

## Acesso à justiça na sistemática processual brasileira

Gisele Leite\*

Desde os primórdios em normas escritas em cuneiformes, já se vislumbrava no Código Hamurabi importantes garantias que ao menos teoricamente impediam a opressão do fraco pelo forte, aonde já se assegurava a proteção às viúvas e aos órfãos e, incentivava a procurar o soberano para resolver os impasses.

O direito hamurábico era de inspiração divina e, portanto a justiça do soberano emanava da justiça divina. A superação do mito, a organização social e o direito passaram a ser reconhecidos, como objeto de deliberação.

Devemos ressaltar que não há exatamente o “direito grego” conforme bem alerta Gillissen, pois há uma multidão dos direitos gregos, pois nunca houve unidade política e jurídica na Grécia Antiga (com exceção do breve período de Alexandre, o Grande).

Mesmos antes do aparecimento pensamento socrático que atingiu seu ápice com a Escola Pitagórica já simbolizava a justiça pela figura geométrica do quadrado, em razão da absoluta igualdade dos seus lados, além da utilização de algarismos.

Foi Aristóteles, o primeiro filósofo a formular a teoria da justiça quem cogitou primeiramente sobre a possibilidade do o juiz adaptar a lei à situação concreta.

A noção de equidade foi desenvolvida por Aristóteles em seu livro *Ética a Nicômano*. A régua de Lesbos que pode ser de chumbo, possuía flexibilidade suficiente para se adaptar à forma da pedra correspondente a precisa imagem de equidade.

Assim o juiz também deveria proceder relativamente aos casos levados ao seu conhecimento, adaptando a lei à realidade.

Mais tarde, em função do modelo democrático adotado por algumas polis gregas, o poder-dever de julgar que não competia a cidadãos especializados tecnicamente, mas à totalidade dos cidadãos, reunidos em assembleia, cabendo aos magistrados, basicamente, a execução das decisões assembleares.

Com o predomínio do ideal democrático qualquer cidadão poderia acionar a justiça somente o cidadão grego possuía acesso quase irrestrito à justiça.

Anterior a Aristóteles, o pensamento socrático já tinha laivos positivistas, na medida que pregava a estrita obediência à lei que se confundia a noção de justiça. Atenas foi, em dúvida, o berço da assistência judiciária aos pobres.

A influência do pensamento grego na cultura romana levou esta, possivelmente à construção do primeiro sistema jurídico, que veio a influenciar os sistemas do futuro, em especial, aquele chamado romano-germano.

Várias relevantes noções oriundas daquela época, especialmente no tocante o direito à justiça, e, outras medidas que determinaram a iniciativa de Constantino na elaboração da lei que assegurasse o patrocínio gratuito aos necessitados e, que, posteriormente, veio a ser incorporado ao código de Justiniano.

No direito romano já se percebe uma sensível evolução da jurisdição. Que prossegue por todo o período medieval até o começo do pensamento moderno com o Renascimento do Século V e XVI.

Nesse período forte influência exerceu o Cristianismo conferindo uma concepção religiosa ao direito, fazendo com que o homem justo fosse medido por sua fé (a Escola Estóica via a justiça como uma virtude).

Nesse período se destaca Santo Tomás de Aquino que foi considerado o mais célebre pensador da Europa unificada pelo Cristianismo e, sofreu forte influência do pensamento aristotélico que pregava relevante a divisão entre a razão e a filosofia, no que se refere à realidade da experiência, um aceno à realidade sociológica.

Santo Tomás de Aquino fazia distinção entre leis divinas, eternas, e a lei humana. Marcante é influência religiosa sobre a vida cotidiana dos indivíduos, sendo o direito o instrumento formal de organização social, dotado de esfera próprio o direito canônico conduziu a uma ordem jurídica pluralística.

A partir do século XIV aparece com maior vigor a luta empreendida contra pretensões dos representantes da Igreja pela liberdade cristã. No século seguinte, o poder temporal cresce em importância em relação ao poder da Igreja.

Surge a grande crise da Igreja, o grande Cisma que dividiu a cristandade com dois papas um em Roma e, outro em Avignon.

Destaca-se um franciscano e filósofo inglês, Guilherme Occam que propõe uma linha empirista onde se defende a idéia de que o saber deveria ser alcançado mediante a experiência.

Com a falibilidade das explicações medievais sobre o mundo, fez-se necessário uma revisão do pensamento greco-romano que foi incorporada por um movimento conhecido como Renascimento onde finalmente o homem tornar-se-ia o centro do universo chocando-se com o radical teocentrismo com o radical teocentrismo da Idade das Trevas.

A Escola Clássica do Direito Natural passava a reconhecer que a natureza humana seria a fonte natural inspirada por Hugo Grotius, atingiu seu apogeu com Rousseau.

Apesar de toda essa visão humanista e racionalista não estava ainda afastada a origem divina dos reis, mas se esboçam as primeiras limitações a esse poder.

A idéia do poder era dirigida ao fim de propiciar o bem-estar e a felicidade do povo. Mais tarde, a Inglaterra através da Revolução Gloriosa de 1689 consolida o processo, incorporando de maneira precursora algumas idéias básicas aludidas pela Escola Clássica do Direito Natural, em particular, sobre a limitação do poder real.

Locke sustentava as teses do estado de natureza e do contrato social justamente como modos a limitar o poder dos príncipes. Já no século XVIII, no chamado século das luzes, com a independência das colônias norte-americanas em face da coroa inglesa, em 1776, da Virgínia, já se anunciava a consagração jurídica dos direitos fundamentais do homem.

Pouco depois, em França se sucedeu a universalização dos direitos do homem, com a Revolução Francesa. Influenciada pelo enciclopedismo, com Voltaire, Rousseau e, especialmente, Montesquieu (o grande filósofo do século XVIII).

A revolução burguesa com seu arsenal teórico traz a teoria da separação dos poderes, o princípio da legalidade e, com este, a visão individualista dotada da tutela à propriedade e autonomia privada.

Surge o ideal da igualdade formal, criada com a exclusão do Estado nos assuntos sociais. Enfim, o mercado é livre e o Estado não deve intervir.

O outro viés de tais movimentos revolucionários é a estabilização dos estados nacionais, com a alteração radical do centro de gravidade da identidade.

As idéias de nação, Estado e poder popular eivadas de cunho profundamente ideológico recriam um novo conceito de Estado Nacional, cuja identidade será vista na Carta Magna (Constituição Federal) que expressa o sentimento e a homogeneidade do grupo que passa, ao menos, em tese, a prescindir do poder de coerção.

No passado, conhecíamos os juízes reinícolas que mais representavam um braço forte e cruel da opressão estatal. Com as revoluções o juiz fora reduzido em sua função a declarar o conteúdo da lei.

Dáí a célebre frase de Montesquieu: “Os juízes de uma nação não são, mais do que a boca que pronuncia as sentenças da lei, (...) que não podem moderar sua força e nem seu rigor” (O espírito das leis).

Paradoxalmente enquanto a Constituição do Estado introduz um novo modelo de organização social, e, assegura formalmente a igualdade entre os indivíduos, o que ipso facto deveria também significar o acesso à justiça.

O positivismo de orientação legalista que preconiza que o aplicador da lei deve utilizá-la tal como escrita, sem qualquer indagação da experiência, da sociologia, da ética ou ideologia. O juiz não poderia emitir juízo de valor, pois que definitivamente vinculado ao texto escrito.

Devido a pretensão de cientificidade o que impregna o positivismo, o juízo de valor é rejeitado, pois a ciência deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade.

É curial sublinhar que o positivismo não renega a relevância da sociológica, da ética, da metafísica.

Tenta afastar as especulações, o que vale é o texto escrito da lei (doutrina da prevalência da lei como fonte do direito).

Em contrapartida, surgiu o jusnaturalismo mais radical, não aceita, ou melhor, retira a validade da lei que contraria o princípio de direito natural.

Onde podemos constatar a dicotomia enfática entre a noção de segurança do positivismo e a do justo, do jusnaturalismo.

Tal discussão remonta à antiga dicotomia dos filósofos gregos, e, ainda é muito contemporânea sobre a possibilidade de o juiz, no momento da aplicação da lei, reconhecer (ou ser influenciado) por comandos ideológicos, flexibilizar os limites da interpretação na sua aplicação, em função das exigências da sociedade naquele determinado momento, da evolução dos costumes, das regras de experiências daquela comunidade.

A face do Estado liberal que predomina no século XIX e nos primeiros anos do século XX, alicerçada no *lasser faire*, *lasser-passer* dos fisiocratas trouxe à baila graves desigualdades sócio-econômicas, gerou a concentração e acumulação de riquezas por uma classe burguesa industrial determinando o surgimento de questões sociais de mais alta relevância.

A partir da segunda metade do século XIX, e já, no século XX principalmente com a influência do marxismo, de fundamental importância, para uma série de conquistas sociais que se seguiram, justamente pelas mazelas do capitalismo, da concentração da riqueza, da exploração dos trabalhadores, o grande empobrecimento da maioria do povo, surge uma nova disputa: burguesa versus proletariado.

A Encíclica *Rerum Novarum* possui impactante influência promulgada pelo papa Leão XIII em 1891, onde a Igreja ocupou-se pela primeira vez da questão social propondo soluções pacíficas para o intenso conflito entre operários e patrões, e que foi complementada por documentos eclesiais posteriores como o *Quadragesimo Anno* (1931) e *Populorum progressio* (1967).

As reivindicações marxistas e, especial no âmbito trabalhista serviram de marco histórico para a re-discussão do significado de acesso à justiça enquanto proteção ao trabalhador.

O Direito do Trabalho foi verdadeiro ponto inicial do acesso à justiça, pela prevalência da mediação e da conciliação, pela índole protetiva do trabalhador, principalmente, no tocante ao ônus da prova.

O Estado liberal encontrou necessidade na intervenção para assegurar direitos no campo social.

Já no Estado Social, este intervém visando assegurar não mais apenas a igualdade puramente formal, utópica concebida pelo Liberalismo, mas busca uma igualdade material permitindo que os menos favorecidos tivessem acesso à escola, à cultura, à saúde, à participação, àquilo que já se sustentava no passado como sendo a plena felicidade.

A nova ordem reencarna a dimensão social do Estado com acentuado rigor atinente à ordem jurídica que onde o Estado-administrador assume feição cada vez mais intensa e protetiva.

O modelo legal racionalista onde bastava a igualdade formal e que se observa facilmente nas atuais codificações, não mais satisfaz e é substituído por um novo modelo imbuído em buscar a igualdade material, e utilizar-se-á cada vez mais de conteúdos jurídicos imprecisos ou indeterminados, o que requer uma atuação mais efetiva do controle do poder, e que será efetuado também pelos juízes que passam a utilizar os instrumentos técnicos e dogmáticos para interpretar e aplicar a lei.

Boaventura de Souza Santos lecionou o significado dos tribunais contemporaneamente, que ele chama de período Estado-providência, onde ocorre a juridificação do bem-estar social, o que veio aumentar a procura judiciária e na conseqüente explosão litigiosidade.

A explosão da litigação deu maior visibilidade social e política aos tribunais e as dificuldades que a oferta da tutela judicial teve. A visão mais aguda ao positivismo passa a enaltecer o valor da justiça, o valor do homem, com notáveis influências filosóficas do existencialismo tendo o François Geny com seu principal idealizador.

A Escola da Livre Pesquisa não era contra lei, ela não permitia que o juiz aplicasse a regra que lhe parecesse melhor, antes, buscava a revalorização do costume.

Pressupunha a possibilidade do juiz em face de lacunas, promover um trabalho científico com base na observação de fatos sociais.

Geny pregava limites a essa pesquisa científica do fato social, e seu modelo pode ser sintetizado na seguinte fórmula: “Além de Código Civil, mas através de Código Civil”.

Essa escola influenciou a criação da escola do Direito livre, que sob a orientação de Kantorowicz entendia que o direito justo deveria prevalecer ainda que contra legem.

Junte-se a isso as teorias como a Teoria Tridimensional, especialmente a de Miguel Reale, Experiencialismo de Holmes, Teoria Ecológica de Cossio, a Teoria da Argumentação de

Perelman, que convergem, na feliz expressão de Reale em que “a aplicação do direito não se reduz a uma questão de lógica formal”.

È mesmo uma questão complexa onde fatores lógicos axiológicos, e fáticos se correlacionam seguindo exigências de uma unidade dialética, desenvolvida ao nível “da experiência à luz dos fatos e de sua prova”.

Reale rejeita que seja possível a apreensão do fenômeno jurídico apenas a partir da norma. O direito é o resultado da integração dialética implicação-polaridade dos elementos fato-valor-norma.

Oliver W. Holmes possui a premissa fundamental que “é a vida do direito não foi a lógica, foi a experiência”. Assim, a interpretação do direito se torna exercício de verificação, num tom empírico, sendo os tribunais e a sua prática o verdadeiro lugar de realização e criação dos direitos, restando um papel meramente ancilar para o texto legislativo.

Cossio desloca o centro de referência para a conduta que define a norma e suas conseqüências. O direito passa a ser governado por um princípio de liberdade (medida da conduta).

Perelman vai desenvolver a idéia de que teses embasadoras da decisão judicial não são verdadeiras em si mesmas, em verdade, são construídas no processo argumentativo e, aprovadas em razão da razoabilidade.

A releitura do positivismo normativista propicia, por conseguinte uma renovada prática de prestação jurisdicional.

Com a estabilização do Estado Democrático de Direito com a superação do modelo liberal onde se cristaliza um novo conceito de cidadania, onde está patente a afirmação dos conjuntos de direitos sociais.

O nascimento desses direitos não por benesses das elites dominantes, mas em virtude de reivindicações claramente definidas e duramente conquistadas.

Não se pode mais vedar a participação criadora do juiz no momento da aplicação da norma ao fato. Este deve perquirir os fins sociais que informam a aplicação da norma ao fato. Deve este perseguir os fins sociais que informam a aplicação da norma ao caso concreto, amoldando-a as exigências do bem comum (é o que consta no art. 5o., da LICC Dec.Lei 4.657/1942).

Corroborado por Kelsen que alega que a norma do escalão superior não pode vincular em todas direções e aspectos ao to através do qual é aplicada. Deve existir uma margem para livre apreciação.

E prevê que também o juiz é um criador de Direito, que é relativamente livre. Os direitos provenientes da liberdade e da igualdade (como a cidadania, saúde, educação, a

informação) possam, na prática, ser alcançados, e exigidos de quem está obrigado a fornecer-los.

Volta o Poder Judiciário a galgar destaque na busca para a realização dos direitos. A quem incumbe assegurar o exercício da liberdade e, também as condições materiais para esse exercício.

Prestigia-se a solução pública provida pelo judiciário e, paralelamente, a resolução alternativa do conflito quer na órbita pública ou privada.

Assim, a justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais. A acepção real do acesso à justiça deve servir tanto para os privilegiados até os mais carentes, desde do indivíduo até o grupo, coletividade, considerada em seu aspecto global.

Despontam os Juizados Especiais Cíveis e Criminais oriundos dos EUA, no sistema common law, conhecidos com Small Claim Courts para a defesa de direitos individuais; e, ainda, para os direitos coletivos como na class action ambos herdados das Federal Rules (regras federais).

Atualmente cogita-se de uma fase pós-social onde é cada vez menor, em função das economias dos Estados, que impossibilitam a manutenção de importantes programas sociais, passando a optar pela privatização de serviços essenciais e pela redução de seus investimentos naqueles considerados essenciais, gerando crises de desemprego, insuficiência da assistência a direitos básicos como a saúde, a idosos, crianças e, etc. Em especial, mormente que temos o Estatuto do Idoso e o Estatuto do Torcedor.

Corporificam-se as reivindicações em prol dos direitos fundamentais e da possibilidade de exercitá-las, a exigir do Judiciário os meios e modos de resolver tais lides de cunho novo mundo, esta nova forma de vida, como aqueles do plano da coletividade.

O mundo, o homem e a humanidade entrosam-se de modo a desafiar a própria constituição de uma nova ética.

A lenta evolução do acesso à justiça no Brasil foi trazida na bagagem dos estudantes brasileiros que freqüentavam as universidades européias especialmente as de Coimbra, Paris e de Londres que reproduziram considerável influência na luta travada em Vila Rica.

Até o final do século XVIII foi pouquíssimas referências a um direito próprio e exigível de acesso à justiça.

Ordenações Filipinas vigorantes no solo pátrio a partir de 11/01/1603 continham disposições relativas a um suposto direito das pessoas pobres e miseráveis terem o patrocínio de um advogado.

Um dispositivo das Ordenações inspirado no princípio da igualdade material, da igualdade de armas entre as partes mais ou menos favorecidas.

A Constituição de 1824, em seu art. 179 já previa a organização de um Código Civil e Criminal fundados em bases sólidas da justiça e da equidade. O acesso à justiça como hoje é concebido inexistiu no Império brasileiro.

A noção de acesso à justiça calcado apenas na igualdade formal, retrata o ideário do Estado Liberal, tendo como única ressalva a criação da justiça do trabalho.

Até a década de 80 a legislação brasileira apresenta de forma marcante, as tendências sócio-políticas de cunho largamente intervencionista do Estado e, comumente institucionalizadas nos países desenvolvidos.

A Constituição Brasileira de 1934 fortemente influenciada pela constituição de Weimar de 1919 traz como novidade o título referente à Ordem Econômica e Social e, principalmente quanto aos direitos trabalhistas como o salário-mínimo e o sindicalismo (art. 121, b e art. 120) com a instituição da justiça do trabalho e a participação dos representantes dos empregados e dos patrões.

A partir da década de 80 uma vez consolidada a reabertura democrática política com a Lei de Anistia, a Nova Lei Orgânica dos Partidos começaram a surgir diversos movimentos sociais (CUT, MST, ONGS) exigindo a efetivação de direitos fundamentais e sociais, enfim, numa vida digna e livre e, portanto, da justiça em acepção ampla e nobre.

No campo processual se destacam os trabalhos de José Carlos Barbosa Moreira e sua hodierna preocupação de antever os problemas relacionados com a concreta realização da justiça. Bem como de Paulo César Pinheiro Carneiro que muito contribuiu com sua obra “Acesso à justiça (juizados Especiais e Ação Civil Pública)”.

Resultados palpáveis se traduziram na democratização do acesso à justiça, com a crescente concretização dos direitos individuais, sociais e coletivos.

Na defesa dos direitos individuais cumpre destacar a Lei 7.019/82 que criou o arrolamento de bens em caso de partilha amigável evitando-se o inventário tradicional.

A Lei 6.938/81 que regulava a Política Nacional de Meio Ambiente, legitimando o MP para promover no cível a responsabilização civil pro danos causados ao meio ambiente, sem cogitar ainda da tutela preventiva.

Em 1985 foi promulgada a Lei 7.347 disciplinando a ação civil pública, para proteger a ação civil pública, para proteger o meio ambiente, o consumidor, e bens e direitos de valor artístico, estético, históricos, turístico e paisagístico.

A lume em 1988 com a Constituição Federal Brasileira que foi amplamente influenciada em diversas partes pelos movimentos sociais e, com as metas que se desenhavam na legislação ordinária, alargando e consagrando o âmbito dos direitos fundamentais, individuais e sociais, prevendo a criação de mecanismos para garanti-los.



Com a elevação da Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado (conforme art. 134, parágrafo único do CF). A criação dos Juizados Especiais pela Lei 9.099/95, a Lei de Arbitragem, a lei 9.307/96.

Ainda visando a efetividade do processo, surgiram inúmeras alterações recentes foram introduzidas no CDC, cabendo destacar a Lei 8.710/93, Lei 8.952/94, Lei 8953/94, inovações no processo de execução, criando novos títulos judiciais e conferindo poderes ao juiz para fixar multas de ofício para garantir o êxito do processo e correção das partes, e, ainda com a criação da tutela monitoria, e as modificações do agravo e, a possibilidade da concessão do efeito suspensivo desse recurso.

A lei que instituiu a ação civil pública (LACP) 7.347, de 24 de julho de 1985, modificada pelo Código de Defesa do consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990) criou mecanismos para assegurar a defesa coletiva de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos em geral, que estão devidamente caracterizados nos arts. 81, parágrafo único, I, II e III, respectivamente, desse último diploma legal.

Para garantir o princípio da acessibilidade, diferente da lei que institui os Juizados Especiais Cíveis, através da legislação concorrente do MP, da União, dos estados, dos municípios, do Distrito Federal, das entidades e órgãos da administração direta ou indireta e das associações, legalmente constituídas há menos, um ano, que tenham por finalidade a defesa dos interesses protegidos pelas leis anteriormente mencionadas (art. 5, I, II da LACP e, art. 82, I a IV do CDC).

A referida lei não autoriza a defesa individual de interesses difusos e coletivos, mas tão somente de direitos individuais homogêneos a destacar:

a) adoção do princípio da obrigatoriedade da ação civil pública para o MP, que somente poderá deixar de promovê-la se, depois de esgotadas todas diligências, estiver convencido da inexistência da fundamentação (art. 9º, caput, LACP).

b) o controle pelo Conselho Superior do MP do princípio da obrigatoriedade, que pode designar outro para propor a ação civil pública, facultada a participação das associações legitimadas neste procedimento administrativo (parágrafo segundo, art. 9º, da LACP).

c) desde que presente interesse social o juiz poderá dispensar o requisito temporal da pré-constituição de associação para legitimá-la à defesa dos interesses previstos legalmente;

d) a faculdade de qualquer pessoa do povo e a obrigação do servidor público e tribunais de provocarem a atuação do MP se tiver conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura de eventual ACP arts. 6º, e 7º, da LACP.

Dificilmente as pessoas individualmente lesadas em face de fato comum buscariam reparação, primeiramente pela falta de informação, pela pouca monta da reparação, pelo temor de perder a causa.

O MP deverá intervir obrigatoriamente na qualidade de *custus legis* nas ações civis públicas nas quais não figure como parte, devendo assumir a titularidade ativa da mesma em caso de desistência infundada ou abandono da ação pela associação autora, e ainda, promover o processo de execução caso esta última deixe de fazê-lo no prazo de 60 dias do trânsito em julgado da sentença condenatória que tenha pro objeto direito difuso ou coletivo.

A Lei admite a habilitação de qualquer dos legitimados na qualidade de litisconsorte da parte autora. Bem como das eventuais vítimas avisadas pela ampla divulgação pelos meios de comunicação social. A lei que regulou os Juizados Especiais Cíveis juntamente com a Ação Civil Pública procuraram ser coerentes com a acessibilidade garantindo ampla legitimação.

Novos institutos criados pela lei o inquérito civil e, o compromisso de ajustamento de conduta além de outros mecanismos processuais que permitem melhor operosidade.

Também regulou os limites da coisa julgada procurando obter a melhor utilidade prática possível em favor da coletividade.

O inquérito civil tem por fim precípua colher elementos de prova destinados a apuração de fatos, que poderiam ensejar uma eventual ação civil pública (parágrafo primeiro do art. 80., da LACP), servindo, também, como meio de obtenção de compromissos de ajustamento de conduta.

A questão relativa à distribuição do ônus da prova nas ações civis públicas em geral é tormentosa.

Mesmo assim o acesso à justiça garantiu que as instituições consideradas essenciais para o funcionamento da justiça foram devidamente reguladas, o Ministério Público através de Lei Orgânica Nacional 8.625/1993, a Lei Complementar 75, de 1993, do Ministério Público da União, e a Defensoria Pública, através da Lei Complementar no. 80, de 12 de janeiro de 1994.

O novo direcionamento propõe uma nova ética e um novo processo mais efetivo e legítimo garantindo uma solução prática, justo e útil atendendo aos princípios de acessibilidade, operosidade, utilidade e da proporcionalidade.

\*Co-editora do site *jus vigilantibus*.

Professora universitária;

Mestre em Direito e em Filosofia;

Conselheira do Instituto Nacional de Pesquisas Jurídicas.

LEITE, Gisele. Acesso à justiça na sistemática processual brasileira. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1559>. Acesso em 06/10/06.