propõe a seguinte ilustração, bastante plausível: “Imagine-se mais: o início do prazo de cinco dias se dá em uma quarta-feira às vésperas do domingo de páscoa, tradicionalmente antecedido por quinta-feira e sexta-feira decretados feriados. A parte e seu advogado simplesmente disporiam, em termos de dias úteis, do dia de início e do dia de fim do prazo para a prática do ato processual, o que perfaz algo completamente desarrazoado”; *Ibidem*.

²⁹⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.*, p. 178.

²⁹¹ *Ibidem*.

²⁹² Nota Técnica n.º 01/2016, FONAJE – Fórum Nacional de Juizados Especiais, de 04/03/2016.

Parece negativo e capaz de gerar confusões o fato de que aspecto tão relevante quanto a forma de contagem dos prazos processuais deva ser observada em determinados contextos e ignorada em outros, a depender da opinião de certo modo arbitrária daqueles responsáveis pela aplicação da lei.

Ainda outro aspecto merecedor de atenção repousa na extinção, pelo novo diploma, dos embargos infringentes, antes previstos pelo artigo 530 do código já revogado, que facultava à parte a interposição desta modalidade de recurso, quando o acórdão não unânime houvesse reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou julgado procedente ação rescisória.

A premissa de suporte desta alteração se vincula, mais uma vez, à tentativa de redução do número de recursos que tramitam perante os tribunais do país, a fim de promover maior celeridade na atividade daqueles órgãos colegiados. Tal premissa, contudo, não se sustenta quando confrontada à mudança atinente à técnica de julgamento disciplinada pelo artigo 942 do novo código, que estabelece que quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial – técnica também aplicável ao julgamento não unânime proferido em ação rescisória julgada procedente ou em agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

De pronto, nota-se que o que fez o legislador, metaforicamente, foi apagar os embargos infringentes com a mão esquerda, enquanto reescrevia-os com sua mão direita; aliás, para todos os efeitos, ampliou-os, já que antes, sendo uma modalidade recursal, dependiam da voluntariedade das partes, e agora ocorrem de ofício, na figura da nova técnica de julgamento descrita acima, como explica Daniel Amorim Assumpção Neves:

Nesse ponto, o Novo CPC fez uma aposta, provavelmente sem os necessários dados estatísticos para agir com segurança. Ainda que a novidade ora analisada seja mais simples do que os embargos infringentes e, portanto, tende a ser mais célere o julgamento. O recurso, entretanto, depende da vontade da parte, enquanto a nova técnica de julgamento é cogente, sendo aplicável de ofício.²⁹³

²⁹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.*, p. 595.

Também se alargou o cabimento, por assim dizer, já que pela nova sistemática, qualquer acórdão não unânime proferido em sede de apelação deve se submeter ao crivo de chancela de uma segunda sessão de julgamento, independentemente de seu resultado em relação à sentença.

Diante deste quadro, difícil compreender os motivos que alicerçaram a opção legislativa em comento, visto que os embargos infringentes eram relativamente pouco utilizados, não prejudicando em geral a atividade judicante dos tribunais²⁹⁴, razão pela qual talvez fosse mais adequado simplesmente preservá-los, inalteradamente, na nova legislação. Preferiu o legislador conservar os seus efeitos, mas plasmando a forma, sob grave risco de, agora sim, sobrecarregar as vias jurisdicionais, já que em se tratando de imposição legal a ser observada de ofício, a tendência é que o artigo 942 do novo código seja muito mais acionado do que artigo 530 do diploma antigo.

À semelhança dos pontos já destacados, outros igualmente constituíram epicentro de discussões, mesmo antes da promulgação da novel legislação, tendo sido ajustados de última hora ou culminado em alterações precoces da lei recém publicada; não obstante, não escaparam do criticismo daqueles que preferiam versão diversa dos dispositivos, em oposição a que ganhou vigência.

Exemplo disso se encontra esculpido no artigo 12 do novo Código de Processo Civil, que em sua redação original, efetivamente promulgada, impunha aos juízes e tribunais o dever de obediência à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. Tratava-se, à toda evidência, de drástica alteração do sistema anterior, que não estabelecia critério algum ao magistrado no tocante à ordem de julgamento, relegando-a à sua discricionariedade.

A mudança foi recebida com entusiasmo por boa parte da doutrina, como ilustra Daniel Amorim Assumpção Neves, em comentário elaborado ainda na vigência da redação original do enunciado normativo, conforme exposta em epígrafe:

Entendo que referida norma legal atende ao princípio da isonomia, evitando-se assim que o órgão jurisdicional escolha os processos a julgar, invariavelmente preferindo os mais simples aos mais complexos. Afinal, há

²⁹⁴ Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier esclarece que “as estatísticas mostram que são poucos os embargos infringentes em relação aos demais recursos, de forma que não podem ser considerados como fonte de congestionamento do Judiciário”, salientando que a alteração em comento suscitou intenso dissenso quando da elaboração do anteprojeto. A esse respeito, cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Op. Cit.*, p. 1341.

metas de julgamento a bater impostas pelo Conselho Nacional de Justiça ou pelos próprios Tribunais. A prevalência pelo mais simples em detrimento do mais complexo faz com que esses processos, que já demandam um tempo maior de tramitação, demorem ainda mais para serem decididos.²⁹⁵

Com ele concordava Teresa Arruda Alvim Wambier, para quem a nova regra privilegiava a transparência do Poder Judiciário e favorecia a aplicação da máxima da razoável duração do processo, sob a ótica individual, reputando como balanceada a redação original, visto que o § 2º do mesmo dispositivo previa exceções aptas a trazer o equilíbrio necessário à norma²⁹⁶. Para aquela autora, “a regra traria mais vantagens do que desvantagens”²⁹⁷.

Ocorre que, diante da grande pressão exercida pela classe da magistratura, referido dispositivo teve sua redação original alterada, por meio da Lei n.º 13.256, de fevereiro de 2016. Vale destacar que a alteração se deu ainda no período da *vacatio legis* do novo código, razão pela qual a redação inicial sequer chegou a ter vigência prática, como se conclui. A versão de substituição prevê, agora, que a ordem cronológica deve ser “preferencialmente” respeitada.

A precoce alteração do dispositivo abre espaço para dúvidas quanto à sua efetiva aplicação – antes clara e objetiva, na redação anterior. Parece imprópria a conclusão de que a versão atual tenha se tornado em letra morta, a desobrigar por completo os magistrados no que se refere à observância da cronologia no julgamento dos processos conclusos, já que o § 1º do mesmo artigo continua a exigir a disponibilização permanente da lista de processos aptos a julgamento para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores; também preservaram-se as exceções do § 2º, o que conduz à conclusão de que deve haver uma regra geral a ser respeitada.

Disso, talvez a interpretação mais adequada é que o termo “preferencialmente” empregado pelo legislador no *caput* do enunciado normativo em voga deva ser dotado de força vinculante, mas permitindo que o magistrado excepcione a regra em determinados casos, desde que de forma suficientemente fundamentada. Em palavras mais simples, a intenção da alteração talvez fosse tornar o rol do § 2º, de exaustivo em exemplificativo.

²⁹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.*, p. 24.

²⁹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Op. Cit.*, p. 70.

²⁹⁷ *Ibidem*.

Ocorre que a proposta interpretativa acima não se sustenta, quando contrastada com o inciso IX do exato mesmo § 2º, que já viabilizava a exceção para aquelas causas que eventualmente exigissem urgência no julgamento, assim reconhecidas por decisão fundamentada. Ora, se já havia previsão legal para tanto, qual o sentido em se promover a alteração do *caput*?

Se, por um lado, a exceção que se buscava implementar já se encontrava prevista, a alteração é desnecessária e prejudicial, por gerar confusão textual onde antes não havia; se, por outro, o que pretendia o legislador era efetivamente derrubar por terra o dever de respeito à ordem cronológica, não apenas os parágrafos e incisos do mesmo dispositivo tornam-se inócuos, como o próprio enunciado normativo, de maneira geral, perde por completo sua razão de ser. Disso, a crítica à alteração.

A mesma Lei n.º 13.256 também trouxe em seu bojo outras mudanças relevantes, como por exemplo o restabelecimento do chamado duplo exame de admissibilidade dos recursos destinados aos tribunais superiores, que havia sido suprimida da redação original do novo código: a versão promulgada previa que o juízo de admissibilidade dos recursos direcionados ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal seria realizado apenas nestas instâncias superiores; conseqüentemente, todo e qualquer recurso manejado subiria àqueles tribunais. Para Teresa Arruda Alvim Wambier, a supressão em voga tornava “o sistema mais simples e a simplicidade foi um dos principais objetivos almejados pelo legislador”²⁹⁸.

Não obstante, referida possibilidade foi severamente repudiada por ambos os pretórios, que tradicionalmente vêm fazendo uso de jurisprudência defensiva, de maneira aberta, a fim de limitar e reduzir ao máximo o número de recursos que alcançam o patamar superior. É interessante a dicotomia da questão, conforme abordada por Daniel Amorim Assumpção Neves, para quem a inovação constituiria “uma alegria para os advogados, mas os tribunais superiores terão que se preparar para o aumento substancial de recursos”²⁹⁹.

Diante disso, procedeu-se, por meio da mesma Lei n.º 13.256, como dito, ao retorno ao sistema originalmente previsto pelo código antigo, que impõe ao tribunal de origem o dever de realizar o exame prévio de admissibilidade, facultando-lhe a possibilidade de obstar o seguimento do recurso, por uma miríade de razões.

²⁹⁸ *Idem*, p. 1497.

²⁹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.*, p. 604.

Novamente, o tópico é palco flagrante da interação entre princípios relevantes ao acesso à justiça – marcadamente, das garantias processuais inerentes à inafastabilidade da jurisdição e da razoável duração do processo. Parece haver certa aquiescência ao prejuízo individual do recorrente que tem de aguardar mais tempo até que seu recurso receba a apreciação devida, em favor do interesse coletivo na diminuição do número de demandas pendentes perante os tribunais superiores, que em tese culminaria em uma maior rapidez de tramitação. Se a equação será realmente vantajosa é uma análise que demandaria a perquirição de dados objetivos; por agora, trata-se de nova aposta – ou melhor, no arrependimento e na revogação de uma aposta que sequer chegou a se concretizar; preferiu-se manter as coisas como já estavam.

Outras inovações sequer chegaram a ver a luz do dia, por assim dizer, tendo naufragado ainda na fase do projeto. Chama a atenção, em especial, a proposta de conversão da ação individual em coletiva, que tendo sido chancelada por ambas as casas do Legislativo, encontrou óbice no veto presidencial, na reta final da tramitação do projeto de lei.

Na busca por soluções aos problemas gerados pelas demandas repetitivas e pelo risco da falta de uniformidade das decisões, o novo código trazia em seu artigo 333 a possibilidade de que, atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, convertesse em coletiva ação individual que veiculasse pedido de alcance coletivo – em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, ou que tivesse por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição legal, devesse ser necessariamente uniforme.

Como dito, referida proposta restou aprovada pelo Senado e pela Câmara dos Deputados, e integrava a versão final do texto submetida ao crivo da Presidência da República; no entanto, acolhendo as orientações emanadas da Advocacia Geral da União, e ainda amparada por manifestação da Ordem dos Advogados do Brasil, a então Presidente Dilma Rousseff achou por bem vetar integralmente o dispositivo, sob a seguinte motivação:

Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em

detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas.³⁰⁰

A questão também implica, mais uma vez, no embate entre a busca pela diminuição de demandas repetitivas, como dito – cujo propósito precípua não é outro senão o descongestionamento do Judiciário e a consequente promoção de maior celeridade no trâmite dos processos – e a discussão acerca da possibilidade de limitação ou não da pretensão individual em favor da tutela coletiva de interesses que extrapolem a esfera do indivíduo. Trata-se de difícil decisão que acarretou na divergência de posições entre Legislativo e Executivo, sem que se faça possível dizer, ao menos por ora, qual delas era a mais acertada, muito embora tenha prevalecido a vontade deste em detrimento da intenção daquele.

Nem mesmo a doutrina foi capaz de alcançar consenso acerca do tema. Alguns autores alinharam-se ao entendimento que culminou no veto presidencial, a exemplo do que fez Teresa Arruda Alvim Wambier, que mesmo antes da supressão do texto, já demonstrava dúvidas acerca de sua constitucionalidade³⁰¹. Nessa mesma esteira, José Miguel Garcia Medina reputava o procedimento que ali constava de desnecessário e complexo, manifestando certeza de dificuldades em sua aplicação³⁰².

Já outros doutrinadores, como Daniel Amorim Assumpção Neves, manifestaram irresignação com o veto, sustentando que a conversão da ação individual em coletiva, conforme previsto pela redação original suprimida, seria não apenas possível e viável, mas efetivamente indispensável à tutela de direitos difusos, cuja defesa não poderia ocorrer no bojo de ações “pseudoindividuais”, como as classifica o autor³⁰³. Para esta corrente, “essa novidade não foi bem compreendida pela Presidente da República”³⁰⁴.

Ainda diversas outras alterações poderiam ser elencadas no presente trabalho; no entanto, conforme já explicitado, o objetivo deste estudo jamais foi o de exaurir o tema, tendo por meta uma visita pontual a certos aspectos que se mostrassem relevantes e capazes de ilustrar o quanto já se expôs acerca do objeto eleito.

³⁰⁰ Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Mensagem n.º 56, de 16 de março de 2015, Brasília, 2015.

³⁰¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Op. Cit.*, p. 566.

³⁰² MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. Cit.*, p. 557.

³⁰³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.*, pp. 199-206.

³⁰⁴ *Idem*, p. 199.

Assim que, quanto a este tópico em particular, os exemplos abordados parecem suficientes a demonstrar que a transição da velha ordem processual para o novo diploma já em vigor tem sido permeada por aplausos, críticas, controvérsias e divergências. De todas as incertezas, contudo, talvez a maior seja aquela que se prende à questão nevrálgica que inclusive balizou a própria renovação legal: o novo Código de Processo Civil será capaz de ampliar, de forma palpável, o acesso à justiça dos jurisdicionados presentes e futuros?

CONCLUSÃO

É tarefa tão importante quanto desafiadora, conceituar a expressão “acesso à justiça”, visto que composta por dois elementos cuja polissemia é ampla e fluída. São incontáveis as acepções e os significados atribuídos ao que se diz justo, desde a antiguidade até os dias atuais, visto que o tema sempre ocupou e continua ocupando posição central no pensamento de filósofos e juristas, ao longo da história.

De Aristóteles a John Rawls, passando por outros grandes nomes como Jeremy Bentham e Immanuel Kant, há uma miríade de propostas e tentativas de definir o que é justiça, sendo notável que algumas divergem diametralmente entre si, enquanto outras revelam certos pontos de contato ético. Bem-estar coletivo, liberdade, virtude... são vários os critérios adotados e adotáveis, nesta empreitada.

Disso, há uma conclusão inevitável e comum a todas as linhas e argumentos: o convívio social, de modo organizado, pressupõe que os indivíduos – ainda que preservando sua própria moral autônoma – se permitam reger por uma única ordem heterônoma do há de ser compreendido como justo/injusto. Obviamente, no contexto do Estado Democrático de Direito, tal ordem corresponde ao ordenamento jurídico posto, produzido democraticamente, a representar a convergência dos valores e vontades do povo, que ao mesmo tempo que o estabelece – o ordenamento jurídico – no exercício da soberania, a ele também se sujeita, por meio da mesma soberania.

Logo, pelo prisma proposto, justiça necessariamente há de corresponder à conformação da realidade ao direito, ao enunciado normativo democraticamente estabelecido.

De igual sorte, resta superado o paradigma clássico de que acessar o Judiciário seria suficiente à satisfação do acesso a dita justiça, uma vez que é inequívoco que a verdadeira justiça – a verdadeira conformação da realidade ao direito, como dito – não se concretiza com o acesso ao Judiciário, mas sim com o efetivo exercício da jurisdição, de modo tempestivo e adequado, ou ainda, com a efetiva entrega da tutela jurisdicional pretendida. Em palavras mais simples, o acesso à justiça não recepciona o jurisdicionado na porta de entrada do Judiciário, senão que o aguarda na porta de saída, razão pela qual tem ganhado cada vez mais espaço o conceito de “descesso”, em substituição à concepção literal de acesso.

Também tem se consolidado o entendimento ao redor da “ultrainstrumentalidade” do princípio constitucional de acesso à justiça, uma vez que mais do que simplesmente se mostrar instrumental em relação a determinado direito

específico, revela-se enquanto mecanismo basilar de garantia a todo o ordenamento jurídico vigente.

Quanto à sua positivação constitucional, nota-se que a Constituição Federal de 1988 não consagrou o princípio de forma expressa (em lugar algum da carta política, encontra-se o termo “acesso à justiça”); isso, obviamente, não significa, que tenha deixado de estabelecê-lo, porque perfeitamente extraível por meio da leitura teleológica de um conjunto de enunciados e dispositivos que convergem para a definição de acesso à justiça cunhada em epígrafe.

Nesse âmbito, alcança-se a conclusão de que o princípio fundamental de acesso à justiça encontra-se positivado na ordem constitucional vigente por meio de três pilares, igualmente fundamentais, a saber: a inafastabilidade da jurisdição, a assistência jurídica gratuita e a razoável duração do processo – incisos XXXV, LXXIV e LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, respectivamente. É por meio de tais garantias que a carta magna se dispôs a estabelecer o paradigma de acesso material, em superação ao acesso meramente formal já rechaçado, uma vez que o cidadão tem a si assegurado não apenas o caminho ao Judiciário, que não se negará a apreciar qualquer lesão ou ameaça de direito, bem como os meios para superar eventuais óbices de natureza econômica atinentes às custas e despesas inerentes ao processo, que, por sua vez, finalmente, deve alcançar sua conclusão em prazo que se mostre condizente às circunstâncias que o permeiam.

Não obstante o texto constitucional, a realidade prática se distancia sobremaneira do objetivo vislumbrado, uma vez que há inegável *déficit* no que diz respeito ao acesso à justiça, pela sociedade, ocasionado por inúmeros fatores, merecendo destaque a crise atravessada pelo Judiciário, que cada vez mais se mostra incapaz de entregar a tutela pretendida pelo jurisdicionado, de modo tempestivo e adequado, como dito, ante ao crescente volume de demandas que congestionam seus órgãos. Tal circunstância tem, ainda, outros desdobramentos indesejáveis, que se afiguram enquanto efeitos colaterais das posturas adotadas pelo próprio Judiciário, na tentativa de, de algum modo, administrar o cenário crônico em que se vê inserido; fala-se, por exemplo, no formalismo exagerado, nas decisões superficiais e carentes de fundamentação, na jurisprudência defensiva, nos óbices impostos à concessão dos benefícios da gratuidade da justiça, e em outros mecanismos utilizados como forma de tentar reduzir o número de demandas em trâmite, e atingir as metas impositivamente estabelecidas pelo CNJ.

No ensejo de oferecer uma resposta à sociedade, nesse sentido, Executivo, Legislativo e Judiciário conjugaram esforços na substituição do Código de Processo Civil, e na consequente reforma da processualística cível em vigência. O fruto de anos de trabalho resultou na edição da Lei n.º 13.105/2015, em vigência desde o ano de 2016, que trouxe consigo a promessa de um processo civil mais célere e mais adequado.

Trata-se de opção altamente questionável feita pelo poder público, visto que boa parte da doutrina não crê que o complexo problema atinente aos diversos entraves que se opõem ao efetivo acesso à justiça pelos cidadãos possa ser solucionado por meio de simples alteração legislativa, carecendo de um conjunto estratégico de medidas que incidam nas diversas camadas e áreas da questão. Ademais, uma análise mais aprofundada revela que o momento e as circunstâncias não apontavam para a concreta necessidade de recodificação. De qualquer modo, seguindo a tradição de legolatria que historicamente se imprime sobre a cultura pátria, preferiu-se a substituição do diploma processual antigo pelo novo.

Diante disso, pertinente a análise da novel legislação, à luz do princípio fundamental de acesso à justiça, conforme sua positivação constitucional já investigada, ou seja, pela ótica da inafastabilidade da jurisdição, da assistência jurídica gratuita e da razoável duração do processo.

Não se nega que o novo diploma tenha, de fato, trazido avanços significativos, em cada uma das áreas acima, sendo diversos os exemplos de alterações e ineditismos – por vezes sutis e, em outros momentos, drásticos – que sem a menor sombra de dúvidas contribuirão em certa medida para a ampliação da eficácia dos pilares constitucionais em evidência. Merecem destaque as disposições que de alguma forma buscaram conferir maior celeridade à tramitação das demandas, por meio da simplificação de uma série de procedimentos, bem como aquelas que intentaram valorizar o contraditório e a cooperação entre os diversos atores processuais, em especial entre as partes e o magistrado.

No entanto, também parece inequívoco que nem mesmo todos os aspectos positivos contidos na nova lei – mitigados pela enormidade de pontos controversos e negativos, que já vinham sendo alvo de duras críticas por parte da doutrina mais vanguardista, antes mesmo do decurso da *vacatio legis* – serão capazes de corresponder à expectativa gerada sobre o novo Código de Processo Civil, que

obviamente não terá o condão de, *per si*, promover a tão ansiada ampliação do acesso à justiça, materialmente falando, prometida.

Naturalmente, não há necessidade de se observar o tema por uma perspectiva exclusivamente pessimista: se por um lado, o problema em mesa não será, ao que tudo indica, plenamente solucionado pela resposta oferecida em um primeiro momento, por outro ângulo, é perfeitamente possível compreender o novo Código de Processo Civil enquanto um dos diversos passos em direção ao objetivo almejado. Trata-se, portanto, em última análise, de novidade positiva, a ser assim recebida – visto que recebida será, de qualquer modo – desde que não venha desacompanhada de outras posturas, a curto, médio e longo prazo, por parte do poder público, na perene busca pela promoção do acesso à justiça, cuja plenitude utópica, embora não se mostre alcançável de fato, no mínimo, há de constituir um horizonte ético a guiar o Estado e a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Justiça: Acesso E Descenso**. Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil, v. 21, n.º 73, jan/jun de 2003, Niterói: Ed. Impetus, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª edição, São Paulo: Ed. Verbatim, 2013.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gred Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross, Coleção Os Pensadores, 4ª edição, São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1991.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 44ª edição, São Paulo: Ed. Globo, 2006.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Sustentabilidade do Poder Judiciário e a Mediação na Sociedade Brasileira, Mediação de Conflitos: Novo Paradigma de Acesso à Justiça**. Coordenadores: Paulo Borba Casella, Luciane Moessa de Souza, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

BARBOSA, Júlio César Tadeu. **O que é Justiça**. São Paulo: Ed. Abril Cultural / Brasiliense, 1984.

BARBOSA, Rui. **Pensamento e Ação de Rui Barbosa**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.

BEDIN, Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion. **O Direito de Acesso à Justiça e as Constituições Brasileiras: Aspectos Históricos**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 135-146, julho/dezembro de 2013.

BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna, 3ª edição, São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1984.

BERTRAND, Badie. **Um Mundo Sem Soberania**. Tradução de Armando Pereira da Silva, Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

BÍBLIA SAGRADA. Traduzida em Português por João Ferreira de Almeida, revista e corrigida, 4ª edição, São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A Teoria Aristotélica da Justiça**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. II, 1997.

_____. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 2ª edição revista e ampliada, São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2004.

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **Acesso à Justiça como Garantia de Igualdade**, em TRINDADE, Edi Aparecido; FILHO, Oscar Mellim (orgs.). Acesso à Justiça, Campinas: Ed. Alínea, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição revista e atualizada, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

BRASIL. Ato Institucional n.º 5. Brasília: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1968.

BRASIL, Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil, 1824.

BRASIL, Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1891.

BRASIL, Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Assembleia Nacional Constituinte, 1934.

BRASIL, Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1937.

BRASIL, Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Mesa da Assembleia Constituinte, 1946.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil**. Vol. I, 3ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

BUZAID, Alfredo. **A Influência de Liebman sobre o Direito Processual Civil Brasileiro, Studi in Onore di Enrico Tullio Liebman**. Vol. I, Milão: Ed. A. Giuffrè, 1979.

CALDAS, Gilberto. **O Latim no Direito**. São Paulo: Ed. Brasiliense Coleções.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo CPC e o Princípio do Contraditório**, publicado em 17 de abril de 2015, disponível em www.justificando.cartacapital.com.br/2015/04/17/o-novo-cpc-e-o-principio-do-contraditorio/, acessado em 10 de abril de 2017.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Jurisdição no Processo Civil: Uma Visão Crítica**. Curitiba: Ed. Juruá, 2002.

_____. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**, 3ª edição, São Paulo: Ed. Almedina, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª edição, Lisboa: Ed. Almedina, 1999.

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

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.

CARTA CAPITAL. Política. **Perguntas e Respostas para Entender a Crise no Paraná**. Disponível em www.cartacapital.com.br/politica/crise-no-parana-8749.html, acessado em 10 de abril de 2017.

CHAYES, Abram. **O Papel do Juiz nos Conflitos de Direito Público**. Harvard Law Review, vol. 89, 1976.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios del Derecho Procesal Civil**. Tradução de José Casáis y Santaló, Madrid: Ed. Reus S.A., 1922.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30ª edição revista, atualizada e aumentada, São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2016**. Disponível em www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/50af097ee373472788dd6c94036e22ab.pdf; acessado em 10 de abril de 2017.

_____. **Resolução n.º 199.** Disponível em www.cnj.jus.br/images/imprensa/Resolucao_n_199-GP-2014.pdf, acessado em 10 de abril de 2017.

COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Código de Processo Civil: Anteprojeto**, Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 12.

CRISTO, Ismael Vieira de. **Acesso à Justiça e Participação Popular: Reflexões Sobre o Direito de Ação**, São Paulo: Ed. Pulsar, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 27ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

DEFENSORIA PÚBLICA DO PARANÁ. Disponível em www.defensoriapublica.pr.def.br; acesso em 10 de abril de 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, 7ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito**, 20ª edição revista e atualizada, São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**, 5ª edição revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012.

FERREIRA, Olavo Leonel. **500 Anos de História do Brasil**, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005.

GETTEL, Raymond G. **Historia de las Ideas Políticas**, Mexico: Ed. Nacional, 1951.

GLOBO, RPC – Rede Paranaense de Comunicação, Portal G1. **Resolução Regulamenta Auxílio-Moradia para Magistrados do TJ-PR**. Disponível em

www.g1.globo.com/pr/parana/noticia/2014/07/resolucao-regulamenta-auxilio-moradia-para-magistrados-do-tj-pr.html, acessado em 10 de abril de 2017.

GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. **Tribunais Multiportas: Em Busca de Novos Caminhos para a Efetivação dos Direitos Fundamentais de Acesso à Justiça e à Razoável Duração dos Processos**, Curitiba: Ed. Juruá, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica**, 4ª edição revista e atualizada, São Paulo: Ed. Malheiros, 1998.

_____. **Por Que Tenho Medo dos Juízes (A Interpretação/Aplicação do Direito e os Princípios)**, 6ª ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.

GROSSI, Paolo. **Primeira Lição Sobre o Direito**, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1991.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. Renda Domiciliar Per Capita**, disponível em www.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Renda_domiciliar_per_capita/Renda_domiciliar_per_capita_2015_20160420.pdf; acessado em 10 de abril de 2017.

KAFKA, Franz. **O Processo**, 3ª edição, São Paulo: Ed. Martin Claret, 2009.

KANT, Immanuel. **Groundwork of the Metaphysics of Morals**, tradução para o inglês de H. J. Paton, Nova York: Ed. Harper Torchbooks, 1964.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**, São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1988.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**, tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, Rio de Janeiro: Ed. Vozes, seção 119.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**, Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª edição, Barcelona: Ed. Ariel, 1979.

LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça**, São Paulo: Ed. Método, 2004.

MALBERG, R. Carré de. **Teoría General del Estado**, tradução de José Lion Depetre, México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**, vol. II, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: Crítica e Propostas**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**, São Paulo: Ed. 70Brasil, 2010.

NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**, 2ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

NASCENTES, Antenor. **Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa**, 1ª edição, Rio de Janeiro: 1955.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**, 2ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense; São Paulo: Ed. Método, 2015.

NOGUEIRA, Octaviano. **A Constituinte de 1946. Getúlio, o Sujeito Oculto**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**; disponível em: www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php; acessado em 10 de abril de 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**; disponível em: www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php; acessado em 10 de abril de 2017.

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. **O Código de Processo Civil Brasileiro: Origem, Formação e Projeto de Reforma**, Revista de Informação Legislativa, v. 48, n.º 190 t.2, pp. 93-120, abr/jun 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**, São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, São Paulo: Ed. Martins Fones, 2000.

RÉ, Alúcio Nunes Monti Ruggeri (org.). **Temas Aprofundados da Defensoria Pública**, Salvador: Ed. Jvs Podium, 2013.

REALE, MIGUEL. **Lições Preliminares de Direito**, 27ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

SANDEL, Michael J. **Justiça, o Que é Fazer a Coisa Certa**, tradução de Helóisa Matias e Maria Alice Máximo, 17ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2015.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**, 3ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**, tradução de Norma Azeredo, 3ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1997.

SILVA, Ivan de Oliveira. **A Morosidade Processual e a Responsabilidade Civil do Estado**, São Paulo: Ed. Pillares, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Acesso à Justiça e Cidadania**, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.º 216, p. 18, abr/jun de 1999.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

TRINDADE, Edi Aparecido; OSCAR, Mellim Filho (orgs.). **Acesso à Justiça**, Campinas: Ed. Alínea, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coordenadores). **Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil: Questões Polêmicas**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Artigo por Artigo**, 1ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**, 2ª edição, Campinas: Ed. Bookseller, 2000.