UNIVERSIDADE UNIGRANRIO
Vá além da sala de aula
REVISTA DE DIREITO DA UNIGRANRIO
http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr

PARADIGMAS DA JUSTIÇA CONTEMPORÂNEA E ACESSO À JUSTIÇA

Leonardo Greco*

RESUMO

Este trabalho analisa a necessária correlação existente entre as características fundamentais das instituições públicas que administram a justiça e do seu modo de funcionamento e o papel que o próprio Estado desempenha na sociedade contemporânea.

Palavras-Chaves: Instituições – Acesso à justiça – Sistema Continental – Sistema Anglo-Saxão

ABSTRACT

This work analyzes the existing relation between main characteristics of the public institutions that manage justice, their way of functioning and the roll that de State fulfills in the contemporary society.

Key Words: Institutions – Access to justice - Civil Law – Common Law

1. INTRODUÇÃO

O estudo do Direito Processual Civil deve ser iniciado pela análise da necessária correlação existente entre as características fundamentais das instituições públicas que administram a justiça e do seu modo de funcionamento e o papel que o próprio Estado desempenha na sociedade contemporânea. A obra mais importante para a compreensão dessa correlação e para possibilitar a necessária contextualização política e social do saber jurídico, cujo estudo vamos começar, é o livro de Mirjan Damaska, *The faces of justice and state authority*[1].

---

* Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Professor adjunto do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

[1] Mirjan R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, 1986 (tradução italiana: *I volti della giustizia e del potere*, Il Mulino, Bologna, 1991, com prefácio de Michele Taruffo).

Damaska é um pesquisador da Universidade de Yale, nos Estados Unidos, mas de origem iugoslava, melhor dizendo, sérvia, que, tendo convivido com os sistemas jurídicos da Europa continental e americano, fez penetrantes observações comparativas entre as duas grandes espécies de ordenamentos jurídicos, adotados em geral nos diversos países do Ocidente, a saber, os ordenamentos do sistema da *civil law* e os do sistema da *common law*.

O sistema da *civil law* é o sistema da tradição romano-germânica, que é adotado nos países do continente europeu, especialmente na Itália, na França, na Alemanha, na Espanha e em Portugal, assim como em toda América Latina colonizada por portugueses e espanhóis. O sistema da *common law* é o sistema do direito inglês, norte-americano, canadense, australiano etc, implantado principalmente em países oriundos das antigas colônias britânicas.

1.1 – DISTINÇÃO ENTRE OS SISTEMAS DA *CIVIL LAW* E DA *COMMON LAW*

A principal distinção entre os dois sistemas é a de que o sistema da *civil law* é de direito escrito, enquanto o da *common law* é de direito costumeiro, aplicado pela jurisprudência. É válido lembrar que, no Canadá, que teve tanto colonização francesa quanto inglesa, em algumas regiões, como Québec, é adotado o sistema da *civil law*, o que também acontece nos Estados Unidos com o Estado da Louisiana.

A obra de Mirjan Damaska expõe as principais diferenças que esses dois paradigmas apresentam na organização da justiça civil e no processo das respectivas causas. Na verdade, assentam eles em concepções diferentes da própria justiça. No sistema continental europeu (*civil law*), a função do Judiciário, o papel da justiça, tem sido o de atuação do direito objetivo, isto é, a aplicação da vontade concreta da lei aos casos que lhe são submetidos. A jurisdição, que por ora caracterizamos apenas como a função dos juízes, é vista como instrumento da lei, mesmo por aqueles autores que procuram dar ênfase aos reflexos que essa atividade produz na esfera subjetiva dos cidadãos e dos particulares que a ela recorrem.

Na *civil law*, que é o nosso sistema jurídico, a jurisdição tem sido estruturada preponderantemente com a finalidade de atuação do direito objetivo e por isso a administração da justiça adota o que Damaska denominou de modelo hierárquico, centralizador. Nesse sistema, os juízes são considerados a *boca da lei*, expressão usada por Montesquieu para justificar a idéia de que os poderes dos juízes decorrem da lei e à lei devem estar sempre subordinados. É imperioso que os juízes inferiores estejam rigidamente controlados pelos tribunais superiores para que se mantenham fiéis a essa missão de serem o instrumento de cumprimento da lei.

Já no modelo de administração da justiça dos países da *common law*, a função da justiça é, de modo preponderante, a de pacificação dos litigantes. A paz social na *civil law* é um objetivo remoto. Já na *common law*, a paz entre os litigantes, a rearmonização, a reconciliação é o seu objetivo direto, imediato. Na *common law*, pouco importa se a pacificação dos litigantes vai dar-se à luz da lei ou de outro critério qualquer que seja mais adequado ao caso concreto. O importante é harmonizar os litigantes. Isso porque a justiça da *common law* tem um profundo enraizamento na vida da comunidade e tem por função primordial preservar a coesão e a solidariedade entre os seus membros, interdependentes entre si.

Enquanto a justiça da *civil law* tem sido a justiça do rei, do soberano, do Estado, a justiça da *common law* é a justiça *paritária*, da comunidade. Daí resultam algumas características típicas da *civil law* que influenciam, como veremos, toda a nossa Teoria Geral do Processo, na medida em que a sua edificação se deu quase inteiramente pela doutrina dos países que adotam o sistema do direito escrito.

Cabe observar desde logo que a crise decorrente da crescente perda de credibilidade ou de confiança da sociedade na sua justiça e nos seus juízes, o que poderíamos também chamar de crise de legitimidade do poder jurisdicional, decorrente da elevação da consciência jurídica da população e do seu grau de exigência em relação ao desempenho do Judiciário, está levando a que a doutrina e os ordenamentos jurídicos dos países da *civil law* voltem os olhos para os da *common law,* procurando lá encontrar soluções para problemas comuns através de institutos que não existem na *civil law*. O mesmo acontece, por sua vez, nos países da *common law*, que, para solucionar problemas não resolvidos através das suas técnicas, vêm também em alguns casos buscar soluções no nosso sistema.

Quando se fala da Teoria Geral do Processo como uma teoria que assenta e estrutura os princípios básicos de uma ciência ou de um ramo de uma ciência, temos de ter

consciência de que essa teoria, entre nós difundida, é a do sistema jurídico romano-germânico, que está crescentemente em busca da efetividade do processo e, portanto, de soluções para os pontos de estrangulamento da máquina da justiça e para o déficit garantístico do processo, no sentido de insuficiência das suas técnicas para assegurar o respeito à dignidade humana de todos os seus atores e a qualidade e confiabilidade das suas decisões. Na busca dessas soluções, muitas vezes teremos de recorrer a institutos de outro modelo de justiça, de outro paradigma.

Assim, por exemplo, no Brasil, a criação dos juizados de pequenas causas – hoje com o infeliz nome de juizados especiais, porque especial é o que não é comum, geral, e, portanto, melhor seria que tivessem continuado a chamar-se juizados de pequenas causas – é proveniente do direito norte-americano, em busca de uma justiça mais pacificadora do que sentenciadora, o que evidencia esse intercâmbio de paradigmas.

Deficiências do sistema da *civil law* vão sendo resolvidas pela importação de mecanismos da *common law*. Assim, por exemplo, nos países da *civil law*, a defesa do interesse público, em juízo ou fora dele, incumbe ao próprio Estado e aos seus agentes, as autoridades, funcionários e procuradores das pessoas jurídicas de direito público, ou por particulares no exercício de funções delegadas do Poder Público. No entanto, no Brasil, como conseqüência da crise do Estado, que por múltiplas razões evidenciou a sua absoluta impotência, especialmente a partir da década de 70 do século passado, para prover à tutela do interesse público, foram criadas as ações coletivas, as ações civis públicas, originárias das *class actions* do direito norte-americano, nas quais uma associação ou um órgão público, no interesse geral da coletividade, provoca o Judiciário para que este adote as medidas que forem necessárias. A justiça civil passa a desempenhar, assim, pela via das ações coletivas, funções que tradicionalmente cabiam à Administração Pública e ao próprio Poder Legislativo, formulando juízos de conveniência e oportunidade destas ou daquelas providências, não mais sob a ótica do estrito cumprimento da vontade da lei, mas como porta-voz de uma vontade política, função para cujo exercício os juízes não tiveram qualquer espécie de formação, nem receberam qualquer mandato político.

Inversamente, em países do sistema da *common law*, como a Inglaterra, também as suas deficiências têm ido buscar soluções em técnicas adotadas em países da *civil law*. A

reforma inglesa de 1998 abandonou as características do juiz inerte, da escolha de peritos pelas partes e da desvalorização das provas escritas, recorrendo ao modelo da *civil law*[2].

O moderno Direito Processual não está fechado para esse diálogo entre sistemas. Ao contrário, ele tem de estar aberto a essa troca. De qualquer modo, nossa doutrina toda foi concebida à luz do sistema continental europeu, do sistema hierárquico, do processo como instrumento do direito objetivo. As importações que se fazem de institutos da *common law* sempre entram no nosso sistema de uma forma um pouco extravagante, anômala e o sistema tem dificuldade de assimilar esses novos institutos ou até mesmo acaba por desvirtuar as suas finalidades ou características.

Concordando com Damaska, ao enumerar os traços mais marcantes do paradigma de justiça do modelo hierárquico (*civil law*), é importante ter em mente que esse modelo, embora não seja absoluto, é ligado à nossa civilização, à nossa cultura. Todavia, a globalizada sociedade do nosso tempo vai impondo a sua superação em alguns pontos em benefício do respeito aos valores humanitários constitucional e internacionalmente reconhecidos.

Esta abordagem da ciência jurídica e da Teoria Geral do Processo em função desses diferentes paradigmas é muito importante, para livrar-nos da falsa idéia de que o nosso modelo de justiça seja universal e de que as suas características tradicionais devam ser aceitas como absolutas e imutáveis. A própria idéia de direitos humanos é tipicamente ocidental. Embora os países do Extremo Oriente, como o Japão, por exemplo, tenham ratificado todos os tratados internacionais de direitos humanos, têm eles dificuldade em assimilá-los e respeitá-los como nós os concebemos. A ideologia dos direitos humanos foi imposta aos vencidos na Segunda Guerra, mas estes culturalmente têm dificuldade em incorporá-la ao seu modo de ser e de viver.

[2] Neil Andrews, *The modern Civil Process - Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England*, ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 95-146.

1.2 – OUTRAS CARACTERÍSTICAS DOS DOIS MODELOS

Examinemos as características do modelo de justiça do sistema da *civil law* – modelo hierárquico, originário da tradição romano-germânica, que tem sido adotado pelos países do continente europeu e ibero-americanos – em comparação com os do sistema da *common law*, sem perder de vista que a evolução recente verificada de parte a parte vai tornando menos rígidas as suas diferenças e que características de um modelo são hoje também encontradas nos países do outro, com maior ou menor intensidade em um ou outro país

Nos países da *civil law* a jurisdição normalmente é exercida por juízes profissionais, escolhidos por critérios técnicos e que se tornam vitalícios para exercer a judicatura como atividade remunerada de caráter permanente. Diferentemente da *civil law*, na *common law* predominam juízes leigos ou juízes profissionais de investidura política.

No sistema da *civil law*, há uma tendência de especialização dos juízes, que julgam apenas determinadas matérias. Já na *common law*, não há tantas especializações.

Na *civil law*, o critério de decisão das causas é rigorosamente um critério de legalidade. Juízos discricionários do juiz são repudiados. As decisões judiciais são, em geral, consideradas atos vinculados, ou seja, atos cujos requisitos estão estabelecidos pela lei. Num espaço muito limitado e rigidamente previsto, a *civil law* admite atos discricionários ou juízos de equidade, a chamada *justiça do caso concreto*, como se vê nos artigos 126 e 127 do nosso Código de Processo Civil.

O juiz somente decidirá por equidade nos casos previstos em lei. A lei procura limitar juízos discricionários e eqüitativos. Então, quando a lei dos juizados especiais estabelece que o juiz pode decidir fora do critério de estrita legalidade (art. 6º da Lei 9.099/95), o que também se dá na chamada *jurisdição voluntária* (art. 1.109 do CPC), a doutrina tende a considerar que tais regras não possam ser levadas ao extremo de permitir que o juiz possa decidir fora ou contra a lei, mas que a lei lhe confere uma certa margem de escolha, que deve ser fundamentada, objetiva, a partir de certos critérios. Há uma resistência da *civil law* a juízos discricionários, ou seja, juízos fundados na conveniência e oportunidade e na equidade. Estes são sempre excepcionais e muito controlados.

A administração da justiça por equidade ou discricionariamente é excepcional. Um dos casos típicos de julgamento por equidade é o arbitramento de alimentos. A lei diz que

o juiz decidirá sobre o provimento de alimentos de acordo com a necessidade do alimentando e a capacidade do alimentante (art. 1.694, § 1º, do Código Civil), ou seja, por equidade, de acordo com as exigências do caso concreto.

Quando se importa um instituto de um outro paradigma, de um outro modelo, essa importação pode dar-se de dois modos: ou se importam todas as características daquele paradigma ou se adapta aquele instituto ao seu próprio paradigma.

No caso dos juizados especiais, em que a Constituição (art. 98) prevê a sua composição por juízes togados ou togados e leigos, se o julgador é popular, ou seja, um juiz leigo escolhido pela comunidade, é natural que ele se preocupe mais em seguir os ditames da sua consciência e os sentimentos dessa comunidade do que em atuar como um cego instrumento da lei. Mas, se se trata de um juiz profissional, como na *civil law*, autorizá-lo a decidir fora da lei seria permitir julgamentos arbitrários. No Brasil, essa faculdade de julgamento por equidade sofre grande resistência em razão do nosso paradigma de justiça profissional, instrumento de revelação do direito objetivo. A própria Constituição Federal permitiu, entretanto, a ruptura desse paradigma, através da inclusão nos juizados especiais de juízes leigos, mas o corporativismo judiciário a rejeitou, impedindo, de um modo geral, a adoção de um sistema composto por verdadeiros juízes leigos, e em alguns Estados, como o Rio de Janeiro, criando falsos juízes leigos, que destes somente conservam o nome, porque na verdade são aprendizes de juízes profissionais, oriundos da escola da magistratura.

Na *civil law* há repetição de decisões. Casos idênticos acabam sendo decididos da mesma forma. Cria-se jurisprudência e, toda vez que há divergência entre a opinião dos juízes, ela é resolvida hierarquicamente, nos tribunais superiores, e assim o assunto é uniformizado.

Damaska diz que a jurisprudência tem mais força na *civil law* do que na *common law*. É fácil verificar esse entendimento pela importância que apresentam os recursos na *civil law*, tanto com relação à sua amplitude, quanto à quantidade.

As decisões judiciais no modelo da *civil law* têm uma tendência à manutenção da ordem jurídica e à uniformização das decisões através de um sistema de recursos bastante amplo. O principal recurso é a apelação, que permite que o tribunal de segundo grau, tribunal ou juízo *ad quem*, julgue novamente a causa como se fosse um juiz de primeiro grau, *a quo*, justamente para que este esteja sempre controlado por aquele. Por isso, Damaska o chama de modelo hierárquico, já que pouca é a liberdade do juiz de primeiro grau, porque aquilo que ele decide pode ser totalmente revisto.

Ainda sobre os recursos, na *civil law*, há o repúdio a recursos para o próprio juiz, enquanto na *common law* é comum o pedido de revisão para o próprio juiz ou para o próprio órgão que proferiu a decisão. Na *common law*, o juiz de primeiro grau tem muito mais poder do que os tribunais superiores, porque estes exercem uma supervisão muito distante e excepcional sobre a justiça ministrada pelos juízes do primeiro grau. A justiça de primeiro grau é considerada mais próxima dos cidadãos, como justiça da comunidade.

Uma das conseqüências dessa diferença de paradigmas é a de que os tribunais superiores no Brasil julgam um número infinitamente maior de recursos do que nos Estados Unidos e, de um modo geral, em países da *common law*. A Corte Suprema americana seleciona para decidir apenas algumas questões jurídicas (em torno de cem por ano) que entende mais relevantes e que estão a exigir um pronunciamento marcante como diretriz que deverá influir na evolução da ordem jurídica nacional. Não se preocupa em rever se as decisões dos juízes inferiores são justas ou não, porque, se estes órgãos são representativos da comunidade, as suas decisões, de um modo geral, devem ser consideradas justas. O fundamental não é saber se a lei foi aplicada ou não, mas se o litígio foi resolvido com equidade, se as partes se rearmonizaram. Esse é o espírito predominante na justiça da *common law*.

Ao importarmos o arbítrio, o poder discricionário que tem a Corte Suprema dos Estados Unidos na escolha dos casos que vai julgar, o que fizemos recentemente com a criação, pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e pela Lei 11.418/2006, do requisito de repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, talvez estejamos esquecendo que essa é uma característica paradigmática do sistema norte-americano, e, assim, estamos importando a solução de um modelo sem importarmos o próprio modelo.

A decisão de primeiro grau na *civil law* é sempre provisória e, por isso, há aproximadamente dois mil anos a apelação tem efeito suspensivo e a execução provisória da decisão de primeiro grau se dá por conta e risco do exeqüente, de acordo com o atual artigo 475-O, inciso I, do Código de Processo Civil, porque parece que o vencedor está se antecipando, atropelando a justiça quando ele quer executar uma decisão que ainda pode ser reformada pelos tribunais superiores, ao contrário do que acontece na *common law*, em que as decisões de primeiro grau normalmente são definitivas.

Hoje, entre nós, já verificamos uma ruptura desse modelo, porque já se percebeu que a fragilização da decisão de primeiro grau favorece a procrastinação e a utilização dos recursos como instrumento protelatório.

Verifica-se, também, a tendência de ampliar os recursos sem efeito suspensivo, fortalecendo a execução imediata de decisões recorríveis. Paralelamente, são criados outros mecanismos de aceleração da prestação jurisdicional, como a tutela antecipada, prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil. Estes são alguns exemplos de rupturas do paradigma tradicional, ditadas pela necessidade de ir em busca da melhoria da efetividade do processo, embora a sobrevivência do nosso paradigma hierárquico oponha sempre resistência a tais tipos de solução.

No modelo hierárquico da *civil law*, há uma prevalência das provas escritas, da documentação escrita, enquanto na *common law* prevalecem as provas orais, não documentadas ou documentadas singelamente.

Na *commom law*, muitas vezes os próprios documentos devem ser ratificados pelos depoentes na audiência final, de nada valendo as declarações prestadas em fases anteriores do processo. É uma justiça em que toda a cognição fática se dá oralmente na frente do julgador e ali se conclui. Até a prova pericial normalmente é prestada através de depoimentos orais.

Na *civil law*, tudo é documentado, para que o tribunal de segundo grau possa ter a mesma amplitude de cognição que tinha o juiz de primeiro grau, o juízo *a quo*. Isso é uma ilusão, porque evidentemente o papel não registra tudo, mas é uma reprodução pálida do que ocorreu nos atos orais, e é esse o motivo pelo qual a *common law* não confia na capacidade do sistema da *civil law* de apurar a verdade dos fatos e considera o sistema probatório da *civil law* formalista e distante da realidade da vida.

Claro que há rupturas em ambos os paradigmas. Por exemplo: recentemente, a lei norte-americana veio a permitir perícias através de laudos escritos, mas as notícias que temos de como essa e outras inovações estão sendo aplicadas são no sentido de que sofrem grande resistência, porque a tradição é mais forte do que a lei.

Nós também criamos a perícia oral em 1992, importando regra de outro paradigma (art. 421, § 2º, do Código de Processo Civil), uma vez que o laudo escrito retarda e encarece o processo. Entretanto, o nosso modelo paradigmático resiste e os juízes não fazem uso dessa faculdade que a lei veio a conferir-lhes.

Daí resulta que o processo na *civil law* é fragmentado, composto de atos sucessivos que passam pelas mãos do juiz inúmeras vezes, desde o despacho da petição inicial até a sentença. Entre nós, os processos passam pelas mãos dos juízes quantas vezes quiserem as partes. Na Alemanha, por exemplo, onde o sistema é o da *civil law*, diz-se que o processo normalmente passa pelas mãos do juiz cerca de três vezes, porque esse país foi fortemente influenciado pelo sistema da *common law*. Já na Suécia e na Noruega, que têm um sistema misto, o processo é, em geral, decidido em poucas semanas.

Na *civil law*, os advogados são impedidos de colaborar intensamente em atos de movimentação e em atos probatórios. Na *common law*, prevalece a iniciativa do advogado e o juiz permanece quieto, inativo enquanto as partes discutem as questões da causa. O advogado é o grande ator do processo, produzindo provas em seu escritório, intimando a parte contrária para comparecer, fornecendo documentos ao adversário, colhendo depoimentos, embora depois todas as provas devam ser repetidas na presença do juiz ou do júri. Nos países da *civil law*, a colaboração dos advogados nem sempre é vista com bons olhos, ocorrendo muitas vezes para suprir a incapacidade da máquina judiciária de dar vazão a tantos processos.

Na *civil law*, os peritos são considerados auxiliares da justiça, enquanto na *common law* eram originariamente testemunhas das partes. Nesse aspecto, nenhum dos dois sistemas é ideal, porque, no primeiro, o perito corre o risco de transformar-se no verdadeiro juiz, já que este o escolhe e nele confia cegamente. Dificilmente o juiz se posiciona contra o laudo do perito que escolheu. No segundo, em contrapartida, a parte somente apresenta o perito que sabe que vai depor a seu favor.

Na *civil law*, a defesa do interesse público é feita apenas pelos órgãos públicos, como se o Estado fosse o tutor exclusivo do interesse público, razão pela qual somente ele pode promovê-lo, através dos seus diversos agentes, como os seus procuradores, o Ministério Público ou o próprio juiz. Na *common law*, o sistema é mais aberto, porque a própria comunidade pode tomar a iniciativa da tutela do interesse público. Por isso, lá existem as ações de classe, *class actions*, movidas pelos particulares, assim como os *amici curiae*, pessoas desinteressadas que intervêm no processo somente para auxiliar, para que se obtenha uma boa decisão, transmitindo conhecimentos ou informações que podem ser úteis mesmo em processos privados. O Brasil importou de algum modo esse instituto, através da Lei 9.868/99, que regulamentou a ação declaratória de constitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade, e mais recentemente, nas Leis 11.417 e 11.418/2006, respectivamente

sobre a súmula vinculante e a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Na *civil law*, há pouca possibilidade de atos de disposição das partes em relação ao processo. A suspensão do processo por convenção das partes é somente possível por seis meses (art. 265, § 3º, do CPC); o autor não pode mudar o pedido depois da citação, a não ser com a concordância do réu (art. 264 do CPC). Na *common law*, a disponibilidade é bem mais ampla.

Na *civil law*, há interesse público na validade do processo. Sendo a função jurisdicional típica de atuação da vontade da lei, da vontade do Estado, o juiz na *civil law* deve velar rigorosamente pela validade do processo e, portanto, tem o poder de decretar de ofício todas as chamadas nulidades absolutas (que são muitas). Na *common law*, isso não ocorre; o processo é encarado como uma relação preponderante de interesse privado dos litigantes.

Na *civil law*, o juiz é ativo, não é inerte, na busca da verdade, no suprimento das deficiências defensivas e probatórias das partes, no exercício de uma autêntica função assistencial. É também ativo na provocação de questões, especialmente quando se trata de questões de ordem pública. Busca-se, assim, a paridade de armas, superando os obstáculos econômicos, probatórios e postulatórios, com o intuito de dar efetividade à igualdade das partes em juízo.

Na *common law*, o juiz é inerte e, por isso, dizem eles, que o nosso sistema é inquisitório, autoritário e que o deles é mais democrático. Por outro lado, a inércia do juiz na *common law* permite muitas manobras por parte dos advogados, especialmente em matéria penal, sofrendo a crítica de que, com freqüência, a justiça é desvirtuada, transformando-se em um grande jogo.

Vê-se, pois, que os dois paradigmas têm qualidades e defeitos e que o processo ideal seria o que conseguisse conciliar as virtudes dos dois sistemas, minimizando os defeitos, o que as reformas processuais, nas últimas décadas, têm tentado realizar.

Entretanto, não é possível ignorar que o processo judicial é uma atividade prática, exercida repetitivamente todos os dias por pessoas, como juízes, advogados, promotores, serventuários, que, apesar da sua formação acadêmica, fazem parte de povos com costumes, tradições e experiências políticas e sociais muito diferentes. O processo é um fenômeno cultural, típico de cada povo e, até mesmo, de cada comunidade.

As reformas legais não conseguem transformá-lo da noite para o dia.

Como leciona Oscar Chase, professor da Universidade de Nova Iorque, há uma interação contínua no processo entre a lei e a realidade. Uma influencia a outra e, por isso, a justiça ideal não será obra apenas dos legisladores, mas também e principalmente dos educadores e de todos os que possam contribuir para impregnar na consciência coletiva os valores humanitários sobre os quais a sociedade deve viver[3].

1.3 – ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA

O acesso à justiça é apontado hodiernamente como uma das garantias fundamentais dos cidadãos no Estado Democrático de Direito. Na sua análise, é necessário ter consciência daquilo que o direito pode ou não fazer para assegurar a concretização dos valores e dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Os manuais de Direito Processual em geral mostram uma perspectiva técnica do processo, valendo lembrar que o processo, como instrumento do acesso à justiça, é meio e não fim. Para tirar do processo o maior proveito possível nessa função, impõe-se a observação da realidade social e econômica do mundo atual, o que certamente permitirá ir em busca de mecanismos processuais mais eficazes do que aqueles que normalmente são apresentados pela doutrina tradicional. A justiça a todo momento se depara com essa realidade e as respostas que ela é capaz de dar geralmente ficam muito aquém das expectativas dos jurisdicionados, patenteadas no noticiário cotidiano dos órgãos de imprensa.

Mesmo adotando uma perspectiva exclusivamente processual, de qualquer modo transparece como indispensável a necessária associação da idéia de acesso à justiça à idéia de acesso ao direito. Essa associação surgiu na Constituição Portuguesa de 1976, que, no seu artigo 20, estabeleceu que "a todos é assegurado o direito de acesso ao Direito e à Justiça", o que significa que, antes de assegurar o acesso à proteção judiciária dos direitos fundamentais, o Estado deve dedicar-se diretamente à concretização da expectativa de gozo dos direitos dos cidadãos.

Assim, toda proteção judiciária através dos tribunais se equipara a um instrumento sancionatório, de segundo plano, acionável apenas quando ocorrer alguma lesão ou ameaça a um desses direitos.

---

[3] Oscar G. Chase, *Law, Culture and Ritual - disputing systems in cross-cultural context*, New York University Press, 2005.

1.3.1 – PRESSUPOSTOS DO ACESSO AO DIREITO

O acesso ao direito, nas sociedades contemporâneas, depende de inúmeros pressupostos, vários deles extra-jurídicos. Assim, o ideal de realização do direito, como instrumento de convivência pacífica e harmoniosa de todos os cidadãos, depende de vários pressupostos que o Estado precisa prover. Daí a importância das eleições dos mandatários políticos, sem os quais de nada adianta ter uma boa Constituição Federal e até mesmo muitas boas leis.

Cumpre enumerar, neste passo, os principais pressupostos do acesso ao Direito.

1) O primeiro desses pressupostos é a educação básica, que forma os cidadãos, neles infundindo a consciência de seus direitos e também de seus deveres sociais, bem como os valores humanos fundamentais, que devem ser por todos respeitados na vida em sociedade. Aquele que não tem tal consciência, não pode ter acesso ao Direito. A educação básica corresponde ao ensino fundamental. Em um país onde milhões estão excluídos do acesso à educação, não cabe falar em cidadania, porque a ignorância os alija do conhecimento da sua própria dignidade humana e do acesso aos seus direitos. Não são capazes de exercê-los porque os desconhecem. A consciência de direitos exige também a de deveres, pois, se todos desrespeitam direitos alheios, ninguém tem direitos.

É uma ilusão pensar que o Judiciário garante a todos a eficácia de seus direitos, através do amplo acesso à justiça. No Brasil, o Estado investe muito pouco em educação. O próprio modelo constitucional adotado para o nosso sistema educacional é intrinsecamente equivocado, porque atribui a responsabilidade do ensino fundamental aos estados e municípios, quando essa responsabilidade deveria caber à União, que apenas faz as leis sobre esse nível de ensino e adota políticas de apoio às estruturas educacionais dos outros níveis de poder, sem ter o seu próprio sistema de ensino fundamental. A União Federal cuida diretamente apenas das universidades, que são importantes, mas não são para todos e não formam cidadãos.

2) O segundo pressuposto extra-jurídico do acesso ao direito é o oferecimento a todos os cidadãos de condições mínimas de sobrevivência e de existência condignas, através do acesso ao trabalho produtivo, livremente escolhido e da percepção da correspondente remuneração capaz de prover ao sustento do trabalhador e de sua família.

O incapacitado para o trabalho, a criança, o idoso, o trabalhador eventualmente desempregado e aquele cuja remuneração não ofereça o mínimo para uma sobrevivência digna devem receber a proteção social do Estado e da própria coletividade. Num país com um número elevado de pessoas em situação de desproteção, deveriam existir programas institucionais de auxílios financeiros, como também amplos serviços de assistência social e políticas de mobilização da sociedade para ações de solidariedade.

Assim, não têm eficácia ou utilidade inúmeros direitos constitucionalmente assegurados para milhões de cidadãos que vivem na ignorância e na miséria, daí a importância social do trabalho. O cidadão desprovido dos meios de sobrevivência vive em condições selvagens, inúteis lhe são os direitos e não se sente vinculado a deveres, pois está sujeito à lei do mais forte.

A pobreza engendra inúmeras relações de dominação entre pessoas e grupos sociais: o mais pobre é forçado a se submeter àquele que pode lhe dar alguma coisa. As habitações subumanas das periferias das grandes cidades são verdadeiros quistos sociais, "terras sem lei", controladas por xerifes ou quadrilhas de bandidos. Se o Estado não for capaz de dotar essas comunidades do acesso efetivo à educação, à saúde, à segurança, à paz pública e ao trabalho lícito, ele não estará lhes assegurando o acesso ao direito.

A população, abrutalhada pela miséria e coagida pelo medo, não desfruta da eficácia concreta de seus direitos fundamentais. Uma política de urbanização das favelas, freqüentemente adotada, não deve apenas embelezar o lugar, mas servir como oportunidade para a implantação dos serviços públicos essenciais de que as comunidades necessitam.

3) Outro pressuposto do acesso ao direito é o fortalecimento dos grupos intermediários e do associativismo. Cappelletti, ao enumerar os desafios a que estão sujeitas as reformas processuais na sociedade contemporânea, dava grande relevo às novas exigências da "sociedade de massa"[4]. O cidadão não tem mais condições de defender-se individualmente das ameaças e lesões aos seus direitos, perpetradas por pessoas ou grupos que se encontram em posição de vantagem nas relações econômicas e sociais.

O indivíduo isolado é frágil. O sindicato tem de exercer esse papel de suporte ao mais fraco nas relações entre trabalhadores e empregadores, mas, hoje, as relações de dominação não são somente as do mundo do trabalho, pois se estendem a todas as áreas da

[4] Mauro Cappelletti, "Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas", in *Revista de Processo*, RT-SP, nº 65, ano 17, janeiro-março/92, págs. 127/143.

atividade humana: relações entre o Estado e os cidadãos, relações de consumo, de vizinhança, internacionais etc.

Dificilmente o Estado tem condições de prover, pela legislação ou pela administração, à efetiva manutenção do equilíbrio nas relações jurídicas privadas. Esse equilíbrio necessário só se alcança pela articulação dos sujeitos que se encontram em posição de desvantagem em organizações e associações que, pela união de esforços, consigam compensar o desequilíbrio existente na sociedade e dar aos indivíduos integrantes de grupos mais frágeis a força necessária para se ombrearem aos seus adversários, e lutarem por seus direitos e interesses em igualdade de condições.

O Brasil possui um baixo índice de associativismo. Achamos que o soberano, que hoje é o Estado, vai resolver todos os nossos problemas, mas o nosso soberano é frágil, e, muitas vezes, corrompido. Daí a importância da associação. Quem tem exercido esse papel de intervenção em relações jurídicas privadas e naquelas em que há um número elevado de pessoas que se encontram em condições de desvantagem é o Ministério Público, cuja atuação nesse campo tem caráter assistencial, que se justifica porque grande parte dos que necessitam de proteção não estão em condições sequer de se organizarem em associações, o que exige consciência de cidadania e educação.

Mas, essa intervenção do Ministério Público, que é importante para suprir a falta de espírito associativo, é um resquício do paternalismo estatal e com freqüência se exerce para a defesa de interesses políticos e polêmicos, sem respeito ao princípio da subsidiariedade, que deve ditar a intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas. Tão antidemocrático quanto privar o mais fraco do acesso ao direito é transformar o Ministério Público em juiz do bem e do mal.

É preciso ter consciência de que essa atuação do Ministério Público é necessária na sociedade carente em que vivemos, mas que ela pode se voltar até contra nós, pois transfere para o órgão do Ministério Público a responsabilidade de formular juízos políticos, de conveniência e oportunidade sobre questões que afetam diretamente o bem estar e a qualidade de vida das pessoas. O Ministério Público tem de ser atuante, mas, ao mesmo tempo, tem de ter consciência dos valores e interesses da comunidade e do caráter subsidiário e assistencial de sua atuação.

4) Também são pressupostos do acesso ao direito a responsabilidade do Estado, no cumprimento dos seus deveres para com os cidadãos, e a transparência do Estado no trato de questões que possam afetar a esfera de interesses dos cidadãos. A estes tem de ser

assegurado o direito de influir nas decisões do Poder Público, através dos instrumentos de participação democrática.

Os constitucionalistas dizem que estamos numa democracia participativa, em que a Administração Pública tem de ser transparente, em que os interessados devem ter a capacidade de influir nas decisões estatais, o que ocorre muito pouco. O Estado continua fechado, sigiloso.

Mais importante ainda, no campo das relações Estado-cidadão, é o espontâneo e direto reconhecimento pelo Estado dos direitos dos cidadãos, a cujo respeito correspondam deveres, obrigações, serviços ou atividades do Estado e de seus agentes. O nosso Estado se acostumou a dizer "não" ao cidadão. Perdeu por completo a noção de que ele é o prestador de serviços à coletividade. Continua mantendo a relação autoritária de soberano a súdito, característica do absolutismo sepultado pela Revolução Francesa.

Hoje, a relação do Estado com os membros da sociedade é a relação Estado-cidadão, em que este tem direito de exigir daquele pleno respeito ao seu patrimônio jurídico. Se o próprio Estado perdeu a noção de que a sua função é a de prover ao bem comum da sociedade, do qual é ele servidor, e não cumpre os seus deveres para com os membros da sociedade, desrespeitando a todo momento os seus direitos, todo o tecido social se contamina e a ética do respeito aos direitos alheios em troca do recíproco respeito pelos outros aos seus é substituída pela prevalência da deslealdade e da esperteza, tanto em relação aos direitos dos concidadãos, mas também em relação aos do próprio Estado.

5) A visão deturpada do Estado e da sua responsabilidade distorceu também o papel da justiça, que deveria ser a guardiã das liberdades individuais e dos direitos dos cidadãos, e foi transformada em administradora da moratória do Estado e eficiente proteladora do pagamento das dívidas públicas e do cumprimento de suas obrigações para com os cidadãos. Esse ritual kafkiano de inadimplência oficial é amplamente favorecido por inúmeros privilégios processuais que a lei e a Constituição Federal estabelecem em favor da Fazenda Pública.

Quando esses privilégios processuais não bastam para eternizar os processos, novas leis processuais são editadas no interesse do governo. Até 2001 o governo legislava, fazia leis processuais por medida provisória, e, com isso, mudava as regras do jogo processual de acordo com as suas conveniências. Hoje, ao governo, por força da Emenda Constitucional 32, que alterou a disciplina constitucional das medidas provisórias, não é mais permitida a

edição de medidas provisórias sobre matéria processual, mas, ainda assim, ele consegue aprovar no Congresso leis processuais que a ele beneficiam na Justiça.

A inadimplência estatal viciou a própria justiça e é grandemente favorecida pela impossibilidade de execução específica das condenações judiciárias pecuniárias contra o Estado, em razão do regime dos precatórios, estabelecido no artigo 100 da Constituição Federal, geralmente descumprido pelas pessoas jurídicas de direito público, que não incluem, como manda a Constituição, as verbas no orçamento para o pagamento desses precatórios. Isso se agravou com a Emenda Constitucional nº. 30/2000, que permitiu o parcelamento desses pagamentos em dez anos.

Essas regras consagram, por via indireta, uma inaceitável imunidade do Estado ao cumprimento das condenações judiciais, porque verbas não são incluídas no orçamento, por ação ou omissão do Executivo ou do Legislativo. Ser credor do Estado não vale nada, pois ele não paga, a não ser fora da justiça, e muitas vezes com o emprego de expedientes escusos. No dia em que se acabar com essa imoral imunidade estatal, a corrupção cairá brutalmente.

6) O acesso ao direito também depende do oferecimento, pelo Estado, de aconselhamento jurídico aos pobres a respeito de seus direitos. A Constituição, em seu artigo 5º, se refere à assistência *jurídica* - e não apenas *judiciária* -, que é importante para todas as pessoas, porque hoje em dia até as pessoas menos favorecidas mantêm complexas relações jurídicas com instituições financeiras, fornecedoras de bens e serviços etc. O aconselhamento jurídico serve para ajudar essas pessoas a tomarem decisões. Assim sendo, o Estado deve assegurar esse direito ao pobre.

7) O último pressuposto do acesso ao direito é o acesso à justiça, no sentido de acesso a um tribunal imparcial, previamente instituído pela lei como competente para a solução de qualquer litígio a respeito de interesses que se afirme juridicamente protegidos ou para a prática de qualquer ato que a lei subordine à aprovação, autorização ou homologação judicial. Se o cidadão tem consciência de seus direitos de cidadania, educação, trabalho, se o Estado lhe fornece todas as condições para livremente exercê-los, mas outro cidadão ou órgão do Estado impede ou dificulta esse exercício, cabe ao Poder Público pôr à disposição do cidadão lesado ou ameaçado a jurisdição necessária para assegurar o pleno acesso ao direito. A mesma faculdade deve ser conferida ao cidadão que se apresente como titular de um direito que está submetido à fiscalização judicial.

1.3.2 - O ACESSO À JUSTIÇA

Os professores Mauro Cappelletti, da Universidade de Florença, e Bryant Garth, da Universidade de Stanford, coordenaram para as Nações Unidas, na década de 70 do século passado, um projeto de pesquisa para levantar as condições de acesso à justiça no mundo todo, o que resultou na publicação de vários relatórios nacionais e estudos. O principal deles tem justamente o título de "Acesso à justiça"[5]. Pequena parte dessa obra está traduzida para o português[6].

Cappelletti diz que é preciso reconhecer que o acesso à justiça sofre hoje, para sua efetividade, três tipos de obstáculos: o econômico, o geográfico e o burocrático.

O econômico resulta do custo da justiça. As custas, os honorários advocatícios, além do risco de perder a causa e ter de pagar as custas antecipadas pela parte contrária, muitas vezes fazem com que o benefício econômico almejado através do processo seja inferior às despesas com este. Geralmente, os honorários da sucumbência, que o juiz fixa na condenação para pagar o advogado do vencedor, não cobrem os honorários contratuais. Os honorários periciais muitas vezes desestimulam a parte que teria que antecipar seu depósito, pois não sabe se vai ganhar a causa e reembolsá-lo.

Para cobrir esses gastos, os pobres dispõem da assistência gratuita, assegurada na Constituição (art. 5º, inc. LXXIV) e nas leis, que lhes conferem isenção de custas e o patrocínio gratuito por um advogado, que normalmente integra o serviço estatal da Defensoria Pública, também prevista na Constituição (art. 134).

A Defensoria Pública ainda não está bem estruturada em todo o país. Mas mesmo onde ela existe e é considerada eficiente, como na Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a classe média fica excluída dos seus benefícios, tendo de arcar com despesas que pesam no seu orçamento, sem falar nas contribuições, que acrescem às custas e que sustentam e beneficiam grupos como a caixa dos advogados, o instituto dos advogados, a associação dos magistrados etc., a meu ver, de flagrante inconstitucionalidade.

As barreiras geográficas são decorrentes da imensidão do território nacional e da impossibilidade de colocar pelo menos um juiz ao alcance de qualquer cidadão. Há muitos estados em que as partes têm de percorrer centenas de quilômetros para comparecerem à sede

[5] Mauro Cappelletti (general editor), *Access to justice* (6 vols.), ed. Giuffrè, Milano/Sijthoff and Noordhoff, Alphenaandenrijn, 1978.
[6] Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, ed. Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1988.

do juízo territorialmente competente, por meios de transporte precários e demorados. Na própria Justiça Federal é fato recente a criação de varas em municípios do interior. Justiça distante significa, em muitos casos, ausência da lei, porque violações de direitos são cometidas e é muito custoso e demorado acionar o aparelho judiciário.

Ademais, o juiz dificilmente tem condições de ir ao local dos fatos, que muitas vezes é um local por ele totalmente desconhecido, e de colher provas mais diretas em razão da distância. Somente a presença do Judiciário em todas as áreas habitadas no território nacional poderá assegurar o efetivo acesso à justiça a todos os cidadãos.

Têm sido feitas experiências de justiça itinerante, especialmente no âmbito dos Juizados Especiais. Na Amazônia, até de barco se deslocam esses órgãos julgadores. São iniciativas positivas que obrigam o juiz a reagir à inércia e ao espírito burocrático, indo ao encontro dos jurisdicionados e vivendo de perto a sua realidade e os seus problemas. Recentemente a Emenda Constitucional nº. 45/2004 (art. 125, § 7º) recomendou a ampliação dessa justiça itinerante.

Nas áreas em que não há população suficiente para que se justifique a presença permanente de juiz togado, deveria existir um juiz de paz ou outro tipo de órgão, com poder de julgar causas de menor complexidade e de conceder medidas provisórias urgentes. Entretanto, a Constituição (art. 98, inc. II) proíbe a outorga ao juiz de paz de qualquer poder decisório. Cappelletti mostra que foram os regimes autoritários que acabaram com essa justiça de leigos, dos juízes de paz, dos juízes da comunidade. Para as ditaduras, é mais fácil controlar os juízes togados, porque são juízes profissionais, do que os juízes leigos, que normalmente exercem a função em caráter altruístico. No entanto, as melhores justiças do mundo são aquelas que utilizam ao mesmo tempo juízes togados ou profissionais e juízes leigos. É o caso da justiça inglesa, que possui mais juízes leigos do que togados.

Essa presença permanente do juiz em todas as localidades também deveria ser assegurada pela residência obrigatória do juiz na comarca, determinada na Constituição (art. 93, inc. VII), mas não cumprida satisfatoriamente. Os magistrados resistem a morar nas comarcas pequenas sem condições satisfatórias de habitação e educação para os filhos, e, muitas vezes, nelas permanecem apenas alguns dias da semana e, nos restantes, a população fica abandonada. O juiz deve estar ao alcance da população a qualquer hora, regra imposta, inclusive, pela lei orgânica da Magistratura (art. 35, inc. IV, da Lei Complementar nº. 35/79).

Quanto aos obstáculos burocráticos, ninguém ignora o desaparelhamento da máquina judiciária, decorrente da má remuneração e da falta de formação técnico-profissional

dos serventuários, além da inadequação da estrutura judiciária para enfrentar a massa de demandas que lhe são submetidas. Despachos de expedientes, que deveriam ser proferidos em dois dias, levam seis meses; a distribuição de recursos na secretaria de alguns tribunais chegou a demorar cinco anos antes da Emenda nº. 45/2004, que proibiu a retenção na distribuição; o Ministério Público muitas vezes retém autos para parecer durante meses; o mesmo ocorre com juízes para sentenças; petições protocoladas demoram três meses para serem juntadas aos autos do processo e assim por diante.

Assim, se o cidadão tem um problema e a justiça não o resolve através do direito, ele pode sentir-se impelido ou forçado a ir em busca da sua própria justiça, que se manifestará por meio da prevalência da vontade do mais forte. A justiça pelas próprias mãos é a negação do verdadeiro acesso à justiça. Mas o excesso de processos atualmente é apontado por muitos como o mais grave obstáculo a uma prestação jurisdicional rápida e eficiente.

Essas barreiras burocráticas tornaram vantajosa a posição de devedor, a litigância de má-fé, a inadimplência, a prática de atos procrastinatórios, especialmente pelas pessoas jurídicas de direito público, a produção de provas inúteis e a contestação de direitos incontestáveis, sobrecarregando a justiça e dificultando e retardando o acesso do cidadão ao pleno gozo individual de seus direitos.

Também é componente do acesso à justiça o direito do cidadão, em qualquer processo, se necessário, de entrevistar-se pessoalmente com o juiz, não apenas para ser ouvido sobre o que lhe for perguntado, mas para travar com o magistrado um diálogo humano. O processo escrito e o excesso de trabalho conduziram a um progressivo distanciamento entre o juiz e as partes, à criação de resistências e de dificuldades ao contato das partes com o julgador e de desvalorização da palavra oral, que é o meio de comunicação mais completo.

Por outro lado, não seria solução a simples multiplicação do número de juízes, pois a baixa qualidade do ensino fundamental e do ensino jurídico, assim como o alto custo decorrente do pagamento de salários elevados, criam uma impossibilidade material à sua implementação e tornam improvável por essa via a melhoria da qualidade da justiça.

1.3.3 – CONTEÚDO DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça, como direito à tutela jurisdicional efetiva de todos os interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico, possui também alguns requisitos essenciais. Um deles é o patrocínio por um advogado, como condição necessária para o exercício da chamada *defesa técnica*, componente do direito à mais ampla defesa, constitucionalmente assegurada (art. 5°, inc. LV).

Merece reflexão o papel do advogado no moderno processo judicial. Exercendo a referida defesa técnica, a presença do advogado tornou-se indispensável à administração da justiça, como reconhece o artigo 133 da Constituição.

Todavia, a sua contratação impõe ao cidadão um custo, nem sempre necessário e nem sempre recuperado. Na medida em que o processo se desformaliza e que se eleva a consciência jurídica do cidadão, certamente decairá a necessidade imperiosa da presença do advogado. Nos Juizados Especiais, nas causas até 20 salários mínimos, a sua presença já é facultativa. Em outras situações deve também ser avaliada a presença forçada do advogado. Ele tem de ser um custo necessário, ou então um custo dispensável. Mas, sem dúvida, nas causas em que a parte constitui um advogado, este deve gozar de absoluta competência e de total liberdade profissional, sem as quais a plenitude de defesa não será mais do que uma garantia de fachada.

O exercício profissional por pessoas incapacitadas é apontado, muitas vezes, como justificativa da concessão de poderes inquisitórios ao juiz, confrontada a triste realidade brasileira, em que muitos direitos legítimos são postos a perder pela incapacidade do advogado que, pela simples inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), está apto a atuar em qualquer causa, em qualquer tribunal.

Na defesa do pobre em juízo, fica clara a desvantagem do beneficiário de assistência judiciária gratuita, pela falta do vínculo de confiança entre ele e o seu advogado. O pobre deveria ter a mesma liberdade de escolha do seu advogado, como aquele que paga. A confiança no advogado permite a este um conhecimento mais perfeito das circunstâncias da causa, o que lhe possibilita articular de modo mais eficaz os instrumentos de defesa.

O pobre, defendido por um advogado dativo, está sempre em posição de inferioridade em relação ao adversário, no acesso à justiça. Portanto, o juiz deve exercer uma vigilância especial sobre os processos em que uma das partes é defendida por advogado dativo, para assegurar igualdade efetiva às partes, a chamada *paridade de armas*. Outra

desvantagem que atinge o pobre é que os agentes que participam do processo – advogados privados, serventuários, peritos – são obrigados a servir sem qualquer remuneração. A lei brasileira deveria assegurar, de algum modo, a remuneração dos agentes dativos, ou os beneficiários da justiça gratuita estarão sempre em situação de inferioridade em relação aos seus adversários.

Outro requisito positivo do acesso à justiça é o contraditório participativo, como o direito de influir eficazmente na decisão através de um diálogo jurídico, com ampla oportunidade de oferecimento de alegações e de produção de provas, que sejam efetivamente consideradas pelo julgador.

Por outro lado, a justiça, como um instrumento de garantia da eficácia dos direitos dos cidadãos, somente cumprirá seu papel com decisões rápidas em prazo razoável.

E o acesso à justiça pressupõe juízes independentes e responsáveis, o que constitui um dos grandes desafios do nosso tempo. Somente eles podem exigir dos demais poderes do Estado o respeito aos direitos subjetivos dos cidadãos, assegurando a convivência de todos num verdadeiro Estado de Direito democrático. Eles não podem ser arbitrários ou corruptos, muito menos imunes a qualquer sanção, mas obedientes à lei e responsáveis civil, penal e disciplinarmente pelos abusos que cometerem.

São juízes com responsabilidade social, que não devem perder o entusiasmo em razão da rotina, que leva ao conformismo e à indiferença burocrática; que precisam avaliar permanentemente o desempenho do Judiciário e de si próprios, através de mecanismos apropriados; que precisam dedicar-se firmemente à revelação dos valores preponderantes na sociedade e atender prontamente aos cidadãos apesar dos obstáculos mencionados, por meio de tutelas diferenciadas e outros meios eficazes de composição de conflitos.

Não é também possível falar em acesso à justiça na vida democrática contemporânea sem mencionar o acesso à jurisdição constitucional, para que todos os direitos constitucionalmente assegurados encontrem em um tribunal constitucional a revelação do seu autêntico conteúdo e a garantia da sua plena eficácia.

Infelizmente, no Brasil, esse acesso, em caráter individual somente é facultado através de via recursal, tendo o interessado de percorrer todas as instâncias até chegar ao Supremo Tribunal Federal e, recentemente, através da Emenda Constitucional nº. 45/2004 e da Lei 11.418/2006, mesmo por essa via, apenas se a questão apresentar repercussão geral, reconhecida por esse mesmo Tribunal.

O acesso à justiça vai ser objeto de nosso estudo durante toda esta obra, na qual teremos oportunidade de aprofundar a análise dos seus diversos requisitos.

Por ora, cumpre referir que o seu conteúdo atual é implementado através das chamadas *garantias fundamentais do processo* ou do que vem sendo denominado de *processo justo*, que, conforme expus em outro trabalho[7], compreende todo o conjunto de princípios e direitos básicos de que deve desfrutar aquele que se dirige ao Poder Judiciário em busca da tutela dos seus direitos.

De acordo com a classificação proposta por Comoglio em obra coletiva recente[8], essas garantias fundamentais podem ser *individuais* e *estruturais*, conforme se refiram à proteção dos direitos e interesses subjetivos de cada uma das partes nos casos concretos ou às condições prévias de que deve revestir-se a organização judiciária. Todavia, é impossível dizer que a observância das últimas não seja também pressuposto da tutela jurisdicional efetiva dos direitos e interesses de cada uma das partes nos casos concretos, embora num primeiro momento elas se destinem a definir o método de exercício da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

Assim, as garantias individuais compreendem o *acesso à justiça em sentido estrito*, que constitui o direito de todas as pessoas naturais e jurídicas de dirigir-se ao Poder Judiciário e deste receber resposta sobre qualquer pretensão; a *imparcialidade do juiz*, como a eqüidistância deste em relação às partes e aos interesses a ele submetidos, examinando a postulação que lhe foi dirigida no intuito exclusivo de proteger o interesse de quem tiver razão, de acordo com a lei e as demais normas que disciplinem essa relação jurídica; a *ampla defesa*, como direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir todas as provas que possam militar a favor do acolhimento da pretensão ou do não acolhimento da postulação do adversário; a *assistência jurídica aos pobres*, assegurando os direitos de agir e de defender-se perante qualquer jurisdição em igualdade de condições com quaisquer outros cidadãos; o *juiz natural*, entendido como o direito das partes ao julgamento de sua causa por um juiz abstratamente instituído como competente pela lei antes da ocorrência dos fatos originadores da demanda; a *inércia*, como interferência da jurisdição na vida privada e nas relações

[7] Leonardo Greco, "Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo", in Manoel Mesias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho (orgs.), *Os princípios da Constituição de 1988*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, págs.369/406.
[8] Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile - I. Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., Il Mulino, Bologna, 2006.

jurídicas das pessoas somente quando provocada por algum interessado; o *contraditório*, como a ampla possibilidade de influir eficazmente na formação das decisões que atingirão a esfera de interesses das partes; a *oralidade*, como direito ao diálogo humano e público com o juiz da causa; e, finalmente, a *coisa julgada*, como garantia da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva.

Por outro lado, têm-se compreendido como garantias estruturais a *impessoalidade da jurisdição*, impondo que esta seja exercida por juízes subordinados exclusivamente aos princípios e valores do Estado Democrático de Direito; a *permanência da jurisdição*, como o seu exercício por órgãos instituídos em caráter permanente e compostos por magistrados vitalícios ou temporários investidos na forma da lei; a *independência dos juízes*, como a absoluta independência em relação a qualquer outra autoridade pública, inclusive judiciária, e a qualquer tipo de pressão individual ou coletiva que possa comprometer a sua impessoalidade; a *motivação das decisões*, como a justificação suficiente do seu conteúdo, evidenciando o respeito ao contraditório participativo através do exame e consideração de todas as alegações e provas pertinentes apresentadas pelas partes; a *inexistência de obstáculos ilegítimos*, impostos por interesses acessórios ou alheios ao exercício da jurisdição; a *efetividade qualitativa*, dando a quem tem direito tudo aquilo a que ele faz jus de acordo com o ordenamento jurídico; o *procedimento legal*, que deve ser *flexível* e *previsível*, objetivando assegurar a necessária paridade de tratamento de todos perante todos os órgãos jurisdicionais e regular de modo equilibrado o encadeamento lógico dos diversos atos a fim de garantir o respeito às regras mínimas de um processo justo; a *publicidade*, como o único instrumento eficaz de controle da exação dos juízes no cumprimento dos seus deveres e no respeito à dignidade humana e aos direitos das partes; o *prazo razoável*, impedindo que a demora no julgamento crie uma instabilidade na situação jurídica das partes, incompatível com a noção de segurança jurídica; o *duplo grau de jurisdição*, como direito a um segundo julgamento por órgão colegiado, composto por magistrados mais experientes; e, por fim, o *respeito à dignidade humana*, como o direito exigir do Estado o respeito aos seus direitos fundamentais.

Ficam assim delineadas as premissas teóricas do estudo do Direito Processual, em geral, e do Direito Processual Civil, em especial, que devem constituir os fundamentos do nosso estudo.

REFERENCIAS

ANDREWS, Neil. *The modern Civil Process - Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England*. Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. "Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas", in *Revista de Processo*, RT-SP, no 65, ano 17, janeiro-março/92.

_____. *Access to justice* (6 vols.). Ed. Giuffrè, Milano/Sijthoff and Noordhoff, Alphenaandenrijn, 1978.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justice*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CHASE, Oscar G. *Law, Culture and Ritual - disputing systems in cross-cultural context.* New York University Press, 2005.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado ; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile - I. Il processo ordinario di cognizione*. Bologna:, Il Mulino, 2006.

DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority*. Yale University Press, 1986.

GRECO, Leonardo. "Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo", in Manoel Mesias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho (orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, páginas.369-406.