

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS PARA A GARANTIA DO
ACESSO À JUSTIÇA**

Érika Pinto Barreiros

Presidente Prudente/SP
2005

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS PARA A GARANTIA DO
ACESSO À JUSTIÇA**

Érika Pinto Barreiros

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof.^a Raquel Rosan Christino Gitahy.

Presidente Prudente/SP
2005

ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS PARA A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para a
obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Raquel Rosan Christino Gitahy
Orientadora

Gilberto Notário Ligerio
1º Examinador

Aline Sapia Zocante
2ª Examinadora

Presidente Prudente, 22 de novembro de 2005.

“O reformador das leis deve agir com prudência, justiça, e integridade, e haver-se de tal maneira que na reforma se encontre o bem, a salvação, a paz, a justiça e a vida ordenada dos povos.” (Maquiavel).

“A justiça sem força é impotente, a força sem justiça é tirânica. É preciso, pois, que se ponham em harmonia a justiça e a força, para ser justo o que é forte e ser forte o que é justo”. (Blaise Pascal).

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, primeiramente, por suas bênçãos e glórias, dando-me forças em todos os momentos de minha vida.

Aos meus pais pela paciência nos momentos de minhas aflições, a quem devo todas as minhas conquistas e alegrias.

A minha orientadora, Professora Raquel Gitahy, por ter me aceito como sua orientanda, pela confiança e amizade recebidas, cujo auxílio, sugestões e atenção foram imprescindíveis para a conclusão deste trabalho. Agradeço por toda dedicação, de grande importância para esta conquista.

Agradeço aos examinadores Dr. Gilberto Notário Liger e Dra. Aline Sapia Zocante, que gentilmente aceitaram o convite para comporem a minha banca, minha especial estima e grato reconhecimento.

Agradeço também a todos os meus amigos pelos momentos de companheirismo durante toda esta jornada acadêmica.

Por fim, agradeço a todos que, direta ou indiretamente, desejaram e contribuíram para que esta etapa fosse cumprida.

RESUMO

O trabalho procura definir o acesso à justiça, desde sua evolução histórica, mostrando as grandes alterações sofridas nos últimos anos, principalmente nos países ocidentais, onde a grande maioria colocou-o como um direito fundamental, ou seja, é uma garantia constitucional. O estudo guia-se pela problemática do efetivo acesso à justiça e ao Poder Judiciário, que deve se desenvolver de modo justo e equânime, e analisa o novo enfoque dado ao tema- o acesso à ordem jurídica justa e a efetiva prestação jurisdicional. O interesse pelo tema surgiu a partir de reflexões quanto ao descontentamento da sociedade com relação aos órgãos jurisdicionais. Analisa-se a questão do acesso à justiça no país, verificando a organização judiciária e apontando os obstáculos que se colocam para que este direito se torne efetivo por parte dos cidadãos, e principalmente, por parte dos menos favorecidos. Apresenta-se também, algumas medidas necessárias que poderiam ser tomadas com o intuito de superar estas barreiras, tais como a assistência judiciária, a conciliação, a arbitragem, ajudando na distribuição da justiça, principalmente aos mais carentes de recursos, possibilitando às pessoas não somente chegar ao Poder Judiciário, mas finalizar o processo, obtendo a satisfação do seu direito, atingindo a paz social tão almejada. O presente trabalho foi desenvolvido a partir dos métodos histórico e hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Acesso. Justiça. Poder Judiciário. Obstáculos. Desafios. Tutela. Processo. Prestação jurisdicional. Efetividade.

ABSTRACT

The work looks for to define the access to justice, since its historical evolution, showing the great alterations suffered in the last years, mainly in the occidental countries, where the great majority placed it as a basic right, or either, it is a constitutional guarantee. The study it is guided for the problematic one of the effective access to justice and the Judiciary , that must develop in it fair and even way, and it analyzes the new approach given to the subject the access to the jurisprudence joust and the effective judgement. The interest for the subject appeared from reflections how much to the dissatisfaction of the society with relation to the judicial bodies. It is analyzed question of the access to justice in the country, verifying the judiciary organization and pointing the obstacles that if place so that this right if it becomes cash on the part of the citizens, and mainly, on the part of less the most favored. It is also presented, some necessary measures that they could be taken with intention to surpass these barriers, such as the judiciary assistance, the conciliation, the arbitration, helping in the distribution of justice, mainly to most devoid of resources, making possible to the people not only arriving at the Judiciary Power, but finishing the process, getting the satisfaction of its right, reaching the social peace so longed for. The present work was developed from the methods historical and hypothetical-deductive.

Keywords: Access. Justice. Judiciary. Obstacles. Challenges. Tutelage. Process. Judgement. Effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 ACESSO À JUSTIÇA.....	11
1.1. Evolução histórica do acesso à justiça.....	11
1.2. Definição da palavra acesso à justiça.....	13
1.3. O acesso à justiça e a ordem jurídica justa.....	16
2 OS ENVOLVIDOS NO PROCESSO DA BUSCA DA JUSTIÇA.....	19
2.1. Dos participantes da relação jurídica processual.....	19
2.1.1 .Do Juiz.....	19
2.1.2. Das Partes.....	22
2.1.3. Do Advogado.....	24
2.1.4. Do Defensor Público.....	26
2.1.5. Do Ministério Público.....	29
3 DOS OBSTÁCULOS PARA A EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA.....	31
3.1. A crise no ensino jurídico.....	31
3.2. Custas judiciais.....	33
3.3. Duração do processo.....	34
3.4. Distanciamento entre o Judiciário e as camadas populares.....	36
4 MÉTODOS ALTERNATIVOS PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E GARANTIA DE DIREITOS.....	40
4.1. Da assistência judiciária.....	40
4.2. Da arbitragem.....	42
4.3. Da mediação.....	47
4.4. Da conciliação.....	49
5 CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53

INTRODUÇÃO

A ineficácia da justiça já vem sendo sentida há muito tempo em nosso ordenamento. O presente trabalho tratará, entre outras coisas, da evolução do acesso à justiça através de suas ondas renovatórias, que serão analisadas para delinear a forma em que se deu o movimento de acesso à justiça.

O avanço em nossa legislação e dos institutos, em nada ajudam se não houver uma mudança drástica na mentalidade dos operadores do direito, como por exemplo, juízes, advogados, auxiliares da justiça, estudantes e também dos próprios usuários do sistema.

Levando em consideração um descontentamento da sociedade em relação aos serviços prestados pelos órgãos jurisdicionais, o trabalho se voltará à análise do acesso a prestação jurisdicional. Com a transformação do Estado liberal ao social, surge a preocupação em não apenas declarar direitos fundamentais, mas sim estabelecer garantias aptas a assegurar e efetivar os direitos. A maior dessas garantias, segundo será avaliado, é o acesso à justiça, entendido como o direito efetivo de acesso aos órgãos jurisdicionais, recebendo a prestação da justiça.

O trabalho atentará aos principais obstáculos enfrentados para a realização desse acesso, entre eles, a crise do ensino jurídico, as custas processuais, a duração do processo e a distância entre a população e o Poder Judiciário. Há um verdadeiro descaso com a justiça e com a população, pois mesmo que o indivíduo tenha recursos financeiros e culturais para conhecer e suportar os custos processuais, que na verdade ocorre na minoria dos casos, pode-se deparar com a demora para obter uma prestação jurisdicional, assim, não efetiva sua garantia constitucional de receber uma tutela para seu direito.

Alcançando o novo enfoque do acesso à justiça, será possível verificar que não se protegia mais somente o mero acesso aos órgãos jurisdicionais, pois a efetividade da prestação da justiça passa a ser exigida.

A fim de viabilizar o acesso a ordem jurídica justa, derrubando a barreira econômica que ainda é um dos obstáculos que mais obstam o acesso ao Poder Judiciário, sentiu-se a necessidade de criar institutos que possibilitassem o acesso à justiça, diminuindo o formalismo e permitindo a defesa do

hipossuficiente, tais como os meios alternativos da assistência judiciária gratuita, a arbitragem, a conciliação.

Desenvolve-se o trabalho com o propósito de explicar o que seria o acesso à justiça, as pessoas envolvidas para efetivar essa busca, demonstrando-se também as dificuldades para a efetivação desse direito fundamental ao ser humano, e ao final, colocaremos alguns dispositivos que postos em prática poderiam transpor essas dificuldades e tornar o acesso efetivo.

1. ACESSO À JUSTIÇA

1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA

Desde tempos primórdios, quando os homens começaram a agrupar-se em sociedade para a defesa de seus direitos comuns, pode-se sentir a dificuldade de se estabelecer, no relacionamento deles entre si e entre eles e o Estado político um nível de autêntica igualdade.

A idéia e o significado de acesso à justiça tem variado ao longo do tempo em função de diferentes elementos de ordem política, religiosa, sociológica, filosófica, ocorrendo vários movimentos nos diferentes períodos históricos.

A história do direito mostra que a sociedade passou por vários estágios até chegarmos à jurisdição. A realização da justiça é o valor fundamental do próprio direito, não se trata de uma liberdade concedida facultativamente pelo Estado, mas um dever que se impõe.

A verdade é que a concepção de um regime verdadeiramente democrático nunca se fez em toda a sua inteireza, deixando de propiciar , à sociedade como um todo, recursos idênticos para atingir o ideal de cidadania, extensiva a todos os seus membros indistintamente.

As diferenças de potencial econômico de cada um estão entre alguns fatores que denegam o princípio da igualdade. Chegou-se a admitir a idéia de que haveria uma lei para os ricos ou a bastados, que seria enfraquecida, complacente e inócua, enquanto aos menos privilegiados economicamente, reservavam-se as mais rígidas.

Desde a Antiguidade Clássica, os temas relacionados ao acesso à justiça estão presentes , mesmo que de forma bastante restrita, limitada apenas a garantia de defensor aos pobres. Em Atenas nomeava-se anualmente 10 advogados incumbidos de realizar a defesa dos despossuídos e em Roma, primeiro por obra do Imperador Constantino (288-337) e depois inserida na legislação de Justiniano (483-565), o Estado era incumbido de “dar advogado a quem não possuísse meios para constituir patrono”.

Durante a idade média, inspirados pela caridade presente da doutrina cristã, diversos países dentre eles Inglaterra, França, Espanha e Portugal, mantiveram sistemas de assistência legal aos pobres incapacitados de defender suas causas.

Porém, foram com as revoluções burguesas do século XVIII que positivou-se “ o princípio de Direito Natural de que todos são iguais perante a lei, fundamento da assistência judiciária pública, erigida como dever do Estado”, o que levou a França, em 1851, a editar o CODE de *l'assistance judiciaire* , que levou o termo a outros ordenamentos jurídicos.

Não se pode dizer que existisse nem mesmo uma tendência de ampliação do acesso à justiça a todos os cidadãos. A filosofia liberal que marca os séculos XVIII e XIX utilizava como procedimento para solucionar litígios civis o individualismo, pois refletiam a filosofia adotada na época. Só formalmente os indivíduos possuíam direito ao acesso à justiça, somente aqueles que pudessem arcar com as despesas de uma demanda poderiam buscar a justiça.

Entretanto, a partir do início deste século, com o crescimento das sociedades capitalistas em tamanho e complexidade, emergem reivindicações coletivas de novos direitos e a perspectiva individualista perde força. Estes novos direitos são denominados “novos direitos humanos”, que são aqueles que vão tornar realmente efetivos os direitos anteriormente reconhecidos pelas “Declarações de Direitos do Homem”.

Para Cappelletti e Garth,(1988,p.23):

“acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos”.

Mas é a partir da década de sessenta que a busca ao acesso efetivo à justiça passa a se consolidar como um movimento de caráter global, na esteira dos movimentos contestatórios que sacudiram aquela década, sendo alcançado o cume das propostas de reestruturação e reformas judiciárias.

Num primeiro momento, denominado de “primeira onda”, os esforços se concentram em proporcionar serviços jurídicos aos pobres. Tais reformas se efetuaram através de dois sistemas básicos de atuação: através do sistema judiciário e de advogados remunerados pelos cofres públicos. Alguns países mais recentemente adotaram os dois sistemas juntos.

A finalidade do sistema Judicare é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado.

Após a reformulação dos sistemas de assistência judiciária, “o movimento de acesso à justiça “ enfrenta um outro obstáculo, agora de caráter organizacional. A segunda onda vem buscar solucionar a representação dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, direitos, apesar de eminentemente públicos, possuem tamanho grau de especialização técnica que na maioria das vezes inviabiliza a ação daquele órgão estatal.

Uma terceira onda se formou e ainda não se esgotou, buscando a superação do chamado “obstáculo processual”. O movimento de acesso à justiça vai procurar novas alternativas para a resolução dos conflitos que não restritas ao ordenamento processual, normalmente exasperadas no plano do pluralismo jurídico; já que estão sendo aceitas a conciliação informal e a arbitragem, entre outros.

No Brasil, a questão do acesso à justiça somente teve contornos transformadores após o final da ditadura, nos primórdios dos anos oitenta, em razão disso, as três ondas ocorreram concomitantemente, produzindo muitos bons frutos nesses anos todos, culminando com a Constituição Federal de 1988, que ampliou a cidadania e as garantias para o efetivo acesso à justiça, como no artigo 5, LXXIV.

1.2- DEFINIÇÃO DA PALAVRA ACESSO À JUSTIÇA

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. É preciso considerar as inúmeras transformações em seu conteúdo, pois inicialmente, seu alcance era restrito ao direito de acesso aos órgãos jurisdicionais, sem a verdadeira preocupação de tornar este acesso efetivo.

Evoluindo os grupos sociais, ocorre o desenvolvimento desse tema a um prisma maior em relação à garantia restrita de acesso aos órgãos jurisdicionais que se via no decorrer do século XVIII, onde a filosofia para a solução dos litígios civis era essencialmente individualista dos direitos. Segundo Cappelletti(1988,p. 9) “Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito

formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação.” E ele ainda continua dizendo que:

Embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas, tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, *na prática*.

Prosseguindo na evolução histórica, observa-se uma transformação radical no conceito de direitos humanos à medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade. Esses direitos assumiram uma nova dimensão em virtude dos relacionamentos passarem a assumir, cada vez mais, um caráter mais coletivo do que individual. Nesse sentido, é importante reconhecer que as sociedades modernas começaram a se afastar da visão individualista dos direitos, que fora refletida nas Declarações de Direitos, típicas dos séculos XVIII e XIX.

Esses novos direitos humanos, expressos no preâmbulo da Constituição de 1946¹ são necessários para tornar efetivos os direitos proclamados efetivos, ou seja, acessíveis a todos.

A respeito desse assunto, importante consideração fez Cappelletti (1988,p.11):

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titulariedade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental- o mais básico dos direitos humanos- de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Sob o ponto de vista da atividade jurisdicional, não há como referir-se ao acesso à justiça sem se considerar o processo como um instrumento de sua realização.

Nessa perspectiva, a expressão **acesso à justiça** engloba um conteúdo de largo espectro: parte da simples compreensão do indivíduo em juízo, perpassa por aquela que utiliza o processo como instrumento para a realização dos direitos

¹ Cfr. Cappelletti e Garth, em *Acesso à justiça*, o Preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, expressamente incorporado ao Preâmbulo da Constituição de 1958, reconhece que o acréscimo de novos direitos sociais e econômicos aos direitos civis tradicionais é particularmente necessário em nosso tempo, dentre eles estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação.

individuais, e, por fim, aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem compete, não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico; mas, outrossim, proporcionar a realização da justiça aos cidadãos. Pode-se afirmar que essas três perspectivas do conceito acesso à justiça refletem o mesmo tratamento conceitual dispendido ao processo: um de caráter eminentemente interno, como fim em si mesmo; outro, como instrumento da jurisdição; e, finalmente, o último, como instrumento ético para a realização da justiça.

Um dos primeiros sentidos empregados ao termo acesso à justiça pela ciência processual moderna é de que o acesso seria um direito de ingresso em juízo, fundada na relação de direito ou poder de exercício da ação, sem qualquer conteúdo sócio-político. Acesso à justiça significava o mero exercício do direito de ação.

A respeito dessa última afirmativa, Chichoki Neto (2000, p.62). esclarece que:

Por isso, o direito de ação, durante mais de meio século constituiu o pólo metodológico da ciência processual. Os institutos e categorias processuais, naquela fase, eram estudados sob a perspectiva do autor da demanda.

Seguindo ainda essa linha de pensamento de Chicoki Neto (2000), os obstáculos ao efetivo acesso à justiça seriam fenômenos puramente técnicos do direito ou poder de exercitar a ação, ou seja, as dificuldades referentes àquele que tomava a iniciativa de provocar a jurisdição. Entendido dessa forma, o acesso à justiça e a atuação jurisdicional voltam-se principalmente para questões relacionadas ao direito invocado pelo autor, na crença de que nisso se resume a distribuição da justiça. Trata-se de uma visão parcial do fenômeno da prestação jurisdicional, por desconsiderar o comprometimento com os efeitos sócio-políticos que o processo gera na sociedade, ou mesmo, com as conseqüências oriundas dessa atividade. Consistia numa visão unilateral, pois referida apenas à posição do autor na demanda.

Outra concepção do acesso à justiça baseou-se na idéia de ser o processo um instrumento da jurisdição, com objetivos sócio-políticos-jurídicos perfeitamente definidos. Essa perspectiva instrumentalista, ao mesmo tempo em que ressaltou a condição do processo como instrumento para a realização dos direitos através da

jurisdição, projetou seus escopos para além de sua finalidade jurídica; mas revelou também o direito substancial como um dos fins alcançados pela atividade jurisdicional.²

O acesso à justiça não implica somente na existência ordenamento jurídico regulador das atividades individuais e sociais mas, também, na distribuição legislativa justa dos direitos e faculdades substanciais. Assim, no conceito de acesso à justiça, compreende-se toda atividade jurídica, desde a criação de normas jurídicas, sua interpretação, integração e aplicação com justiça, devendo a expressão ser tomada nesse sentido mais amplo.

Essa mudança de enfoque do acesso à justiça tem sido considerada uma verdadeira revolução para se expandirem os mecanismos e instrumentos de acesso ao direito e à justiça. Tem-se que focalizar as questões do acesso à justiça sob a perspectiva dos consumidores do direito e da justiça. Assim, a lei, a sentença, o ato administrativo e a justiça passam a ser considerados produtos destinados à tutela dos consumidores, isto é, dos usuários dos serviços prestados pelo direito.

Pode-se concluir que o efetivo acesso à justiça é considerado o principal problema a ser resolvido pelo Estado social moderno. Não é problema apenas com relação à justiça, mas um problema que se relaciona com o acesso à educação, ao lazer, à saúde e ao trabalho, cabendo ao estado moderno a equalização de todos esses requisitos para tornar o acesso à justiça realmente efetivo.

1.3- O ACESSO À JUSTIÇA E A ORDEM JURÍDICA JUSTA

Inicialmente, é preciso saber se acesso à justiça é mero acesso ao Poder Judiciário, ou algo além do mero ingresso a este. Para eliminar a questão, é oportuno trazer a baila os dizeres de Watanabe (1988, p. 128):

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

² Daí a expressão de Chiovenda no sentido de que o processo de dar, na medida do possível, a quem tem direito tudo aquilo que se tem direito de conseguir.

Desta forma, o acesso à justiça é algo mais do que mero acesso ao Poder Judiciário, o que a doutrina denomina de acesso formal à justiça. Acesso à justiça é o acesso à ordem jurídica justa, isto é, acesso a uma efetiva realização do direito material.

O acesso à justiça deve ser compreendido como o meio da realização dos direitos a uma sociedade, seja pela atuação legiferante das grandes políticas públicas. Essa atuação deve ser guiada como base no valor da justiça, na efetivação do respeito à vida e à dignidade.

A Constituição federal trouxe a garantia do acesso à justiça, o que se efetiva por meio do direito de ação. Invoca-se a manifestação do Estado com o fim de promover a pacificação social, sendo fundamental que esta garantia possa ser exercitada por todos.

Por essas razões, todo o conjunto de técnicas processuais não rege elementos meramente formais. Embora a mentalidade de muitos juristas não seja capaz de aceitar, é preciso reconhecer que a ordem jurídica, inserida nestas regras processuais, serve a funções sociais, tais como garantir de forma justa e igualitária o direito à prestação jurisdicional.

O direito não deve reduzir o acesso à justiça ao simples ingresso em juízo, sendo apenas deduzida a pretensão da parte. Mais do que formular o pedido, é obter a prestação jurisdicional do Estado-juiz, garantindo-se o processo do seu início ao fim, com a outorga da tutela jurisdicional.

O movimento de acesso à justiça deve se encaminhar com vistas à concretização da ordem jurídica justa. Para tanto, é preciso adquirir uma nova postura mental nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor da prestação jurisdicional. O problema do acesso à justiça traz à tona “não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento” (Watanabe, 1988, p. 128).

É o ordenamento jurídico que, estabelecido determina o nível de acesso à justiça por parte dos indivíduos que estão a ele subordinados. Se esse ordenamento encontra-se provido de princípios verdadeiramente democráticos, é claro que o acesso à justiça é, se não irrestrito, pelo menos um fator de redução das desigualdades.

Entretanto, a injustiça não se resolve por si, nem pela mera posituação da norma. Ao contrário, supõe, imprescindivelmente, a aplicação da norma legítima de forma justa.

O Estado de direito aproximará de um Estado de justiça na medida em que incorporar princípios e valores materiais que sejam capazes de aferir o caráter justo ou injusto das leis, a natureza justa ou injusta das instituições e do valor ou desvalor de certos comportamentos.

Luiz Guilherme Marinoni (2000) observa que, em especial, o acesso à ordem jurídica justa consiste em permitir a efetividade da tutela dos direitos, levando em conta as diferenças entre as partes e a específica situação do direito material.

A relação entre o acesso à justiça e o ordenamento jurídico mostra-se de inegável importância, sendo correto afirmar que quando se cogita do acesso à justiça não se pode entender que esteja limitado à jurisdição estatal, ou seja, a lei que trata do acesso deve ser o principal veículo de democratização social, de eliminação das desigualdades e injustiças sociais.

Uma vez estabelecido, é o ordenamento jurídico que determina o nível de acesso à justiça dos cidadãos que lhe estão subordinados. Se está estabelecido por princípios verdadeiramente democráticos, o acesso é, senão irrestrito, ao menos fator de diminuição das desigualdades. Portanto, é no ordenamento jurídico que se fomenta o acesso à justiça. Porém, o ordenamento nacional carece de uma abertura maior e de flexibilidade de suas normas, pois mostra-se extremamente fechado, rígido, prejudicando os menos favorecidos.

Assim, o acesso à justiça é um problema ético-social, no plano da realização dos direitos que passa também por uma tutela jurisdicional justa que para isso, necessita de instrumentos processuais adequados capazes de produzir resultados com essa qualidade. Hoje a idéia de acesso à justiça não se limita apenas ao mero acesso aos tribunais, não se trata apenas e somente de alcançar à justiça enquanto instituição estatal, mas de viabilizar à ordem jurídica justa.

2. OS ENVOLVIDOS NO PROCESSO DA BUSCA DA JUSTIÇA

2.1. PARTICIPANTES DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

2.1.1. Do Juiz

O nosso sistema judiciário é composto por órgãos judicantes colegiados e singulares, mas quem exerce em nome do Estado o Poder Jurisdicional são os juízes.

Os juízes, historicamente, foram tidos como meros aplicadores do direito posto, da legislação que se coloca à sua disposição.

Ao juiz cabe a função de julgar as lides a ele apresentadas, este tem independência quanto ao seu julgamento, pois é o intérprete da lei. Como diz Moacyr Amaral dos Santos (1998, p. 102), “independência de que goza o juiz tem uma finalidade, atuar a lei, o direito objetivo da qual ele é servo, pois é sua voz, o veículo de expressão de sua vontade”, por isso dizer que o juiz não se subordina a nada, senão a lei.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 95, traz as garantias das quais goza o magistrado, que são: vitaliciedade (não podem perder o cargo senão por sentença judicial), inamovibilidade (salvo quando o motivo for de interesse público ou por aposentadoria), irredutibilidade de vencimentos (que estão sujeitos aos artigos 37, inciso XI; 150, inciso II; 153, inciso III, parágrafo 2º; todos da Constituição Federal).

O Juiz é um órgão do Estado, órgão do Poder Judiciário, é um servidor do Estado, entrando na categoria profissional dos funcionários públicos, ele exerce funções específicas do Estado. Porém são considerados funcionários *sui generis* em razão das funções que exercem, para as quais se exigem especiais garantias que lhes assegurem a mais completa independência, não estão sujeitos ao Estatuto dos Funcionários Públicos como os outros funcionários em geral, regendo-se pelas leis de organização judiciária as condições de sua investidura, atribuições e condições do exercício da função jurisdicional

No exercício de suas funções o juiz deverá se sentir o intérprete da lei, o órgão que manifesta a sua vontade na solução do caso concreto. Ele não se subordina a nada e a ninguém, senão a lei. Ao realizar a função jurisdicional o magistrado não se subordina a qualquer outro órgão judiciário, do qual não

recebe ordens ou instruções e cujas decisões não está obrigado a aceitar como normas de decidir. É absolutamente autônomo, submetendo-se apenas a sua própria consciência.

A finalidade dessa independência de que goza o juiz nada mais é do que para atuar a lei, o direito objetivo, da qual ele é servo, pois é sua voz o veículo de expressão de sua vontade. Essa independência ocorre também em relação aos órgãos dos Poderes legislativo e Executivo, e vem acompanhada de garantias constitucionais, invioláveis por lei ordinária dadas pelo Estado para que o magistrado possa exercer suas funções, isso seria a independência política.

O juiz participa da relação processual como órgão de poder, agindo no interesse da coletividade, compondo os conflitos com justiça, e conforme a vontade da lei, se instaurada a relação processual com o escopo de alcançar a prestação jurisdicional em um caso concreto, assegurando assim a paz social, a soberania da lei, interesse das partes, levando em consideração o interesse público de que a relação processual se desenvolva e atinja a sua finalidade, em consonância com as normas e princípios que o regem.

É por esse motivo, que ao juiz são concedidos extensos poderes, sem os quais não seria possível conhecer, decidir, e executar essas decisões, satisfazendo a prestação jurisdicional visada pelo processo, podendo o juiz se colocar entre as partes e acima destas como órgão desinteressado no cumprimento do dever jurisdicional.

O processo se completa com a formação da relação jurídica, ou seja, autor, juiz e réu, que são os principais sujeitos da relação processual, pois estes encarnam de forma subjetiva e individualizando de forma devida, jurisdição, ação e defesa, posições funcionais em que se triparte a referida relação processual

Para abertura das portas da justiça a toda uma comunidade, em regra excluída do reconhecimento de seus direitos, mais ainda pode vir a ser feito pelo juiz. Basta imbuir-se da responsabilidade de agente privilegiado, no senso da eficácia de sua atuação, da tarefa de realizar o justo e adotar adequadas posturas mental, funcional e processual, todas direcionadas à consecução desse objetivo de conferir exaurimento pleno à função para a qual foi preordenado.

Ainda que não obtenha o juiz ressonância concreta às suas propostas de reformulação legislativa, pode ele deflagrar saudável processo inovador, na busca de atender maior número de pessoas que precisam e justiça, a partir de um

ajuste de rumos na sua atuação individual. Ele não deve ser um neutral e hermético operador jurídico, inerte observador da realidade, mas sim agente de sua transformação, tendo uma atuação que se conduz como de realizador da justiça.

Segundo ressalta Maria Lúcia Karan (1991) apud Bezerra (2001, p.126)

Numa sociedade capitalista como a nossa, a função do judiciário vai além. Por isso já se assegurou que a 'função do judiciário não se esgota em sua finalidade formal de interpretação e aplicação das leis, para dirimir conflitos, assegurar a defesa dos direitos legalmente protegidos e reprimir sua violação, sendo, antes, instrumento de manutenção e reprodução das relações de dominação em que se baseia a formação social capitalista. Ao contrário do que enuncia o princípio da igualdade perante a lei, o direito da sociedade capitalista é fundado na desigualdade'.

Um dado que não pode escapar ao analista do acesso ao judiciário é o que diz respeito ao fato dos próprios juízes estarem distanciados de um efetivo acesso à justiça para a solução de seus problemas. Mesmo que se estabeleça amplo acesso ao judiciário para a população, o que de todo soa utópico, o juiz caso seja lesado em seu direito, nessa qualidade tem uma única instância: o Supremo Tribunal Federal (artigo 102, inciso I, alínea n da Constituição Federal). Quer dizer que se o juiz reclamar uma perda salarial e o STF negar-lhe, não tem mais a quem recorrer.

O juiz deve recuperar a sua capacidade de indignação diante da exclusão social de milhões de semelhantes, diante da persistência dos preconceitos e discriminações, diante do uso criminoso dos míseros recursos comunitários, fruto da coleta que acorrem os menos capacitados, enquanto os afortunados a ela se subtraem.

O magistrado deve se colocar em sintonia com os sentimentos e aspirações do povo, para que suas opiniões reflitam, tanto quanto possível, os valores consagrados pela ética em vigor no seio do povo, a qual ele deve interpretar e fazer valer no exercício da soberania estatal que lhe compete. Um juiz apenas dogmático, preso às amarras de uma obrigação única de julgar conforme a lei, sem a percepção de que, apesar disso, nada o impede de optar por uma interpretação mais sociológica e mais justa, e por uma tomada de posição mais crítica, pode significar uma barreira intransponível para os jurisdicionados. Na concepção de Bezerra (2001, p.207), lê-se que:

A atividade judicial não se reduz a mera aplicação do direito preexistente, sendo, na verdade, criativa, produtora de direito, como se

evidencia mesmo na tão atacada doutrina Kelsiana , onde a sentença aparece como uma norma jurídica diversa daquelas gerais e abstrata em que costuma se basear, e o ato de interpretação e aplicação do direito pelo juiz como integrante da política do direito, ao importar na opção por algum dos valores objetivamente consagrados nas normas positivistas, reflete uma tábua de valores coincidentes com a que elabora a sociedade.

Portanto, o Judiciário deve acordar para as necessidades de uma comunidade heterogênea, ou será substituído por alternativas menos dispendiosas, mais rápidas e eficientes de resolução dos conflitos.

2.1.2. Das Partes

O direito de ação é atribuído ao titular de um interesse em conflito com o interesse de outrem. Através da ação busca-se uma providência jurisdicional que componha a lide, ou seja, aplique-se a lei ao caso concreto.

A relação processual se completa somente quando estiverem presentes autor, juiz e réu. As partes (autor e réu) estão submetidas ao poder jurisdicional do juiz, que participa desta relação. Segundo os ensinamentos de Wambier (2002, p.117) autor e réu seriam classificados da seguinte maneira:

O autor é aquele que, em nome próprio, e de regra defendendo direito de que afirma ser o titular (regra geral do artigo 6º do Código de Processo Civil), vem a juízo para expor sua pretensão e formular pedido diante da jurisdição. O réu, que é outro dos sujeitos parciais da ação e do processo, é aquele em direção a quem ou contra quem o autor formulou o pedido de tutela jurisdicional.

A formação da relação jurídica vincula a todos os sujeitos do processo, pois estes estão à procura da solução da lide apresentada em juízo, à pretensão de direito material apresentada por um e a resistência do outro.

Na concepção de Moacyr Amaral Santos (2002, p. 346), um conceito moderno de parte seria:

Uma teoria considera os sujeitos da lide e os sujeitos do processo, qualificando-os de partes no *sentido material* e partes no *sentido processual* , convertendo-se aquelas nestas desde o momento da constituição da relação processual. Assim, a parte sujeito da lide, se converte também em sujeito do processo, no sentido de que é uma das pessoas que *fazem o processo*, e junto ao conceito *passivo* se apresenta o conceito *ativo*. A palavra parte tem, portanto, o duplo significado; para evitar confusões, o sujeito do processo se chama parte no *sentido processual*.

Há ainda a figura do substituto processual que também é parte, quer na posição de autor, quer na de réu, ele é sujeito da relação processual da qual participa em nome próprio, não em nome do substituído, sendo esta uma diferença em relação a figura da representação, em que o representante não é parte, mas apenas representante da parte, que é o representado. A substituição processual só pode ser exercida quando autorizada por lei, conforme artigo 6º do Código de Processo Civil.

Existe ainda a figura do litisconsórcio, onde podem figurar como autor e réu várias pessoas, na qualidade de sujeito ativo (vários autores) e passivo (vários réus).

Deve se levar em conta os pressupostos processuais referentes às partes, quais sejam: capacidade de ser parte; capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória.

De acordo com o artigo 1º do Código Civil de 2002 “ toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil “. Trata-se da capacidade jurídica ou capacidade de gozo. Assim, toda pessoa é capaz de direitos e deveres processuais, isto é, de ser sujeito da relação processual, pois tem capacidade de ser parte. Portanto possuem esta capacidade as pessoas naturais, o homem ou mulher, inclusive o nascituro (artigo 2º do Código Civil de 2002); as pessoas jurídicas; as pessoas formais, ou seja, a massa falida, a herança jacente ou vacante e o espólio.

Capacidade processual ou capacidade de estar em juízo significa exercer os direitos e deveres processuais; é a capacidade de praticar validamente os atos processuais, diz respeito àqueles que tem capacidade para agir.

As pessoas absolutamente incapazes descritas no artigo 3º do novo Código Civil falta-lhes capacidade processual, portanto deverão ser representadas pelos seus representantes legais, pais, tutores ou curadores. As pessoas relativamente incapazes segundo o artigo 4º do novo Código Civil deverão ser assistidas por seus pais ou tutores, que integrarão a sua capacidade processual.

Representada no processo por quem goze do *ius postulandi*, a parte se encontra com capacidade postulatória, ou seja, com capacidade de atuar no processo. Como no sistema brasileiro o *ius postulandi* é privilégio dos advogados,

esta capacidade da parte se expressa e se exterioriza pela representação atribuída ao advogado para agir e falar em seu nome no processo.

Todavia, se vier a juízo, como autor ou como réu, alguém a quem não afeta a situação jurídica controvertida, isto é, ser parte ilegítima, mesmo assim, até que haja a exclusão desta ou a extinção do processo sem julgamento de mérito (da pretensão, da lide), processualmente haverá a sujeição às regras que norteiam a conduta da parte. Quer se dizer com isso que, do ponto de vista processual, parte ilegítima também é parte, enquanto exista o processo ou enquanto não seja excluída dele, por força do reconhecimento da ilegitimidade.

2.1.3- Do Advogado

Para poder invocar a prestação jurisdicional, além da capacidade de ser parte e capacidade para estar em juízo, é necessário ainda estar devidamente representado por um advogado, que seja habilitado, ou seja, devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

O artigo 133 da Constituição Federal reconhece a indispensabilidade do advogado, ao prescrever: “ O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

O advogado é a um tempo servidor da justiça, assistente técnico e procurador do cliente. Serve a justiça como técnico do direito, e no exercício de sua profissão exerce um *múnus público*, e devido a essa característica é que o Estado lhe confere o privilégio de exercer o *ius postulandi*.

È o procurador judicial do cliente, assistindo-o, fala e age em nome deste, representa-o no processo, a fim de adaptar princípios e normas às situações de fato em que o assistido se encontra , aconselhando-o quanto aos meios e modos de empregar aqueles princípios e normas, agindo no seu interesse.

De acordo com estes fatos, Moacyr Amaral Santos (2002, p.371) ensina que:

Com esses caracteres, que se insinuam já no advogado romano e que cada vez mais nítidos se fixaram na evolução do advogado no tempo, podemos conceituá-lo como o *jurista que, servindo à justiça, aconselha, auxilia, e representa as partes em juízo.*

O advogado é um profissional liberal, exerce a advocacia, é o que advoga, não bastando ser formado apenas nas leis. Há várias teorias para explicar qual a natureza do contrato que se estabelece entre advogado e cliente. Para Lopes da Costa a advocacia seria de natureza contratual, predominando o contrato de prestação de serviços. Para outros, na advocacia se verifica um contrato inominado, pelo qual o advogado se obriga no cumprimento de certas obrigações, cabendo-lhe honorários e não salário.

Mas há quem entenda que a advocacia é uma função pública, e o contrato entre advogado e cliente é de direito público, se opondo as teorias de natureza privatista. Filiando-se ao entendimento de Moacyr Amaral Santos (2002, p.371) que se aproxima dos ensinamentos de Gabriel de Rezende Filho, o contrato entre advogado e cliente seria complexo, mesclando-se relações de direito público e de direito privado. Ao servir o cliente ele também está a serviço da justiça, e, do Estado, sendo que esta peculiaridade do contrato se sobrepõe ao fato de ser também um contrato de locação de serviços, devendo levar-se em consideração que prevalece, não obstante complexo, que o contrato entre advogado e cliente deve ser havido como de direito público.

Além de tudo, o advogado possui um papel relevante no sistema de distribuição da justiça. Enquanto cidadão e profissional, já que sua atividade reúne essas duas dimensões, o advogado deve ser conscientizado de que é um co-criador de direitos. Essa atividade de criação se dá pelo trabalho diário ao patrocinar o interesse de seus representados, e complementada pela ação política explícita e implícita que desenvolve.

O acesso igualitário à justiça e à assistência jurídica adequada são direitos inalienáveis do cidadão, portanto o preparo profissional e ético do advogado constituem fatores de extrema importância.

O direito que o advogado trabalha não se esgota na legalidade estatal, pois está nas leis, nas ruas, nos movimentos sociais e nos avanços da ciência, da produção e da tecnologia, sendo que o profissional da advocacia representa interesses, expectativas e projetos de grupos sociais e coletividades emergentes, ou seja, ele é partícipe da criação do direito, é um explicitador de direitos.

2.1.4- Do Defensor Público

Para assegurar a assistência jurídica integral e gratuita, institui-se a Defensoria Pública (artigo 134 da Constituição Federal), como instituição essencial à função jurisdicional do Estado.

Esse artigo considera as defensorias como instituições essenciais à função jurisdicional do Estado, essenciais perante todos os juízos e tribunais do país, e é devido a essa razão que não somente a União deverá estruturar a sua defensoria, mas também os Estados deverão fazê-lo (parágrafo único do artigo 134 da Constituição Federal), fornecendo assistência jurídica aos financeiramente carentes.

Embora essa assistência jurídica possa ser prestada por órgãos não-estatais, é do Estado a obrigação precípua de estruturar e concedê-la, integral e gratuita aos hipossuficientes, através da Defensoria Pública. Cabe a ela, portanto, prestar o serviço público de assistência integral e gratuita àqueles que não podem arcar com os custos de um processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Para melhor elucidar esta questão, tomemos por base os ensinamentos de Luiz Paulo Vieira de Carvalho (1999) apud Souza (2003, p.114):

... nada expressa mais vivamente o Estado Democrático de Direito, que o exercício pleno da cidadania- aquele inexistente sem este, como sem este inexistente a própria dignidade da pessoa humana. E um dos instrumentos básicos desse exercício é a Defensoria Pública [...]. Num país como o Brasil, onde a erradicação da pobreza e da marginalização chegam a constituir objetivos fundamentais, reveste-se a nossa instituição de uma importância ainda mais sensível, enquanto meio de defesa em todos os graus e instâncias, judicial e extrajudicialmente, dos direitos e interesses individuais, e por vezes coletivos, dos economicamente necessitados.

A Defensoria Pública é um órgão independente do Estado, e para não ser descaracterizada, deve possuir autonomia funcional, administrativa e financeira, porque sua independência garante a prestação do serviço com isenção, na exclusiva defesa do interesse do assistido. Ainda que seja instituição vinculada ao Poder Executivo, não pode manter qualquer relação hierárquica com este Poder.

A autonomia funcional se estabelece através do livre exercício profissional, a própria instituição é quem se organiza funcionalmente, sem ceder à pressão de nenhum outro órgão estranho a ela. Entende-se por autonomia administrativa a

ampla liberdade de organização de seu serviço administrativo, pessoal. A que mais se discute é a autonomia financeira, ou seja, o poder de organizar suas finanças com orçamento próprio, como ocorre no Ministério público, não dependendo de favores do poder Executivo.

Segundo Augusto Tavares Rosa Marcacini (1999) apud Souza (2003, p.116) fica demonstrado como deve ser estruturada a Defensoria Pública :

Enfim, propomos que a carreira da Defensoria Pública seja equiparada às carreiras da Magistratura e do Ministério Público, tanto nas vantagens e garantias como nos impedimentos, e seja organizada de modo que os cargos correspondam às sedes do Poder Judiciário, pois isto representa uma garantia de que o serviço seja prestado com efetividade, autonomia, e que o beneficiário tenha atendimento digno na defesa exclusiva de seus interesses.

A Lei Complementar que traça as regras gerais sobre a organização, carreira , atribuições, impedimentos, direitos e deveres dos defensores públicos é a de número 80, de 12 de janeiro de 1994, alterada pela de número 98 de 03 de dezembro de 1999. É essa também a lei que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, conforme mandamento do artigo 134, parágrafo único da Constituição Federal. Conforme dispõe o artigo 3º dessa Lei Complementar 80/94, são princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a autonomia funcional.

É de grande importância essa independência funcional, na medida que garante o fiel cumprimento do mandamento constitucional, de assistir integralmente o hipossuficiente, até mesmo contra o Estado, sem nenhum tipo de pressão política. Também promove a conciliação extrajudicial das partes em conflito, possibilitando a solução com maior celeridade e economia processual, que é de extrema importância para a sociedade.

Os defensores públicos formam um corpo especial de advogados integrados numa instituição, com uma carreira. O preenchimento dos cargos de defensores deve se dar por concurso público de provas e títulos.

Gozam ainda das garantias da inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e estabilidade, com equiparação de vencimentos aos integrantes das carreiras do Ministério Público e da Advocacia Geral da União, a fim de que não se subordinem a interesses políticos.

É vedado aos defensores públicos, em razão da necessidade de isenção e independência no desempenho de seu papel, o exercício da advocacia fora de suas atribuições institucionais, conforme mandamento constitucional. Isso propicia dedicação exclusiva do membro da Instituição. Portanto, a Defensoria Pública é mais que um órgão prestador do serviço jurídico, é, acima de tudo, imperativo garantidor da igualdade substancial, princípio maior do ordenamento constitucional.

Importante registrar que apenas quatro Estados brasileiros não possuem Defensoria Pública criada, são eles: São Paulo, Santa Catarina, Alagoas e Goiás. Os demais Estados já a implantaram.

Em Alagoas e Goiás o atendimento da assistência judiciária é feito pela Procuradoria do Estado. Em Santa Catarina, tal serviço é prestado pela OAB.

No Estado de São Paulo a assistência jurídica integral e gratuita é prestada pela Procuradoria de Assistência Judiciária, parte integrante da Procuradoria Geral do Estado. Há ainda, um convênio firmado entre a Procuradoria Geral do Estado e a OAB, em que os advogados interessados se inscrevem para prestar o serviço de assistência judiciária, ou seja, realizam o trabalho junto ao andamento da ação judicial, já que não há quadro suficiente de Procuradores para atuar nessa área.

Por fim, cabe ressaltar que a importância da Defensoria Pública extrapola os limites traçados pelo artigo 134 da Constituição Federal para alcançar a própria garantia e efetividade do Estado Democrático de Direito, já que ela é o instrumento pelo qual se irá viabilizar o exercício, por parte de cada cidadão hipossuficiente do Brasil, dos direitos e garantias individuais que o Constituinte tanto se preocupou em assegurar ao povo brasileiro.

Em um país onde a exclusão sócio-econômica e a centralização administrativa pública estão enraizadas, a luta por instrumentos legais que possibilitem a concretização da democracia participativa irá ser vitoriosa com a articulação de vários sujeitos sociais comprometidos com os valores éticos e democráticos. Associações de moradores, comunidades, organizações não-governamentais, sindicatos, entidades de direitos humanos, a sociedade civil em geral devem potencializar os esforços para garantir o que já foi conquistado por lei: assistência jurídica gratuita a todos os cidadãos.

2.1.5- Do Ministério Público

O Ministério Público tem suas funções institucionais definidas na Constituição Federal no artigo 127, e se constitui no representante dos interesses da sociedade, incumbido da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Antigamente, ele exercia serviços subalternos do Poder Executivo, mas hoje a função primeira deste órgão é de tornar efetivo o direito de punir do Estado, quando da ocorrência de uma infração penal. Como órgão de acusação, é quem tem legitimidade para promover a defesa social e fazer justiça.

É organismo que goza de autonomia e independência diante do Poder Judiciário, junto ao qual exerce suas funções sem que, entretanto, com ele guarde qualquer relação de dependência ou subordinação.

A atuação do Ministério Público no âmbito do processo civil tradicional, ou seja, das regras processuais do Código de Processo Civil e a ele assemelhadas, pode se dar de duas maneiras: atuando como parte, nos termos do artigo 81 do Código de Processo Civil, ou como fiscal da lei (*custos legis*), conforme artigo 82 do Código de Processo Civil.

Deve exercer suas funções tanto no âmbito da justiça federal quanto no das justiças estaduais, dividindo-se, de acordo com o artigo 128 da Constituição Federal em Ministério Público da União e Ministério Público Estadual.

São dois os princípios básicos que informam a atividade deste órgão: a da unicidade, que significa que sua atuação é corporativa, podendo ser substituídos seus membros, um por outro, sem que exista qualquer alteração subjetiva nos processos em que ele esteja atuando. Quanto ao princípio da independência significa que o membro do Ministério Público é livre para agir, nos limites da lei, exclusivamente de acordo com sua consciência, inexistindo qualquer controle, que não o disciplinar, da própria instituição, suas opiniões não são vinculativas ao do magistrado.

Os membros do Ministério Público além de ter independência e autonomia administrativa e funcional, a ele também são asseguradas garantias constitucionais, entre elas: vitaliciedade; inamovibilidade; irredutibilidade de vencimentos.

Deve atuar na proteção às crianças, aos adolescentes, aos incapazes em geral, aos consumidores e outros titulares de interesses difusos e coletivos, as vítimas pobres de crimes, às pessoas portadoras de deficiência, aos idosos, aos acidentados de trabalho, aos nascituros, às pessoas presas, às minorias étnicas, às pessoas carentes por saúde ou educação, aos destinatários dos serviços públicos, aos necessitados em geral.

Se dentre as funções do Ministério Público da União, de forma subsidiária aplicáveis aos Ministérios Públicos Estaduais, está a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerando como princípios, dentre outros, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, então de grande importância é o órgão, para a viabilização do acesso à justiça, aliás, a mais importante seara de viabilização desse acesso.

3. DOS OBSTÁCULOS PARA A EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA

3.1- A CRISE NO ENSINO JURÍDICO

É necessário que ocorra uma mudança na forma como o ensino jurídico é ministrado nas faculdades brasileiras, pois, ao modo como vem sendo posto à comunidade acadêmica, é que devemos debitar grande parte das causas que dificultam a verdadeira efetividade das normas e princípios que garantem os direitos sociais, e, conseqüentemente, o acesso à justiça.

A metodologia de ensino jurídico que prevalece no Brasil oscila entre dois vícios. Num extremo, o estudo limita-se à análise de doutrinas e doutrinadores, no plano das abstrações e do jogo intelectual, agredindo o estudante com uma profusão de autores e teorias. E como o estudante não chega a perceber que utilidade tem esse conhecimento para o exercício de uma profissão jurídica, é natural que não tenha interesse e procure apenas memorizar, para uso em curto prazo, aquilo que é necessário para a conclusão do curso.

Não se pode enfrentar a questão de como o advogado pode ser um veículo de promoção de acesso à justiça, sem fazer comentários à maneira em que eles são formados, nos meios acadêmicos. A abordagem do direito em nossos cursos é em geral, estática, parcial e paralisante. Estática porque vê o direito como um sistema completo, fechado, perfeito, sem lacunas e sem contradições. Parcial, porque só considera, no amplo campo do direito, as normas jurídicas estatuídas pelo Estado, limitando-se assim o campo do direito ao “direito oficial”. E, finalmente, paralisante, porque atribui ao direito e aos juristas uma função conservadora da ordem oficial estabelecida.

A vida do direito é mais complexa e mais dinâmica, permanentemente, as necessidades sociais e os conflitos de interesses e de valores vão gerando novos direitos e constituindo ordenamentos que regulam a vida de amplos setores da sociedade. Isso requer a formação de novos bacharéis, de novos acadêmicos.

No tocante ao direito de acesso à justiça, a postura, o preparo profissional e ético do bacharel constituem fatores de extrema importância. Tal observação pode ser observada nos dizeres de Roberto Aguiar (1999) apud Lima Filho (2003, p.312):

No Brasil, todavia, ao tentarem forjar uma mentalidade estritamente legalista em flagrante contradição com uma realidade não-legalista, os cursos jurídicos condenam os estudantes a uma (in)formação burocrática e subserviente, incapaz de perceber e captar as razões dos conflitos e das tensões sociais e, ao mesmo tempo, também cristalizam e reproduzem um contraditório conjunto de crenças, juízos éticos, proposições científicas, justificações e saberes acumulados, expresso por meio de disciplinas específicas legitimadas por discursos produzidos pelos tribunais e institucionalizados pelas práticas jurídicas travadas em seu interior.

Existem muitos professores que concebem e praticam o ensino jurídico como sendo a transmissão de informações sobre textos de códigos e leis. O professor lê o texto para os seus alunos, como se estes fossem analfabetos, e faz comentários breves e superficiais, que são pouco mais do que a releitura do texto por meio de sinônimos.

Com esse tipo de preparo o aluno terá dificuldade quando for obrigado a utilizar uma conceituação jurídica básica, para confrontar um texto de lei com os fatos e circunstâncias da realidade social, procurando solução jurídica e justa para um conflito.

Na realidade, o que se deve fazer, em primeiro lugar, é reforçar nos cursos de direito, para todos os alunos, a formação humanística, estimulando à aquisição de conhecimentos sobre história e realidade das sociedades humanas, para que o profissional do direito, seja qual for a área de sua escolha, saiba o que tem sido, o que é e o que pode ser a presença do direito e da justiça no desenvolvimento da pessoa humana e nas relações sociais. Devem ser transmitidas noções básicas de disciplinas relacionadas com os comportamentos humanos, como a filosofia, sociologia e a psicologia, pois seja qual for o conflito jurídico, esses aspectos sempre estarão presentes e é importante que o profissional saiba reconhecê-los.

As faculdades e universidades necessitam rever seus currículos a fim de serem adaptados à essa nova e pungente realidade, de forma a preparar o futuro profissional para que seja capaz de enxergar que a solução dos conflitos não pode nem deve ficar limitada a estreita e burocratizada via judicial. Somente com esse tipo de formação, que a maioria dos cursos jurídicos no Brasil ainda não dá, estará o bacharel preparado para enfrentar os novos e instigantes problemas que uma sociedade desigual, conflituosa e em constantes mudanças gera e que lhe são entregues pelos seus representados.

Além de tudo, é importante frear a proliferação descontrolada de cursos jurídicos, que acabam fornecendo um preparo duvidoso de seus alunos, até

mesmo para controlar a entrada de novos profissionais no mercado de trabalho, pois selecionando e deixando atuar faculdades com estrutura adequada para formar bacharéis, diminuirá o número de formandos, mas estarão mais qualificados, passando pelos novos exames que a vida após a graduação lhe oferecem.

Portanto, um curso que se preocupe com a formação de bons profissionais do direito deverá ser organizado de tal forma que os estudantes tenham estímulo para leituras e oportunidades para discussões, o que se consegue fazendo sempre aproximação da teoria e da legislação com as práticas da realidade social. Desse modo, seria mais fácil despertar o interesse dos alunos pelo conhecimento da conceituação básica, por aquilo que, geralmente é apresentado como questões teóricas. Além do que, deve o curso de direito propiciar ao estudante a possibilidade de efetuar estágios e pesquisas, a fim de que ele possa conhecer através da prática, quais são as verdadeiras características de cada área profissional, e que tipo de preparo se faz necessária para cada uma. Assim, ele terá elementos para optar com segurança por uma área profissional.

3.2- CUSTAS JUDICIAIS

O custo do processo certamente constitui um dos principais obstáculos que devem ser enfrentados na busca do efetivo acesso à ordem jurídica justa, especialmente levando em conta a atual realidade do Poder Judiciário.

Os altos custos constituem uma considerável barreira ao acesso à justiça, ainda que se imponha ao vencido os ônus da sucumbência, já que o demandante, em geral, não tem plena certeza de que vai vencer. A resolução dos litígios através do Judiciário costuma ser bastante dispendiosa na maior parte das sociedades modernas.

Embora o Estado tenha um aparato de juízes e servidores para atenderem às demandas judiciais, aos litigantes são ainda reservadas várias despesas processuais, desde custas até honorários advocatícios, que constituem a maior parcela de despesas. Assim, é extremamente oneroso um processo judicial, o que dificulta ou no mais das vezes impossibilita o acesso à justiça. Há ainda controvérsias envolvendo valores diminutos, cuja despesa processual acaba

sendo muitas vezes maior do que o objeto da lide, desencorajando a propositura de ações judiciais.

Sobre esses questionamentos, Cappelletti e Garth (1988, p.16) ponderam que:

Se é certo que o Estado paga os salários dos juízes 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, incluindo os honorários advocatícios e algumas custas judiciais.

Outra questão a ser considerada é o tempo que levam determinadas demandas para que sejam encerradas, isso tudo acaba aumentando os valores das despesas, forçando os economicamente mais fracos a desistirem da ação ou, ainda, a engendrem acordos por valores muito inferiores aos que teriam direito.

Segundo Araken de Assis (1999) apud Lima Filho (2003, p. 196):

[...] evitando tornar a garantia judiciária inútil à maioria da população, e ao menos para os desprovidos de fortuna e recursos, a ordem jurídica estabeleça mecanismos de apoio e socorro aos menos favorecidos. Urge, pois, antes de colocar os necessitados em situação material de igualdade, no processo, fornecer-lhes meios mínimos para ingresso na Justiça, sem embargo de ulterior necessidade de recursos e armas técnicas, promovendo o equilíbrio concreto.

Podem ocorrer outra conseqüência também, como inviabilizar a composição dos litígios e favorecer a uma das partes, se eventualmente, houver grande disparidade econômica entre elas.

Diante disto, evidenciou-se a necessidade de instituir ou incrementar os órgãos jurisdicionais encarregados das causas consideradas de pequeno valor, visando menores despesas e custas ou até mesmo à sua dispensa.

Chega-se a conclusão de que a prestação jurisdicional é inacessível a um grande número de pessoas, seja pelos seus altos custos, seja pelo fato de não cumprir suas funções num prazo razoável.

3.3- DURAÇÃO DO PROCESSO

Um dos maiores problemas que as partes enfrentam é a duração da composição dos litígios, aumentando seus gastos, sendo este um dos grandes motivos para as pessoas não procurarem a justiça para solução de seus conflitos ou da desistência das ações que já se encontram em andamento.

A morosidade da prestação jurisdicional sempre foi uma questão a desafiar a argúcia e o talento dos cientistas do processo e dos legisladores. Problema este que não se resolve através das leis, mesmo porque a legislação em vigor possui instrumentos capazes de dar solução a este problema, deve-se colocá-los em prática para produzir a solução desejada. Cabe aos operadores, desde os que ocupam os cargos mais baixos até, e, principalmente, os que ocupam os altos cargos do ordenamento; a busca pela solução dos conflitos sem que esses cheguem ao tribunal, deixando a este somente a tarefa de apreciar os conflitos de maior complexidade.

Como causas dessa morosidade destacam-se fatores estruturais e operacionais, tais como o número ínfimo (aquém do necessário) de juízes; excesso de litigiosidade, sendo que muitos conflitos podem ser solucionados sem a intervenção do Judiciário; a não-adoção de técnicas modernas e anti-formalistas, pois a estrutura material do Judiciário ainda é precária.

A demora gera a descrença do povo na justiça; o cidadão se vê desestimulado de recorrer ao Poder Judiciário quando toma conhecimento de sua lentidão e dos problemas que podem ser provocados pela morosidade da litispendência.

A questão da morosidade processual tem ligação na estrutura do Poder Judiciário e ao sistema de tutela dos direitos. O funcionamento desse Poder depende de uma série de fatores, exigindo, entre outras coisas, relação adequada entre o número de juízes e o número de processos. Não se pode esquecer que os advogados também tem sua parcela de culpa, já que muitos organizam e rentabilizam a sua atividade com base na demora dos processos. O réu também se vale da demora do processo, podendo ser dito, inclusive, que muitas demandas não seriam levadas ao Judiciário se o réu não tivesse ao seu lado a lentidão da tutela jurisdicional. A celeridade da justiça evitaria a propositura de um bom número de ações.

Além do que, a morosidade do processo atinge mais àqueles que possuem menos recursos. A lentidão processual pode ser convertida num custo econômico adicional, e este é proporcionalmente mais gravoso para os pobres.

O cidadão tem direito a uma justiça que lhe garanta uma resposta dentro de um prazo razoável, assim como dispõe a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, em seu artigo 8º, que tem plena vigência no território brasileiro,

em face do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal. O ordenamento dispõe que o processo deve ser resolvido dentro de um tempo razoável, resta apenas valer-se dos instrumentos instituídos pelo ordenamento para afastar-se mais esse entrave ao acesso à justiça por parte dos necessitados. Cabe ao Judiciário o papel de promover uma política judiciária nacional voltada à modernização da prestação jurisdicional.

3.4- DISTANCIAMENTO ENTRE O JUDICIÁRIO E AS CAMADAS POPULARES

O Poder Judiciário vem enfrentando a maior crise de todos os tempos, e por esse motivo aumentou ainda mais a insatisfação da população e também sua desconfiança.

O distanciamento entre Judiciário e população está relacionado com as desigualdades econômicas presentes na realidade do Estado brasileiro. Porém, a causa maior para que isso ocorra está relacionado a uma condição social e cultural excludente, proveniente da baixa qualidade do ensino público, da falta ou escassez de projetos de ascensão cultural.

A experiência da utilização do processo pelos menos favorecidos, é no mínimo dramática. A pobreza ainda constitui fator de maior gravame ao acesso à justiça. Apesar da existência de instrumentos destinados à superação dos óbices econômicos a usuários pobres, mediante a assistência judiciária, defensorias públicas, e , organismos sociais, devotados ao atendimento jurídico a populações carentes, é uma hipocrisia acreditar que o modelo nacional satisfaz plenamente as exigências da justiça. A determinação constitucional, insculpida no inciso LXXIV- o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos-, não passa ainda , de mera esperança de realização efetiva.

Outro aspecto diz respeito à qualidade dos serviços prestados. É evidente que a defesa de direitos por profissionais especializados, habilitados a fornecerem orientações mais seguras e soluções mais eficazes e justas, se traduz em custos maiores ao usuário. Desse benefício, na realidade, o necessitado é completamente afastado, pois normalmente, os serviços prestados por organismos de assistência judiciária, vinculados a Universidades, são feitos por

estagiários de direito, assistidos por professores, que tem uma sobrecarga enorme de processos para acompanhamento. A par disso, não se reserva oportunidade de escolha do profissional ao carente.

O pressuposto fundamental para inspirar o acesso aos órgãos de jurisdição seria a informação sobre os direitos. Porém, a assistência jurídica preventiva, na realidade, é reservada aos mais afortunados, que podem manter equipe de profissionais do direito para essa finalidade.

Não parece difícil de compreender que o Poder Judiciário deve permanentemente estar aberto à absorção dos mecanismos de participação popular. Mas nem sempre isso ocorre. Segundo Moreira Neto (1992) apud Lima Filho (2003, p.213) podemos observar que:

Todavia, e talvez em virtude de sua evolução histórica, pautada sempre pelo formalismo, pelo culto à tradição e aos costumes forenses, por uma exegese dogmático-legalista, e, sobretudo, pela predominância na cultura jurídica nacional dos institutos típicos do sistema romano-germânico, o Poder Judiciário tem-se mostrado um tanto arredio à intervenção do povo no processo de distribuição da justiça.

Parece claro que a idéia de democratização do Judiciário tem um alcance maior, mais abrangente do que mero acesso formal à prestação jurisdicional. Constata-se que o Estado não investe, nos moldes necessários, em meios para a ampliação cultural do cidadão, tampouco em projetos para atenuar as diferenças sociais. Não há exagero em dizer que muitas pessoas não sabem e não conhecem os seus direitos, não conhecem porque não tiveram meios para conhecer, não tiveram oportunidades para questionar e então compreender a proteção dos valores humanos que o Estado invocou em benefício de todos.

Assim, não reconhecem um conflito que os afeta como sendo uma questão jurídica, ignoram a existência dos direitos juridicamente exigíveis, bem como as possibilidades de reparação jurídica. Diante dessa triste realidade, as pessoas que vivem, pode-se dizer, ignoradas pelo Estado e pela sociedade em geral, mantêm-se afastadas e desprotegidas.

È importante ressaltar que não apenas as pessoas tidas como despossuídas, ou seja, aquelas que nem mesmo possuem os recursos necessários à própria subsistência enfrentam dificuldades para recorrer ao Judiciário, isto é, barreiras para o reconhecimento de seus direitos, em razão da falta de conhecimento jurídico, ainda que de forma elementar. Daí a importância

em promover um amplo acesso a atividades de aconselhamento e orientação jurídica.

Outra situação que pode ser comumente verificada é o temor em recorrer ao Judiciário, ainda que se tenha conhecimento do direito a ser tutelado. Também hesitam em procurar a proteção jurisdicional por motivos como a descrença na prestação da justiça, seja por experiências anteriores frustrantes quanto à efetividade da prestação jurisdicional. Esta barreira é vista como a disposição psicológica das pessoas para recorrer a processos judiciais. A dificuldade, muitas vezes, tem início na disposição de procurar um advogado.

Desse modo, para que seja possível derrubar as barreiras que provocam o distanciamento das camadas populares perante o Judiciário, é fundamental que as pessoas tenham o conhecimento de seus direitos. Ainda, é preciso que compreendam que, violados esses direitos, haverá um problema jurídico, devendo o titular do direito lesado ter a disposição de interpor a ação.

Vale ressaltar também que, para muitas pessoas, o próprio ambiente dos órgãos judiciais intimida, assim como a figura de alguns juízes e advogados, além do que, os litígios debatidos no Judiciário são poucos atraentes a grande parte da população, porque envolvem processos formais, procedimentos detalhados e extensos. Cabe ainda asseverar que, as pessoas que não tem possibilidade de prover as despesas se um processo sentem-se inseguras e não procuram os serviços de assistência judiciária oferecida pelo Estado.

Denota-se ainda que o temor em sofrer represálias da parte contrária, em razão de ter sido debatida a causa em juízo, também contribui para o afastamento dos indivíduos do Poder Judiciário. Quanto mais baixo é o extrato socioeconômico, menos provável que a pessoa conheça um advogado ou alguém com conhecimentos para orientá-lo quanto às providências a serem tomadas. Destaca-se também, a distância em termos geográficos entre o lugar que vive ou trabalha essas pessoas, geralmente encontram-se nas periferias ou zonas rurais; e o local onde se encontram os órgãos do Poder Judiciário, os escritórios de advocacia e os centros de assistência jurídica, que geralmente se concentram nos centros da cidade.

Muitos problemas do acesso à justiça estão inter-relacionados, sendo que as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem ampliar as barreiras por outro. Então, as propostas a serem estudadas, bem como as

soluções a serem aplicadas não podem desprezar o inter-relacionamento das barreiras existentes.

Assim, a participação popular na administração da justiça deve ser compreendida no sentido de uma interveniência do cidadão no exercício da distribuição da justiça nos casos concretos e também nos assuntos administrativos e financeiros dos órgãos do Judiciário. Corresponde essa participação a um saudável exercício da cidadania, pois por ela a sociedade civil passa a ter participação, sem afastar-se a responsabilidade dos agentes estatais na consecução de políticas públicas destinadas, senão exclusivamente, pelo menos predominantemente, ao Estado, isto é, a democratização do Judiciário tem o significado de fortalecimento da democracia, porquanto é nele que a sociedade ainda deve acreditar para encontrar amparo seguro para a resolução de seus conflitos e para a prevalência do valor do justo. Em um Estado que se pretende democrático, nenhuma instituição pode prescindir de legitimidade.

4. MÉTODOS ALTERNATIVOS PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E GARANTIA DE DIREITOS.

4.1. DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (LEI 1060/50)

Entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, traça-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. É de se supor que uma sociedade que trate com isonomia e igualdade todos aqueles que a constituem, dando-lhes iguais oportunidades de realização, sem discriminações odiosas, há de ser uma sociedade em que imperem os ideais da liberdade, justiça e solidariedade.

Muito se tem questionado, nos últimos tempos, a eficiência da Lei nº 1.060/50 (Lei de Assistência Judiciária), tendo-se em vista, sobretudo, tratar-se de lei que faculta ou propicia a defesa do cidadão em face de acusações que se lhe imputem no campo judiciário, sem, no entanto, dar-lhe respaldo jurídico em qualquer situação ou instância, de maneira integral.

Há que se observar que os aspectos social e jurídico formam um sistema de elementos indissociáveis, que, por sua vez, estreitam suas relações com a pretensão estatal de oferecimento do direito de acesso à noção igualitária de justiça, no sentido de tratar o homem de maneira justa e isonômica. Dentro desse diapasão, não há como negar que a Lei nº 1.060/50 não consegue atingir os modernos objetivos do direito processual que visam a prover o homem social, sem qualquer discriminação, de todos os direitos fundamentais da figura humana.

O conceito de assistência judiciária projeta-se para a noção de assistência jurídica, integral e gratuita aos necessitados, entendidos como sendo além dos hipossuficientes econômicos, os hipossuficientes jurídicos e os carentes organizacionais.

Não seria lógico nem lícito admitir-se que, num momento em que o processo passa por uma verdadeira revolução, trazendo novos institutos para auxiliar na solução de conflitos de interesse, tivéssemos de nos sujeitar a superada Lei nº 1.060/50. Nem se poderia imaginar que pudesse ser diferente o fato da citada lei mostrar-se superada no tempo, tendo-se em vista que já se vão mais de 50 anos de sua introdução e, nesse tempo, muita coisa se alterou na sociedade civil, reclamando medidas mais consentâneas com a realidade de hoje.

Igualmente, não se poderia imaginar que uma lei (Lei nº 1.060/50), criada sob a égide do antigo Código de 39, pudesse dele desvincular-se por inteiro, a ponto de mostrar-se ainda atual.

Na época da promulgação da Lei 1.060/50 não havia preceito sequer parecido com a regra do artigo 20 do Código de Processo Civil atual que arbitrava os honorários advocatícios entre 10% e 20% do valor da condenação. Convém, ainda aduzir que, apenas pela Lei nº 4.632/65, obrigou-se a pagar os honorários da parte vencedora sempre, nascendo aí, o princípio da sucumbência, em sua plenitude, como é hoje.

Já o artigo 12, da lei nº 1.060/50, fala apenas em “custas”, quando suspende a obrigatoriedade de pagar-se custas, pois a condenação aos honorários era exceção e não regra, no sistema anterior.

A assistência judiciária tem seu fundamento no direito de viabilizar todos os demais, pessoas sem condições financeiras, muitas vezes nem mesmo para a própria sobrevivência, quanto mais para submeter uma causa à apreciação do Judiciário, tiveram o direito de acesso à justiça ao ser estabelecida a Assistência Judiciária.

O alcance da assistência judiciária estabelecido no Estado Brasileiro compreende custas e despesas processuais, os honorários de advogado e peritos, dentre outras despesas. Antes mesmo da Constituição Federal de 1988, o legislador procurou garantir aos necessitados o direito de acesso à justiça. Não há dúvidas quanto a importância da Lei 1060/50, que foi complementada por outros diplomas legais. Estabeleceu-se com este diploma, um marco histórico no movimento, também observado no Brasil, de acesso efetivo ao Poder Judiciário das pessoas sem privilégios econômicos.

Há de se ponderar que a Constituição de 1988 nos fala de uma “assistência jurídica integral e gratuita”, diferentemente do termo adotado pela Lei 1060/50 e pelas Constituições anteriores. Os estudiosos alegam que a intenção foi ampliar o alcance da assistência aos necessitados fator, que não se limita à simples gratuidade processual ou à assistência judiciária, mas garante ao cidadão proteção jurídica em todos os passos de sua atividade.

Alguns juristas já se manifestaram quanto a necessidade de revisar o texto da lei infraconstitucional, tendo em vista as transformações econômicas, sociais, e jurídicas sentidas no decorrer de mais de 50 anos. Defendem não só o seu

aperfeiçoamento face às profundas transformações ocorridas, como também o seu enquadramento ao preceito abarcado pela Constituição Federal.

É possível considerar que o indivíduo, juridicamente necessitado, encontra-se plenamente protegido, pois lhe está assegurado o exercício do direito de ação e, ainda, a assistência, o aconselhamento e a orientação jurídica que se fizerem necessárias. Tem-se que a assistência jurídica integral e gratuita compreende a Justiça gratuita (gratuidade processual) somada à prestação gratuita de serviços.

Contudo, é cediço afirmar que a sistemática de assistência judiciária, por si só, não é suficiente para garantir o necessário respeito à dignidade das pessoas desprovidas de recursos, não é o bastante para obter a efetividade da prestação jurisdicional, mas nada impede que se reflita sobre os mecanismos que aperfeiçoem a consecução da mesma. A assistência judiciária não é o único enfoque a ser considerado na realização da justiça, mas é indiscutível o seu mérito e valor no aprimoramento do acesso efetivo à justiça, derrubando barreiras de ordem econômica e social.

4.2. DA ARBITRAGEM

A arbitragem não é forma nova de solução de conflitos, nem constitui modismo. Antecede até mesmo a solução de conflitos pela via estatal.

Como forma pacífica de solução de litígios, já era conhecida e praticada na Grécia Antiga, principalmente na solução de conflitos entre as cidades-estados. Esteve presente entre os hebreus, desde 1.300 aC., na época do Direito Mosaico. No Novo Testamento encontramos conhecida censura do apóstolo S. Paulo à igreja de Corinto, onde os litígios “*interna corporis*” estavam sendo encaminhados aos tribunais togados. Ele recomenda a instituição de arbitragem com a escolha de um árbitro da própria irmandade, evitando-se a justiça pagã. Mais tarde, essa recomendação penetra na igreja da Idade Média, por outro motivo, a força institucional e política da igreja.

Na Idade Média, porém, é que surge a arbitragem comercial típica, que cria as características do instituto, que prevalecem até hoje. Na maioria dos países de direito codificado, a arbitragem sofreu restrições com a promulgação dos Códigos de Processo Civil. Já nos países que adotam o *Common Law* a arbitragem

desenvolveu-se ao abrigo da autonomia das partes, com mínima exigência dos estatutos e na regra do precedente judicial. Assim, na Grã-Bretanha, o laudo arbitral é auto-exequível para a sua execução.

Algumas convenções internacionais tratam da matéria, como as de Genebra de 24 de setembro de 1923 (Protocolo relativo a cláusulas arbitrais) e de 24 de abril de 1961 (sobre arbitragem comercial internacional), a de Nova York, de 10 de maio de 1958 (sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras). Além disso, há a do Panamá, de 1975 (sobre arbitragem e executoriedade).

Destas, o Brasil ratificou a de 1923 (Genebra), que se transformou no decreto 21.167/23 e assinou a de 1975 (Panamá), que ainda não ratificou.

Segundo Serpa (1999) apud Bezerra (2001, p.94), pode-se entender a arbitragem como sendo:

Arbitragem é o processo em que as partes concordam em submeter um litígio a uma parte neutra, a qual é atribuído poder para apresentar uma decisão face a uma determinada disputa. Os lados em disputa têm oportunidade de apresentar seus fatos, testemunhas e arrazoados, através ou não de representante. É extensamente utilizada nas relações industriais, bem como nas relações entre comerciantes e consumidores.

A lei 9.307 de setembro de 1996, que não se trata de algo novo na esfera do direito pátrio, posto ter sido inserida no Código de Processo Civil desde sua promulgação, embora fosse letra morta, destituída de qualquer utilidade prática ao longo dos anos. A bem da verdade, desde o início do século XX, o Código Civil já previra o compromisso arbitral, como uma espécie de contrato, em que as partes disporiam de um juízo exercitado por um árbitro, que lhes dirimisse os conflitos. Apenas em 1.996, com o advento dessa lei, é que se tratou de introduzir de maneira efetiva, a prestação de serviços de natureza judicante em forma de arbitragem, objetivando desafogar as pautas dos tribunais e dos juízes singulares, ao mesmo tempo em que se emprestava agilidade ao processo.

A lei de arbitragem surgiu em nosso ordenamento jurídico com dupla finalidade, em primeiro lugar, no sentido de dirimir o número de demandas ao Poder Judiciário, em segundo, dar às partes oportunidades de solucionar o conflito de uma maneira mais rápida, com menos embaraços, em uma justiça alternativa, que não tem a morosidade da justiça comum.

Além dessas benesses supracitadas, a arbitragem possui algumas características, entre as quais podem-se citar: a) a existência de uma lide entre duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, de direito público ou privado; b) são os litigantes que indicam o(s) terceiro(s) alheio(s) à lide, para a solução da questão e este(s) observam(m) as normas processuais estabelecidas no compromisso arbitral ou na legislação aplicável; c) o caráter vinculante do laudo arbitral para as partes, gerando obrigatoriedade para estas, tendo executoriedade nos tribunais estatais.

A arbitragem se desenvolve sob a vontade das partes, que terão ampla liberdade para convencená-la, mas deverão se sujeitar à sentença arbitral proferida.

A figura da arbitragem no Brasil, ainda que tenha previsão legal, é de utilização muito restrita, mesmo sendo um meio muito vantajoso, em decorrência de sua celeridade, assegura uma solução rápida e efetiva.

Os direitos suscetíveis de arbitragem são os direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, os que podem ser livremente dispostos pelas partes. As partes podem escolher qual regra seguirão, desde que não ofendam a ordem pública e aos bons costumes, poderão optar pela equidade ou direito.

No julgamento, quando a regra escolhida for o direito, o juiz arbitral se baseará nas normas legais, e se for escolhida a equidade, poderá julgar até mesmo *contra legem*, pois isso significa que o juiz julgará pelo mais justo, mesmo que for contra o direito.

Se as partes decidirem utilizar a arbitragem, poderão fazê-lo mediante convenção de arbitragem, que é negócio jurídico complexo formado pela cláusula compromissória e pelo compromisso arbitral.

A cláusula compromissória é o negócio jurídico de direito privado celebrado como pacto adjecto de outro contrato, no qual as partes se comprometem no futuro a instituir arbitragem, sendo essa obrigação de fazer, que neste caso é a de celebrar o compromisso arbitral e instituir o juízo arbitral, e se uma das partes se negar a cumprir a obrigação, poderá ser exigida pela via judicial, ensejando execução específica (artigo 7º da Lei 9.307/96).

A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição especial, isto para os processualistas, pois o árbitro aplica o direito ao caso concreto e coloca fim ao litígio, solucionando o conflito de interesses e mantendo a paz social, ele é um

verdadeiro juiz. Para os civilistas, a arbitragem tem caráter contratual. Porém, nenhuma dessas premissas satisfaz, a primeira porque o laudo só pode ser executado nos pretórios judiciais estatais, pelo menos em nosso país, até bem pouco tempo; e a segunda porque é reducionista.

A sentença arbitral tem qualidade de título executivo judicial, não havendo necessidade de homologação pela jurisdição Estatal. O árbitro será escolhido de comum acordo entre as partes, dentre as pessoas de sua confiança, desde que pessoas capazes e idôneas. Esse árbitro será juiz de fato e de direito, prescindindo de homologação pelo órgão jurisdicional a sentença por ele proferida, bem como dela não caberá recurso a qualquer órgão ou instância do Poder Judiciário, segundo se depreende do estatuído no artigo 18 da Lei de Arbitragem. Não é difícil concluir que sua utilização não envolve a máquina jurisdicional tradicional do Estado, dotando-se portanto, de simplicidade que pode até prever tentativa de conciliação entre as partes, conforme artigo 21, parágrafo 4º da lei.

A arbitragem tem encontrado obstáculos para a sua ampla utilização pelos atores sociais, notadamente por se tornar também um processo demorado e caro para os litigantes, tanto quanto o processo judicial. A enfrentar esses obstáculos, é melhor a via judicial, que traz mais garantia e segurança. Esse tem sido o raciocínio, não de todo destituído de razão. De fato, o laudo arbitral para ter executoriedade, devia ser homologado pelo juiz estatal, que detinha poder indelegável de homologação e ainda o detém para a prática de atos de coerção exigidos durante ou na execução da arbitragem, tais como, medidas cautelares, condução coercitiva de testemunhas etc.

Porém, a atual lei 9.307/96 afastou a necessidade de homologação judicial do laudo, exceto nas sentenças arbitrais estrangeiras, que exigem homologação pelo Supremo Tribunal Federal, obstáculo tão combatido anteriormente.

Sem a necessidade de homologação judicial, supera-se um dos grandes entraves para a utilização da arbitragem em nosso país.

A competência do juiz decorre da investidura pelo Estado; a do árbitro advém do ato das partes integradas, que nomeiam o terceiro de sua confiança para dirimir o conflito de interesses. Isso gera maior confiabilidade das partes a respeito do julgado, afastando a desconfiança inerente à presença de terceiro que não conhecem (o juiz). As partes, ao nomear o árbitro, aceitam previamente o seu

poder compositivo, conformando-se com a decisão, seja ela qual for; a designação do árbitro é privada e individualizada, e não decorrente da organização estatal em razão da função. É mais confiável, vez que gerada por quem detém suas confianças. Os árbitros serão nomeados e elegerão seu presidente por maioria. Segundo o artigo 13, parágrafo 4º, na ausência de uma decisão consensual, eleger-se-à, como presidente, o mais velho.

Em assim sendo, essas decisões são mais satisfativas e compõem melhor os conflitos, cumprindo, assim, mais profundamente, a função pacificadora da decisão, além do que, utilizando juizes não togados para o mister de julgar, supresse lacuna indisfarçável no seio do Judiciário, que se traduz pela falta de juizes em relação ao número de habitantes.

Quando se cogita a utilizar o juízo arbitral, outro fator que não pode ser desprezado, revela-se no abandono das excessivas formalidades e no afastamento de um tecnicismo injustificável, que se presta, exclusivamente, a emperrar a prestação da justiça de maneira mais rápida e eficiente.

Alguns pontos, que evidenciam a validade técnica do surgimento desta lei, para redimir as falhas lamentáveis e grotescas que amarram o processo, ao se falar da prestação da justiça no caso concreto. Entre eles estão: a) a criação do tribunal arbitral; b) a irrecorribilidade de sentença arbitral; c) a dispensa de homologação das decisões pelo Judiciário, emprestando-lhe exequibilidade; d) a revogação do inciso IV, do artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor.

No que diz respeito a irrecorribilidade da sentença arbitral, ela não violaria o princípio constitucional da ampla defesa, posto emergir de um acordo entre as partes, acordo este que a caracteriza como instituto de natureza contratual, em que as partes livremente a adotam, obrigando-se a respeitar suas decisões, não lhes possibilitando romper o que foi pactuado. Por todas essas injunções e prerrogativas diz-se que sua sentença tem força de coisa julgada entre as partes em demanda. Por força desse aspecto da irrecorribilidade é que se tem dito seja essa lei eivada de inconstitucionalidade, por crerem alguns, violar o princípio da ampla defesa. No momento em que dispensa a homologação pelo Judiciário, a li confere força executória à sentença, equiparando-a à judicial transitada em julgado.

Alguns defendem a tese de que, em se tratando dessa lei, é clara a oposição aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa

e da dupla instância de julgamento e, por último, da inafastabilidade do controle judicial. Afrontar-se tais princípios constitucionais consubstanciaria, inegavelmente, marcar-se de inconstitucionalidade essas decisões. Não obstante, aqueles que perfilham posicionamento diverso deste, entendem nada haver de inconstitucional nesta lei, devido à nova e moderna concepção que se faz de jurisdição, distante daquela manifestada tradicionalmente por Chiovenda, compreendendo o ser jurisdição sob a influência de uma visão estática e ortodoxa.

Portanto, as partes ao levarem a solução de seus conflitos ao juiz arbitral, buscam maior agilidade e efetividade na composição de seus litígios ou interesses.

4.3. DA MEDIAÇÃO

Conceitua-se mediação, de acordo com Luís Alberto Warat (1998) apud Medina (2004, p. 57):

Um processo de reconstrução simbólica do conflito, no qual as partes têm a oportunidade de resolver suas diferenças reinterpretando, no simbólico, o conflito com o auxílio de um mediador, que as ajuda, com sua escuta, interpretação e mecanismos de transferência, para que elas encontrem os caminhos de resolução, sem que o mediador participe da resolução ou influa em decisões ou mudanças de atitude (nisso se baseia sua imparcialidade; é imparcial porque não resolve nem decide).

A mediação diferencia-se da arbitragem, no tocante à intervenção do terceiro. O árbitro tem poder decisório na arbitragem, enquanto na mediação seu papel é outro, de neutralidade, buscando a aproximação das partes em litígio, testando separadamente as suas respectivas posições e procurando oferecer diversos ângulos talvez não observados por elas ao assumirem suas posições de litígio.

O mediador funciona como um catalisador, reaproximando as partes, de forma que estas encontrem, por meio da negociação e por seus próprios esforços, um acordo que atenda aos seus interesses. É um terceiro neutro que intermedeia as relações entre as partes buscando a reaproximação dos indivíduos, devendo ele conhecer o direito material relativo ao mérito da questão em pauta, além de possuir algumas qualidades específicas para bem atuar como facilitador de uma

solução de conflitos, como por exemplo, possuir grande capacidade e habilidades comunicativas. Já o árbitro funciona realmente como juiz, decidindo o litígio.

O objetivo maior na mediação é pacificar as relações, tentando alcançar o reatamento entre aqueles que estavam em conflito. Este instituto caracteriza-se pela privacidade, visto ser o processo desenvolvido em clima de sigilo, tornando-se público ou aberto somente se as partes assim o quiserem; pela economia de tempo e recursos financeiros, contrapondo-se à justiça tradicional, em que a decisão dos processos pode demorar mais tempo do que o suportado, sendo altamente dispendiosa; pela informalidade, em face da oralidade vigente nesse processo e do próprio ambiente em que tem curso a mediação, que enseja maior relaxamento as partes; pela autonomia das decisões, que não exigem homologação futura pelo Poder Judiciário e pela relação de total equilíbrio entre as partes.

No Brasil, a mediação tem ganho relevo na solução de casos de pequenas causas e nas varas de família. Este instituto não foi regulamentado ainda no país por meio de legislação, existe um projeto de lei, o de número 4827/98, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, que está “engavetado” no Congresso Nacional há alguns anos, buscando sua regulamentação.

Em que pese o custo da mediação, por ficarem as despesas com a sua adoção a cargo das partes, visto ela não existir no Brasil como serviço público, nada obsta que, por intermédio de convênios com entidades públicas seja viabilizado o acesso ao referido meio de solução e conflitos às partes reconhecidamente hipossuficientes.

O instituto em questão tem sido muito utilizado no projeto denominado Balcão de direitos, movimento surgido nas comunidades pobres da cidade do Rio de Janeiro e fundado na idéia de oferecer às populações carentes mais um canal possibilitador de exercício da cidadania e prática da justiça.

A completa formação do mediador, seja qual for a área de sua atuação, deve conter o estudo da negociação cooperativa; das técnicas comunicativas; dos aspectos psicológicos da personalidade humana; das técnicas de resolução de conflitos ; das leis que regem o caso; de aspectos da sociologia e, finalmente, de técnicas específicas de investigação e resumo. Ele nunca poderá prescindir do uso de técnicas e regras que facilitem e ensejem o processo de mediação, mas não será escravo delas, deverá unir essas técnicas a sensibilidade, o sentimento

de que mediar não é apenas realizar um acordo bem-sucedido, vai além disso, é pacificar as relações.

Segundo Nazareth Serpa (1999) apud Medina (2004, p. 103):

A mediação revela-se mais eficaz, propiciando soluções mais duradouras, devido às suas técnicas interventivas, especialmente nas hipóteses em que a necessidade de continuidade dos relacionamentos seja algo premente, como é o caso das relações familiares.

Há diferenças entre a mediação e a arbitragem. Enquanto a primeira é processo autocompositivo de resolução de litígios, a segunda é método heterocompositivo. Além do que, a mediação é escolha acertada quando existe o anseio de que relações futuras sejam preservadas; quando os participantes desejam exercer controle total sobre o processo e quando urge a necessidade de que se evitem, entre as partes, soluções de vitória ou de derrota.

Já a arbitragem é a melhor opção quando há prevalência das questões jurídicas sobre questões de fato; quando as partes não estejam na contingência de manter relações mais próximas após a solução do conflito; quando existe um desequilíbrio de poder significativo entre os litigantes e quando há necessidade de se realizarem provas, perícias, ou de se ouvirem testemunhas.

4.4- DA CONCILIAÇÃO

Conceitua-se a conciliação como um acordo de vontades, onde, em geral, concessões mútuas são feitas, com vistas à solução do conflito. O terceiro interventor tem papel menos destacado do que na mediação, limitando-se ao ajuste da situação conflituosa.

Ensina Luís Alberto Warat (2001) apud Medina (2004, p. 58) que a conciliação pode, “em um primeiro momento, parecer com a mediação, mas as diferenças são gritantes”. E continua dizendo:

O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa, enquanto o conciliador exerce a função de negociador do litígio, reduzindo a relação conflituosa a uma mercadoria.

Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento, pois diminui a sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os

litígios. Ademais, parece que tais decisões são aceitas mais facilmente do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que se fundam em acordo já estabelecido entre as partes.

A respeito desses dizeres, Cappelletti (1988, p.83) preconiza que ;

É significativo que um processo dirigido para a conciliação- ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte “vencida” e outra “vencedora”- ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado.

A conciliação é extremamente útil para muitos tipos de demandas e partes, para a restauração de relacionamentos longos, não se atendendo apenas a julgar vencedores e vencidos, agindo unilateralmente. Tem-se evidenciado, não só como um remédio para resolver o acúmulo de ações no âmbito do Judiciário, mas também, e sobretudo, como um trabalho pleno de êxito para a solução de qualquer tipo de conflito.

Deve a conciliação servir como instrumento jurídico alternativo que objetiva tão somente a harmonia social, a paz e a solução dos conflitos, evitando discussões processuais que podem percorrer um longo tempo de acesso ao Poder Judiciário. Busca prevenir os conflitos processuais, resolvendo desde logo os interesses de cada um dos sujeitos da relação de emprego, com técnica e metodologia prática, celeridade, informalidade e economia.

5. CONCLUSÃO:

Hoje o acesso à justiça é uma garantia prevista em quase todos os ordenamentos jurídicos e constituições modernas. No entanto, se as pessoas não conhecerem seus direitos e suas obrigações para com o Estado, bem como as obrigações e deveres que o Estado tem com cada cidadão, estes ordenamentos serão inúteis.

Ao longo do presente trabalho, foram enfocados os desafios para o acesso à justiça e a efetiva prestação jurisdicional para os indivíduos que buscam uma tutela estatal para viver livre de conflitos e ter seus direitos assegurados.

Discutiu-se a dimensão deste tema e sua aplicação no panorama atual dos envolvidos no processo de busca da justiça, pois ao verificar que o acesso à justiça não se consolidou em conformidade com as necessidades sociais, é considerado um constante desafio ao Poder Judiciário.

Constatou-se alguns obstáculos para que se efetivasse a garantia constitucional de recorrer a justiça, que dificultam a obtenção de um resultado favorável ao interesse pleiteado pela parte, como o problema do ensino jurídico, as custas judiciais, que acabam afastando muitas pessoas de buscarem uma solução para sua lide, a duração do processo, que faz também com que ele se torne custoso, afastando as pessoas de irem atrás da via judicial para resolverem seus problemas.

Verificou-se que já há alguns avanços para dar uma resposta de maneira justa e igualitária para aqueles que necessitam do Poder Judiciário, mas que elas ainda são incipientes, pois mesmo assim muitas pessoas permanecem excluídas da proteção do Estado, seja por estarem inseridas em verdadeiros estados paralelos, seja pela completa exclusão social sofrida.

A ampliação dos meios extrajudiciais de conflitos, como a arbitragem, mediação, não desejam afastar a jurisdição estatal, mas sim ampliar os meios de prestação da justiça, pois não se pode privar um dos mais primordiais dos direitos, o de acesso à justiça, em igualdade de condições e de modo justo e efetivo, pela ausência de mecanismos que viabilizem este direito.

O objetivo principal do trabalho foi despertar o interesse dos operadores do direito ao tema discutido, procurando refletir sobre as mudanças e as soluções necessárias.

Abordando tanto seu aspecto jurídico quanto social, é necessário que o sistema judiciário não fique alheio aos anseios da sociedade, bem como aos problemas que ela enfrenta, não deve se ocupar apenas com as legislações e os tecnicismos processuais, mas também com a realidade social, para que o Judiciário cumpra com sua missão de garantir igualdade e justiça para aqueles que invocam a sua proteção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano de realização do direito**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Código Civil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 49.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CALAMANDREI, Piero. **A crise da justiça**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

GOMES NETO, Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como movimento de transformação das estruturas do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direito e utopia**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999.

LARA, Rubens. **Acesso à justiça: o princípio constitucional e a contribuição prestada pelas faculdades de direito**. São Paulo: Editora Método, 2002.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os meios extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NETO CICHOCKI, José . **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Editora Juruá, 1999.

PINHEIRO, Pe. José Ernanne et al. **Ética, justiça e direito: reflexões sobre a reforma do Judiciário**. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1996.

RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. **Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, vol.1.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio de. **Assistência Jurídica integral e gratuita**. São Paulo: Editora Método, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, vol.1.

WATANABE, Kazuo. (org.) et all. Acesso à justiça e a sociedade moderna. In: **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.