

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

OS MECANISMOS DE FACILITAÇÃO DO “ACESSO À *JUSTIÇA*” COMO
ÓBICE À CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Aline de Souza Lima Dias Paes Nahass

Belo Horizonte
2011

Aline de Souza Lima Dias Paes Nahass

OS MECANISMOS DE FACILITAÇÃO DO “ACESSO À JUSTIÇA” COMO
ÓBICE À CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Leonardo Augusto Marinho Marques

Belo Horizonte

2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

N153m Nahass, Aline de Souza Lima Dias Paes
Os mecanismos de facilitação do “acesso à justiça” como óbice à construção do Estado Democrático de Direito. / Aline de Souza Lima Dias Paes. Belo Horizonte, 2011.
117f.

Orientador: Leonardo Augusto Marinho Marques
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Acesso à Justiça. 2. Democracia. 3. Estado de Direito. 4. Brasil. I. Marques, Leonardo Augusto Marinho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 342.7

Aline de Souza Lima Dias Paes Nahass
**Os mecanismos de facilitação do “Acesso à Justiça” como óbice à
construção do Estado Democrático de Direito**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Doutor Leonardo Augusto Marinho Marques (Orientador) – PUC Minas

Doutora Flaviane de Magalhães Barros – PUC Minas

Doutor Jason Soares de Albergaria Neto – Faculdades Milton Campos

Belo Horizonte, 03 de junho de 2011.

Aos dois maiores exemplos de dignidade e desprendimento em minha vida: à minha amada Mãe, que ainda hoje continua resguardando meus passos e revelando a incondicionalidade de seu Amor, e à minha querida D. Gabriellinha, cuja cumplicidade compartilhada transformou-se em saudosa lembrança...

Quando agradecemos, corremos o risco de cometer *injustiças* (para não fugir à temática do trabalho), esquecendo de mencionar todos aqueles que foram e/ou são importantes para a nossa jornada. Mas, a despeito de tal probabilidade, algumas pessoas precisam ser nominalmente lembradas.

A meu grande Amor, Gui, por sempre acreditar em mim, incentivando-me e, sobretudo, por ainda saber nos fazer rir um do outro como no primeiro dia...

A meu querido Pai, por contribuir, de modo ímpar, em TODOS os sentidos, para a concretização de mais um sonho em minha vida.

Ao meu irmão Wenderson, que com sua solicitude e discreto apoio, sempre acode aos meus chamados e nunca deixa de cuidar de sua “*baby*”.

Ao meu orientador, Professor Doutor Leonardo Augusto Marinho Marques, que, apesar da pouca idade, é detentor não só de significativo conhecimento (pelo qual não se deixou afetar), mas, principalmente, de generosidade, compreensão e gentileza incomensuráveis, ajudando-me de uma maneira que nenhum outro orientador o faria. Obrigada por tudo!

Aos Professores da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, pelos indispensáveis ensinamentos e pela inquietação despertada, merecendo destaque a Professora Doutora Flaviane de Barros Magalhães, que tornou o ingresso no processo seletivo possível, e o Professor Doutor Antônio Cota Marçal, pela delicadeza e pela acessibilidade indescritíveis.

Às amigas construídas durante o Mestrado, em especial ao Wellington e ao Cristiano, por compartilharem as angústias, tornando-as menos pesadas.

Aos inesquecíveis amigos-irmãos de todas as horas: Romelita, Carla Silene, Fernanda, Gustavo e Neuma, não só pela colaboração e pelo suporte sem os quais o caminho teria sido bem mais difícil, mas, sobretudo, pelo afeto. Especialmente, à querida Giuliana, sem a qual nada disso teria acontecido e que, apesar de “*não-física*”, é presença constante em minha vida; ao doce e desapegado Duarte, pelo carinho e tempo gastos em explicações. Agradeço,

ainda, aos meus queridos “primos” Matheus (meu “anjo da guarda”) e Janaíne por toda ajuda e pelos os momentos compartilhados.

Aos meus alunos que, nestes mais de cinco anos de magistério, interessaram-se pelas minhas indagações e estimularam as minhas buscas por respostas.

E, fundamentalmente, a **Deus**, por propiciar a abundância da vida, com todas as suas nuances, e por permitir os (re)encontros que a tornam tão magnífica!

*E professo a certeza de que, no umbral da Eternidade,
as falhas da justiça terrena serão reparadas. E os
mártires da ignorância ou da prepotência hão de
receber o infinito ressarcimento da parte de um juiz
supremo que é a origem de sua vida, a força de sua
luta, o alvo de sua confiança e a causa de seu triunfo.*

Hélio Tornaghi

*... Essa justiça desafinada
É tão humana e tão errada.
Nós assistimos televisão também.
Qual é a diferença?*

Renato Russo

RESUMO

A partir da compreensão do Modelo Constitucional de Processo, a presente dissertação, como revisão bibliográfica, tem por objetivo propor uma reflexão acerca do que se deve entender por *acesso à justiça*, tendo como pano de fundo o Estado Democrático de Direito. Ao direito fundamental reconhecido em sede constitucional, através da norma contida no inciso XXXV do Artigo 5º da CR/88, são asseguradas garantias que visam à sua efetivação, às quais se convencionou nominar mecanismos de facilitação do *acesso à justiça*. O foco da pesquisa recaiu, especificamente, sobre os mecanismos da assistência jurídica, da assistência judiciária e do instituto do *jus postulandi*, direcionado para o que ocorre na prática forense, em virtude do entendimento de que a adoção, por parte do Estado, de ações com caráter meramente compensatório das desigualdades atinentes à má distribuição de riquezas, ao invés de propiciar a efetiva participação de todos os envolvidos e futuramente afetados pelo provimento estatal, em verdade promove ou perpetua a exclusão, uma vez que se mostram, na prática, como óbice à construção do Estado Democrático de Direito, configurando uma farsa. A efetividade do *acesso à justiça*, pela via estatal, não está ligada à submissão a um procedimento célere (tempo) e econômico (custo), mas desprovido de garantias processuais mínimas estabelecidas no texto constitucional (ampla defesa, contraditório, isonomia e fundamentação das decisões), numa preocupação restrita ao custo-benefício do processo, muito menos, a uma atuação performática de um juiz que, *sensível* aos conflitos que emergem no meio social, proporciona, sozinho, o *acesso à justiça*, através da realização de escopos metajurídicos. Embora se entenda que a via estatal não seja a única, nem mesmo a mais adequada, para a concretização do referido *acesso*, o trabalho tem por objeto o exercício de uma das funções essenciais do Estado: a *jurisdicional*.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Mecanismos de facilitação. Construção do Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

From the understanding of the Constitutional Process Model, this dissertation, as the literature review, aims to propose a reflection on what is meant by access to justice, with the backdrop of the Democratic State of Law. The fundamental right recognized based on constitution, through the provision contained in paragraph 5 of Article XXXV of the CR/88 are secured guarantees aimed at its implementation, which is conventionally nominate mechanisms that facilitate access to justice. The focus of the research fell specifically on the mechanisms of legal assistance, legal aid and justice postulandi Institute, focused on what happens in legal practice, due to the understanding that the adoption by the state, actions with compensatory purposes only inequalities relating to poor distribution of wealth, rather than provide the effective participation of all involved and affected by future state provision indeed promotes or perpetuates the exclusion, since they show in practice as an obstacle the construction of a democratic state of law, setting a farce. The effectiveness of access to justice, through government, is not linked to submission to an expedited procedure (time) and economic (cost), but without minimum procedural guarantees established in the Constitution (full defense, contradictory, equality and reasons for decisions), a concern limited to the cost-effectiveness of the process, much less a performative role of a judge who is sensitive to the conflicts that emerge in the social environment provides, alone, access to justice through the implementation of scopes metajurídicos. While we understand that the way state is not the only or even most appropriate for the achievement of that access, the work is an object of the exercise of the essential functions of the state: the courts.

Keywords: Access to justice. Mechanisms of facilitation. Construction of a democratic state.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo

Ed. – Editor(a)

Ex. – Exemplo

Org. – Organizador

LISTA DE SIGLAS

CC – Código Civil

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CR/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

EC – Emenda Constitucional

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 ACESSO À JUSTIÇA	19
2.1 A obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth	19
2.2 Algumas questões semânticas e filosóficas.....	22
2.2.1 “Acesso à Justiça” como acesso à “ordem jurídica justa”.....	26
2.2.1.1 Breve excuroso sobre o “Livro X” de “As Leis” de Platão.....	26
2.2.1.2 A ordem jurídica “justa”	36
2.3 “Acesso à justiça” como acesso à Função Jurisdicional	40
2.3.1 Função Jurisdicional e a necessária distinção entre as demais funções essenciais do Estado	49
2.4 Os mecanismos de facilitação do “acesso à justiça” a serem abordados.....	58
3 O MECANISMO DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA.....	63
3.1 Breves comentários	63
3.2 Um pouco sobre a Defensoria Pública	65
3.3 A hipossuficiência sócio-econômica	68
4 O MECANISMO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA.....	71
4.1 A previsão constitucional e a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1.950.....	71
4.2 Assistência judiciária e efetiva acessibilidade: uma reflexão.....	71
4.2.1 Assistência judiciária e instrução probatória	72
4.2.2 A duração razoável do procedimento	74
5. O INSTITUTO DO <i>JUS POSTULANDI</i>	81
5.1 A indispensabilidade do advogado prevista no texto constitucional	82
5.2 <i>Jus Postulandi</i> e Modelo Constitucional de Processo	85
5.2.1 A base principiológica do modelo constitucional de processo.....	85
5.3 A hipossuficiência técnico-processual.....	104
5.3.1 As etapas de proposição e valoração da prova.....	105
6 CONCLUSÃO	107
REFERÊNCIAS.....	110

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, introduziu uma nova ordem jurídica, estabelecendo algumas garantias cujas finalidades eram, justamente, assegurar a eficácia dos direitos nela – Constituição – reconhecidos como fundamentais e positivados em seu texto com o objetivo de que os mesmos fossem verdadeiramente implementados pelo Estado e fruídos por seus destinatários.

Em um de seus dispositivos (inciso XXXV do Artigo 5º), encontra-se consagrado um dos mais significativos direitos do homem – verdadeira conquista teórica – o qual é traduzido como “*acesso à justiça*” e, de acordo com entendimento já sedimentado pela doutrina, responsável por dar vida ao *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*.

No que concerne especificamente a este direito fundamental (que confere aos cidadãos o *acesso* a uma das *funções* essenciais do Estado, a *jurisdicional*), a partir do seu reconhecimento enquanto direito humano, no plano internacional, e de sua positivação na ordem jurídico-constitucional interna (do Estado¹), buscou-se criar mecanismos para dar-lhe efetividade, alguns deles inseridos dentro do próprio Artigo 5º da Constituição brasileira.

Merecem destaque os seguintes dispositivos nele (Artigo 5º, CR/88) inseridos:

a) inciso XXXIV (*são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder*);

b) inciso LV (*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*);

c) inciso LXXIV (*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*); e

¹ Compreensão explanada na obra **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional** (Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 109), de autoria de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias.

d) inciso LXXVIII (*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*).

A observância das garantias acima transcritas, bem como dos princípios institutivos e informativos do processo, é obrigatória para que o pronunciamento emanado do Judiciário (provimento jurisdicional) seja válido e, conseqüentemente, possua eficácia (produzindo os efeitos que se espera que produza).

O vilipêndio a tais garantias e princípios impede que se promova efetivo e adequado acesso à *função jurisdicional* e, por conseguinte, que se concretize, de fato, o Estado Democrático de Direito, posto que tal situação configura flagrante ofensa ao que se delinea como modelo constitucional de processo.

Na atualidade, o que se verifica é a busca, irrefletida (ou mesmo intencional) e superficial, por um “processo²” célere e que atinja escopos metajurídicos (de cunho social, político e econômico)³, ainda que através da violação de direitos e garantias fundamentais. O que facilmente se constata, a partir da análise das reformas levadas a efeito, sobretudo nas últimas duas décadas, de forma assistemática, no plano infraconstitucional, é que, por meio destas, foram inseridos no ordenamento jurídico diversos dispositivos que, inegavelmente, quebram a lógica do sistema processual brasileiro e contrariam a Constituição.

Causa espécie o fato de que muitas dessas reformas são pensadas e defendidas sob o argumento de facilitar-se o acesso “à justiça”. Todavia, tal objetivo é perseguido a qualquer custo, propiciando a ocorrência de situações em que, nítida e frequentemente, direitos e garantias fundamentais são mitigados e, não raras vezes, tais ofensas “apoiam-se” em outros direitos e garantias igualmente expressos no texto constitucional (como é o caso, por exemplo, do direito à duração razoável do processo – a tão almejada celeridade “processual”), obstaculizando, assim, a sólida construção de um Estado de Direito efetivamente democrático.

² O correto seria falar-se em *procedimento*, não, em *processo*.

³ Visão de Cândido Rangel Dinamarco, a qual será melhor detalhada em capítulo próprio.

No entanto, como assevera Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2006, p. 656), apoiado nos entendimentos de Canotilho e Calmon de Passos, o acesso à atividade jurisdicional em tempo razoável deve significar o que traduziu como “processo sem dilações indevidas⁴”, acrescentando que a busca pela celeridade jamais pode traduzir-se em “diminuição das demais garantias processuais constitucionais”, citando exemplos como a supressão do contraditório ou a dispensa da fundamentação das decisões judiciais, dentre outros.

Verifica-se, também, que a expressão “*acesso à ordem jurídica justa*” (ideia que será desenvolvida de maneira mais adequada no decorrer do presente trabalho) é comumente utilizada para designar “acesso à justiça”, o que significaria dizer acesso ao exercício da função jurisdicional e, conseqüentemente, ao pronunciamento judicial, não só em tempo razoável, mas, também, assegurando-se tudo mais que informa o instituto do devido processo legal (constitucional).

Certo é que não há como o indivíduo ter acesso a uma “ordem jurídica justa” se não se fizer acompanhar por profissional habilitado, apto a prover-lhe assistência jurídica integral (seja advogado constituído, seja defensor público); nem se, na hipótese de não possuir recursos para a contratação de advogado, não conseguir atendimento junto à Defensoria (em virtude de não haver Instituição estruturada na localidade em que se encontra ou da falta de infraestrutura decorrente dos atendimentos em massa e do desinteresse político-legislativo na regulamentação adequada da Instituição); e muito menos se, em nome de uma pretensa celeridade “processual”, lhe forem negados contraditório e ampla defesa ou qualquer outra garantia constitucional processual.

O simples fato de o indivíduo não estar devidamente representado ou assistido, por si só, já obsta sua participação democrática (ampla defesa, contraditório e isonomia) no processo, pois, como é cediço, a experiência forense revela que faltam à maioria dos litigantes condições para discursar (argumentar) adequadamente na defesa de seus direitos e conhecimento específico acerca do procedimento (defesa técnica).

⁴ O autor se utiliza também da expressão “etapas mortas do processo” para explicar o que seriam as dilações indevidas.

Com isso, indaga-se: os mecanismos de facilitação do acesso à “justiça” contribuem, efetivamente, para a construção do Estado Democrático de Direito?

Considerando-se o modelo constitucional de processo, desenvolvido a partir da obra de Andolina e Vignera⁵, e a necessidade daquele que é parte no processo de participar de forma efetiva na construção do provimento final, através de uma argumentação discursiva, tem-se como inadmissível a institucionalização, através de dispositivos legais, de mecanismos de facilitação do acesso à “justiça” que ocasionem a supressão de direitos e garantias fundamentais.

Se a normatização dos mecanismos de facilitação de tal acesso acaba por violar direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional, por impedirem uma efetiva participação do mesmo na construção do provimento final (decisão judicial), através do qual o Poder Judiciário se pronuncia – seja porque inabilitado, do ponto de vista técnico-jurídico, seja porque inadequadamente representado ou assistido, seja porque vilipendiadas as conquistas teóricas consagradas pelo texto constitucional – então, o indivíduo não estaria apto a participar do processo, pois, por óbvio, teria obstada sua adequada atuação, malferindo-se, em última análise, os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana⁶.

Os mecanismos de facilitação do acesso à “*justiça*”, muitas vezes, ao invés de assegurarem a efetividade de um direito fundamental (acesso ao exercício adequado da função jurisdicional), ofendem o devido processo constitucional e não contribuem para a construção do Estado Democrático de Direito, transformando o processo em mais um “instrumento”⁷ de exclusão social e, não, de inclusão do cidadão no cenário democrático.

Ainda que outros mecanismos possam ser apontados como facilitadores do “*acesso à justiça*”, no presente estudo serão abordados apenas três,

⁵ O desenvolvimento do modelo constitucional de processo a partir dos citados autores é detalhadamente descrito em diversos trabalhos, merecendo destaque a clareza de Flaviane de Magalhães Barros, na obra **(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11690/08 e n. 11719/08** (Belo Horizonte: Del Rey, 2008), na qual faz completa introdução ao tema e, posteriormente, desencadeia pensamento próprio, fazendo apropriações que aperfeiçoam a teoria.

⁶ Artigo 1º, CR/88.

⁷ A expressão “instrumento” utilizada neste trecho nada tem a ver com a visão instrumentalista do processo – como instrumento a serviço da jurisdição – difundida pela Escola Paulista.

especificamente: a assistência jurídica, a assistência judiciária e as hipóteses em que o indivíduo se encontra autorizado a dirigir-se aos órgãos jurisdicionais sem a necessidade de fazer-se representar por advogado (capacidade postulatória), às quais se aplica o instituto denominado *jus postulandi*. A abordagem acerca dos mecanismos mencionados não será meramente teórica, mas, sobretudo, voltada para discussões de ordem prática, buscando-se apontar algumas consequências nefastas para os jurisdicionados decorrentes de sua utilização.

No primeiro capítulo, a análise recairá sobre a expressão “*acesso à justiça*”, partindo-se, primeiramente, da referência a algumas questões semânticas e filosóficas, após o que será feita, de forma sucinta, breve abordagem da obra de Cappelletti e Garth, apontados pelos estudiosos⁸ como os responsáveis pelo fomento, na década de 70, do movimento de acessibilidade.

A seguir, o exame incidirá sobre a assistência jurídica, salientando as precárias situações que decorrem do (cada vez mais crescente) atendimento em massa (miserabilidade) e da ausência de estrutura ou infraestrutura para a realização de tal atendimento (exclusão decorrente da não participação).

No terceiro capítulo, o objeto de estudo será a assistência judiciária, destacando-se os transtornos que decorrem, não só de seu indeferimento, mas, também, de sua concessão.

⁸ A busca pelo exercício da função jurisdicional de modo a efetivar direitos e garantias fundamentais há muito vem sendo discutida, conforme nos adverte Fernando Horta Tavares, no artigo intitulado **Acesso ao Direito, Duração Razoável do Procedimento e Tutela Jurisdicional Efetiva nas Constituições Brasileira e Portuguesa: um estudo comparativo**, in Felipe Daniel Amorim Machado; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Org.). **Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro**. 1ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2009, vol. 1, p. 265-266: “As preocupações com a resolução dos conflitos humanos em bases preferentemente equilibradas no binômio tempo e segurança jurídica alinham-se, já há algum tempo, a um outro tipo de pensar a Vivência, que é a frustração de Homens e Mulheres ante as dificuldades de acesso às estruturas estatais criadas com vistas a técnicas mais eficazes.

O ‘Projeto de Florença’, desenvolvido no decorrer da década de 70, e que acabou sendo conhecido como o ‘Movimento de Acesso à Justiça’, tendo à frente Mauro Cappelletti e Bryant Garth, é fruto das ondas reformadoras do Direito Processual na tentativa de se dar uma resposta razoável ao surgimento de ‘novos direitos’ (meio ambiente, consumidor, participação em tribunal) e à ‘litigiosidade contida’ daí advinda e que, supostamente, o ‘velho’ Direito Processual não vinha correspondendo, pois, segundo boa parte da doutrina, não propiciaria um efetivo ‘acesso a uma ordem jurídica justa’, aos cidadãos ávidos por soluções ‘efetivas’ para as questões submetidas ao Estado-juiz”.

Posteriormente, estudar-se-á o instituto do *jus postulandi*. A pesquisa não se deterá nas hipóteses de cabimento (ou seja, nos dispositivos legais que elencam os casos de dispensa de advogado); porém, nas questões mais graves, como, por exemplo, o desrespeito ao preceito constitucional que estabelece, sem qualquer ressalva, a indispensabilidade do advogado como condição para o adequado exercício da função jurisdicional. Neste ponto, será destacada, também, a contrariedade a princípios que são indissociáveis do modelo constitucional de processo, mormente, ampla defesa, contraditório, isonomia e fundamentação das decisões.

Por derradeiro, serão pontuadas, no presente trabalho, as conclusões às quais conduziu a pesquisa.

2 ACESSO À JUSTIÇA

2.1 A obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth

Mauro Cappelletti e Bryant Garth apresentam a própria obra como um ensaio introdutório aos volumes da série sobre *Acesso à Justiça* do conhecido e multicitado *Projeto de Florença*, advertindo que nenhum sistema jurídico “é imune à crítica” e indagando “como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 7).

Ao argumento de que a expressão, que é também título de sua obra, é de difícil delimitação quanto ao significado, sustentam os autores que a locução *acesso à justiça* serve para estabelecer dois pilares fundamentais do sistema jurídico:

Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (...) sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, *pressupõe* o acesso efetivo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Com isso, asseveram Cappelletti e Garth que o desiderato primordial a ser alcançado através do relatório em exame é definir quais aspectos interferem na acessibilidade, com o claro intuito de “tornar efetivos – e não meramente simbólicos – os direitos do cidadão comum”, o que exige “reformas de mais amplo alcance e uma nova criatividade (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8)”.

Ao cuidar da evolução do conceito teórico de “acesso à justiça”, os autores esbarram em três aspectos que antes não “incomodavam” e, sequer, eram pensados como obstáculo à acessibilidade analisada, sendo eles: a pobreza, “no sentido legal” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9) (significando, aqui, a passividade do Estado diante da falta de aptidão dos indivíduos “para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente”), o custo e a transposição de uma preocupação voltada, quase que exclusivamente, para a proteção de interesses de caráter eminentemente individual, para uma

preocupação com a defesa de direitos que apresentavam uma natureza mais coletiva (em decorrência do reconhecimento de direitos transindividuais – coletivos, difusos e individuais homogêneos), compreendidos, então, como “novos direitos”.

Reconhecendo a importância cada vez mais crescente da efetividade do direito de “*acesso à justiça*”, Cappelletti e Garth asseveram, que referido direito “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” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12), salientando, todavia, que os órgãos jurisdicionais não podem ser considerados como a “única forma de solução de conflitos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12), numa expressa referência ao que se convencionou denominar meios alternativos de pacificação social, ou seja, hipóteses em que a composição de conflitos de interesses se dá sem a necessidade de intervenção do Estado, dentre os quais se elencam a autotutela (não em sua concepção originária, mas, como hipóteses de autodefesa autorizadas pelo Estado, dentro de limites previamente estabelecidos em lei), a autocomposição (em todas as suas formas: renúncia, desistência, submissão e transação), a arbitragem e a mediação.

Cappelletti e Garth apontam as custas processuais como o primeiro obstáculo a ser vencido, considerando os altos custos de um processo, incluindo-se todas as despesas, bem como honorários (não só advocatícios, mas, também, periciais). Dentro deste ponto, inserem comentários sobre os Juizados hoje nominados Especiais (antigos Juizados de Pequenas Causas, como ainda consta no texto constitucional de 1988 – Artigo 98, inciso I), e o tempo do processo, numa clara referência ao atual *princípio da celeridade* (que assegura a duração razoável do procedimento – inciso LXXVIII, acrescentado ao Artigo 5º da CR/88, através da EC nº 45/2004).

Como segundo óbice ao “*acesso à justiça*”, os autores chamam à atenção o que houveram por bem denominar “possibilidade das partes”, focando, primeiramente, a desigualdade decorrente de recursos financeiros, cuja interpretação de texto revela, já naquela época, críticas à não participação isonômica (“paridade de armas”) e à “passividade judicial” (no entanto, a fala

sugere um caminho oposto, como que a indicar a possibilidade de o juiz suprir a deficiência de uma das partes, abrindo precedentes para um ativismo judicial exacerbado, através do qual o juiz estaria apto a decidir visando a alcançar “*justiça*” de cunho social ou econômico).

Os autores põem em foco a falta de aptidão das partes para o reconhecimento de direitos e sua defesa, do que se depreende que o “acesso à justiça” perpassa pelo “acesso à (in)formação”. Neste aspecto, Cappelletti e Garth referem-se a uma limitação do conhecimento para ajuizar-se uma ação (bem como acompanhar todo o processo) e, aqui, encontra-se um dos pontos relevantes a ser melhor desenvolvido no capítulo que terá por objeto o estudo do instituto do “*jus postulandi*”.

Salientando que o acesso à informação é um pressuposto primordial e prioritário, afirmam os autores que

Essa falta de conhecimento por sua vez, relaciona-se com uma terceira barreira importante – a disposição psicológica das pessoas para recorrer a processos judiciais. Mesmo aqueles que sabem como encontrar aconselhamento jurídico qualificado podem não buscá-lo.

(...)

Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 23-24).

Não há como exercer, seja de forma pacífica (amigável), seja de modo contencioso, um direito do qual, sequer, se sabe ser titular. Apesar do volume de processos que abarrotam os órgãos jurisdicionais, a maior parte da população não exerce seus direitos por não ter condições sócio-econômicas para tanto ou, simplesmente, por desconhecê-los. Não se sabe dizer o que pode ser mais grave.

E, por fim, Cappelletti e Garth ressaltam problemas específicos afetos aos interesses que denominaram difusos, frisando a dificuldade em torno da legitimação para agir, e que o rol de legitimados estabelecido em lei, não raras vezes, limita o acesso⁹.

⁹ Um dos cerne das pesquisas desenvolvidas pelo Professor Doutor Vicente de Paula Maciel Júnior, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, é, justamente, a questão da legitimidade para agir, a partir da teoria por ele elaborada (**Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006).

Concluem os autores, com franca observação, que “Muitos problemas de acesso são inter-relacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 29)”.

Como solução para os problemas apresentados, Cappelletti e Garth discorrem sobre as chamadas “três ondas”: assistência judiciária para os pobres, a representação dos interesses difusos e um modelo mais amplo de acesso (que denominaram “*enfoque de acesso à justiça*”, abrangendo vários dos aspectos tratados no bojo da obra).

Não há como negar a influência do movimento de “acesso à justiça” decorrente do estudo desenvolvido por Cappelletti e Garth no sistema processual brasileiro, muito menos que alguns dos “avanços” existentes no ordenamento jurídico pátrio foram, inclusive, percebidos pelos autores, conforme o demonstra a nota de rodapé nº 109, constante da página 56 da obra em exame, a qual faz referência à Lei nº 4.717/65, que disciplina a Ação Popular.

2.2 Algumas questões semânticas e filosóficas

Não é nova nem atual a discussão acerca da dificuldade de delimitar-se o significado do vocábulo *justiça*¹⁰, embora se perceba, como adverte Nelson

¹⁰ Palavra de origem latina: *justitia*. Sobre ela, em breve prefácio, comenta Rainer Forst: “O conceito de ‘justiça’ é, em geral, simbolizado de modo bem determinado: como a *Justitia*, de olhos vendados, com uma balança numa das mãos e uma espada na outra. Os olhos vendados simbolizam a imparcialidade, sua característica central; a balança representa a ideia de ponderação, de medida igual, que atribui ‘a cada um o seu’; a espada sublinha o caráter definitivo e a autoridade de seu juízo. A justiça é a virtude político-moral mais elevada, pela qual podem ser medidas como um todo as relações jurídicas, políticas e sociais – a estrutura básica da sociedade. Contudo num olhar mais preciso, manifestam-se dúvidas sobre essa apresentação da ideia de justiça. Em que está fundamentada sua autoridade normativa, uma vez que a lei divina ou natural perdeu sua validade? A ‘justiça’ não significa sempre alguma coisa diferente, dependendo do que em cada época e cultura se considera como justo? Imaginemos a *Justitia* numa sociedade religiosa e política caracterizada de modo completamente diferente: a justiça ainda apela a conceitos morais universalistas, comuns? A venda nos olhos dá também motivo a questionamentos: que tipo de representação de imparcialidade é esta que, ‘sem fazer distinções entre as pessoas’ pretende ser ‘justa’ para pessoas individuais? Uma razão que se afasta das experiências humanas concretas não corre o risco de se tornar ela mesma cega frente às necessidades diferentes dos seres humanos? Se nos voltarmos para o símbolo da balança, a pergunta será: como a razão pode encontrar uma

Saldanha (1977, p. 305), que em “quase todas as línguas dos povos ocidentais (e dos clássicos), as palavras que designam a idéia de justiça têm ligação com a idéia de retitude. Como também as que designam a idéia de direito”.

Desde a antiguidade, filósofos¹¹ debruçaram-se sobre o tema sem, no entanto, chegarem a uma conclusão satisfatória (em verdade, as indagações sempre superaram as respostas). Tanto assim, que inúmeras teorias (inacabadas e constantemente refutadas) foram e são, até hoje, elaboradas por estudiosos de diversas áreas do conhecimento humano (filósofos, juristas, sociólogos, economistas etc.) e encontram-se, inexoravelmente, ligadas, não raras vezes, a sentimentos e a valores que exigem certo grau de abstração (tais como afinidade, virtude, alteridade, bondade, caridade etc.).

Parafraseando pequeno trecho da narração desenvolvida por Paulo José em documentário visceral denominado “*A Ilha das Flores*”¹² (FURTADO,

medida uniforme para a complexidade de pretensões conflitantes? E o emprego da espada não pressupõe um juízo definitivo e infalível, fundado em normas válidas de modo absoluto, inacessível aos seres humanos?” (**Contextos da Justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo**. Tradução Denílson Luís Werle. São Paulo: Biotempo, 2010).

¹¹ Nelson Saldanha esclarece que: “Seria possível afirmar que o desejo de justiça tem acompanhado todas as épocas e todas as civilizações. Certamente que tem havido diferentes concepções do que seja a justiça, mas sempre o problema esteve presente, quase como um arquetipo, nas representações e nas indagações de todos os povos. Todas as religiões têm sido portadoras de alguma idéia de justiça; o judaísmo, inclusive, legou algumas noções basilares a respeito do assunto.

Na Grécia pré-socrática, a justiça foi considerada como ‘decisão’ (*dike*), impregnada de representações míticas, em alternância com *themis* (‘conselho prudente’). Com Sócrates, o pensamento grego firmou conceitualmente a exigência de simetria entre o justo agir e o reto pensar. Platão erigiu todo o seu sistema político à base da temática da justiça: a justa ordenação da cidade como correlato da correta colocação dos homens em seus lugares sociais. Também Aristóteles fez girar sua ética sobre a noção de justiça. O estoicismo, postulando uma elevação do espírito ao nível do *cosmos*, e do *logos* cósmico, pretendeu derivar dessa elevação o entendimento (e a aceitação) da realidade como algo justo.

O Cristianismo, tomando o legado judaico, indicou uma nova visão do problema, com a referência à justiça divina e com a lei de amor ao próximo: mais a caridade, aliás, do que a justiça. Nos séculos ditos medievais, muito se pensou sobre a justiça, não só nos textos mais tarde “consagrados”, mas também na crítica social contida na literatura (inclusive a literatura das chamadas heresias). O pensamento moderno tem apresentado numerosas reflexões sobre o tema, inclusive com Leibniz, nos inícios do Iluminismo. Liberais e socialistas falaram enfaticamente de justiça, ao tempo da Revolução Francesa e durante o século XIX. No século XX, as duas grandes guerras e o advento do mundo soviético, do fascismo e do nazismo, têm propiciado novos questionamentos, que em nossos dias prosseguem, à vista da violência crescente e de outras guerras, opressões e desigualdades. Os juristas, pelo lado do formalismo ou pela via axiológica, continuam a indagar em torno do assunto” (*in Enciclopédia Saraiva do Direito*. Coordenação do Professor R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 305).

¹² O filme retrata a dinâmica de uma sociedade consumista de forma densa e dramática, mostrando como o alimento que é descartado por muitos, por se entender não aproveitável ao consumo, é disputado por aqueles que ocupam as faixas da miserabilidade, numa espécie de “lixão” depois de ser descartado até mesmo para servir de alimento aos porcos. Uma das frases mais marcantes da narração: “*O que coloca os seres humanos da Ilha das Flores depois*

1989), pode-se dizer que “*justiça é uma palavra que o sonho humano alimenta, que não há ninguém que explique e ninguém que não entenda*”.

Kelsen¹³ revela toda a angústia de buscar-se uma definição sobre o que seja *justiça*, em estudo minucioso que teve por objeto as concepções pensadas pelos filósofos gregos clássicos (sobretudo Sócrates e Platão), objetivando, ao final de sua obra, harmonizar as ideias de *justiça* e *direito*.

Fato é que se discute não só qual a melhor delimitação conceitual, mas, também, quais são as “espécies” de *justiça* (política, legal, social, econômica, coletiva, individual, dentre outras). Daí falar-se, por exemplo, em *justiça comum* (ou mesmo *pública*, no sentido de coletividade) e em *justiça particular*.

Nos grupos sociais primitivos, em que vigorava a Lei de Talião (simplistamente traduzida pelo brocardo “*olho por olho, dente por dente*”),

dos porcos na prioridade de escolha de alimentos é o fato de não terem dinheiro nem dono. O ser humano se diferencia dos outros animais pelo tele-encéfalo altamente desenvolvido, pelo plegar opositor e por ser livre. Livre é o estado daquele que tem liberdade. Liberdade é uma palavra que o sonho humano alimenta, que não há ninguém que explique e ninguém que não entenda”.

¹³ Ao tratar do tema “A essência da Justiça”, Kelsen questiona: “Então, o que é verdadeiramente o Bem, que, em algum sentido, contém também a justiça? Esta a pergunta capital, que, irrespondida, faz de quase todos os diálogos de Platão fragmentos incompletos, e, de seus esforços, meros questionamentos sem solução, tão-somente pontos de partida sem qualquer conclusão. O que é pois esse Bem, que significa a felicidade tanto do indivíduo quanto do todo, visto que a felicidade não é um sentimento subjetivo, mas um estado objetivo: a ordem da justiça? Esse Bem que constitui o objeto, o único e verdadeiro objeto do conhecimento genuíno? Trata-se da meta direta ou indireta da maioria dos diálogos de Platão, inclusive dos que antecedem a *República*. Tal o caso do *Laques*, que tem por objeto a coragem, a qual, no entanto, é ali definida como um saber acerca do Bem; do *Protágoras*, a cujo problema central pertence a pergunta sobre o sentido do Bem; do *Cármides*, esse diálogo acerca da *sofrosine*, da qual se afirma ser o conhecimento do Bem seu componente mais essencial; do *Hípias Maior*, que trata da essência do Belo, entendendo-o claramente como o Bem. Até sua grande obra sobre o Estado, os esforços de Platão não foram além de tautologias inteiramente desprovidas de sentido. O *Trasímaco* – primeiro livro da *República* – mostra bem a situação em que se encontrava a investigação platônica ao final desse período de sua produção. O conteúdo objetivo do que se busca sobre o nome de “Bem” ou “justiça” ainda não está definido. Tampouco a percepção, adquirida junto aos pitagóricos, de que a retribuição é a essência da justiça e de que a certeza de sua existência estaria assegurada pela crença no Além, traz qualquer outra contribuição no que se refere ao conteúdo da justiça. “Paga”, afinal, significa apenas que se há de ligar o Bem ao Bem – isto é, à recompensa – e, portanto, o Mal ao Mal, ou seja, à punição, mas não é o verdadeiramente decisivo: no que consiste o Bem, quando se deve considerar bom um comportamento humano, e mau o comportamento oposto. A definição da justiça como retribuição é de caráter puramente formal; tanto quanto a igualdade ou a harmonia, são todas idênticas no fundo, na medida em que postulam que coisas iguais se contrabalaçam, se equilibram; trata-se, pois, de um conceito formal da ordem na medida em que a paga aponta apenas para um procedimento no qual o Bem se concretiza e o Mal é aniquilado. De qualquer modo, se desejamos aplicar esse procedimento, é preciso saber primeiro o que é o bom (e o que é o mau). Como retribuição, a justiça é, por assim dizer, apenas a forma a partir da qual o Bem recebe o seu conteúdo” (*in A ilusão da Justiça*. Tradução Sérgio Tellaroli; revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 446-448).

falava-se em *justiça privada* (na qual prevalecia a vontade – a “lei” – do mais forte). Quando o Estado avocou a responsabilidade de dirimir os conflitos que ocorriam no meio social, a fim de evitar a degradação da sociedade decorrente da falta de razoabilidade e de proporcionalidade próprias da vingança privada, passando, assim, a exercer o monopólio da solução desses conflitos, originou-se a chamada *justiça pública*.

No âmbito jurídico, percebe-se que a ideia de justiça está intimamente relacionada à de pretensão¹⁴, tanto assim que é notória a frase apropriada pela ciência do direito (e mecanicamente repetida nos meios acadêmicos): *fazer justiça é dar a cada um o que é seu por direito*¹⁵, salientando-se que cabe à ordem jurídica estabelecer direitos e deveres, bem como criar os mecanismos para satisfazê-los.

¹⁴ Neste ponto, a ideia de pretensão é trazida tal como comumente estudada nos meios acadêmicos, vale dizer, tal como refletida na norma civil (“violado o direito, nasce para o titular a pretensão” – Artigo 189, Código Civil)

¹⁵ Johannes Messner assinala que: “A palavra justiça significa um equilíbrio entre pretensão e prestação. Daí que se use em dois sentidos. Se dizemos que a justiça exige algo, estamos pensando em direitos a que se deve corresponder; pensamos também, por conseguinte, na obrigação que há de respeitá-los. No primeiro caso, figura em primeiro plano a idéia da *ordem da justiça* em que se fundam pretensões jurídicas em virtude do direito natural ou do direito legal. No segundo caso, está em primeiro plano a idéia da *virtude da justiça*, como disposição para cumprir os deveres jurídicos. Ambos os aspectos do conceito são indissolúvelmente unidos, e por conseguinte, devem ser visíveis no conceito de virtude. É por isso que, ao definir a justiça, afirmamos que ela é a firme disposição (*habitus*) da vontade para satisfazer as pretensões jurídicas de cada um, ou, mais sucintamente, a conduta de dar a cada um o que é seu. Portanto, a justiça é a virtude determinada pelo princípio jurídico supremo do *suum cuique*, imediatamente cognoscível. O *suum* consiste, em cada caso, numa pretensão jurídica fundada no direito objetivo, correspondendo a essa pretensão o dever da justiça, como virtude subjetiva manifestada numa ação ou numa omissão. Daí se infere que *a justiça se baseia no Direito e não o Direito na justiça*. Primeiro estão os direitos; e a conduta que se harmoniza com os direitos de outros é que constitui a virtude da justiça.

Pôr este motivo, a justiça não se pode basear na simples consciência jurídica, nem num simples sentimento jurídico ou num mero sentido da justiça, nem ainda na experiência da sua utilidade ou no sentimento de valor. Tôdas as tentativas que se fizeram para encontrar dêsse modo um fundamento da pretensão jurídica ficam a meio caminho; acontece o mesmo com as tentativas de fundamentar a ética no sentimento moral: pelo menos, se se fala de filosofia e ética científicas do Direito, como é o nosso caso. Temos frisado constantemente que, em diversos aspectos, concedemos a máxima importância à consciência jurídica como faculdade racional e sensível; mas, por outro lado, também não deixamos de sublinhar que a consciência jurídica, o sentimento do Direito e do valor, são insuficientes por estarem sujeitos ao erro subjetivo. O que faz falta realmente, para conhecer em termos científicos a verdade do Direito e do valor, são critérios objetivos. Dentro da realidade do Direito propriamente dita, o que constitui fundamento da ordem jurídica não é a consciência jurídica subjetiva: é, sim, a consciência jurídica social, que tem uma essência objetiva, pois, embora proceda da consciência jurídica natural, está ligada nos seus efeitos aos requisitos objetivos fundados na natureza social do homem” (*in Ética Social*. Tradução de Alípio Maia de Castro. São Paulo: Editora Quadrante, 2007, p. 412-413).

Outra observação é que, quando o vocábulo *justiça* é grafado com a inicial maiúscula, é utilizado para designar o próprio Poder Judiciário ou um determinado conjunto de órgãos jurisdicionais que integram sua estrutura (são exemplos que confirmam tal asseveração o fato de referir-se à Justiça Estadual, à Justiça Federal, à Justiça do Trabalho, à Justiça Militar, à Justiça Eleitoral etc.).

Tem-se, portanto, que a imprecisão do termo *justiça* debilita, ainda mais, a compreensão da locução “*acesso à justiça*”, propiciando equívocos não só para os operadores do direito, mas, principalmente, para os jurisdicionados (entendidos, aqui, como os destinatários aptos a fruir do adequado exercício, por parte do Estado, da *função jurisdicional*).

2.2.1 “Acesso à justiça” como acesso à “ordem jurídica justa”

Já nas derradeiras páginas de sua obra, Dinamarco (2008, p. 359) esclarece que todo o trabalho ali desenvolvido “volta-se a essa síntese muito generosa que na literatura moderna leva o nome de *acesso à justiça*”. Com isso, conclui que

Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vista a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja no plano constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à idéia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios (DINAMARCO, 2008, p. 359).

Argumentando que o “*acesso à justiça*” configura a convergência de todas as garantias processuais somadas, sendo elas, no seu entendimento, a garantia do ingresso em juízo (que se “materializa” através da norma contida no inciso XXXV, do Artigo 5º da Constituição da República), do devido processo legal, do contraditório, do juiz natural e a da igualdade entre as partes, Dinamarco (2008, p. 361) assevera “que o processo tem por escopo magno a pacificação com justiça”, sendo “indispensável que todo ele se

estruture e seja praticado segundo essas regras voltadas a fazer dele um canal de condução à *ordem jurídica justa*". Tal acesso, para o citado autor, está inexoravelmente ligado à efetividade do processo, uma vez que o concebe como instrumento da jurisdição, a qual se coloca "**ao centro da teoria processual**"¹⁶ (DINAMARCO, 2008, p. 90). Todavia, a preocupação de Dinamarco em colocar no centro da ciência processual o estudo da *jurisdição*, e enaltecer sua natureza de poder, revela que, em verdade, a *função jurisdicional*, assim concebida, deveria ser inserida na *Teoria Geral do Estado* e, não, do Processo.

Ao cuidar de tal questão, já em suas conclusões, Dinamarco (2008, p. 378), a despeito de reconhecer que o exercício da atividade jurisdicional esbarra nos limites legais, resume que o juiz deve atribuir valor às situações e analisar os fatos colocados à sua apreciação para julgá-los "de acordo com os **reais sentimentos de justiça correntes na sociedade de que faz parte** e dos **quais ele é legítimo canal de comunicação**" (destaques e grifos não constantes do texto original), acrescentando:

"sempre que os textos comportem mais de uma interpretação razoável, é dever do juiz optar pela que melhor satisfaça ao sentimento social de justiça, do qual é portador (ainda que as *palavras* da lei ou a *mens legislatoris* possam insinuar solução diferente). Ele há de interpretar a prova e os fatos, também, por esse mesmo critério" (DINAMARCO, 2008, p. 378).

Jeanine Nicolazzi Philippi (2001, p. 386), indagando se a palavra do "Outro" (aquele que detém o poder de mando sobre os demais) seria a única possibilidade de compreensão da lei (e, aqui, a expressão *lei* é utilizada no sentido de criação normativa, *lato sensu*), aduz que "a leitura cruzada entre direito e psicanálise questiona essa *via régia* percorrida pelos discursos jurídico-políticos a partir da tradição romano-medieval, ao enfatizar a especificidade do desejo que circula em torno da inscrição dessa normatividade, e, com isso, procura deslocar o eixo das análises centradas na

¹⁶ Mesmo não se referindo ao cerne do presente estudo, faz-se mister breve comentário acerca do equívoco de Dinamarco neste ponto: considerando o entendimento do autor de que jurisdição é **poder** exercido pelo Estado, através da figura do juiz (Estado-juiz), não deveria a mesma gravitar no centro da *teoria processual*; deveria, sim, ser objeto de estudo de *teoria do Estado*, por se tratar de uma de suas funções essenciais.

idéia de um indivíduo *consumidor* de normas para a explicitação da responsabilidade do sujeito produtor de legalidade”.

A ideia, defendida e difundida pelos instrumentalistas, de que o julgador, em virtude de sua experiência e por ser o detentor de um *saber* quase sobrenatural, de uma *sensibilidade* e de um *bom senso* ou *senso de justiça* (concepção que reduz a função jurisdicional, na modernidade, a mera atividade judicante), é capaz de substituir, “satisfatoriamente”, o devido processo (constitucional), posto que se vislumbra o processo como um instrumento a serviço da jurisdição para o alcance de escopos metajurídicos, acarreta, nos dizeres de Rosemiro Pereira Leal (2002, p. 32),

(...) um clientelismo consumista episodicamente satisfeito numa lógica fetichizada de um *mercado de decisões ágeis*, sem que os conflitos sociais e econômicos sofram redução pelo exercício fiscalizatório popular e incondicional de controle da constitucionalidade democrática na base de produção e aplicação das leis no marco jurídico-teórico do *devido processo constitucional*.

Esse *fetichismo*, de produção de decisões judiciais (meramente no aspecto quantitativo), ganhou mais potência a partir da interpretação equivocada que se faz acerca do princípio da celeridade procedimental (e, não, processual), há muito já reconhecido, mas inserido, expressamente, no texto constitucional a partir da Emenda nº 45/2004 (que acrescentou ao Artigo 5º o inciso LXXVIII), permitindo uma atuação judicante menos adstrita ao ordenamento jurídico, vilipendiando o princípio da reserva legal.

As ideias da chamada Escola Paulista são nocivamente absorvidas por diversos autores que se colocam à disposição para, consciente ou inconscientemente, divulgá-las/propagá-las, às vezes ainda mais distorcidas e falaciosas, como demonstra Paulo Cesar Santos Bezerra (2008, p. 132), em obra que, apesar de encontrar raízes no pensamento dominante, busca perquirir acerca do tema “*acesso à justiça*”, abordando-o como “um problema ético-social no plano da realização do direito”, ao comentar trechos da dicção de Joaquim Falcão em obra intitulada *Justiça: promessa e realidade*¹⁷, na qual este último assevera que

¹⁷ Dados da obra referenciada: Organização AMB. RJ: Nova Fronteira, 1996, p. 272-273

(...) se conseguirmos aumentar a oferta de sentença, este aumento terá um impacto positivo no crescimento da demanda. As formas alternativas de solução de conflitos, dentre elas destaca-se a lei do mais forte, a violência e a passividade que destroem a cidadania, perderão público e força. (...) acredito fortemente no poder educativo e exemplificativo de sentenças ágeis - minimamente justas, é óbvio - motor principal do aumento da demanda. Um judiciário mais legítimo, porque mais eficiente, porque produziu sentenças mais rapidamente é, no Brasil de hoje, a melhor receita contra a violência.

A ágil produção de sentenças, “minimamente justas” (como sugere o referido autor), por si só, já configura uma violência perpetrada pelo próprio Estado em detrimento dos indivíduos, se alcançada através da violação dos princípios que orientam o modelo constitucional de processo.

Com razão Rosemiro Pereira Leal (2002, p. 32) quando conclui que, através de uma “*jurisdição* compulsoriamente decisória”, substitutiva do processo, “desentulha-se o Judiciário e se perpetua a autocracia”. Nenhuma outra colocação seria mais lúcida, bastando que se verifiquem as últimas reformas sofridas pelos Códigos de Processos (Civil e Penal) e as propostas para novos Códigos, que reforçam a concepção equivocada de “poder” e o concentra cada vez mais “nas mãos” dos juízes.

André Del Negri (2008, p. 44-45), ao desenvolver estudo sobre “O Estado e a metafísica do ‘poder’ na contemporaneidade”, percorre a história para demonstrar as mutações que o conteúdo do conceito de *poder* sofreu, trazendo uma concepção mais adequada ao reforçar que, na atualidade, o poder encontra seu fundamento na legalidade legitimada, o que nos remete à ideia de que o poder emana do povo, em nome de quem deve ser exercido, e conclui que

(...) o *Estado* não é um ser psicológico, e essa tentativa de psicologizar o Estado com expressões “o Estado quer”, o Estado deseja”, não encontra guarida na contemporaneidade indexada ao pensar democrático construído a partir da quebra da tríade poder-tradição-autoridade. O que emerge dessa reflexão é que a palavra *poder* não tem os significados de violência que lhe deram a história ou que lhe possam dar alguns estudiosos tardios da modernidade, uma vez que “poder”, para nós, é sinônimo de *supressão de diálogo*, e, portanto, não encontra mais acolhida na pós-modernidade que preza a quebra da tradição e da autoridade. Daí, a necessidade de a palavra sofrer um metamorfoseamento e passar a ser utilizada, neste livro, no sentido de *dever*, de respeito à *lei escrita* criada pelo Povo como legitimador do ordenamento (povo como instância global de atribuição da legitimidade democrática) ou, ainda, com a denominação de atividade ou função (atividade constituinte, atividade

legislativa, função estatal, atividade jurisdicional) a fim de fugir da aplicação nomenclatural do autoritarismo dos órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes de um Estado.

A reflexão sobre as colocações acima transcritas é de importância ímpar, uma vez que refuta o entendimento de que o processo é instrumento de composição de litígios e de que, com o objetivo de atingirem-se escopos metajurídicos, o julgador, não só pode como deve, valer-se de sua *sensibilidade* para dirimir o conflito com “*justiça*”, promovendo a pacificação social, e propiciando o acesso à “*ordem jurídica justa*”. Tal ordem somente será justa se for alcançada com a efetiva participação dos envolvidos e afetados pela decisão na construção do pronunciamento emanado dos órgãos jurisdicionais, pois, ainda que sejam atos imperativos do Estado, não podem ser fruto da imposição arbitrária de sua “vontade”. No Estado Democrático de Direito o provimento só é legitimado pela participação, em igualdade de condições, dos interessados, cabendo ao juiz, tão somente, aplicar o direito de acordo com as normas que integram o ordenamento jurídico. A ordem jurídica somente poderá ser qualificada de “justa” após tal aplicação, verificando-se, ainda, a obediência imprescindível ao modelo constitucional de processo.

2.2.1.1 Breve excurso sobre “As Leis” de Platão¹⁸

Os diálogos através dos quais se registravam os ensinamentos de Platão, por sugestão de estudiosos, devem ser lidos sequencialmente, a fim de assimilar-se o tema proposto, de um modo geral. Como referidos diálogos se desenvolvem tendo por objeto questões afetas à vida real, a adequada compreensão passa, também, pela identificação dos interlocutores ou da época em que se desenrolaram, já que tais aspectos interferem, consideravelmente, para tal desiderato. Até mesmo as palavras podem ser utilizadas com conotações, ligeira ou totalmente diferentes, posto que tudo é contextualizado.

¹⁸ O presente excurso foi elaborado a partir da leitura do **Livro X de As Leis** de Platão (tradução Edson Bini, Bauru: Edipro, 1ª edição, 1999), bem como dos textos: a) **Como ler um diálogo platônico**, de Samuel Scolnicov (São Paulo: Hypnos, 2003, p. 49-59); b) **A psicologia de Platão**, de T. M. Robinson, tradução Marcelo Marques (São Paulo: Loyola, 2007, p. 187-200); e c) **Política, Teologia e Filosofia nas Leis de Platão**, de Richard Romeiro Oliveira (Belo Horizonte: Síntese, 2007, v. 34, nº 110, p. 335-361).

Na obra de filosofia política denominada “*As Leis*”, Platão busca perquirir sobre a organização da *polis*, isto é, da vida comunitária. E o faz através da verificação da legislação aplicada e da jurisprudência. Neste diálogo, a organização da *polis* é estabelecida através de uma perspectiva teocrática, tendo em vista que as leis apresentavam como fonte o *divino*.

O diálogo de “*As Leis*” ocorre durante o dia quando os personagens – o estrangeiro de Atenas, o jovem cretense Clínias e o espartano Megilo – seguem na direção de uma caverna sagrada, onde se encontra refugiado o santuário de Zeus, ao abrigo da luz do sol, ao contrário do que ocorre no diálogo “*República*”, que se deu à noite, tendo como principal passagem a “*Alegoria da Caverna*”, para que se discutisse acerca da organização da cidade, no qual se erigiu a valor fundamental e privilegiado a religião.

“*As Leis*”, diálogo sobre o qual recai o presente excursão, deu-se num contexto eminentemente político e cuidava de fundar-se uma nova *polis* (é considerado o único diálogo político, uma vez que os personagens estão engajados na vida política da cidade). Todos os seus elementos exercem tarefa de cunho legislativo, objetivando a elaboração de um “código de leis” (*nomói*). Justamente por seu caráter político, aparentemente o discurso filosófico encontra-se menos refinado, pois o diálogo volta-se para a vida política de forma visivelmente mais concreta.

Nele, Platão propôs que a norma jurídica devesse ser precedida de um preâmbulo persuasivo (quase uma exposição de motivos das leis propostas, sobretudo, no que concernia às penas). O preâmbulo, todavia, deveria conter um *logói*, ou seja, um argumento filosófico.

Sendo o último e mais longo de seus diálogos, “*As Leis*” origina-se de um momento de maior maturidade, tendo mais amplitude e, apesar de pouco lido, apresenta significado filosófico importante na vida política da *polis* e na obra de Platão (*corpus platonico*), mostrando-se como um diálogo fundamental.

Ao presente estudo interessa, especificamente, o “*Livro X*” de “*As Leis*”. Nele, a politeia de “*As Leis*” propôs um regime teocrático (teocracia, aqui, como entrelaçamento entre política e religião), uma vez que havia uma inegável influência religiosa em toda a vida civil da *polis*. A religião funcionava (como ainda nos dias de hoje) como um fundamento privilegiado de todas as práticas,

valores e leis propostas pela *polis*, assumindo um valor decisivo no modelo de politéia concebida no diálogo. É possível verificar-se que o elemento teológico se desenvolveu desde o início do diálogo, quando o estrangeiro de Atenas indaga qual é a origem divina das leis das comunidades de Creta e de Esparta. Tal elemento funciona como uma tarefa primordialmente teórica, servindo como referência para que o legislador consiga fazer a mediação entre o divino e o político.

O cenário do diálogo expõe a relevância dos elementos teológicos e religiosos para a melhor compreensão dos elementos políticos da cidade. Assim, a presença da religião é maciça, destinando-se a impregnar toda a vida civil. O local de sua fundação é formado pela *terra-mãe nutriz*, que é divinizado. O legislador manda construir uma acrópole cercada por muros, destinada a Zeus, Atenas e Héstia. A ideia é a de que a acrópole domine a cidade e lhe imponha sua presença piedosa. Doze tribos são formadas e cada uma delas será associada a uma divindade olímpica, promovendo culto e sacrifícios ao seu deus.

Há uma ágora central, a qual deverá ser circundada por templos e outros locais religiosos. Até os rincões da cidade, enquanto habitados por divindades, abrigam altares para venerações. A religião penetra e permeia todos os âmbitos da vida civil. Os templos não funcionam apenas como lugares destinados ao culto religioso, mas, também, para reuniões políticas.

É sugerida uma magistratura que funcione como uma espécie de ministério, ou mesmo, fiscal da educação. O magistrado será eleito no templo dedicado a Apolo e a Hélios, como um ministro. Os eleitos atuam como auditores, responsáveis por fiscalizar o trabalho dos demais magistrados, sendo considerados sacerdotes do deus e residindo no templo onde forem nomeados. Os tribunais devem ser instalados na ágora e as decisões por eles proferidas, revestidas de sacralidade.

Os generais e os outros militares seriam escolhidos da mesma forma.

A fusão religião-direito-política não é uma criação platônica, mas, fez-se uma apropriação desse aparato institucional já existente nas *polis* gregas (vale ressaltar que havia uma religião civil oficial).

As diretivas oriundas dos oráculos orientavam a proposta das leis para a cidade. Objetivando tornar a religião grega tradição, Platão propôs uma purificação moral, a qual se daria através de uma reforma ética. Os deuses, apresentados de forma privilegiada, tinham de ser verazes, justos, dotados de uma representação ética religiosa: era a proposta de uma moralização no que concernia ao trabalho dos deuses e das divindades. Neste ponto, destaque-se, reside a originalidade platônica.

A partir do momento em que a religião se apresentava com natureza eminentemente moral e os deuses passavam a ser concebidos como “garantes” de toda a estrutura comunitária, estes não mais podiam ser introduzidos conforme figuravam na mitologia tradicional: como mentirosos ou enganadores.

Vislumbra-se, a esta altura, o forte entrelaçamento entre política, direito, religião e moral.

Platão pretendia, dessa forma, valer-se da religião (aqui, permeada de moralidade) como mecanismo idôneo, apto a formular a “ordem” da cidade. Há um fundamento religioso de todo o *ethos* na ordem política. As leis devem ser compreendidas do ponto de vista prático e civil, com o intuito de fundamentar-se e de legitimar a vida civil. Seu valor não é teórico ou especulativo, mas, de utilidade política para manter a “boa ordem” na comunidade.

“As *Leis*” privilegiam a politização da teologia.

Assim, a religião atua como um cimento da ordem moral da *polis* (ordem fundamental para a formação da cidade), sendo que, sem ela – a religião – há um comprometimento de toda a obra (estrutura) social, já que não haveria a possibilidade de imposição de sanções divinas (de ordem transcendental).

O *ethos* comunitário encontra uma justificação divina para a efetivação da vida civil. Num primeiro momento, a teologia surge nas leis como um fenômeno visceralmente político, sendo a forma dos legisladores disseminarem os mecanismos de controle por eles considerados como salutares.

A teologia não se mostra como uma especulação teórica, posto que há uma identificação das instâncias (política, religião, direito, moral). Tal ligação decorre do fato de Platão entender que nem todos os indivíduos estavam preparados para assumir e suportar os compromissos sociais. A necessidade

de manutenção da religião encontra guarida no discrepante hiato existente entre o filósofo e a multidão, o que justificaria as duas moralidades.

Filosofia e religião ocorrem no plano político em razão da moralidade “alternativa”: toda a sociedade política precisa de deuses e de cultos. Assim, uma teologia civil garante a moralidade pública e exige o cumprimento de suas normas.

O diálogo “*As Leis*” sugere, também, que a filosofia devesse estar apta a defender o conteúdo religioso contra o ataque dos hereges, que visavam a destruir o *ethos* comunitário. A religião oficial (teologia civil) sozinha não conseguiria defender-se (somente a filosofia consegue defender-se contra as heresias).

No contexto de “*As Leis*”, o ateísmo surge como um fenômeno nocivo e muito perigoso à ordem pública, ou seja, ao *ethos* comunitário, pois esvazia o campo dos valores e o direciona a uma mera convenção engendrada pelos homens.

A disputa *physis X nómos/tékhne* é o elemento filosófico fundamental ateu que ameaça a ordem pública da comunidade. No “*Livro X*”, há uma tentativa platônica de conciliarem-se estes dois elementos.

Para combater o ateísmo, Platão propõe a criação de uma lei contra a impiedade, a qual deverá conter um preâmbulo (repita-se, persuasivo) e um estatuto diferenciados. Não poderá abarcar apenas um conteúdo teórico-retórico. Para obstar os ataques ateístas, era necessário elaborar-se um preâmbulo com uma sequência de *logói* de caráter argumentativo de demonstração.

Referido preâmbulo visava a demonstrar, alternativamente, como funcionava a ordem natural, onde o *noûs* se encontrava presente desde o princípio da naturalidade cósmica. Graças a isso, o estrangeiro acreditava que seria possível superar a clivagem convencionalista do discurso cosmológico ateu.

A filosofia defendia os ensinamentos religiosos oficiais. O intelecto e a racionalidade apareciam como primordiais, estando presentes na natureza.

A teologia filosófica racional figurava como um fator decisivo para manter o *ethos* comunitário, já que era a única em condições de impedir os ataques do ateísmo.

Platão garante a essa lei o mais belo prelúdio de todos os outros preâmbulos, atribuindo-lhe, assim, importância extraordinária. A teologia civil transforma-se na teologia filosófica natural.

Platão inaugura, no “*Livro X*”, um tipo de *logos* que seria fundamental no curso da filosofia ocidental. Seria o primeiro tratado teológico sistemático com um *logos* puramente filosófico acerca da existência dos deuses.

A lei contra a impiedade, no entanto, não é criação de Platão. Em Atenas já havia uma legislação nesse sentido, mas, a ideia do preâmbulo, esta sim, é de origem platônica. A teologia platônica pode ser entendida como um capítulo do Código Penal.

A proposta fundamental dessa teologia era fornecer argumento ao Código Penal, pois ele derivava da deficiência da *Paidéia*. Numa cidade onde viviam homens comuns, nenhuma *paidéia* mostrava-se como meio idôneo a suprimir as deficiências dos seres humanos, impedindo-os de cometer delitos.

A natureza rudimentar dos homens tornar-se-ia refratária de comportamentos dóceis, recorrendo-se, unicamente, à força (coerção) para contê-los. Em toda cidade humana, são necessários os elementos de purificação.

Finalmente, para Platão, a punição não representa uma mera retaliação. A pena teria finalidades terapêutica e pedagógica, pois deveria funcionar como reformadora do caráter (moral) do infrator. Atuaria como uma espécie de cura do *ethos* do indivíduo que cometeu a transgressão para, se não recuperá-lo, ao menos, torná-lo menos mau. Fazendo as vezes da *paidéia*, justamente onde esta falhou, a punição possuía o condão de combinar coerção¹⁹ e ensinamento.

¹⁹ Discorrendo sobre a formação do conceito de lei na civilização helênica, Jeanine Nicolazzi Philippi, na obra intitulada **A Lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre Direito e Psicanálise** (Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 31), revela a influência das ideias contidas neste Diálogo de Platão e elucida suas colocações acerca da necessidade de algo sobrenatural para impor comportamentos, ao reconstruir o caminho trilhado entre direito e religião. Referindo-se ao histórico Código de Hamurabi, assevera: “Considerado o mais extenso e completo código da Antigüidade, esse último documento coloca de maneira inequívoca a procedência divina da lei. Desde o prólogo, Hamurabi esclarece o caráter religioso das suas normas, invocando duas deidades destacadas, na antiga Mesopotâmia, para especial reverência: Anum, o deus do céu, e Enlil, o deus da tempestade. (...) A distinção

Pela leitura do “*Livro X*” de “*As Leis*”, tem-se uma teologia filosófica por detrás do desfecho do diálogo platônico, o qual aponta, inexoravelmente, para a ideia de Deus.

2.2.1.2 A ordem jurídica “justa”

Conforme verificado, a expressão *acesso à ordem jurídica justa* é comumente utilizada como sinônima de *acesso à justiça*.

Porém, a ordem jurídica deve ser analisada levando-se em consideração três dimensões: a política, a normativa e a da eficácia.

No que concerne à dimensão política, tem-se a eleição, por um grupo social juridicamente organizado, dos fatos que merecem a tutela jurídica²⁰.

Em sua dimensão normativa encontram-se os elementos através dos quais se exteriorizará o regramento da tutela acima referida, sendo que, para tanto, tem-se o processo legislativo, com todas as suas etapas (iniciativa, análise pelas comissões, votação, promulgação e sanção) e, ainda, a estipulação do diploma (lei) adequado para a regulamentação de cada tema elegido (lei complementar, lei ordinária, lei delegada etc.).

dessas duas divindades evoca, de um lado, a promulgação de decretos – por Anum, o próprio símbolo da autoridade cósmica – que exigem obediência pois emanam de um deus supremo; e, de outro lado, as disposições necessárias para punir os recalcitrantes, ou seja, o reconhecimento de que não existe nenhuma garantia de adesão automática às ordens vindas do alto. Desse modo, o poder da tempestade atribuído a Enlil, o deus da coerção, traduz a remissão à força, sem a qual a lei não pode operar”.

²⁰ Ao dissertar sobre a objetivação da lei do Estado, Jeanine Nicolazzi Philippi acrescenta que: “A despeito dessas críticas lançadas, no século XIX, à legalidade estatal, a radicalização dos processos de positivação do direito, traçada a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – sustentada na compreensão dogmática da ordem social como um mundo de indivíduos atomizados, movidos por interesses particulares, cujas organização e harmonização, sempre possíveis, dependem de legisladores racionais e prudentes, capazes de estimular as paixões apropriadas dos sujeitos, evitando e coibindo aquelas consideradas prejudiciais à manutenção dos *socius* –, conduz a uma espécie de *panjuridismo*, que passa a tomar conta progressivamente das reflexões acerca da lei. O questionamento dos mitos racionalistas do estado de natureza, dos ditames de direito natural e do contrato social no início do século XIX, acrescido pela convicção da supremacia da ordem estatal sob as demais formas de organização dos seres humanos e da infalibilidade do *legislador racional*, produz, na sua contraface, o esboço de um sistema jurídico auto-suficiente, capaz de oferecer soluções unívocas para todos e quaisquer casos que envolvam uma pretensão de direito. Inicia-se, assim, um processo de formalização do sistema jurídico como expressão de uma postura doutrinária – genericamente designada de positivismo jurídico – que procura enquadrar as discussões sobre o direito no âmbito das ciências experimentais, abordando-o, dessa forma, a partir de juízos de fato e não de valor” (*in A Lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre Direito e Psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 340).

Já no plano da eficácia, importa verificarem-se a aceitação e os efeitos que a norma produz no meio social (legitimidade) e, em face da dinâmica da sociedade (cujos valores e interesses sofrem alterações ao longo do tempo), a manutenção da adequação do regramento.

Certo é que, seja qual for a dimensão pela qual se analisa a ordem jurídica (política, normativa ou no plano da eficácia), sempre haverá a apresentação de um “preâmbulo persuasivo” (na atualidade, levada a efeito através das exposições de motivos, materializadas, não raras vezes, em discursos midiáticos casuísticos), a exemplo do que idealizou Platão, apto a convencer e supedanear a edição de diplomas normativos. E, no exercício da função jurisdicional, a situação não é diferente: a jurisprudência corporificada pelos tribunais, em grande parte, mitiga normas constitucionais para justificar provimentos que “reflitam” o anseio do “povo”, uma vez que aos agentes que atuam em nome do Estado (juízes) é atribuída a missão de traduzir a vontade da nação.

Ao tratar do limite simbólico deduzido a partir da teoria da norma, Jeanine Nicolazzi Philippi (2001, p. 348-349) esclarece que

... se o Século XIX compreendeu a positivação do direito como uma relação causal estabelecida entre a vontade do legislador e a norma legislada, o século XX *apreendeu*, em contrapartida, que o direito positivo é, sobretudo, imputação da validade de determinadas decisões (legislativa, judiciária, administrativa), que, por um lado, define dentre as múltiplas possibilidades do agir humano, as condutas desejáveis e, por outro, estabelece os parâmetros adequados para a própria produção normativa. Tal representação da legalidade do Estado, por sua vez, passa a assegurar para a ordem jurídica estatal a possibilidade de regular todas as condutas humanas possíveis, ao mesmo tempo em que redefine a lei em termos de uma norma adequada para produzir direito.

Manuel Galdino da Paixão Júnior (2002), refletindo sobre os conflitos e as insatisfações decorrentes do convívio em sociedade, aponta como causas originárias destes o egoísmo, inerente ao homem, e a potencial falibilidade humana, os quais o levam, constantemente, a cometer erros e a praticar violações de toda ordem, o que acarretou a necessidade de se produzir normas que regulamentassem e viabilizassem a convivência entre os indivíduos, de forma harmônica e pacífica, bem como a própria sobrevivência da sociedade, transformando-se, assim, o Estado na fonte, por excelência, produtora de tais

normas (e aqui, deve-se compreender toda a criação normativa, ou seja, a produção de normas pelo Legislativo e a de sentenças, pelo Judiciário).

Sobre o tema, Rosemiro Pereira Leal (2009, p. 2-3) assevera que:

A insatisfação e os conflitos humanos, longe de serem um fator negativo da paz social, são fonte importante da passagem da técnica jurídica de controle normativo pela vontade superestrutural das classes divinizadas, nobres ou economicamente privilegiadas (mero fazer ordenado) para a ciência jurídica (saber ordenado) resultante da tomada de consciência da atuação de estruturas jurídicas opressoras que, por proposta da reconstrução científica do direito (do direito praticado na realidade para a realidade do direito reelaborado pelo pensamento jurídico), pudessem ser substituídas por novos e racionais padrões normativos (com redução de incerteza econômico-social e busca de equivalência nas trocas mercantis e de serviço) que assegurassem a coesão das sociedades como um todo social concreto, em paradigmas discursivamente aceitáveis de sobrevivência digna pela maximização da riqueza.

Considerando-se que, na realidade, se experimenta o estabelecimento de regras por parte de uma minoria (a qual as impõe à maioria), indaga-se: como atribuir *justiça* no âmbito da criação normativa, se o sistema eletivo e de acessibilidade ao “poder” não reflete a ontologia da democracia representativa? Como se falar em norma “justa”, se o sistema eletivo não permite que a pluralidade e a diversidade sociais estejam realmente representadas?

Por tudo isso, torna-se complexo afirmar que assegurar o *acesso à justiça* é o mesmo que assegurar o *acesso à ordem jurídica justa*. Mesmo porque, o acesso primário, ou seja, aos órgãos jurisdicionais, por si só, não contempla o acesso a um devido processo constitucional, muito menos, a um pronunciamento estatal (provimento) compatível com os princípios instituidores do Estado Democrático de Direito.

Nem do ponto de vista lógico, a asseveração de que garantir o *acesso à justiça* é assegurar o *acesso à ordem jurídica justa* encontra sustentação.

Para chegar-se a uma abordagem lógica da afirmação de que o acesso à ordem jurídica justa é um direito a todos assegurado no texto constitucional, tem-se, necessariamente, que recorrer aos elementos fundamentais dos argumentos nela contidos, para que seja feita uma verificação adequada do seu sentido, eliminando-se, assim, as incorreções em sua estrutura ou os equivocados raciocínios existentes em seu conteúdo.

A partir de uma definição (em seu sentido amplo), entende-se que haja uma explicação do significado de um termo ou expressão. Portanto, a definição aplica-se a símbolos, como palavras ou expressões, jamais a coisas. Múltiplos são os seus objetivos como, por exemplo, aumentar o vocabulário, introduzir novos termos, dirimir ambiguidades, aclarar o significado ou explicar, de forma teórica.

Uma definição pode contar com dois aspectos diferenciados em sua composição: uma definição descritiva, que visa apenas a reproduzir um significado já existente ou uma definição estipulativa, a qual introduz um significado novo.

Podem ser encontradas falácias consistentes em equívocos na argumentação de que todos, por um direito constitucionalmente assegurado, têm acesso à *ordem jurídica justa*.

As falácias informais, porque decorrem da realidade diuturna, derivam de fatores mais gerais, tais como a diferença de função da linguagem ou o caráter ambíguo de alguns termos.

Na assertiva em exame (todos, por um direito constitucionalmente assegurado, têm acesso à *ordem jurídica justa*), as razões apresentadas, de modo algum, sustentam a conclusão. A identificação das falácias nos argumentos consiste em perceber-se que a conclusão não decorre das razões ou das evidências apresentadas.

Considere-se o seguinte argumento: A Constituição da República de 1988 assegura ao povo o direito de acesso à ordem jurídica justa.

Raciocínio sintetizado:

- 1 – a Constituição da República de 1988 assegura direitos.
- 2 – O que está escrito na Constituição afeta o povo e deve ser cumprido.
- 3 – Assim, o povo tem acesso à ordem jurídica justa.

A afirmação (1) é uma razão básica, a qual deve sustentar a afirmação (2). Se se interpreta a afirmação (2) como significando que **alguns** direitos contidos na CR/88 são garantidos ao povo, então, ela decorre da (1). Mas, interpretada dessa maneira, a afirmação (2) não sustenta a (3), como se pretende (nem a tudo o que está escrito na CR/88 o povo tem acesso). Se, de modo diferente, se interpreta (2), como significando que **todos** os direitos

contidos da Constituição da República de 1988 afetam o povo, então ela – (2) – não decorre da (1), porque não há razão para pensar-se que só a garantia dos direitos enseja a sua efetividade ou realização. Portanto, seja qual for a maneira de interpretar-se (2), não se tem um bom argumento.

A falácia cometida neste argumento consiste em passar do fato de que **alguns direitos**, sendo garantidos pela CR/88, sejam realmente efetivados, como, por exemplo, o direito à aposentadoria, ao salário mínimo (ainda que não seja apto a proporcionar o custeio de moradia, lazer, educação, cultura etc., tal como preconizado pelo texto constitucional, o salário mínimo é uma realidade) dentre outros, para o fato de que **tudo o que está escrito** na Constituição, incluindo a ordem jurídica *justa*, é realizado.

Sabidamente, o direito do povo de acesso à *ordem jurídica “justa”* está garantido formalmente no bojo da Constituição, mas, não, materialmente efetivado, e os motivos são os mais variados (alguns, inclusive, salientados no corpo da presente pesquisa).

2.3 “Acesso à justiça” como acesso à Função Jurisdicional

É certo que ainda prevalece como majoritário o entendimento que traz a *função jurisdicional* como substitutiva do *processo*, pois este é superficialmente estudado e compreendido, predominantemente, como mero instrumento a serviço da jurisdição, o que propicia, em muitos casos, que as normas²¹ que o regem – o processo – possam ser constante e flagrantemente vilipendiadas, ao fundamento de que mais vale atingir escopos metajurídicos (sociais, econômicos e políticos)²², do que seguir rigorosamente o devido processo constitucional. Sem qualquer dúvida, resultam, daí, significativos equívocos e perdas para o jurisdicionado, tendo em vista as conquistas teóricas alcançadas

²¹ A pouca importância que ainda se dá às normas que regem o processo pode ser constatada pelos apelidos que recebem, como sendo normas de segundo grau, secundárias, adjetivas ou instrumentais, relativamente às normas materiais, as quais, por seu turno, são chamadas de normas de primeiro grau, primárias, substantivas ou substanciais, como a designar sua preponderância sobre as primeiras, ao mesmo tempo em que sugere que as normas processuais somente seriam aplicadas caso houvesse lesão ou ameaça de lesão a direito amparado por uma norma material.

²² Este é o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco em suas obras, o qual é sustentado e disseminado pelos demais adeptos da Escola Paulista.

com o reconhecimento e a introdução no ordenamento jurídico pátrio dos direitos e garantias fundamentais elencados no Artigo 5º da Constituição da República.

As obras de processualistas²³ que são destaque, na atualidade, nada mais fazem senão reproduzirem o que *tradicionalmente* se convencionou denominar *linhas evolutivas da ciência processual*, as quais se apresentam divididas em três *fases* distintas: imanentista, científica e instrumentalista.

Primeiramente, tem-se a *imanentista*, compreendendo o período anterior ao reconhecimento da autonomia do direito processual como ramo autônomo da ciência jurídica.

Linha evolutiva, cujo limite temporal chega até meados do século XIX, concebia o que hoje é o ramo científico denominado direito processual como mero apêndice do direito material. Daí a dicotomia segundo a qual as normas ditas materiais eram consideradas de primeiro grau, regulando a conduta dos indivíduos (vale dizer, as relações entre os indivíduos e entre estes e as instituições – Estado), qualificando-a como lícita ou ilícita e prevendo a imposição de sanção, em caso de descumprimento (*força coercitiva do direito*), e as normas apeladas de instrumentais, as quais tinham por finalidade, única e exclusivamente, fazer atuar a vontade concreta da norma material. Assim, as normas processuais somente teriam aplicabilidade quando violada a norma de natureza material.

Nesta fase, em que não se reconhecia a autonomia científica do direito processual, aqueles que se dedicavam ao estudo da sequência de atos (rito) ou de formalidades necessárias para fazer-se atuar a vontade concreta do direito material, eram chamados *praxistas* ou *procedimentalistas*.

Tendo como marco histórico o ano de 1868, quando foi publicada a obra *A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais*, de autoria do jurista alemão Oskar Von Bülow, a segunda fase da *evolução científica* do direito processual é apontada como o momento em que se reconhece a autonomia deste ramo do direito, por entender-se que a *práxis* através da qual se fazia atuar a vontade concreta da norma material merecia ser objeto de estudo de uma ciência autônoma. É a partir de então que se passa a enxergar

²³ Os processualistas aqui referidos têm como seus maiores expoentes Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover.

o processo, não como mero conjunto de formalidades, mas, como uma relação jurídica formada entre os sujeitos processuais denominados principais (juiz e partes), diversa daquela de direito material, que vincula os titulares dos interesses em conflito. Os maiores expoentes desta fase foram, sem dúvida, alemães e italianos.

Alberico Alves da Silva Filho (2003, p. 145) confirma:

Uma análise das influências determinantes do conceito de jurisdição, que passou a orientar a compreensão de juristas brasileiros, desemboca, inevitavelmente, nos pensamentos de Chiovenda, Allorio e Carnelutti. De modos adaptados, considerando algumas ou outras nuances, a grande maioria dos processualistas pátrios adota a tese de um desses autores italianos.

Vencida a necessidade de afirmação e consolidação da autonomia científica do direito processual e, de certa forma, assentados os conteúdos dos conceitos dos institutos sobre os quais se estrutura, os processualistas passaram a dedicar-se à pesquisa de meios para “aprimorar” o exercício desta atividade que configura verdadeiro monopólio estatal (função jurisdicional), com o intuito de tornar referida prestação ainda mais segura e, principalmente, mais célere e efetiva, para aproximá-la, o máximo possível, do que se entende por “*justiça*”. Nesta terceira, última e “atual” fase da evolução, o *processo* é concebido como o *instrumento* de que se serve o Estado para alcançar seus escopos jurídicos e metajurídicos – sociais, econômicos e políticos, na busca da restauração da paz e da ordem sociais. Para tanto, conclui-se que, se se objetiva aprimorar a função jurisdicional traduzida, quase que de forma uníssona, como a atividade através da qual o Estado coloca um fim definitivo aos conflitos de interesses, é preciso, na realidade, aperfeiçoar o seu *instrumento*: o *processo* (prevalece a interpretação literal da norma contida no inciso LV do Artigo 5º da Constituição da República de 1988, segundo a qual ninguém pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*).

Na tentativa de descrever a última fase da *evolução científica*, Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 9) refere-se ao que compreende como “*novos rumos do direito processual civil*”, sustentando que

Nas últimas décadas o estudo do processo civil desviou nitidamente sua atenção para os resultados a serem concretamente alcançados pela prestação jurisdicional. Muito mais do que com os clássicos conceitos tidos como fundamentais ao direito processual, a doutrina tem-se ocupado com remédios e medidas que possam redundar em melhoria dos serviços forenses. Idéias como a de instrumentalidade e efetividade passaram a dar a tônica do processo contemporâneo. Fala-se mesmo de “garantia de um processo justo”, mais do que de um “processo legal”, colocando no primeiro plano idéias éticas em lugar do estudo sistemático apenas das formas e solenidades do procedimento,

e, com isso, procura justificar a visão instrumentalista do processo, afirmando que

O processo civil passou, então, a ser visto como instrumento de pacificação social e de realização da vontade da lei e apenas secundariamente como remédio tutelar dos interesses particulares. Daí a concentração de maiores poderes nas mãos do juiz, para produção e valoração da prova e para imprimir maior celeridade e dinamismo aos atos processuais. Essa concepção prevalece hoje na quase unanimidade dos Códigos europeus e da América Latina, inclusive no atual e avançado Código de Processo Civil brasileiro (de 1973) (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 15).

Sem a pretensão de traçar, de forma minuciosa, a evolução histórica de todas as concepções desenvolvidas acerca do tema (*jurisdição*), mas, tão somente, no intuito de elaborar-se uma sinopse apta a situar o entendimento predominante e seus equívocos, passa-se à análise de alguns conceitos tradicionalmente elaborados.

A palavra, de origem latina — *iuris* ou *juris* (direito) *dictio* (dicção/dizer) — é, de maneira bem simples, traduzida como *dizer o direito* ou *dicção do direito*. Assim, coloca-se a jurisdição como a atividade exercida pelo Estado (monopólio), através da qual este “presta” a tutela jurisdicional, dirimindo o conflito de interesses ao “dizer com quem está o direito”, “com quem está a razão”, para tanto, aplicando a lei prevista em abstrato ao caso concreto.

Tal concepção passa pela compreensão de Chiovenda (2002, p. 8), quando delimita o conceito de jurisdição

... como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, há no torná-la, praticamente efetiva.

Depreende-se, daí, que as percepções dos autores mais atuais acerca do que seja *jurisdição* estão impregnadas dos conteúdos das *características* de que se valem para defini-la – a *jurisdição* –, tais como *inércia*, *substitutividade*, *definitividade*, *existência de lide* e *natureza declaratória*.

Para CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER (2009, p. 145), por exemplo, *jurisdição* “é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”.

Os mesmos autores complementam sua definição asseverando que tal pacificação (composição de litígios, em Carnelutti) “é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo”, salientando, neste aspecto, a sua *instrumentalidade* (a visão arcaica do processo como *instrumento* da *jurisdição*) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 145).

Na mesma esteira, Alexandre de Freitas Câmara (2005, p. 72) afirma:

Verifica-se, assim, que um conceito só será adequado se tomar por base a concepção de Chiovenda. É com base nessa premissa que conceituamos a função jurisdicional como a função do Estado de atuar a vontade concreta do direito objetivo, seja afirmando-a, seja realizando-a praticamente, seja assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática.

Francisco Wildo Lacerda Dantas (2007, p. 94) sintetiza o pensamento predominante, apontando, juntamente com a noção, a natureza jurídica da *jurisdição*. Referindo-se à obra *Teoria Geral do Processo*, escrita por Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover e citada por várias vezes no corpo do presente estudo, assevera que

... se reconhece que a *jurisdição* é, ao mesmo tempo, um poder, uma função e uma atividade. Também VICENTE GRECO FILHO põe em resalto esse tríptico aspecto da *jurisdição*, ao assinalar:

“A *jurisdição* é, em primeiro lugar, um poder, porque atua cogentemente como manifestação da potestade do Estado e o faz definitivamente em face das partes em conflito; é também uma função, porque cumpre a finalidade de fazer valer a ordem jurídica posta em dúvida em virtude de uma pretensão resistida; e, ainda, é uma atividade, consistente numa série de atos e manifestações externas de declaração do direito de concretização de obrigações consagradas num título”.

Alfredo de Araújo Lopes da Costa (1956, p. 22-23), introduzindo o tema *jurisdição*, remonta aos tempos primitivos para referir-se ao que comumente se denomina *justiça privada*, como o período da história em que o particular se valia do uso da força privada (de “parentes, amigos, do senso comum de justiça da comunhão social”) para *fazer justiça com as próprias mãos*, da qual, ainda nos dias atuais, se entende haver resquícios (direito de retenção, desforço imediato, estado de necessidade, legítima defesa etc.). Daí, explica que tal mudança (“evolução” da justiça privada para a pública) não se fez de uma vez e que, inicialmente, o Estado se limitou a declarar o direito, aludindo à expressão latina *ius dicere*, uma vez que as “graves inconveniências da justiça privada levaram logo, quando a comunidade social se transformou em corpo político, com o Estado, a que este assumisse com exclusividade a função de distribuir justiça, declarando o direito e, se preciso, forçando a sua satisfação.

Mais adiante, LOPES DA COSTA (1956, p. 23) sedimenta que “Jurisdição é o poder-dever do Estado declarar e realizar o direito” e aponta a divergência entre os juristas da época quanto à finalidade da jurisdição: realização do direito subjetivo através da aplicação do direito objetivo ao caso concreto ou fazer respeitar o direito objetivo?

No bojo de sua obra, não raras vezes, Alfredo de Araújo Lopes da Costa utiliza a expressão “poder jurisdicional”, numa clara referência ao equívoco que permanece até a atualidade no que concerne a uma das funções essenciais do Estado: a jurisdicional. E tal equívoco justifica-se quando o autor identifica que, mais do que atender (satisfazer) a um interesse privado, quando o Estado “diz o direito”, essencialmente, o seu interesse é a manutenção da ordem (estruturada pelo direito objetivo), indispensável à própria existência da sociedade. É por tal razão que *tradicionalmente* se diz que a função jurisdicional do Estado apresenta caráter pacificador, uma vez que tem por objetivo restaurar a paz e a ordem sociais, abaladas a partir da violação do *direito material*, cumprindo à entidade estatal restabelecer o *statu quo ante*.

Para referido autor, clara é a dicotomia que coloca de um lado o interesse público e, de outro, o interesse privado, sendo que o primeiro deve prevalecer sobre o segundo, uma vez que o que interessa é a ordem, pois esta

constitui “forma... essencial à existência da sociedade” (LOPES DA COSTA, 1956, p. 23). Assim, desobedecida a norma (direito objetivo), responsável por estruturar a ordem social, esta se percebe perturbada, colocando em cheque a própria existência da sociedade e, por isso, afirma, ainda, que “o poder jurisdicional foi criado para assegurar a ordem jurídica” (LOPES DA COSTA, 1956, p. 27).

Todavia, a ciência processual contemporânea não mais coaduna com tais vertentes, uma vez que, já há algum tempo, vem desvencilhando-se da ideia de *jurisdição* como *poder* do Estado de *dizer o direito*.

Em primeiro lugar, já não cabe mais o entendimento de que o Estado é detentor de um poder(-dever) para solucionar os conflitos que emergem no seio social. Tal entendimento encontra supedâneo na explicação de que, superados os tempos dos estados primitivos, em que a barbárie imperava, com o emprego da força privada (autotutela, em sua concepção originária) na solução dos conflitos, o que ocasionava o império da lei do mais forte sobre o mais fraco, o Estado viu-se “obrigado” a retirar do particular a faculdade de “fazer justiça com as próprias mãos” e chamar para si a atribuição de solucionar as demandas, de forma “justa”, imparcial, pondo termo à desproporção e à falta de razoabilidade dos indivíduos.

É o que salienta Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 52-53):

No que tem de específico, a função jurisdicional substitui a autodefesa, eliminando o recurso da autotutela, da vingança privada, da represália. Do primitivo rito da religião doméstica, do culto dos deuses lares, quando a represália era uma das formas de obrigação para com os Manes, pela vingança de sangue realizada pelo membro do clã ofendido contra qualquer representante do clã de onde partira a ofensa, vingança necessária para o repouso da alma da vítima, às mais antigas leis que hoje são conhecidas, as da Cidade-Reino de Eshnunna, tombado sob o exército de Hammurabi, O Estado foi se organizando juridicamente, e avocando, progressivamente, a repressão dos atos repudiados pelo grupo social.

O posicionamento esposado, apreendido e apregoado irrefletidamente, desde os tempos de Alfredo de Araújo Lopes da Costa (cuja obra citada neste artigo, frise-se, é datada de 1956), serve de supedâneo para que se acate, sem qualquer resistência, uma atuação por parte dos juízes incompatível com as concepções contemporâneas de poder, função jurisdicional e democracia.

Todavia, há de prevalecer, na atualidade, o entendimento de que o “poder” do Estado efetivamente emana no povo, em nome de quem, por óbvio, deve ser exercido (legitimidade), permitindo-se, sempre, a participação (democracia) dos jurisdicionados que podem vir a ser afetados pelo ato estatal (pronunciamento jurisdicional), do que decorre o exercício pleno da cidadania.

É com base no pensamento anteriormente exposto que se convalida o desenvolvimento de atividade em que se permite ao magistrado “dizer o direito” em conformidade com o seu “prudente arbítrio”, ou ainda, com sua “sensibilidade”. É justamente por isso que merece atenção a crítica de Rosemiro Pereira Leal quando estabelece significativa diferença entre o que denomina *judicação* (atividade do juiz, como servidor, agente público) e *jurisdição* (conteúdos da lei escrita).²⁴

Ao articular jurisdição, ação e processo (sem o interesse de reconstruir todas as discussões conceituais tecidas ao longo da evolução do Direito Processual), Alexandre Morais da Rosa e Sylvio Lourenço da Silveira Filho, apoiados em obra de Étienne de La Boétie²⁵, descortinam aspectos significativos que nem sempre são claramente abordados. A partir do pensamento de Chiovenda e considerando-se os apontamentos já desenvolvidos pelo próprio Alexandre Morais da Rosa em outra obra²⁶, resumem os autores que a jurisdição está ligada à ideia de poder, de modo indissociável e, advertindo que “o desenlace” de “sua constituição, já foi alinhavado na formação do *Simbólico*, no discurso do *Outro*, a partir da interface com a *psicanálise*”, observam com propriedade que:

De qualquer forma, na perspectiva de se construir a alteridade (Dussel), a *Jurisdição* precisa se aproximar de La Boétie e sua proposta de *amizade*. Lido a partir da psicanálise, o submetimento à *Jurisdição* decorre do desejo de onipotência, de tirania, que aviva em cada indivíduo. (...) Então, o argumento de La Boétie de que não existe fundamento em se submeter incondicionalmente a um senhor, sem garantias de que será bom ou mau, por não possuir limites, pode ser explicado. Não se trata de encantamento ou de feitiço, mas de

²⁴ Em sua obra **Teoria Geral do Processo**, 8ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2009, em diversas passagens (p. 29, 69, 152-153), Rosemiro Pereira Leal assume posicionamento em que entende ser equivocada a utilização da expressão **jurisdição** para indicar o poder do Estado-juiz de dizer o direito, informando que o Estado é detentor da *função jurisdicional* e que incumbe ao juiz cumprir o dever da **judicatura** (atividade através da qual o juiz irá arbitrar o direito, sem qualquer discricionariedade, em virtude do *princípio da reserva legal*).

²⁵ A obra referida por Alexandre Morais da Rosa e Sylvio Lourenço da Silveira Filho é **Discurso sobre a servidão voluntária**. Tradução J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²⁶ **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

desejo de ser igual (onipotente), esperando que, no futuro, detenha-se (todo) o poder (Pai da Horda). Sua perplexidade diante da 'servidão voluntária', naturalizada – introjetada – e perseguida pela população na lógica do poder e do senhor, impõe uma postura diversa frente ao poder da opressão, rompendo com a base de servidão, (...) (ROSA; SILVEIRA FILHO, 2009, p. 65-66).

Refletindo sobre o suposto indissociável liame entre *poder* e *jurisdição* (na concepção arcaica de “poder do Estado-juiz de dizer o direito”), é indispensável, neste ponto, a transcrição do pensamento de Rosemiro Pereira Leal (2002, p. 27-28), para quem a “ligação entre *poder* e *decisão* por sequelas históricas consolidou, na *modernidade*, uma compreensão distorcida do julgar em que vontade e inteligência frequentam, por ensino de muitos, a mesma sede, que é a mente predestinada do sábio-julgador”.

Combatendo de forma veemente o entendimento de que jurisdição pode ser traduzida como o poder do juiz de dizer o direito, colocando um fim definitivo aos conflitos que emergem no seio social, restaurando, assim, a paz e a ordem, o qual predomina, até os dias atuais, nos ambientes jurídicos, inclusive acadêmicos, Rosemiro Pereira Leal (2002, p. 29) salienta que

É na pós-modernidade concebida por um direito que não se contenta com pretensões de validade em bases meramente estratégicas de preservação de uma paz sistêmica, em que os destinatários das normas não são clientes passivos da legalidade produzida, é que se realizaria a legitimidade do direito mediante a estruturação procedimental criadora de situações jurídicas pelo devido processo legislativo. Tais situações jurídicas se submetem a correições também processualizadas pelo devido processo legal como ponto de fuga da modernidade secularizada cuja produção jurídica se manifesta insuficientemente validada por uma razão prescritiva que, mesmo ocasionalmente apartada da tradição, ainda assim se impõe por uma deontologia (arbítrio) do saber-técnico-jurisprudencial de assembléias de especialistas paternalizadoras de decisões não preparadas procedimentalmente numa relação normativa espaço-temporal em simétrica paridade construtivo-estrutural com os componentes da comunidade jurídica.

Chega a ser leviana a crença de que cidadão algum, indistintamente, possui condições argumentativas e técnicas para participar da criação normativa, em todas as esferas (legislativa, administrativa e judiciária), devendo o Estado(-juiz), por tal motivo, no que concerne à função jurisdicional, suprir toda e qualquer deficiência, dizendo, em seu entendimento, qual o “melhor direito” a ser aplicado ao caso concreto (posto à sua apreciação), bem

como questionável o não investimento, em todos os aspectos (sobretudo, social, educacional e cultural), na emancipação desse cidadão, a fim de permitir, então, sua adequada participação na construção de um Estado realmente democrático.

2.3.1 Função Jurisdicional e a necessária distinção entre as demais funções essenciais do Estado

A adequada distinção entre as funções essenciais do Estado faz-se mister no corpo do presente trabalho, uma vez que, relativamente aos mecanismos de facilitação do *acesso à justiça* a serem abordados, é cabível a discussão acerca de qual delas seja a responsável por sua concessão: a jurisdicional ou a administrativa?

A pertinência da discussão encontra supedâneo, ainda, no fato de a compreensão mínima do que seja *função jurisdicional* não poder ser alcançada sem contrapor-se o seu exercício ao das outras funções estatais.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias desenvolve estudo minucioso acerca das funções essenciais do Estado²⁷, quais sejam, legislativa, administrativa e jurisdicional para, mais adiante, conceber a jurisdição como dever estatal e direito fundamental do cidadão, perpassando, para tanto, pelo tema *poder*. Assim, elucida que

²⁷ Recomenda-se o estudo do Capítulo 2, da obra **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, da qual se extrai o seguinte trecho: “Essas funções, segundo enfoque de Jorge Miranda, devem ser compreendidas como atividades do Estado que traduzem manifestações específicas do exercício do poder político, ou seja, um complexo ordenado de atos que o Estado desenvolve, por meio de seus órgãos e agentes, visando à realização das tarefas e incumbências que lhe cabem, impostas pela Constituição e pelas leis editadas, componentes do ordenamento jurídico. (...)”

Vale mencionar que essas três funções fundamentais atribuídas ao Estado, como observou Kelsen, em concepção teórica atual — legislação, administração (incluindo a governação) e jurisdição — são todas funções jurídicas do Estado, sejam porque assim consideradas no sentido estrito de funções de criação e aplicação do direito, sejam porque reputadas funções jurídicas em sentido mais amplo, nas quais se inclui a função precípua do Estado de permanente observância do direito.

De fato, se todas as funções do Estado são regidas por normas de direito, notadamente pelas normas constitucionais, a conclusão a que se chega, trilhando-se o raciocínio lógico de Jorge Miranda, é a de que, então, ‘todas as funções do Estado e todos os actos em que se desdobram não podem deixar de ser funções jurídicas’, afinal de contas, impossível conceber-se qualquer atividade do Estado à margem do direito”.

Em princípio, como vislumbra Carré de Malberg, o poder do Estado é uno e as funções decorrentes do exercício desse poder são as formas pelas quais a atividade dominadora do estado se manifesta sobre as pessoas. Bem por isso, anota Canotilho que, na literatura juspublicística atual, a expressão função do Estado aflora nos textos jurídicos com o sentido de 'atividade' ou de 'exercício de poder' (DIAS, 2004, p. 66).

Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 50), discorrendo sobre as três funções essenciais do Estado e, principalmente a jurisdicional, através da qual o Estado “fala pela nação”, alerta que todas devem ser exercidas dentro dos limites da lei, asseverando que

O Estado, enquanto representante da sociedade politicamente organizada pelo Direito, assume o poder em nome da nação, legisla, estatutando deveres, garantindo direitos, ordenando a vida social, administra, gerindo os negócios públicos e exerce a função jurisdicional, pela qual reage contra o ilícito e promove a tutela de direitos.

É assim que se deve compreender a atuação do Estado, no exercício da função jurisdicional: “sobre o mesmo fundamento que o legitima a exercer, no quadro de uma ordem jurídica instituída, as funções legislativa e administrativa” (GONÇALVES, 1992, p. 50).

A fim de (re)construir adequadamente a noção de função jurisdicional, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004) inicia o seu estudo discorrendo sobre a teoria elaborada por Montesquieu. Todavia, esclarece que há considerável equívoco²⁸ em atribuir-lhe a formulação da ideia de tripartição ou separação de poderes, pois, em verdade, alinhavou raciocínios que o levaram a delinear o chamado *princípio do equilíbrio*, pelo qual objetivava, claramente, evitar e/ou coibir abusos por parte daqueles que detinham e exerciam o poder²⁹,

²⁸ Esclarece Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias que: “uma qualificada teoria da separação plena e absoluta ou da tripartição dos poderes do Estado, entendida em sentido rígido e irracional, foi posteriormente difundida e atribuída de forma equivocada a Montesquieu, mas reavaliada pelos publicistas nos últimos cem anos, como vem sendo demonstrado neste segmento, do que resultou sua substituição pela atual teoria das funções do Estado” (**Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 73).

²⁹ Na mesma obra (**Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 70), afirma o referido autor que “pretendeu Montesquieu dizer que as três espécies de poder não poderiam ficar concentradas nas mãos da mesma pessoa ou de um corpo de pessoas principais ou mais importantes, mas distribuídos aqueles poderes a instâncias organicamente distintas. O cerne da doutrina de Montesquieu, como exsurge de sua obra, aduz Simone Goyard-Fabre, nunca residiu na ideia da separação inflexível dos poderes do Estado, mas que suas atribuições fossem obedientes a uma divisão e distribuição

asseverando, ainda, que Montesquieu “sugeriu uma distinção dos poderes do Estado, discorreu sobre a liberdade política do cidadão e estabeleceu as bases de um direito político, com esboço na distribuição dos poderes do Estado, mas sem falar em *separação dos poderes*” (DIAS, 2004, p. 68), ao contrário, acreditava num modelo em que estivesse presente a “colaboração ou a harmonia dos poderes entre si” (DIAS, 2004, p. 69).

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias salienta, ainda, que a distinção entre as funções essenciais do Estado é tarefa difícil, tanto no que respeita às funções legislativa e jurisdicional (de certa forma, voltadas à produção do direito), quanto no que concerne à diferenciação entre as funções administrativa e jurisdicional, uma vez que ambas estão ligadas à aplicação do direito, cuja análise interessa mais ao presente estudo.

Assevera o autor que a função administrativa abrange “todas as manifestações concretas das diversas atividades desenvolvidas pelo Estado que visem à concretização dos interesses e negócios públicos correspondentes às necessidades coletivas prescritas no ordenamento jurídico vigente” (DIAS, 2004, p. 75), caracterizando-se por uma aplicação volitiva e prospectiva³⁰ (para o futuro) do direito.

Já na função jurisdicional, exercida pelo Estado quando este for provocado a “pronunciar o direito de forma imperativa e em posição imparcial, tendo por base um processo legal e previamente organizado, segundo o ordenamento jurídico constituído pelas normas que o Estado edita, nas situações concretas da vida social em que essas normas são descumpridas” (DIAS, 2004, p. 76), a aplicação do direito se dá de forma intelectual e retrospectivamente (uma vez que relacionada a fatos pretéritos, naquelas hipóteses em que as normas que compõem o ordenamento jurídico não foram voluntariamente cumpridas por seus destinatários). Neste ponto, DIAS (2004, p. 79) ressalta outra diferença entre as funções em exame: a jurisdicional

orientadas pelo princípio do equilíbrio, funcionando esses considerados poderes, em sua dinâmica, de forma ajustada, ou, segundo expressão do próprio Montesquieu, ‘concertadamente’ com o objetivo de impedir os desvios abusos ou descaminhos do poder político”.

³⁰ Pautada pela discricionariedade, que de modo algum pode significar arbitrariedade, a administração pública pratica atos cuja motivação é atender ao interesse público, devendo o Estado, para tanto, agir em conformidade com o ordenamento jurídico, cumprindo, de plano, as normas editadas pelo Poder Legislativo (**Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 79).

afasta o componente “autoritário” da função administrativa, posto que somente se desenvolve através do processo, do qual, jamais, se pode afastar a garantia do contraditório (participação efetiva das partes envolvidas).

Identificando os diversos posicionamentos de clássicos juristas de escol, Carreira Alvim descreve a dificuldade enfrentada para discernirem-se as funções jurisdicional e administrativa.

Já num primeiro aspecto, resumindo os pensamentos desenvolvidos pelos doutrinadores que pesquisou, o citado autor destaca:

Para determinar se o ato é administrativo ou jurisdicional, deve-se considerar a natureza ou a qualidade do órgão que o pratica. É o chamado critério orgânico. Se o ato emana do Poder Executivo, é administrativo; se emana do Poder Judiciário, é jurisdicional. Este critério tem sido acimado de simplista, observando Jellinek que não é o órgão que qualifica a função, mas, ao contrário, é a função que imprime caráter ao órgão.

Ressalta Chiovenda que, examinando a diferença das funções e, atendendo aos órgãos que dela estão investidos, não se pode, sem petição de princípio, resolver a questão. Se é certo que habitualmente as duas funções estão confiadas a órgãos distintos, isto nem sempre acontece, pois há órgãos jurisdicionais investidos de funções administrativas (jurisdição voluntária) e órgãos administrativos investidos de funções jurisdicionais (contencioso administrativo)³¹ (ALVIM, 2006, p. 57-58).

Posteriormente, Carreira Alvim (2006, p. 58) apresenta o critério denominado *formal*, segundo o qual, para ser considerado jurisdicional, o ato deveria ser revestido da forma de lei ou de sentença, o que não ocorre com o ato administrativo, cuja única “formalidade” seria o aspecto de ser praticado por funcionário pertencente aos quadros da Administração Pública. Traz a este critério a mesma observação feita ao primeiro: órgãos jurisdicionais praticam atos administrativos, sendo válida a recíproca.

Em seguida, traz a característica de vinculação à lei, que caracteriza o ato jurisdicional, enquanto o ato administrativo decorre de atividade

³¹ É preciso ressaltar que o autor traz a denominada *jurisdição voluntária* como exemplo de função de caráter administrativo exercida pelo Poder Judiciário, uma vez que se apoia na doutrina tradicional (Chiovenda), na qual se sustenta que, por não haver lide (pretensão resistida), o órgão jurisdicional não precisa dirimir, de forma definitiva, conflito de interesses, sendo que as partes são, em verdade, interessadas (posto que apresentam interesses convergentes), não havendo, efetivamente, processo, mas, mero procedimento, através do qual o Estado, via Judiciário, administra de forma pública interesses (negócios jurídicos) eminentemente privados.

discricionária³². Rebate tal colocação trazendo exemplos em que o juiz atua discricionariamente e em que o administrador obrigatoriamente age de forma vinculada. A despeito de tal observação, há de ser lembrado que, apesar de revestido de discricionariedade, o ato administrativo jamais pode ser arbitrário ou ilegal.

Alvim faz outro apontamento para diferenciar as funções: considerando-se que a função do juiz é fazer cumprir a norma, desde que a pretensão das partes encontre guarida no ordenamento jurídico vigente, a lei seria para a jurisdição um “fim”, enquanto seria para a administração um “meio”, já que tal função se traduz em praticar atos, dentro de limites previamente estabelecidos em lei, com o escopo de “promover o progresso socioeconômico, cultural etc.” (ALVIM, 2006, p. 59). Neste ponto, o citado autor resume a diferenciação entre as funções apoiando-se no pensamento Alfredo de Araújo de Lopes da Costa, segundo o qual:

Essa distinção depende, (...) do ponto de vista do observador. Do ponto de vista do juiz e do administrador, a atividade de ambos tem como fim a aplicação da lei; do ponto de vista dos interessados, tanto a jurisdição como a administração são, ambos, meios de que eles se servem, para a satisfação de seus fins (ALVIM, 2006, p. 59).

Aspecto relevante para distinguir as atividades em foco estaria ligado à metodologia de desenvolvimento de cada uma delas, pela qual se teria o critério denominado psicológico. Assim, para a prática do ato jurisdicional é imprescindível empregar-se atividade intelectual (*inteligência – raciocínio*), prevalecendo, na prática do ato administrativo o que descreveu como *vontade*³³, justificando que

³² Sustenta Alvim que “o juiz tem o dever de aplicar a lei ao caso concreto”; já o administrador, “tem o poder de escolher, entre duas ou mais alternativas que a lei coloca ao seu alcance, aquela que melhor atende ao interesse público” (**Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 58).

³³ Para melhor compreender-se a ideia de *vontade* referida por Carreira Alvim, cabe, aqui, transcrição da obra de Diógenes Gasparini (**Direito Administrativo**, 6ª edição, revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 43): “o Estado, por ser pessoa criada pelo Direito, não tem vontade nem ações próprias. Estas são qualidades das pessoas físicas. Mesmo assim, juridicamente, são-lhe reconhecidos tais atributos, isto é, um *querer* e um *agir* que se constituem pela vontade e pela atuação dos agentes públicos (pessoas que prestam serviços ao Estado ou executam atividades de sua alçada). Ademais, as responsabilidades que, por lei, lhe são atribuídas e desempenhadas pelas diversas unidades que compõem a sua estrutura. Essas realidades levaram os estudiosos à elaboração das teorias que procuram explicar as manifestações enunciadas pelos diferentes compartimentos do Estado, onde se

... o administrador, no exercício da atividade administrativa, agindo em prol do bem comum, faz seus planos, delibera sobre a sua execução e, só depois, vai examinar se a lei o permite. A sua atividade é, assim, informada, toda ela, predominantemente pela vontade (ALVIM, 2006, p. 59).

Refutando tal argumentação, ALVIM (2006) assevera que proferir sentença é, ao mesmo tempo, ato de inteligência e de vontade e que, quando o administrador procura desenvolver sua atividade voltada ao bem comum, verificar se o ato a ser praticado atinge ou não essa finalidade é também ato de inteligência.

Relativamente ao pensamento de Jellinek, que afirma que “a jurisdição consistiria em regular casos singulares de *direito incerto e controvertido*”, Carreira Alvim (2006) chama a atenção às hipóteses de jurisdição voluntária, nas quais não há controvérsia, ou mesmo, nas de cumprimento de sentença, em que há atividade jurisdicional sem que haja dúvida acerca do direito, entre outros exemplos.

O autor destaca, ainda, a colocação de que a atividade jurisdicional seria voltada à tutela de interesses eminentemente privados, enquanto a função administrativa teria por objeto a proteção de interesses públicos, afastando tal proposição ao fundamento de que, quando o Poder Judiciário atua para apreciar e julgar a prática de infração penal (lembrando que o Estado é o detentor do *jus puniendi*), cuida de interesse que possui natureza pública.

Para apontar outra diferença, ALVIM (2006) traz o entendimento de Redenti, para o qual a função jurisdicional difere da administrativa porque a primeira se exerce por meio de *sanções*. Obviamente, tal entendimento não suporta a mais singela crítica, considerando-se provimentos emanados do Judiciário que apresentam, por exemplo, natureza declaratória ou constitutiva e, muito menos, quando se pensa nas três esferas de responsabilização (administrativa, cível e penal), nas quais os indivíduos plenamente capazes podem sofrer a imposição de sanções de natureza distinta.

forma o seu querer e se concretiza o seu agir. Em outras palavras e segundo a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 61), o reconhecimento das citadas circunstâncias conduz à teoria dos órgãos, isto é, ‘das diferentes unidades que sintetizam círculos de poder, onde se forma e manifesta o querer e o agir do Estado, nos diferentes setores, em que lhe incumbe prover’”.

Por fim, outro critério utilizado para discernir-se entre as funções administrativa e jurisdicional comentado por Carreira Alvim (2006) é o que leva em consideração uma das características essenciais da jurisdição, qual seja, o seu caráter de substitutividade, defendida pelos processualistas adeptos da doutrina de Chiovenda, dentre eles os conhecidos instrumentalistas³⁴. Tal substituição não aconteceria na atividade administrativa.

Tecidas tais considerações merece ser transcrita a noção elaborada por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004, p. 83-84) acerca do instituto. Para ele, *jurisdição* é uma:

... atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da Constituição, somente possível de ser exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional, ou seja, por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais, com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente o ordenamento jurídico.

Após fazer uma incursão histórica e destacar que o direito ao exercício da função jurisdicional se encontra consagrado nos textos de inúmeros tratados internacionais, os quais o incluíram no rol dos denominados direitos humanos, bem como o fato de que a Constituição da República de 1988 reconheceu-o e

³⁴ Alvim indica Amaral Santos, Frederico Marques, Humberto Theodoro Júnior e Lopes da Costa, mas, tal asseveração pode ser constatada pela simples leitura do conceito de jurisdição elaborado por Cintra, Dinamarco e Grinover: "... é uma das funções do **Estado**, mediante a qual este **se substitui aos titulares dos interesses em conflito** para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada)" – destaques e grifos não constantes do texto original (**Teoria Geral do Processo**, 25ª, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 147). Tem lugar, neste ponto, a notória e tradicional explicação de que o Estado retirou dos particulares a faculdade de fazer "justiça com as próprias mãos" (numa tentativa de acabar com a denominada "vingança privada", pela qual prevalecia o uso da força, que acarretava uma solução de conflitos de forma desproporcional e desarrazoada – lei do mais forte) e chamou para si tal responsabilidade, passando a ser o único detentor do poder-dever (monopólio) de dirimir as querelas que surgem no seio social, para fazê-lo de forma imparcial e com "justiça". Assim, o Estado se coloca "no lugar" do particular, uma vez que não é o titular do direito ou interesse em conflito, para poder resolvê-lo. É o retrato da passagem da "justiça privada" para a "justiça pública".

declarou-o expressamente em seu texto, no Artigo 5º, Brêtas afasta qualquer dúvida acerca de sua natureza de direito fundamental³⁵.

Considerando-se as observações feitas até aqui, bem como as que ainda se farão no decorrer do presente estudo, é possível verificar que em todos os movimentos que visam a assegurar ou a facilitar o que se convencionou chamar “*acesso à justiça*”, este jamais poderá ser considerado como o direito de acesso ao adequado exercício da função jurisdicional, uma vez que, em verdade, o que se garante, de forma absolutamente precária, não ultrapassa o mero acesso aos órgãos jurisdicionais.

Os mecanismos de facilitação do “*acesso à justiça*” a serem abordados, pelo que se colhe da experiência forense, com grande frequência, acabam por vilipendiar a base uníssona que revela o devido processo constitucional, pois: em primeiro lugar, nem sempre, o Estado assegura assistência jurídica integral e gratuita, já que não estrutura defensorias públicas em todas as localidades em que haja sede do Poder Judiciário, ou não cuida da infraestrutura das bases existentes; segundo, pela assistência judiciária, não se propiciam ao jurisdicionado condições efetivas de participação isonômica no processo, além da demora, por exemplo, para produzir-se uma prova pericial, o que ataca frontalmente a duração razoável do procedimento; e, por derradeiro, ao permitir as hipóteses de *jus postulandi*, em quase a totalidade dos casos, verifica-se flagrante ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa (ampla argumentação), justamente, pela falta de conhecimento não só acerca do direito (diga-se, material), mas, principalmente, técnico-processual.

O entendimento mais acertado, porém, no concernente à teoria dos atos funcionais do Estado, deve ser o de que não tem relevância jurídica o órgão do qual são emanados, importando a natureza e os efeitos do ato no mundo jurídico, mesmo porque não é privilégio de cada órgão emitir exclusivamente ato legislativo, ato administrativo ou ato jurisdicional.

Assim, o que caracteriza o ato legislativo é a inovação que ele provoca na ordem jurídica, de que é exemplo a lei em sentido formal e em sentido material (em sentido formal, quando emanada do Poder Legislativo; em sentido material, quando introduz novidades na ordem jurídica).

³⁵ Ponto 2.4, do Capítulo II, da obra **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 107-118.

O elemento caracterizador do ato administrativo é o estabelecimento de uma relação jurídica unilateral partida do Estado, de modo que será formal, quando partido do Poder Executivo (evidentemente, refere-se, neste sentido, ao ato administrativo *stricto sensu*, isto é, aquele ato dimanado do Estado que cria, extingue ou modifica, unilateralmente, uma relação ou situação jurídica).

Já o ato jurisdicional é aquele através do qual o Estado, provocado a manifestar-se a propósito de uma controvérsia ou ilícito, aplica o direito ao caso concreto, extinguindo definitivamente o conflito entre as partes contendoras, mediante a interpretação da norma aplicável, assim restabelecendo o equilíbrio da ordem social.

O ato jurisdicional formal é aquele proferido pelo Poder Judiciário (a sentença imposta às partes) e o elemento material consiste no trancamento definitivo da controvérsia através da coisa julgada.

Entretanto, não tem cada um dos “Poderes” do Estado o monopólio da emissão dos atos com exclusividade, mesmo porque, conforme remissão ao pensamento de Montesquieu, a expressão correta não é separação e, sim, divisão de funções.

Com efeito, embora seja afeto ao Poder Legislativo expedir lei, nele são praticados também ato administrativo (atos relacionados com administração de seu pessoal, atos praticados pela Mesa Diretora das Casas Legislativas, atos de administração corrente etc.).

Pratica, porém, o Poder Legislativo atos jurisdicionais quando julga seus próprios membros através de Comissões Parlamentares de Inquérito, e quando o Senado Federal processa e julga, por exemplo, o Presidente da República, o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado, bem como os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República e o Advogado Geral da União, nos crimes de responsabilidade.

Já o Poder Judiciário não emite apenas atos jurisdicionais, porquanto, quando os Tribunais editam seus regimentos internos, praticam ato legislativo e, quando administram seu próprio pessoal, praticam atos administrativos.

O Poder Executivo, quando, através de órgãos colegiados específicos, julga recursos hierárquicos, em nome do princípio do autocontrole de seus próprios atos, e os provê, assim evitando que as questões sejam levadas ao

Poder Judiciário, dá azo a uma preclusão administrativa, em nome da qual as controvérsias ficam definitivamente trancadas.

Quando o Presidente da República edita medida provisória, pratica ato legislativo, porque introduz, *ad referendum* do Poder Legislativo, mas com eficácia imediata, uma inovação na ordem jurídica.

Reitere-se, pois, que, para caracterização do ato funcional do Estado, importam o conteúdo e os efeitos materiais do ato e, não, o órgão do qual é dimanado.

2.4 Os mecanismos de facilitação do “acesso à justiça” a serem abordados

Conforme advertência feita na introdução da presente pesquisa, serão objeto de estudo os mecanismos da assistência jurídica, da assistência judiciária e o instituto denominado *jus postulandi*, que concerne à capacidade de postular em juízo sem a necessidade de se fazer representar por profissional habilitado, todos visando a facilitar o “acesso à justiça”, pela via estatal, assegurados, os dois primeiros, na Constituição da República, em seu Artigo 5º e, o último, regulamentado por normas infraconstitucionais.

No que tange às assistências – jurídica e judiciária – a preocupação recai sobre os problemas reais decorrentes não só de seu indeferimento (pois, assim, nega-se, de modo absoluto o pretendido “acesso”, posto que inviabiliza ao hipossuficiente o ingresso e a defesa, em juízo), como também, e principalmente, de sua concessão (já que, não raras vezes, a concessão é tão ou mais danosa quanto o indeferimento).

Relativamente ao *jus postulandi*, não se pretende, no presente estudo, elencar e dissertar sobre as hipóteses legais de cabimento (podendo serem citados, como exemplos, os Artigos 786 e 791, da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, o Artigo 9º, da Lei nº 9.099/95, no processo penal, o *Habeas Corpus* e a Revisão Criminal – Artigos 654 e 621, do CPP, a Ação Popular – Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, dentre outros), mas, sim, refletir sobre as consequências práticas de sua autorização pelo legislador infraconstitucional.

É importante salientar que o “*acesso à justiça*” não se dá apenas pela via estatal; ao contrário, experiências atuais demonstram um “sucesso” muito maior no que concerne à solução de conflitos através dos denominados meios alternativos de *pacificação social*, no sentido de que são formas de dirimirem-se os conflitos de interesses sem a necessidade de intervenção do Estado, dentro dos quais merecem destaque a mediação, todas as formas de autocomposição (renúncia, desistência, submissão e transação) e a arbitragem.

Discutindo acerca das alternativas à jurisdição, José Luiz Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler (2008, p. 37) dão ênfase à mediação e à arbitragem, ao argumento de que

... não podemos esquecer que o problema acerca do acesso à justiça não envolve apenas a (re)introdução em pauta de tal debate, senão implica o reconhecimento das deficiências infra-estruturais do Estado – em particular de sua função jurisdicional –, além do inafastável comprometimento da formação dos operadores do direito, bem como dos problemas impostos pela incorporação de novos interesses protegidos pelo direito, além de impor um compromisso com uma certa tradição própria da modernidade ocidental, à qual se liga o modelo de justiça pública própria do Estado Moderno, democrático e de direito.

Apenas superficialmente, uma vez que o tema não é objeto de estudo na presente pesquisa, é relevante comentar que a concepção originária da autotutela pode traduzir-se pelo uso da força (violência) privada. Nos Estados primitivos, em que imperava a barbárie, era o próprio indivíduo quem buscava a “*justiça*”, fazendo-a com as “próprias mãos”, sem qualquer proporção ou razoabilidade. Afirma-se que o instituto da autotutela ainda encontra resquícios no ordenamento jurídico pátrio atual. Todavia, esclarece Rosemiro Pereira Leal (2009, p. 22-23) que:

..., não há recepção da figura histórica da autotutela, mas a criação do instituto legal da autodefesa na esfera de direitos da pessoa e do Estado (comunidade). Quando a ordem jurídica autoriza a autodefesa, não está delegando ao indivíduo a função jurisdicional que continua a se originar de lei prévia estatal. Não há, portanto, como muitos entendem, uma exceção ao monopólio jurisdicional, que o Estado abre à prática selvagem da autotutela, tal como concebida em épocas primevas da sociedade.

(...) a autodefesa, na modernidade, é uma tutela substitutiva do provimento jurisdicional, legalmente permitida e que se faz pelos ditames diretos da norma preexistente à lesão ou ameaça de lesão a direitos.

A autotutela é, na contemporaneidade, a autodefesa de determinados bens juridicamente tutelados, dentro de certos limites previamente estabelecidos em lei, podendo o indivíduo, quando não respeitar tais limites, vir a ser punido pelo “excesso” em sua atuação (como é o caso da norma prevista no Artigo 23, parágrafo único, do CP) ou, ainda, verificar-se a configuração do crime tipificado pelo Artigo 345 do Diploma Penal (exercício arbitrário das próprias razões). Outros exemplos apontados como configuradores da autotutela são: o direito de retenção (Artigos 578, 644, 1.219 e 1.433, todos do Código Civil), o desforço imediato (CC, Artigo 1.210, § 1º), a legítima defesa (Artigo 25, CP), o estado de necessidade (Artigo 24, CP) etc.

Traduzindo-se por expressa manifestação de vontade das partes envolvidas num conflito, a autocomposição é via autônoma e legítima utilizada para a solução do litígio. Os sujeitos encontram uma solução por eles próprios, conciliando-se através da renúncia (abdicar, quedar-se silente), da submissão (aceitação resignada), da desistência (abandonar, não dar prosseguimento após tomar-se iniciativa) ou da transação (negociação, cessão equilibrada – de parte a parte – de interesses controvertidos). É a extinção do conflito por iniciativa e escolha dos próprios indivíduos envolvidos no conflito. Todavia, pode dar-se em juízo (perante a figura do Estado-Juiz, depois de já iniciado um processo) ou fora dele (antes de provocar-se a atuação do Poder Judiciário). É meio alternativo de solução de conflitos admitido, de modo geral, nas hipóteses que versem sobre direitos disponíveis. Rosemiro Pereira Leal (2009, p. 23-24) leciona:

A autocomposição é também uma forma bem antiga de solução de conflitos humanos, pela qual os interessados na dissipação de suas controvérsias, e ausente o Estado jurisdicional, conciliavam-se pela renúncia, submissão, desistência e transação. A renúncia consistia em se tornar silente o prejudicado ante o fato agressor a si mesmo ou a seu patrimônio. Submissão era a aceitação resignada das condições impostas nos conflitos ou pugnas individuais ou sociais. A desistência era o abandono da oposição já oferecida à lesão de um direito ou o não-exercício de um direito já iniciado. A transação distinguia-se pela troca equilibrada de interesses na solução dos conflitos.

Com o surgimento do monopólio estatal da jurisdição (exclusividade de o Estado fazer cumprir o direito), as formas de autocomposição foram acolhidas pelo direito processual dos povos, erigindo-se em institutos jurídicos que se definiram pela possibilidade de as partes em conflito destes de utilizarem, com as peculiaridades de cada legislação.

A mediação pode ser identificada como a condução, por parte da figura do mediador, das partes envolvidas em um conflito, no sentido de elas mesmas encontrarem uma solução. Frise-se que o mediador não impõe uma decisão, mas, tão somente, busca dissuadir os conflitantes do estado de beligerância, tentando conduzi-los a uma composição amigável. Para alguns autores, os chamados Juizados de Conciliação (que não integram o Poder Judiciário) servem como exemplo de mediação. Rosemiro Pereira Leal (2009, p. 24), ao traçar a distinção entre mediação e arbitragem, aduz:

... constitui-se, historicamente, na manifestação de transigência entre particulares, para encontrarem a solução de seus conflitos, sem intervenção do Estado, pela indicação consensual de um ou vários intermediários que lhes conduzam à pacificação dos interesses. Sem os rigores da excelente análise feita pelo Professor César Fiúza, em obra especializada em que distingue os contornos históricos da mediação (forma de pacificação) e da arbitragem (forma de decisão), pode-se afirmar que a arbitragem é o grau resolutivo da mediação e que, inicialmente espontânea e não prevista em lei, se dava pela livre escolha de terceiros (sacerdotes, anciãos, líderes, místicos, reis, nobres, técnicos, alquimistas, caciques, pajés) predestinados à compreensão do direito humano e divino para decidirem os litígios.

Superficialmente, pode-se dizer que a arbitragem é um procedimento técnico, através do qual as partes envolvidas num conflito escolhem um terceiro, totalmente imparcial, com conhecimentos específicos (não necessariamente jurídicos) acerca da matéria objeto de controvérsia de natureza contratual para, apreciando as razões de cada uma delas, apontar uma direção na solução (decisão) pacífica do conflito. Geralmente, o conflito origina-se do descumprimento de obrigações firmadas, trazendo o próprio instrumento (contrato), em seu bojo, item dedicado a esta modalidade alternativa de solução de conflitos, sob o nome de “cláusula de arbitragem”. Tal modalidade de resolução de conflitos foi devidamente disciplinada em nosso ordenamento jurídico através da Lei nº 9.307, de 23.09.1996.

Em relação a estas formas de “*pacificação social*”, é Rosemiro Pereira Leal (2009, p. 61) quem, após discorrer sobre o seu “quadro histórico”, descortina a essência da *jurisdição*, colocando-a como “*a estratificação histórica da figura da arbitragem legalmente institucionalizada e praticada, de modo exclusivo e monopolístico, pelo Estado*”. Esclarece, ainda, que, quando a jurisdição não se encontra balizada pela base principiológica do devido processo, reconhecida, consagrada e delineada pela ordem constitucional, nada mais é do que “*mera atividade de julgar e descende diretamente da primeva arbitragem, onde a clarividência divinatória dos sacerdotes e o carismático senso inato de justiça dos pretores e árbitros é que marcavam e vincavam o acerto e a sabedoria das decisões*” (LEAL, 2009, p. 61).

Evidencia o autor que a expressão *jurisdição* é equivocadamente empregada para designar a atividade judicante (ou seja, a do juiz, a qual se caracteriza pelo monopólio estatal de “arbitrar” o direito), ou seja, a atividade desenvolvida pelo Estado para prestar o serviço jurisdicional (*judicação*, pela ótica acertada de que o juiz é um servidor público) e, não, como forma de exercício de “poder”.

E, aí, merece destaque o princípio da reserva legal, posto que o juiz atua balizado pelo ordenamento jurídico, no sentido de concretizar ou realizar o direito (ditado pela lei), diferentemente da arbitragem, em que a decisão nem sempre tem contornos eminentemente jurídicos.

3 O MECANISMO DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA

3.1 Breves comentários

A assistência jurídica integral abarca todos os atos próprios da advocatícia, como a postulação e a defesa de interesses em juízo ou fora dele (como por exemplo, no âmbito administrativo) e, também, as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas³⁶.

Àqueles que demonstrarem insuficiência de recursos para a contratação de um advogado (inciso LXXIV do Artigo 5º da CR/88), nas hipóteses em que a lei exige a representação por parte deste profissional (todos os casos em que não admitido o emprego do instituto do *jus postulandi*), referida assistência é concedida pelo Estado, de forma gratuita. Sua concessão é levada a efeito através de defensor público, após a submissão do interessado à triagem, oportunidade em que se verifica se o indivíduo realmente se enquadra no perfil estipulado pelo texto constitucional, ou seja, se se trata de pessoa hipossuficiente do ponto de vista sócio-econômico e que não possui os recursos necessários para a contratação de advogado, o que, por óbvio, exige comprovação (no caso, de renda familiar).

Pelo fato de a Lei nº 1.060/50, que disciplina a Assistência Judiciária, a ser estudada em capítulo próprio, referir-se à suspensão da exigibilidade do pagamento de honorários advocatícios, muitos autores, principalmente inspirados pela primeira “onda” de Cappelletti e Garth (“*assistência judiciária para os pobres*”), inserem uma na outra ou não fazem distinção entre ambas.

CINTRA, DINAMARCO E GRINOVER (2009, p. 239), ao tratarem do tema “Defensoria Pública”, salientam que a sua institucionalização

... constitui séria medida direcionada à realização da velha e descumprida promessa constitucional de assistência judiciária aos necessitados. A constituição fala agora, mais amplamente, em “assistência jurídica integral e gratuita” (art. 5º inc. LXXIV), a qual inclui também o patrocínio e orientação em sede extrajudicial (advocacia preventiva); o emprego do adjetivo jurídica, em vez de judiciária, foi ditado exatamente por essa intenção de ampliar a garantia. Às defensorias Públicas da União, dos Estados e Distrito

³⁶ Artigo 1º, da Lei nº 8.906, de 4.07.1994.

Federal incumbem “a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados” (art. 134).

A própria Lei nº 1.060/50 fomenta dúvida quando estabelece que a assistência **judiciária** abrange a isenção do pagamento de honorários *advocatícios* e periciais (Artigo 3º, inciso V), bem como quando estabelece que, deferido o requerimento, o juiz determinará ao serviço de *assistência judiciária* organizado e mantido pelo Estado ou, onde não houver, à Ordem dos Advogados, que indique o profissional apto a responsabilizar-se pelo patrocínio da causa do necessitado.

Todavia, as assistências não se confundem. Os vocábulos empregados – jurídica e judiciária – já indicam esta diferença de sentidos, pois um designa atividade própria do advogado (em todas as suas vertentes: defensor público, dativo e *ad hoc*) e o outro, indica atividade do Poder Judiciário.

Tanto assim, que, como dito anteriormente, caberá ao defensor público (ou o órgão ou entidade que lhe fizer as vezes, como por exemplo, os centros de prática jurídica das faculdades de direito que prestam referido serviço à população carente) averiguar a condição sócio-econômica do indivíduo (o qual deverá comprová-la), para “decidir” se concede ou não a **assistência jurídica** e, além disso, deverá requer a concessão dos benefícios da **assistência judiciária** quando da postulação ou da apresentação de defesa em juízo, justamente porque uma não abrange (ou exclui) a outra.

Não se pode deduzir que, se o indivíduo faz jus a uma das formas de assistência, obrigatoriamente, é carecedor da outra, apesar de tal circunstância ser um indício.

Pode ser, por exemplo, que numa determinada localidade não haja advogado ou nenhum profissional particular possa assumir o patrocínio de determinada causa (obviamente, apresentando justificativa plausível para tanto) e, tratando-se de direito indisponível ou de processo de natureza penal (no qual a apresentação de defesa técnica é indispensável), ainda que o indivíduo tenha condições de pagar os honorários, seja-lhe nomeado defensor público.

3.2 Um pouco sobre a Defensoria Pública

Conforme disposição contida no Artigo 134 da CR/88, “A defensoria pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados”, na forma do inciso LXXIV do Artigo 5º do texto constitucional.

Apesar da significativa conquista teórica, decorrente do regramento em sede constitucional, pela própria estruturação do Poder Judiciário e das demais Instituições indispensáveis ao exercício da *função Jurisdicional* (Ministério Público e Defensoria Pública), é constrangedoramente nítida a discrepância de tratamento conferido pela Constituição.

Ocorre que, para a efetiva construção de uma sociedade realmente livre, justa e solidária, como o pretende a norma contida no inciso I do Artigo 1º da CR/88, é preciso que suas instituições tenham uma atuação integral (não só funcionando de forma plena, com recursos material e humano adequados, mas, também, atendendo à demanda de seus destinatários), o que, no caso, representa um equilíbrio de todos os vértices deste triângulo equilátero, essenciais à realização da “*justiça*” (Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública/Advocacia). O enfraquecimento de qualquer dessas instituições configura franca desobediência à norma constitucional e debilitação das tarefas pelas quais se incumbiram.

Todavia, a discriminação, no sentido de tratamento diferenciado, evidencia-se no próprio texto constitucional: o Poder Judiciário vem disciplinado ao longo de trinta e oito robustos artigos; o Ministério Público pode “perder” em números, mas, não, em pujança (cinco extensos artigos); já a Defensoria Pública, tem suas normas gerais expressas, conjuntamente com a Advocacia, em meros três discretos artigos (em tamanho e conteúdo), o que denota, a despeito de todos os avanços, a tendência ainda autocrática do Estado brasileiro (bem mais aparelhado para acusar e julgar/condenar, do que para defender o indivíduo), o que, nem de longe, coaduna com a democracia vislumbrada pelo Constituinte, até hoje incompreendida e ainda não implementada.

A adequada atuação por parte de uma Defensoria Pública efetivamente consolidada nada mais é do que a materialização do *princípio da igualdade*, pois, sem uma instituição forte, não se promoverá uma efetiva defesa dos direitos humanos que, quando fruídos verdadeiramente, traduzem-se em cidadania, imprescindível à construção de um Estado substancialmente democrático e, não apenas, formalmente participativo.

Por mais que se tenha um Judiciário eficiente (o que não é o caso, mesmo apesar de todas as metas criadas até hoje e, ainda, por criar pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ), este não se mostra suficiente o bastante para promover, sozinho, o sonho democrático e, muito menos, a tão almejada “*justiça*”. Enquanto reinar o autoritarismo, pelo qual se entende que um único Poder (seja ele qual for) esteja apto a resolver tudo de forma unilateral, dispensando a participação de outros agentes que a própria Constituição nominou como “indispensáveis”, bem como dos interessados e diretamente afetados, tal atuação jamais será legitimante do pronunciamento estatal; tão somente estará legitimada pelo argumento de autoridade que emana de seus “próprios fundamentos”.

A estruturação (no sentido de criar) e a promoção da infraestrutura das defensorias públicas em todas as localidades (para propiciar a aproximação do “povo”, numa clara postura de garantir a acessibilidade, para o que, evidentemente, falta vontade política), configuram a adoção de políticas públicas, necessárias e inadiáveis, rumo à facilitação do acesso ao adequado exercício da função jurisdicional.

É importante deixar claro que a concessão do benefício – assistência jurídica – não configura uma política pública, posto que se mostra como um mecanismo (garantia fundamental) para assegurar ao indivíduo o direito de acesso, estando expressamente elencada no texto constitucional; todavia, a criação e a disponibilização dos meios idôneos e necessários à sua concretização, certamente, o são.

Asseverando que a adoção de políticas públicas (entendidas neste estudo como todas as ações e serviços que o Estado desenvolve com o objetivo de promover acessos) insinua uma mudança no cenário social, para o que se deve guardar “uma relação entre a ação e o efeito” que se pretende (o

que precisa traduzir-se pelas próprias disposições que as regulamentam), mas, advertindo que a pretensa “transformação social não decorre apenas dos atos normativos”, Leonardo Militão Abrantes (2009, p. 132-133) sustenta que é preciso

... um estudo do tecido social real que envolve o problema a ser solucionado, evitando-se o ataque a sintomas, buscando sempre o ataque às causas.

A utilização de políticas públicas na área social, que venham a minimizar as desigualdades, colocou-se como essencial para a promoção do processo democrático, visto promover de forma direta um dos pilares da Democracia: a igualdade.³⁷

No entanto, a falta de vontade política na promoção de ações que visem à estruturação das Defensorias naquelas localidades que ainda não possuem sede da Instituição e ao aparelhamento das já existentes é constantemente deflagrada pelos seus próprios membros, não só através de manifestações processuais, mas, também, de atos normativos que visivelmente ofendem o texto constitucional, bem como normas infraconstitucionais, incluindo a própria Lei Orgânica que disciplina a Instituição.

Como exemplo, pode ser citada a Resolução nº 140/2009, da lavra do então Defensor Público Geral do Estado de Minas Gerais, que delimitou as atribuições do Núcleo da Defensoria Pública na Comarca de Ribeirão das Neves/MG (tendo ocorrido situações semelhantes nas Comarcas de Ipatinga, Teófilo Otoni, Vespasiano, Campo Belo, Pirapora, Pedro Leopoldo, Formiga, Betim, Pará de Minas, dentre outras), em que, após narrar os fundamentos³⁸

³⁷ Para demonstrar a dificuldade em se adotar uma política pública realmente eficiente, Leonardo Abrantes Militão, no mesmo trabalho, exemplifica que: “Os norte americanos, ao se debruçarem inicialmente sobre as demandas públicas, pensaram que poderiam eliminar a pobreza, o racismo, assegurar a paz, prevenir crimes, restaurar cidades etc. por meio das políticas públicas, desde que houvesse ações e dinheiro para tanto. Descobriram, contudo, que os problemas não são resolvidos com a decretação de leis, criação de novas burocracias ou injeção de recursos. É preciso todo um processo, todo um planejamento para o alcance de resultados mensuráveis, capaz realmente de interferir na realidade social e alterá-la” (p. 135). Salienta, ainda, que “... os grupos sociais menos favorecidos acabam por ter maiores dificuldades na vocalizam de suas demandas ou interesses perante o governo, principalmente diante do funcionamento precário do Poder Legislativo, bem como a estruturação deficiente das ideologias partidárias, sendo que ambas as características resultam na não representatividade daqueles. O Populismo, que esteve presente no governo brasileiro por longos anos, possui a característica de dificultar a organização dos grupos de pressão, sufocando demandas populares, garantindo assim menores dificuldades ao governo” (p. 143).

³⁸ Expondo as mazelas e denunciando a falta de infra-estrutura comum à Instituição, para justificar a imperiosa necessidade de delimitação da atuação da Defensoria Pública de Minas

que motivaram a adoção das medidas nela transcritas, determinou que aquele Núcleo atuaria, exclusivamente, para atender as demandas que tivessem por objeto temas de direito penal, execução penal, e direito de família, excluindo-se, ainda, no que concerne à matéria penal, o acompanhamento dos processos instaurados para apurar crimes de menor potencial ofensivo e, em relação ao direito de família, a atividade de curadoria especial e as causas que tivessem por objeto direito sucessório, tendo em vista que um mesmo órgão jurisdicional cuida de ambos os temas naquela localidade.

3.3 A hipossuficiência sócio-econômica

É importante salientar que a hipossuficiência a que se refere o texto constitucional não está estritamente relacionada à verificação da renda familiar, posto que abrange todo o aspecto sócio-econômico, significando ser preciso analisar-se não só a remuneração de quem pugna pela concessão do benefício, mas, também, sua condição social.

É possível que o jurisdicionado possua renda familiar que, a princípio o colocaria fora da faixa daqueles a quem a assistência jurídica pudesse ser assegurada. Todavia, os demais aspectos de sua vida, ainda que perceba remuneração razoável, obstam a que arque com as despesas processuais e,

Gerais na Comarca de Ribeirão das Neves, o referido Defensor assim se manifestou: “CONSIDERANDO a existência, na Comarca de Ribeirão da Neves, de 02 (duas) varas cíveis, 03 (três) criminais, vara de Família e Sucessões, Juizado Especial Cível e Criminal, de 05 (cinco) Unidades prisionais ocupadas atualmente por cerca de 6.000 detentos e considerável população que demanda a assistência da Defensoria; CONSIDERANDO a precária infraestrutura logística da instituição, a insuficiência de servidores e estagiários para o apoio ao Defensor Público e a inexistência de lotação específica no interior do Estado e região metropolitana; CONSIDERANDO a impossibilidade humana de apenas 07 (sete) Defensores Públicos absorverem toda a demanda por assistência jurídica nestas condições; CONSIDERANDO o reduzido número de Defensores Públicos no Estado, o contínuo êxodo de membros para outras carreiras e que a severa restrição orçamentária da instituição não permite o repasse de diárias para cobrir despesas básicas, como transporte e alimentação, ou pagamento de gratificações específicas por acúmulo de função, substituição ou plantão realizado, aspectos que impossibilitam o estabelecimento de cooperação nesta hipótese específica e outras assemelhadas; CONSIDERANDO o entendimento firmado pela Corregedoria Geral na matéria, inclusive aquele sumulado na orientação funcional 022; CONSIDERANDO que a sobrecarga de trabalho compromete, dentre outros fatores, a qualidade da prestação jurídica, o atendimento ao assistido e as providências que exijam a presença do Defensor Público, como as visitas aos estabelecimentos prisionais e interlocução junto à comunidade ou autoridades locais; CONSIDERANDO a necessidade de formalizar as prioridades da instituição para tornar viável o atendimento efetivo aos anseios da população necessitada nestas searas; RESOLVE: Art. 1º - DELIMITAR AS ATRIBUIÇÕES da Defensoria Pública na comarca (...)”.

sobretudo que possa suportar o pagamento de honorários, advocatícios e periciais, sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família.

É a hipótese de alguém que tenha gastos com saúde, por exemplo, muito acima de suas condições financeiras e que se veria impedido de ter acesso à *justiça* por não possuir recursos para a contratação de advogado.

Sinais exteriores de riqueza, como acervo patrimonial, por si só, também não devem impedir o deferimento do benefício. Não raras vezes, embora possua patrimônio, o jurisdicionado pode não possuir qualquer renda, achando-se na iminência de ter um direito violado ou ameaçado de lesão por não conseguir se desfazer de seus bens a tempo, objetivando angariar os recursos necessários para a contratação de profissional habilitado que promova o ajuizamento da ação ou a apresentação de defesa.

Por tal razão, a assistência jurídica fica a cargo do defensor público (ou de quem lhe fizer as vezes), a fim de que, examinando caso a caso, verifique se se trata de hipótese em que o benefício deva ser concedido.

No entanto, justamente em decorrência da estrutura precária de atendimento, na maioria dos casos, a verificação da hipossuficiência socioeconômica limita-se ao emprego de critério objetivo de análise da renda familiar, a qual, em regra, para fins de concessão do benefício, não pode ultrapassar o montante de 3 (três) salários mínimos, desconsiderando-se, assim, situações excepcionais (em que o indivíduo, apesar de possuir renda superior, por questões excepcionais, não pode, momentaneamente, arcar com tais custos – contratação de profissional).

4 O MECANISMO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

4.1 A previsão constitucional e a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1.950

Diferentemente da *assistência jurídica*, a *judiciária*, também concedida pelo Estado, depende de deferimento do juiz, benefício que, a teor do disposto na Constituição (Artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”), bem como na já citada Lei nº 1.060/50, independe de comprovação da hipossuficiência do interessado, bastando que a parte declare sua condição quando do requerimento.

Não cabe ao julgador questionar a veracidade de tal alegação, como comumente se verifica na prática forense (razão corriqueira de interposição de inúmeros recursos), sob a alegação de que a norma constitucional exige a comprovação de insuficiência de recursos.

No entanto, pela simples leitura do inciso LXXXIV do Artigo 5º da CR/88, constata-se, inequivocamente, que a exigência quanto à insuficiência de recursos é norma dirigida à concessão da *assistência jurídica* e, não, da *judiciária*. Quanto a esta última, basta a simples afirmação³⁹ por parte daquele que dela necessita, cabendo à parte interessada (contrária), quando existente prova da condição sócio-econômica daquela que pugna pela concessão do beneplácito da assistência judiciária, impugnar tal requerimento, pelo que se deverá instaurar o procedimento incidente adequado, em autos apartados⁴⁰.

Caso impugnado o requerimento do benefício da assistência judiciária, assegurados o contraditório e a ampla defesa (bem como todos os demais princípios que informam o devido processo), ao final, deverá ser proferido o provimento judicial decidindo pela sua concessão ou não. A parte que pleitear indevidamente a assistência em exame sofrerá as sanções previstas na própria Lei nº 1.060/50 (Artigo 4º, § 1º⁴¹).

³⁹ Artigo 4º, Lei nº 1.060/50: “A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”.

⁴⁰ Artigo 4º, § 2º, Lei nº 1.060/50: “A impugnação do direito à assistência judiciária não suspende o curso do processo e será feita em autos apartados”. E Artigo 7º: “A parte contrária poderá, em qualquer fase da lide, requerer a revogação dos benefícios de assistência, desde que prove a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão”.

⁴¹ “Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais”.

A assistência em comento diz respeito à suspensão (porque sujeita a sua cobrança a prazo prescricional) da exigibilidade do pagamento⁴² de determinadas despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios e periciais⁴³, e devem compreender todos os atos do processo, até a decisão final, considerando-se todas as instâncias⁴⁴.

4.2 Assistência judiciária e efetiva acessibilidade: uma reflexão

Como visto, os benefícios assegurados pela assistência judiciária devem abranger todos os atos praticados no curso de um processo, considerando-se todas as suas etapas (postulatória, ordinatória, instrutória, decisória e recursal), até o trânsito em julgado do provimento final.

Todavia, ao prever o mecanismo da *assistência judiciária*, sem o devido custeio das exações processuais, o Estado não garante a acessibilidade no seu sentido mais amplo e irrestrito, uma vez que os dispêndios materiais de um processo não se restringem às custas (no sentido de emolumentos). Devem ser englobadas despesas tais como transporte, tanto das partes como, por exemplo, de testemunhas, produção de provas dentre as várias espécies (pericial, documental, o que, às vezes, engloba, inclusive, a autenticação de documentos etc.), dentre outras.

Por que a necessidade de tal amparo (no aspecto material e financeiro)?

A amplitude de despesas no curso de um processo deve suscitar mecanismos positivos por parte do Estado, que não se limitem a isenções condicionais, devendo abranger instrumentos de índole financeira que permitam o extremo da atividade dialética do processo, pois, não propiciar tal

⁴² Trata-se de uma concessão de benefícios que, embora não exija comprovação de plano de sua necessidade, é condicionada, pois, uma vez desaparecidos os requisitos que a motivaram, a exigibilidade do pagamento das despesas e honorários por ela abrangidos é legítima, conforme normas contidas no Artigo 12 da Lei nº 1.060/50: “A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Se dentro de 5 (cinco) anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita”, e Artigo 13: “Se o assistido puder atender, em parte, as despesas do processo, o juiz mandará pagar as custas que serão rateadas entre os que tiverem direito ao seu recebimento”.

⁴³ Artigo 3º, Lei nº 1.060/50.

⁴⁴ Artigo 9º, Lei nº 1.060/50.

custeio pode representar verdadeiro óbice à ampla defesa e ao contraditório, afrontando-se, assim, o modelo constitucional de processo.

4.2.1 Assistência judiciária e instrução probatória

De todos os atos praticados no curso de um processo, sem receio de cometer qualquer exagero, os instrutórios, intimamente ligados aos princípios da ampla defesa (argumentação) e do contraditório, ganham expressividade inegável⁴⁵.

⁴⁵ Relativamente ao tema, embora não seja objeto do presente estudo, posto que focado no “acesso à justiça”, é importante trazer a lição de Rosemiro Pereira Leal, em sua obra **Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos**, 8ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 2009, p. 196-197, que, no intuito de demonstrar a diferença entre *meio*, *elemento* e *instrumento* de prova, esclarece, tecendo algumas críticas: “Sem dúvida, o **instituto** processual da prova é de enorme complexidade teórica, porque provar é representar e demonstrar os **elementos** da realidade objetiva dos meios intelectivos autorizados em lei. Os **meios** de prova são lógico-jurídicos, porque indicados na lei para que se possa, valendo-se de conhecimentos, dos sentidos e técnicas de demonstração, por via do intelecto, verbal ou expressamente, transportar os elementos de prova encontrados na realidade objetiva para o bojo dos autos do procedimento. Os **meios** (métodos) de prova são, portanto, argumentos e arguições lógico-jurídicos aptos à demonstração lícita da existência de **elementos** suscetíveis de sensibilização ou compreensão concernentes a **ato, fato, coisa, pessoa**. A **prova**, como instituto criado pela lei instiga a sua conceituação, reflexões nas dimensões do **espaço, tempo e forma**, em que o **espaço** seria a condição da existência do **elemento** de prova, o **tempo** seria o **meio** de consciência da **existência** do elemento de prova e **forma** seria o modo de concretização instrumental (verbal ou documental) pela síntese explicativa cartularizada do meio e elemento de prova. Assim, os **princípios** conceituais da **prova** consistem na **indiciariedade** (existência de elemento sensível na realidade objetiva), na **ideariedade** (apreensão, somatização e transmissão do elemento de prova pelo intelecto) e na **instrumentalidade** (materialização gráfico-formal desses elementos pelos meios intelectivos ou técnico-jurídicos permitidos). Exemplifica-se pelo **instituto da perícia judicial** que, como **meio** de prova autorizado em lei, há de se fazer, através de perito, pela coleta intelectual de **elementos** de prova existentes na realidade objetiva, sendo que o **laudo** é o **instrumento** (documento) expositivo do trabalho realizado. Outro exemplo é a testemunha que é **elemento** de prova e o seu testemunho é **meio** legal de prova. Por apego à didática, os autores costumam dizer que os **elementos** de prova são o **objeto da prova** e que a **finalidade** da prova é a formação da convicção do **destinatário** da prova ou do próprio agente da demonstração, o que suplicaria maiores esclarecimentos dos que assim preconizam. No estudo desse palpitante tema, pode-se conjecturar que a prova se opera num **ciclo mutativo** (metamorfósico) infindável em que os **instrumentos** de prova transformam-se em **novos elementos** de prova que, pela atuação dos **meios** de prova produzem **novos instrumentos** de prova. Quando o elemento da prova é pessoa, transforma-se em **meio** expositor de novos elementos de prova que se instrumentam, e assim, sucessivamente. Nesse quadro de idéias, o **procedimento** teria suas **bases epistemológicas** na **teoria da prova** que, pelo conteúdo dos critérios legais de sua produção (autocráticos ou dialéticos), indicaria o grau de avanço histórico no asseguramento dos **direitos fundamentais** de liberdade e dignidade humana. Em face do exposto, é que se divulga a parêmia latina **ex autis, ex mundi**, para dizer que o que está fora dos autos, está fora do mundo, porque o que não integrasse a estrutura procedimental não poderia mesmo ser considerado como juridicamente existente. É certo que a prova produzida nos autos não é o axioma da verdade, porque, como já dizia Carnelutti, a finalidade da prova é a **fixação** dos fatos do processo. Provar não quer dizer a demonstração da verdade dos fatos discutidos, mas ‘determinar e fixar

Considerando-se que os benefícios da assistência judiciária abrangem o custeio de todos os atos do processo, dos quais não se pode excluir os probatórios, tem-se que a sua produção deve, igualmente, ser suportada pelo Estado.

Tanto assim, que, relativamente à prova técnica, o Estado mantém uma estrutura de auxiliares (peritos) concursados, responsáveis por cumprir o encargo de realização de exames, estudos e perícias, em diversas áreas do conhecimento humano (contabilidade, medicina, psicologia, assistência social etc.), encaminhando aos respectivos setores os casos de assistidos.

No entanto, esta estrutura não abrange todas as espécies de perícias necessárias à comprovação de determinados fatos e, não raras vezes, a infraestrutura (recursos material e humano) é absolutamente precária para atender a todas as demandas, havendo suspensões constantes e por tempo inaceitável das atividades realizadas por estes setores, como comumente se verifica na prática forense.

O fato de a Constituição de 1988 prever, textualmente, em seu Artigo 5º, que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei (inciso II), impede, por exemplo, que um determinado profissional (perito) seja compelido pelo Estado (como se tem visto em vários casos) a prestar seus serviços (realizando perícias), sem que seja devidamente remunerado por tal atividade (lembrando que a verba devida possui caráter alimentar). Ou, como se pode verificar em outras tantas hipóteses, os juízes têm exigido das partes amparadas pelo beneplácito da assistência judiciária que indiquem até três profissionais que se disponham a realizar a perícia de forma não onerosa (aqui,

formalmente os fatos'. (...) Desservem ao Direito, na contemporaneidade, os estudos da prova, se concebida, como assinalado, em moldes judiciaristas, mediante avaliação de sua eficácia probante pelo 'poder' da sensibilidade e talento da apreensibilidade jurisdicional. A afirmação de que a 'prova tem por objetivo a verdade' demanda cogitações sobre a controvertida aceção de 'verdade', porque a busca obsessiva da certeza há de se conter, em Direito, nos limites dos **meios** de obtenção da prova legalmente permitidos. A existência do **elemento** de prova, ainda que de certeza inegável, não autoriza, por si mesma, a coleta da prova **contra legem**. A liberdade de apreensão do **elemento** de prova no **espaço** real há de sofrer o controle dos **meios** legais indicados na lei para se lavrar o **instrumento** de prova. Provar em direito é representar e demonstrar, instrumentando, os **elementos** de prova pelos **meios** de prova. A exemplificar, a **perícia** é um **meio** de prova para o exame dos **elementos** de prova com elaboração final do laudo que é **instrumento** de prova.

situação tão ou mais grave, em que se averigua a quebra da imparcialidade necessária e indispensável ao exercício do encargo pericial).

Quando o profissional (perito) exerce seu encargo sem perceber a devida remuneração ou a parte, mesmo sem poder, paga os honorários periciais, o que ocorre é a espera demasiadamente longa para que os setores estruturados pelo Estado apresentem condições de realizar o exame pretendido, o que, sem dúvida, traz incomensurável prejuízo à parte que recorre ao Judiciário para buscar a solução de seu conflito ou interesse, em tempo razoável.

É muito comum verificar-se, na prática forense, o que acontece em relação, por exemplo, a ações de interdição, em que o interessado é obrigado a acionar os órgãos jurisdicionais, com o objetivo de obter um pronunciamento do Estado, no que concerne à declaração de incapacidade civil, visando ao recebimento de benefícios previdenciários aos quais faz jus, mas, que foram negados na esfera administrativa. E, naqueles casos em que o magistrado entende por bem aguardar a realização de exame que confirme o estado de saúde mental do interditando para prover sobre o pedido, aguarda-se, quase que indefinidamente, para submissão à perícia pelo setor responsável⁴⁶.

4.2.2 A duração razoável do procedimento

Uma das maiores angústias de quem se vê obrigado a suportar as agruras de um processo, seja na condição de autor seja na de réu, é o tempo, muitas vezes perdido pela frustração de obter-se um provimento estatal, para o qual não se permitiu participar de forma plena para sua construção ou que já

⁴⁶ Exemplo de tal situação é o caso dos autos do Processo nº 0024.07.582345-0 (ação de interdição), em que foi acostado o Ofício-circular nº 013/2009–DIRFO, já direcionado, anteriormente, aos autos do Processo nº 0024.08.160996-8, através do qual o Juiz Diretor do Foro da Comarca de Belo Horizonte/MG, Dr. Marco Aurélio Ferenzini, no uso de suas atribuições, determinou, enquanto o Tribunal de Justiça Mineiro não encontrasse uma solução para a questão da ineficiência na prestação dos serviços a cargo da Central de Perícias Médicas, o seguinte: “Assim, tendo em vista os fatos acima narrados e considerando ainda o reduzido espaço físico disponível para a guarda de feitos, outra alternativa não resta a esta Direção do Foro senão solicitar a suspensão da remessa de autos e ofícios à Central de Perícias, bem como autorizá-la a devolver às respectivas Secretarias de Juízo, os feitos anteriormente encaminhados, até que se normalizem as atividades do setor”. Frise-se que, neste caso, num processo iniciado em 2007, a perícia foi, inicialmente, designada para 02 de março de 2011.

não apresenta mais qualquer utilidade, pois, pela demora, não se mostrou como meio idôneo a reparar, completamente, a violação ou a impedir que a ameaça de lesão a direito se concretize. O desgaste (pelo menos, financeiro e emocional) causado por uma duração indevida do procedimento configura, inequivocamente, negativa do “*acesso à justiça*”, uma vez que, *só de tardar, já se está falhando*.

Para Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2003, p. 522),

O tema do chamado “acesso à justiça” ganha novos contornos, para não dizer trágicos, quando sucessivos governos, quer por meio de medidas provisórias, quer por meio do envio de projetos de lei, aprovados sem vírgulas pelo Legislativo, buscam tolher o Poder Jurisdicional e inviabilizar o uso de meios processuais, agravando ainda mais os problemas relacionados à celeridade processual, mas também à efetividade do contraditório⁴⁷.

Pinçando as garantias que integram o instituto do devido processo legal, previstas no texto constitucional, DIAS (2006, P. 655) destaca aquelas que compõem o que nomina “bloco aglutinante e compacto”:

a) direito de amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; b) garantia do juízo natural; c) garantia do contraditório; d) garantia da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluído o direito ao advogado ou defensor público (artigos 133 e 134); e) garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais (artigo 93, incisos IX e X); f) garantia de um processo sem dilações indevidas (...),

⁴⁷ Relativamente à utilização de direitos e garantias constitucionais como fundamento para se suprimir outros direitos e garantias igualmente previstos na Constituição de 1988, tão ou mais importantes, cabe registrar a advertência de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, no sentido de que não se pode eximir de responsabilidade os diversos operadores do direito, relativamente, à não “realização do projeto constitucional-democrático” por não exigirem o “cumprimento das funções constitucionalmente atribuídas” ao Poder Judiciário, pois, há os que, apoiados “em autores alemães balizados, como Roberte Alexy e outros, defendem uma compreensão “materializante” ou “axiologizante” da Constituição e do Direito, que acaba por *instrumentalizar* politicamente o Direito, ao utilizar-se de um discurso teórico extremamente sofisticado para lançar a Constituição contra si mesma, pervertendo-lhe o sentido normativo que lhe é próprio, assim favorecendo a interesses políticos que se chocam com o projeto constitucional democrático de 1988, na medida em que contribuem para perpetuar práticas e tradições autoritárias incompatíveis com o Estado Democrático de Direito” (**Argumentação jurídica e decisionismo: um ensaio de teoria da interpretação jurídica enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras.** José Adércio Leite Sampaio, Coordenador. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 542-543).

asseverando, ainda, que o direito do povo de acesso à função jurisdicional, frise-se, direito fundamental reconhecido e assegurado através da norma contida no inciso XXXV do Artigo 5º do texto constitucional, “envolve o direito de obter do Estado uma decisão jurisdicional em prazo razoável. Se descumprida esta recomendação, a função jurisdicional do Estado qualifica-se como **inacessível** ao povo, por não apresentar solução decisória em tempo útil, no processo que a provocou, em aberto desrespeito ao texto da Constituição (artigo 5º, inciso LXXVIII)” (destaque e grifo não constantes do texto original).

Ainda que com o olhar voltado especificamente para o processo penal, Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2009, p. 5-6) tecem comentários perturbadores acerca da garantia da duração razoável, os quais se aplicam, na realidade atual, a todo e qualquer processo, ao verificar que, até mesmo o controle sobre o aspecto temporal se transformou em uma forma de “poder”, asseverando que “o verdadeiro detentor do poder é aquele que está em condições de impor aos demais o seu ritmo, a sua dinâmica, a sua própria temporalidade”. Reconhecendo que o procedimento, para desenvolver-se de forma dialética, respeitando-se todas as garantias processuais constitucionais, carece de tempo, os autores afirmam tratar-se de

... um instituto essencialmente dinâmico, não exaurindo o seu ciclo vital em um único momento. (...), possuindo duração própria. (...)
Por outro lado, embora o processo não seja um instrumento apto a fornecer uma resposta imediata àqueles que dele se valem, isto não pode levar ao extremo oposto de permitir que tal resposta seja dada a qualquer tempo. Se o processo demanda tempo para sua realização, não dispõe o julgador de um tempo ilimitado para fornecer a resposta pleiteada.

Referidos doutrinadores, ao tratarem do que denominaram “relação custo-benefício de um processo no prazo razoável”, foram além, entendendo que os números de processos que não atendem ao preceito constitucional são inaceitáveis, devendo dar ensejo a que o Brasil seja insistentemente acionado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos pela flagrante “sistemática e reiterada violação do direito ao processo em tempo razoável” (LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2009, p. 196), devendo serem-lhe impostas

multas que acarretem um aparelhamento (material e humano) que promova uma “organização judiciária adequada”.

Desenvolvendo o mesmo raciocínio sustentado por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004) em obra já citada no presente estudo, que cuidou da responsabilidade do Estado no que tange ao exercício da função jurisdicional (de que é um serviço que deve ser adequadamente prestado, sob pena de responder o Estado pelos danos causados às partes envolvidas no processo), concluem Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2009, p. 197) que:

Se o Estado não se preocupa com a qualidade da prestação jurisdicional, como um dever que lhe é inerente, talvez se preocupe com a repercussão que ineficiência da máquina judiciária poderá causar nas contas públicas. Enfim, numa época em que parece que o único objetivo do Estado é a manutenção de superávit fiscal, o cálculo econômico entre o quanto *se gasta* para ter uma máquina judiciária adequada e o quanto *se perde* com o pagamento de indenizações por violar o direito ao processo em prazo razoável, poderá levar à conclusão de que o *investimento* no Poder Judiciário é um *bom negócio!*

Dierle José Coelho Nunes (2009, p. 159) salienta que o Estado brasileiro reforçou o discurso neoliberal, adotando políticas que, de um lado, asseguram direitos, mas que, de outro, afrontam os interesses econômicos do “mercado”. Assim, o adequado aparelhamento dos órgãos jurisdicionais e a promoção de um processo que assegurasse efetiva participação dos interessados e afetados pelas decisões, possibilitando a fiscalização da atividade estatal, chocar-se-ia com a organização socioeconômica, considerando-se que os modelos processuais são dela – organização socioeconômica – indissociáveis. Afirma, com coragem, que para satisfazer às pretensões do “mercado”, seria necessário criar um outro modelo (que não o constitucional), o qual “não oferecesse perigos” para o mesmo, “com o delineamento de um protagonismo judicial muito peculiar, em que se defenderia o reforço do papel da jurisdição e o ativismo judicial, mas não se assegurariam as condições institucionais para um exercício ativo de uma perspectiva socializante ou, quando o fizesse, tal não representasse um risco aos interesses econômicos e políticos do mercado e de quem o controla”.

O mesmo autor acrescenta, ainda, que a “síndrome de privatização da cidadania” (*Syndrom des staatsbürgerlichen Privatismus*) e a “intervenção ilegítima do mercado aludidas por Habermas (1994, p. 105), que conduz o cidadão a um papel clientelístico (apático) e periférico, contaminam o sistema jurídico brasileiro, em face das inúmeras intervenções” (NUNES, 2009, p. 159).

Apoiado em dados colhidos por Ferrão e Ribeiro em pesquisa empírica que teve por objeto a politização dos juízes, Dierle José Coelho Nunes (2009, p. 160) confirma a forte impressão daqueles que atuam na seara forense: “o favorecimento judicial beneficia prevalentemente a parte mais forte”.

Desenvolvendo, ainda, tal raciocínio, o autor enfatiza que as reformas processuais “defendidas pelo Banco Mundial” e levadas a efeito nos últimos anos, além de possuírem o condão de reduzir a “função fiscalizadora e construtora dos provimentos jurisdicionais”, destinavam-se a privilegiar

... predominantemente a busca de um processo célere e que garantisse a defesa da propriedade privada e do mercado. Isso fica claro no cotejo de inúmeros trechos do aludido documento, que sub-repticiamente conjugam acesso à justiça com defesa do setor privado e do mercado (NUNES, 2009, p. 161).

Por isso afirma FABRIZ (2009, p. 142) que

O processo atual de globalização nos leva a pensar em saídas para as várias conseqüências do modelo capitalista adotado. Vivencia-se uma reformulação nos processos de dominação no plano mundial, onde os pobres são levados à condição de entranças que devem ser removidos, postos à margem do debate sobre o poder e suas formas de exercício. Vislumbra-se em certos discursos que defendem a democracia ao seu modo, um desejo de exercitar o poder de forma não democrática, na medida em que percebemos em suas práticas modos de exclusão da grande massa dos despossuídos.

Dierle José Coelho Nunes (2009, p. 159) conclui que o modelo a ser criado para atender às expectativas do “mercado” deveria mostrar-se apto a assegurar uma uniformidade das decisões (é o que se colhe das últimas reformas sofridas pelo Código de Processo Civil como, por exemplo, a alteração do Artigo 518, acrescido dos §§ 1º e 2º, e a introdução do Artigo 285-A, bem como a adoção de súmulas vinculantes etc.), numa preocupação reduzida ao aspecto quantitativo (eficiência), no que concerne à produção de provimentos finais, buscando ainda uma “máxima sumarização da cognição”

(que se reflete nas mudanças levadas a efeito sob o argumento da celeridade processual), a qual “esvaziaria, de modo inconstitucional, a importância do contraditório e da estrutura participativa processual que garantem procedimentos de cognição plena para o acerto dos direitos”, o que, por sua vez, afetaria sobremaneira a legitimidade da decisão.

5 O INSTITUTO DO JUS POSTULANDI

Como dito anteriormente, o presente trabalho não apresenta como objetivo a enumeração de todas as hipóteses em que permitido ao interessado o ingresso ou apresentação de defesa perante os órgãos jurisdicionais, sem a necessidade de fazer-se representar por profissional habilitado que, no caso, é o advogado⁴⁸.

A preocupação específica é, justamente, com a adequada atuação em juízo, considerando-se que, embora não haja, efetivamente, a diferença que sugere a dicotomia direito material *versus* direito processual, fato é que, ao leigo, não é dado conhecer as normas que regulamentam o procedimento, conhecimento este afeto, quase que exclusivamente, aos operadores do direito, em decorrência da formação acadêmica e da prática cotidiana.

Assim, objetiva-se esclarecer, simplesmente, a noção básica do instituto em comento para, então, fazer-se uma reflexão sobre as consequências de sua aplicação.

A expressão latina – *jus postulandi* – pode ser traduzida, de forma livre, como direito de postular, ou seja, o direito de agir (o que inclui o direito de falar) perante o órgão judicial, o que, no sistema processual brasileiro, é conferido aos advogados⁴⁹.

Além disso, o inciso I do Artigo 1º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, estabelece que a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais constitui atividade privativa de advogado.

Ainda que vise à facilitação do “*acesso à justiça*”, não há como negar que o instituto em estudo, em regra, somente não traz prejuízo à parte quando a demanda é encerrada por meio da autocomposição (meio alternativo de

⁴⁸ Muito menos, pretendeu-se desenvolver pesquisa acerca dos denominados pressupostos processuais, com destaque para a “capacidade de quem formula”, o qual diz respeito a três capacidades distintas: a capacidade de ser parte (Artigos 3º e 6º, ambos do CPC), a qual se relaciona à titularidade do direito de ação ou à legitimação estabelecida em lei; a capacidade de estar em juízo (Artigos 7º, 8º e 9º, todos do CPC), que se refere à própria capacidade civil, significando ser maior de dezoito anos ou já ter atingido a capacidade plena, levando-se em conta as hipóteses previstas em lei, bem como não estar inserido no rol dos Artigos 3º e 4º do Código Civil; e, por fim, a capacidade postulatória, o qual, este sim, é o foco do presente estudo.

⁴⁹ Artigo 36 do CPC: “A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver”.

solução de conflitos, mencionado anteriormente, que pode se dar tanto em juízo como fora dele), em sede de audiência de conciliação, primeira oportunidade em que os adversários são colocados frente a frente (o que, geralmente, ocorre com mais frequência, perante os Juizados Especiais).

Vencida esta etapa do processo, caso não haja composição amigável, o desenrolar dos acontecimentos mostra-se o mais desastroso possível, posto que o acesso assegurado pelo instituto revela-se como verdadeiro engodo.

De plano, o jurisdicionado já percebe arranhadas suas garantias mais básicas: a ampla defesa e o contraditório. Os procedimentos, revestidos de refinada técnica, são complexos (regras de competência, aplicação de direito intertemporal etc. que, às vezes, trazem dificuldades até mesmo para juízes, advogados, promotores, defensores públicos e auxiliares). Como se não bastasse o tecnicismo que envolve a prática dos atos (forma, lugar, prazo, dentre outros aspectos) que integram o procedimento, tem-se, ainda, a linguagem própria da ciência jurídica (não se está a referir, aqui, ao emprego reprovável de linguagem difícil ou ininteligível, mas, sim, de linguagem técnica). Ademais, o envolvimento emocional daquele que se encontra envolvido no conflito interfere sobremaneira (não haja a menor dúvida), privando-o, muitas vezes, do benefício do intelecto.

Rosemiro Pereira Leal (2005, p. 47-48), ao discorrer sobre o direito de ampla defesa, sustenta que a mesma somente pode ser efetiva se a parte ou o interessado estiver participando do procedimento através da figura do advogado, pois, do contrário, o ato praticado deve ser considerado ilegítimo por “falta de suporte constitucional”, posto que vislumbra o autor ofensa flagrante ao Artigo 133 da Constituição da República, concluindo que

... por imperativo constitucional, o pressuposto subjetivo de admissibilidade concernente à capacidade postulatória, para a existência legítima de PROCESSO, AÇÃO E JURISDIÇÃO, não pode sofrer, no direito brasileiro, restrição, dispensabilidade, flexibilização ou adoção facultativa, porque os procedimentos jurisdicionais estão sob regime de normas fundamentais que implicam o controle da JURISDIÇÃO pelo ADVOGADO (art. 133 da CR/88) e que somente se faz pela presença indeclinável do advogado na construção dos procedimentos jurisdicionais (litigiosos ou não).

O que se extrai do art. 133 da CR/88 é que, mais que o retórico controle do judiciário, há de se restabelecer, de imediato, por consectário constitucional, com pronta revogação ou declaração de

inconstitucionalidade de leis adversas, o controle da atividade jurisdicional pelo ADVOGADO.

Some-se a tal entendimento o fato de que a função do advogado/defensor não se restringe à defesa, em juízo, dos interesses de seu cliente: a teor do disposto no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil⁵⁰, é o mesmo igualmente responsável pela defesa “do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da justiça e da paz social”, devendo atuar de modo a “mitigar as desigualdades para o encontro de soluções justas”.

5.1 A indispensabilidade do advogado prevista no texto constitucional

Determina Artigo 133 da Constituição da República de 1988 que o “advogado⁵¹ é indispensável à administração da justiça”, significando ser o mesmo imprescindível para o adequado exercício da função jurisdicional, sem qualquer ressalva.

Tal norma vem repetida, no plano infraconstitucional, no Artigo 2º do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94).

Por sua vez, o Artigo 6º do referido Estatuto estabelece que não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados, e membros do Ministério Público, do que se pode depreender que todos desempenham funções diferentes, mas igualmente importantes, ao “equilíbrio” do processo.

⁵⁰ Artigos 2º e 3º.

⁵¹ Por óbvio, o termo advogado está a designar todos aqueles que exercem os atos privativos da advocacia, ou seja: o advogado particular, contratado e constituído pela parte, o defensor público, funcionário que integra os quadros do Poder Executivo, incumbido de prestar gratuitamente assistência jurídica integral àqueles que comprovarem insuficiência de recursos, o advogado ou defensor dativo, nomeado pelo juiz para acompanhar, até final, determinado processo, na defesa dos interesses da parte, e mesmo o advogado ou defensor denominado *ad hoc*, nomeado, exclusivamente para a prática de ato, ao qual, injustificadamente, o advogado particular constituído ou o defensor público ou dativo nomeado não compareceu. Cabe aqui, a crítica a este último, não pela função que exerce, mas pela grave ofensa ao princípio da ampla defesa, uma vez que nada conhece da causa, sendo surpreendido com a nomeação, sem ter o tempo necessário para inteirar-se do teor do conflito objeto do processo. Averiguar-se a razão da falta do advogado particular ou do defensor, público ou dativo, e a aplicação de eventual sanção pela má prática profissional, é o que deve ser feito. Jamais, a parte pode ser penalizada por ato daquele que a representa em juízo. Contudo, o fundamento utilizado para justificar tal situação revela caráter meramente econômico, enrustido sob a desculpa da pretensa busca por uma celeridade “processual”.

Sendo assim, indaga-se: por que razão pode o advogado, em virtude de normas infraconstitucionais, ser dispensável e os demais “atores jurídicos”⁵² não?

É aceitável que se busque um processo através do qual seja possível atingir o máximo resultado com o mínimo esforço (temporal e financeiro, inclusive). Todavia, tal perspectiva não dá azo a que se afaste a figura do advogado (sobretudo quando a Constituição prevê a sua indispensabilidade), como se este profissional fosse o responsável pelas mazelas que maculam o sistema judiciário, incluindo-se aí **o custo** de um processo (isto porque, o jurisdicionado, quando comprovada sua hipossuficiência, faz jus a advogado, cujo custeio da respectiva prestação de serviço deve ser suportado pelo Estado, o qual, em sede constitucional, se comprometeu a assegurar a assistência jurídica integral e gratuita aos comprovadamente pobres) e **a demora** na sua conclusão (já que, não raras vezes, o patrono da parte é acusado de praticar “atos atentatórios à dignidade da justiça”, como por exemplo, interpondo recursos com intuito meramente procrastinatórios – registre-se, aliás, que este é um dos argumentos utilizados para supedanear reformas que visam à supressão de recursos, a fim de tornar o “processo” mais célere).

Em veemente e ácida crítica, Alexandre Morais da Rosa (2009, p. 27) expõe, de forma incisiva, o precário desempenho dos a que chamou “atores jurídicos”, o que leva à reflexão sobre como aqueles que sequer possuem mínima formação jurídica e que, às vezes, mal sabem “desenhar” o próprio nome (pois precisam colocar o documento de identidade bem ao lado, para copiarem a forma como está “assinado” no RG), podem dirigir-se diretamente aos órgãos jurisdicionais, sem fazerem-se representar por advogado:

A primeira questão, com efeito, a ser enfrentada é a do “ator jurídico analfabeto funcional”, ou seja, ele sabe ler, escrever e fazer conta; vai até na feira sozinho, mas é incapaz de realizar uma leitura compreensiva. Defasado filosófica e hermeneuticamente, consegue

⁵² Expressão utilizada por Alexandre Morais da Rosa no Artigo intitulado **Garantias constitucionais – Um discurso que não seduz (in Constituição e Processo: A resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Coordenação de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 27), para designar todos aqueles, de alguma forma, atuam em atividades jurídicas, profissionais ou acadêmicas, indigitados, também, de “operadores do direito”.

ler os códigos, mas precisa que alguém – do lugar do Mestre – lhe indique o que é o certo. Sua biblioteca é composta, de regra, pela “Coleção de Resumos”, um livro ultrapassado de Introdução ao Estudo de Direito – os usados na maioria das graduações deste imenso país –, acompanhado de uma lamúria eterna de que o Direito é complexo, por isso lê *Paulo Coelho*. Quem sabe, com alguns comprimidos de “prozac” ou algo do gênero, para, imaginariamente, dar conta. Complementa o “kit nefelibata” – dos juristas que andam nas nuvens – com um CD de jurisprudência ou acesso aos “sites” de pesquisa jurisprudencial, negando-se compulsivamente a pensar. O resultado disto, por básico, é o que se vê: um deserto teórico no campo jurídico, em que cerca de 60% – sendo otimista – dos atores jurídicos são incapazes de compreender o que fazem. Para além da “opacidade do direito” (*Carcova*) e sua atmosférica mito-lógica (*Warat*), existe uma geléia de “atores jurídicos analfabetos funcionais”. Estes, por certo, não sabem compreender hermeneuticamente, porque para isso precisariam saber pelo menos do “giro lingüístico” (*Habermas/Rorty*), isto é, deveriam superar a “Filosofia da Consciência” em favor da “Filosofia da Linguagem”. Seria pedir muito? Talvez. Mas é preciso entender que o sentido de uma norma jurídica (norma: regra + princípio) demanda um círculo hermenêutico (*Heidegger e Gadamer*), incompatível com a procura de “essências” ainda ensinados na graduação: vontade da norma e vontade do legislador, tão bem criticados por *Lenio Streck*.

Acresça-se a tal entendimento a observação de NUNES (2009, p. 167) no sentido de que o “problema começa desde o início da formação dos profissionais”, uma vez que os indivíduos que se dispõem a cursar uma faculdade de direito não são verdadeiramente “vocacionados”, mas, ao contrário, são seduzidos pelas ofertas que o “mercado” oferece, tanto no plano individual quanto profissional, bem como pelas ilusões de *status* social, altos salários, influência etc., sem que estejam conscientes das responsabilidades que decorrem do múnus das diversas atividades ligadas à seara jurídica, asseverando o autor, por exemplo, que

A análise do perfil atual dos juízes em exercício no nosso País e dos mecanismos de avaliação dos candidatos ao ingresso na magistratura pelos concursos públicos revela que não se busca um magistrado com uma formação humanística adequada, mas, sim, um especialista na dogmática. Juízes com adequada formação humanística representam uma pequena parcela, e mesmo esses são consumidos pela lógica neoliberal da produtividade, uma vez que, caso desejem fazer uma análise adequada de todos os casos, certamente não cumprirão o requisito objetivo de promoção por merecimento (produtividade) (art. 93, inc. II, alínea “c”, CRFB/88).

Tomando por base a noção contemporânea de cidadania explicitada em obra de CATTONI DE OLIVEIRA, Dierle José Coelho Nunes (2009, p. 163)

assevera que o “Judiciário não é visto prioritariamente como uma entidade que desempenha uma função estatal, mas, sim, como um mero órgão prestador de serviços”, e que o cidadão foi reduzido a mero consumidor

... de produtos do Estado-privado-jurisdição, e a interpretação dos princípios processuais constitucionais (que deveriam fornecer correção normativa ao sistema de aplicação de tutela, dentro de um espaço público) passa a ser feita em perspectiva formal, como se fossem utilizados tão-somente para que o processo obtenha máxima eficácia dentre de critérios quantitativos (e privatísticos) e não qualitativos.

É José Alfredo de Oliveira Baracho (2003, p. 91) quem sedimenta que os “direitos fundamentais constituem o patrimônio comum dos cidadãos, individual e coletivamente, constitutivos do ordenamento jurídico, cuja vigência deverá atender a todos, de maneira igual”.

5.2 Jus Postulandi e Modelo Constitucional de Processo

5.2.1 A base principiológica do modelo constitucional de processo

Enfatizando que é “preciso superar Dinamarco, pelo menos, em favor de Fazzalari”, asseveram Alexandre Morais da Rosa e Sylvio Lourenço da Silveira Filho (2009, p. 64) que a aplicação das normas processuais infraconstitucionais devem obrigatoriamente ser precedidas do que denominam “oxigenação constitucional” (interpretação constitucionalmente adequada) e, também, que

Neste caminhar procedimental, preparatório ao ato de império, a existência efetiva do *contraditório* consiste em sua característica fundamental. Assim é que a teoria do processo precisa ser revista, a partir do contraditório, implicando na modificação da compreensão de diversos institutos processuais vigorantes na prática processual brasileira (ROSA; SILVEIRA FILHO, 2009, p. 72).

Na atualidade, é impossível conceber-se o devido processo legal (leia-se constitucional) sem que se verifique o respeito aos princípios institutivos e informativos que o compõem, merecendo destaque, dentre outros, os da inafastabilidade do controle jurisdicional, da isonomia, do juízo natural, da

ampla defesa, do contraditório, da publicidade, da fundamentação das decisões jurisdicionais e do duplo grau de jurisdição.

Contudo, ao presente capítulo interessam, sobretudo, os princípios da ampla defesa, do contraditório (os quais se encontram intimamente ligados ao princípio da isonomia) e o da fundamentação das decisões, por entender-se que sejam estes os mais afetados pelo instituto em comento.

Ainda existem doutrinadores, principalmente aqueles que defendem a instrumentalidade do processo, os quais refutam a importância que lhes deva ser atribuída, entendendo-a como exacerbação e apontando-a como causa para a demora na conclusão dos processos, obstando-se, assim, o tão proclamado fetiche da celeridade.

Porém, pela própria alocação dos variados conteúdos normativos no texto constitucional, é possível depreender-se o grau de importância a cada um deles atribuído.

A preocupação com direitos e garantias fundamentais somente ganhou força com o destaque das questões afetas a direitos humanos no plano internacional, sobretudo após segunda guerra mundial, em razão dos notórios horrores que alarmaram e chocaram o mundo, sendo que, aos poucos, os ordenamentos jurídicos internos de cada país foram absorvendo estas conquistas teóricas e inserindo em suas Constituições os frutos desta evolução⁵³.

Nas primeiras Constituições brasileiras, quando a matéria chegava a ser positivada, só era possível localizar os artigos que cuidavam dos direitos e garantias individuais já nos últimos capítulos, a demonstrar que, nem sempre, o assunto teve o reconhecimento e o destaque (ainda que formal, na maioria das vezes) de que goza na atualidade.

A Constituição do Império (1824), timidamente, tratou, no Título 8º (Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis e Políticos), em seu Artigo 179, de alguns dos direitos e das garantias fundamentais, hoje já consagrados,

⁵³ Neste ponto, recomenda-se a leitura do item número 2.4, intitulado **Direito à Jurisdição como Direito Fundamental**, do livro **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 107-115, de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, que consegue sintetizar, com riquezas de detalhes, a evolução do reconhecimento e da positivação dos direitos humanos, a que o autor denominou de “constitucionalização do Direito Internacional”.

sem fazer qualquer menção ao princípio do contraditório, merecendo destaque tão somente os incisos XI (“Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ella prescripta”), que cuidou de parte do que seria o princípio do juízo natural e, também, do princípio da reserva legal, e XIII (“A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”), que tratou do princípio da isonomia.

Já a primeira Constituição da República (1891), ainda que com redação voltada para o direito processual penal, inseriu o princípio da ampla defesa no § 16, do Artigo 72, da Seção II (Declaração de Direitos), do Título IV (Dos Cidadãos Brasileiros):

Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas.

O texto constitucional de 1934 trouxe, no Capítulo II – utilizando, pela primeira vez a expressão “Dos Direitos e das Garantias Individuais” –, do Título III (Da Declaração de Direitos), no item número 24 do Artigo 113, o princípio da ampla defesa (“A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a ela”), e um complemento, no item número 35:

A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se referirem, e a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais, ou para esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva.

Para aqueles que defendem ser o contraditório a mera possibilidade de ser cientificado e de poder manifestar-se acerca dos atos processuais praticados pelos demais sujeitos do processo (dizer e contradizer), pode-se inferir, pela norma acima transcrita, um vislumbre, ainda que bem rudimentar, de posituação do princípio em comento.

Em 1937, a Constituição, no Artigo 122 (sob o título “Dos Direitos e Garantias Individuais”), através do item de número 11, pela primeira vez de

forma expressa, utilizou a expressão “instrução criminal contraditória”, remetendo-nos, assim, ao pensamento de que o princípio começava a ser reconhecido e delineado, ainda que voltado com certa exclusividade ao processo criminal:

À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo nos casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa.

O Capítulo II do Título IV (Das Declarações de Direitos) da Constituição de 1946, com redação muito próxima da Constituição de 1934, cuidou dos direitos e garantias individuais em seu Artigo 141, especificando, no § 25, os princípios da ampla defesa e do contraditório:

É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instituição criminal será contraditória.

E, no § 36 do mesmo Artigo, acrescentou:

A lei assegurará:

- I – o rápido andamento dos processos nas repartições públicas;
- II – a ciência aos interessados dos despachos e das informações a que eles se refiram;
- III – a expedição das certidões requeridas para defesa de direito;
- IV – a expedição de certidões requeridas para esclarecimento de negócios administrativos, salvo se o interesse público impuser sigilo.

Mesmo extremamente criticada por inúmeros autores, a Constituição de 1967, a despeito das circunstâncias históricas vivenciadas no Brasil, positivou expressamente, no Artigo 150 (Título II – Da Declaração de Direitos; Capítulo IV – Dos Direitos e Garantias Individuais), os princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional⁵⁴, da ampla defesa e do juízo natural⁵⁵, bem como do

⁵⁴ Art. 150, § 4: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

⁵⁵ Art. 150, § 15: A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção”.

contraditório (este último ainda voltado mais especificamente para o processo penal), assegurando que “A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que introduziu significativas alterações no texto de 1967, sendo para muitos constitucionalistas uma nova Constituição, conservou, nos §§ 15 e 16, as mesmas garantias (ampla defesa, juízo natural e contraditório), inclusive, mantendo a redação.

E, por fim, na Constituição de 1988, tem-se, no caput do Artigo 5º, a referência ao princípio da isonomia, no inciso XXXV, ao do juízo natural e, ainda, foram aglutinados, no inciso LV, os princípios da ampla defesa e do contraditório⁵⁶. É necessário ressaltar que a posição “geográfica” no texto constitucional anuncia expressiva mudança de valoração em contraposição aos textos anteriores.

A simples análise da distribuição dos temas no bojo da Constituição vigente, por si só, já demonstra a importância dos princípios que compõem a base principiológica do modelo constitucional de processo, posto que traz, logo no início do seu texto, os direitos e as garantias fundamentais, dentre os quais aqueles se incluem (ainda que alguns direitos e garantias não estejam, com exclusividade, elencados no Artigo 5º, como é o caso da fundamentação das decisões – Artigo 93, IX, CR/88).

Para alguns autores, como Humberto Theodoro Júnior (2007) e Nelson Nery Júnior (1997), o devido processo legal é um “super princípio”, pois todos os demais “(sub-)”princípios, constitucionais e infraconstitucionais, dele decorrem. Assim, bastaria que o texto da Constituição consagrasse o princípio que encontra origem na jurisprudência anglo-saxônica (*due process of law*) para que se assegurasse aos litigantes o direito ao que compreendem como um *processo justo* e uma *decisão justa*.

⁵⁶ “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Já para Rosemiro Pereira Leal, o devido processo legal⁵⁷ é um instituto jurídico que exige a observância de vários princípios, *institutivos* (contraditório, ampla defesa e isonomia) e *informativos* (oralidade, publicidade, lealdade processual, economia processual, instrumentalidade das formas) do processo, bem como de vários outros *requisitos* (investidura, inércia, aderência ao território, inafastabilidade do controle jurisdicional, inevitabilidade, indelegabilidade, juízo natural, imparcialidade do juiz, duplo grau de jurisdição e persuasão racional), para que seja realmente implementado.

Certo é que vários dos direitos consagrados na CR/88, relativos ao processo, decorrem do reconhecimento de direitos do homem, “... *inerentes à vida, à liberdade, à dignidade, à igualdade, à segurança, ao valor e à natureza do ser humano, visto sob o prisma corpóreo, espiritual e social*”, que, conforme explicita DIAS (2004, p. 109)

... pesquisa na doutrina mais atual indica tenham adquirido positividade no ordenamento jurídico-constitucional do Estado, atingindo, por conseguinte, grau maior de certeza e efetiva possibilidade de serem garantidos. Assim, direitos fundamentais do ser humano são direitos constitucionalizados sob técnica especial de reconhecimento e definição assentados nas Constituições dos Estados contemporâneos, não raro, sob influência dos pactos internacionais, formando uma categoria dogmática no moderno Direito Constitucional.

⁵⁷ Rosemiro Pereira Leal, a exemplo de outros autores conceituados, como José Alfredo de Oliveira Baracho e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, prefere a expressão *devido processo constitucional* a *devido processo legal*, ao argumento de que: “Ora, se assegurado o *processo* em texto democrático-constitucional, só nos restaria afirmar que o **processo** tem, na atualidade, como lugar **devido** de sua criação a **Lei Constitucional (o devido processo constitucional** como fonte jurisdicional da judicção e direito-garantia das partes), porque não há uma vontade **super** posta ou *a-latere*, subjacente ou obscôndita, valorativa ou corretiva que, por reconstrução cerebrina do intérprete, se arrojasse, por personalíssimas razões de costumes ou de justiça (norma fora do texto legal), a melhorar ou substituir a lei. Só se admitindo que a lei formulada é muda, não objetiva, fatalmente ininteligível e obstativa de criação e realização de direitos, nada transmitindo em seu discurso léxico-gramatical, e que, ao ser editada, tornar-se-ia coisa inerte, inexpressiva, caótica e inútil, é que seria possível dizer que o ‘sentido’ da lei é o invectivado e atribuído pelo intérprete-aplicador do direito. Isto, por certo, resultaria numa interpretação engendrada pela argumentação que, invés de ‘algo que vai longe da discricionariedade’, seria, ao contrário, algo que se iguala a mais desabrida autocracia interpretativa (personalismo hermenêutico). A **constituição formal**, por conquista teórica da lei democrática, é fonte objetiva de conteúdos jurídicos de vinculação obrigatória do intérprete (interpretação conforme a constituição), como cláusula de vedação de busca de verdade absoluta pelo subjetivismo realista (poder social) do aplicador da norma (*logus judicatorum*)” (*in Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8ª edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 52-53).

O destaque dos direitos e garantias individuais referentes ao processo, no texto constitucional, propiciou que processualistas sustentassem o surgimento de duas ramificações dentro do Direito Processual: o Direito Processual Constitucional (composto pelo conjunto de normas, de índole processual, que visam a assegurar a própria efetividade da Constituição, tais como as que regulamentam, no texto constitucional o *Habeas Corpus*, o *Habeas Data*, o Mandado de Injunção, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental etc.) e o Direito Constitucional Processual (integrado pelo conjunto de normas, de índole constitucional, as quais objetivam garantir o processo, como por exemplo, isonomia, ampla defesa, contraditório, juízo natural, fundamentação das decisões jurisdicionais, publicidade dentre outras).

No entanto, com razão Flaviane de Magalhães Barros (2008, p. 17-18) quando afirma que

A noção de modelo constitucional de processo permite suprimir a dicotomia entre direito processual constitucional e direito constitucional do processo, visto que tal modelo é constituído de uma base principiológica uníssona aplicável a todo e qualquer processo, já que todo processo é constitucional, seja em razão de sua fundamentação ou estrutura (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 124), pois é garantia constitutiva dos direitos fundamentais dos sujeitos de direito. (BARROS, 2006).

(...)

Logo, da noção de um modelo constitucional de processo que se funda em um esquema geral ou em uma base principiológica uníssona, abarca-se como pontos iniciais de referência para compreensão das garantias do processo o princípio do contraditório, o da ampla argumentação, o da fundamentação das decisões e o da participação de um terceiro imparcial (BARROS, 2006; 2007; 2008).

Só o processo que apresentar a *base principiológica uníssona* acima descrita pode ser compreendido como o devido processo constitucional (devido processo legal).

Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 28), enfatizando algumas das normas constitucionais inseridas nos Artigos 5º e 93 do texto de 1988, ao discorrer sobre o princípio do devido processo legal, sustenta que:

A justa composição da lide só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional dentro das normas processuais traçadas pelo

Direito Processual Civil, das quais não é dado ao Estado declinar perante nenhuma causa (Constituição Federal, art. 5º, incs. LIV e LV). É no conjunto dessas normas do direito processual que se consagram os princípios informativos que inspiram o processo moderno e que propiciam às partes a plena defesa de seus interesses e ao juiz os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos individuais dos litigantes.

A garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Compreende algumas categorias fundamentais como a garantia do juiz natural (CF, art. 5º, inc. XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5º, inc. LIII), a garantia de acesso à justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV), de ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, inc. LV) e, ainda, a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, inc. IX).

A ampla defesa e o contraditório (reconhecidos e positivados pelo inciso LV do Artigo 5º da Constituição), em conjunto, asseguram *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, a participação* (entendida, aqui, não apenas em seu caráter simplório de contradizer, mas, sim, de *contraditoriar*, significando ser cientificado e ter a oportunidade de participar de todos os atos do processo, produzir de provas e contraprovas etc., o que acaba por permitir que a parte interessada possa efetivamente contribuir para a construção do provimento final etc.), bem como a utilização dos *meios e recursos inerentes à ampla defesa* (ampla argumentação) do que se pode depreender o valor dos referidos princípios.

Alinhava Flaviane de Magalhães Barros (2009, p. 263) que

A garantia da ampla defesa não pode ser interpretada como o direito de reação do réu ao processo jurisdicional frente ao direito de ação do autor, formadores da equação: ação + defesa = contraditório, como defendido pelos instrumentalistas. Também não pode analisá-la como garantia dos jurisdicionados frente ao Estado-jurisdicção como defende Andolina e Vignera (1997), mas como ampla possibilidade de as partes afetadas pelo provimento argumentarem, produzirem prova, no tempo procedimental do processo (BARROS, 2008).

Embora se sustente que o princípio do *devido processo legal* (como a própria terminologia empregada indica) diga respeito ao “processo”, percebe-se claramente que sua observância é constatada quando se verifica total e irrestrita obediência ao procedimento (constitucionalizado).

Destarte, é necessário averiguar a obediência ao procedimento estabelecido em lei (procedimento tipificado e integral), o qual objetiva efetivar os direitos e as garantias individuais que trazem a necessária segurança

jurídica ao jurisdicionado. E, obviamente, o procedimento só será corretamente observado quando respeitado o contraditório, do que decorre a ampla defesa.

Tem-se como inapartável do modelo constitucional de processo a obediência ao princípio do contraditório, do qual não se pode, em hipótese alguma, afastar ampla defesa.

Portanto, não mais se pode conceber o contraditório como mera bilateralidade no processo, proporcionada pela *par conditio*, na qual o juiz simplesmente teria o papel de conjugar as parcialidades dos adversários (tese – ação – e antítese – contestação) para, então, confeccionar o provimento final (síntese), atribuindo-se a tal operação um caráter de dialogicidade.

É somente através da participação (*em contraditório*) efetiva na construção do ato decisório final, podendo valer-se de todos os meios e recursos inerentes à ampla defesa, que o indivíduo poderá desempenhar o seu papel de cidadão (ressaltando-se que o conceito de *cidadania*, a esta altura, jamais pode ser resumido ao direito de votar e ser votado, como é vulgar e comumente preconizado por muitos), contribuindo para a construção do Estado Democrático de Direito.

Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 127), em obra que divulga a teoria de Elio Fazzalari, assevera que

O contraditório não é o dizer e o contradizer sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.

A abrangência do contraditório é também elucidada por Flaviane de Magalhães Barros (2008, p. 17) que, a exemplo de autores já citados, afasta a concepção simplória, bastante alardeada pela escola instrumentalista, traduzida pelo ínfimo “dizer” e “contradizer” (ação e reação – contestação):

A noção de contraditório, definida por Scarance Fernandes, que segue a linha teórica do instrumentalismo, define como seus elementos essenciais a necessidade de informação e a possibilidade de reação (FERNANDES, 1999, p. 52). Diversa, portanto, da

proposta de Fazzalari que entende o contraditório como posição de simétrica paridade entre os afetados pelo provimento final ou, em outras palavras, a construção participada da decisão. Para a compreensão do contraditório exposta, não se admite compreendê-lo de forma limitada como ação e reação das partes, como mera necessidade de dizer ou contradizer o direito em razão do conflito.

Por tudo isso, depreende-se que não participa do processo, de maneira adequada, fruindo direitos e garantias “mínimas”, mas, importantíssimas, tais como ampla defesa e contraditório (do que decorre a isonomia), o indivíduo que se encontre à margem da sociedade (excluído), em decorrência de sua condição de miserabilidade ou pobreza, e que seja ludibriado com a falsa idéia de acesso fácil ao Poder Judiciário (como por exemplo, sem a necessidade de fazer-se representar ou assistir por advogado) ou com a expectativa de um processo rápido.

Considerando-se que significativa parcela da população é composta de pessoas menos favorecidas (já “nascidas” no berço da exclusão), constata-se que, como já dito anteriormente, o Estado possui um aparato muito mais eficiente para, por exemplo, acusar (Ministério Público) e julgar/punir (Poder Judiciário) do que para defender direitos e interesses dos cidadãos (Defensoria Pública).

Frise-se: esta concepção obsta a própria construção do Estado Democrático de Direito, que não pode apresentar bases sólidas sem a efetiva participação do indivíduo (o qual, em verdade, já encontra seus direitos e garantias fundamentais formalmente positivados no texto constitucional, mas, não, materialmente implementados).

Ainda relacionada à temática – princípio do contraditório – a denominada decisão-surpresa, que se mostra como aquela em que o órgão julgador, desprezando por completo as argumentações tecidas pelas partes acerca das questões (pontos controvertidos) postas em juízo e, não raras vezes, até mesmo afastando-se do acervo probatório produzido nos autos, resulta de completa inobservância do princípio do contraditório, uma vez que olvida a construção do provimento jurisdicional a partir da participação efetiva das partes interessadas a serem afetadas pelos seus efeitos.

Ganhando destaque na doutrina e jurisprudência estrangeiras, sobretudo no continente europeu, que vê o princípio do contraditório como estruturante de todo o processo, e entende que a decisão baseada em fundamentos que não tenham sido previamente ventilados ou considerados pelas partes violam o direito à ampla defesa, a decisão-surpresa nada tem a ver com a decisão não fundamentada (vício que a torna nula por não preencher os requisitos exigidos por lei: relatório – salvo, no caso do Brasil, a Lei nº 9.099/95, que o dispensa em nome de uma pretensa celeridade processual –, fundamentação e dispositivo) ou que apresente motivação equivocada, deficiente ou mesmo insuficiente.

Flaviane de Magalhães Barros (2008, p. 17-18) noticia alterações relativamente recentes sofridas pelos Códigos de Processo Civil francês, alemão e português, as quais vedam a prolação da chamada decisão-surpresa:

Assim, tomando como base a noção de processo como garantia, o contraditório deve ter seu conceito ampliado, de modo a ser compreendido como o espaço procedimentalizado para garantia da participação dos afetados na construção do provimento. Assim, o contraditório tem como característica o princípio da influência, no sentido de que as partes têm direito de influir argumentativamente nas decisões do processo, ou seja, influir no desenvolvimento e no resultado do processo (NUNES, 2007). A influência gera a garantia de não-surpresa, ou seja, de não ser afetado por uma decisão sem participar da sua construção. Nesse sentido, a não-surpresa somente pode ser retirada em casos excepcionais, mas o contraditório não é suprimido e sim postergado.

O simples fato de o indivíduo não estar devidamente representado ou assistido, por si só, já impede sua participação democrática e efetiva (ampla defesa, contraditório e isonomia) no processo, pois, como já sustentado tópico anterior, a experiência forense revela que faltam à maioria dos litigantes condições para discursar (argumentar) adequadamente na defesa de seus direitos e interesses (autodefesa) e conhecimento acerca do procedimento (defesa técnica).

Relativamente ao receio de uma participação efetivamente democrática, Rodolfo Viana Pereira (2008, p. 168) desvenda que:

... o *medo* da participação, apesar de relacionar-se com a atitude de desprezo acima descrita, dela se destaca na medida em que vislumbra na suposta baixa racionalidade do homem-massa o perigo

do “transbordamento”. Não é mais a incompetência ou a incapacidade para a compreensão e gestão dos assuntos públicos que está em foco, mas a suposta predileção da *populace* por medidas drásticas e regimes totalitários. O processo de afirmação desse argumento usa invariavelmente o teatro da experiência histórica como parâmetro de julgamento. Em especial, o ônus dos crimes de lesa-humanidade promovidos pela tirania jacobina e pelos movimentos totalitários do século XX (socialismo revolucionário, nazismo e fascismo) é reputado, em grande parte, à suscetibilidade popular. É esse medo que leva autores como Alain Touraine a desconfiar dos apelos à participação e a sustentar uma “concepção modesta” de democracia.

A despeito do medo referenciado por Rodolfo Viana Pereira, Daury Cesar Fabriz (2009, p. 149-150) aduz que “o elemento democrático ressurgue acompanhado da idéia de defesa do sujeito alinhado à liberdade, sobretudo de participação”.

Outro aspecto que merece destaque, considerando-se o modelo constitucional de processo, é a correlação que se deve guardar entre a argumentação tecida pelas partes envolvidas no conflito (e que serão afetadas pelo provimento final) e a fundamentação das decisões.

À época em que vigia no país norma autorizadora de elaboração de códigos de processo estaduais⁵⁸, alguns deles trouxeram a previsão legal de obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, mas, somente a partir da inauguração de nova ordem jurídica, com a Constituição de 1988, o princípio da fundamentação das decisões foi positivado em âmbito constitucional.

A norma contida no inciso IX do Artigo 93 da CR/88 estabelece que todas as decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais serão fundamentadas, sob pena de nulidade, assegurando ao jurisdicionado o direito de conhecer as razões que motivaram a decisão cujos efeitos terá que suportar.

⁵⁸ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, no livro **Teoria Geral do Processo**, 25ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 111-132, noticiam a evolução do direito processual no Brasil, cabendo aqui a transcrição do seguinte trecho: “Com a Constituição de 1891 consagrou-se, a par da dualidade de Justiça – Justiça Federal e Justiças Estaduais – a dualidade de processos, com a divisão do poder de legislar sobre direito processual entre a União e os Estados. Elaborou-se, portanto, de um lado, a legislação federal de processo, cuja consolidação, preparada por José Higinio Duarte Pereira, foi aprovada pelo dec. N. 3.084, de 5 de novembro de 1898; de outro lado, iniciaram-se aos poucos os trabalhos de preparação dos Códigos de Processo Civil e dos Códigos de Processo Criminal estaduais, na maioria presos ao figurino federal. Merecem realce especial, por refletirem o espírito renovador e o pensamento científico que animara a doutrina do processo na Alemanha e na Itália, os Códigos de Processo Civil da Bahia e de São Paulo”.

Vale dizer, cabe ao juiz ou tribunal, considerando as provas produzidas e os argumentos colacionados, em contraditório, pelas partes envolvidas no processo, através da chamada persuasão racional, decidir a lide.

Existem três sistemas ou critérios a nortear a atuação do órgão julgador no momento de apreciar e valorar as provas produzidas e os argumentos desenvolvidos no processo, objetivando formar a convicção do julgador e orientar sua decisão: o legal (apelidado de “certeza moral do legislador”), em que a própria lei indica os critérios a serem adotados no momento do julgamento; o da valoração *secundum conscientiam* (“certeza moral do julgador” ou “convicção íntima”), pelo qual o juiz não se encontra obrigado a expor os motivos de sua decisão, uma vez que está submetido apenas à própria consciência; e o da fundamentação das decisões (também conhecido como “persuasão racional” ou “livre convencimento motivado”), que traz a liberdade para apreciar e decidir, impondo, todavia, a obrigatoriedade de fundamentar. Este último é o adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, a teor do disposto no inciso IX do Artigo 93 da CR/88.

Para parte significativa dos doutrinadores, com fulcro no que dispõe o texto da Constituição, o sistema ou critério do livre convencimento motivado possui *status* de princípio, e essa “liberdade” (livre convencimento) jamais poderá significar *arbitrariedade*, pois não se trata de íntima convicção (convicção pessoal, calcada tão somente no *sentimento de justiça, bom senso* ou *prudente arbítrio* do magistrado), mas, sim, de liberdade para apreciar argumentos e provas, desde que fundamentadamente e, por óbvio, encontrando limites na moldura que circunda o ordenamento jurídico (princípio da reserva legal).

Conhecer a fundamentação (o móvel do provimento) possibilita, inclusive, que a parte ou o interessado, que sofrerá os efeitos da decisão, possa contra ela se insurgir, rebatendo os argumentos formulados, de modo a justificar o pedido de nova decisão.

Combatendo o posicionamento de vários processualistas, sobretudo aqueles que sustentam uma instrumentalidade do processo a serviço da jurisdição e defendem que as decisões jurisdicionais podem e devem ser fundadas no denominado “prudente arbítrio do magistrado”, a fim de que se

atenda a “escopos metajurídicos” (políticos, sociais e econômicos), Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004, p. 146-147) esclarece que fundamentar é

... justificar o órgão estatal julgador, no processo, as razões pelas quais a decisão foi proferida. Esta justificação, porém, não pode ser abstrata, desordenada, desvairada, ilógica, irracional ou arbitrária, formulada ao influxo das *ideologias*, do *particular sentimento jurídico* ou das *convicções pessoais* do agente público julgador, porque ele não está sozinho no processo, não é seu centro de gravidade e não possui o monopólio do saber. A justificação se faz dentro de um conteúdo estrutural normativo que as normas processuais impõem à decisão, em forma tal que o julgador lhe dê motivação racional sob a prevalência do ordenamento jurídico e indique a legitimidade das escolhas adotadas, em decorrência da obrigatória análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes, em contraditório, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais estabeleceram discussão. Portanto, a fundamentação da decisão jurisdicional será o resultado lógico da atividade procedimental realizada mediante os argumentos produzidos em contraditório pelas partes, que suportarão seus efeitos.

É certo que não se pode admitir uma decisão fundamentada única e exclusivamente no que se entende por prudente arbítrio do juiz, ainda sob o argumento de eventuais lacunas na lei. Isto porque, como nos adverte Simone Goyard-Fabre (2007, p. 115-116)

A teoria constitucionalista, ao ordenar todas as regras de direito sob a Constituição do Estado num todo substancial, (...) e que é precisamente chamado de ordem jurídica, caracteriza-se necessariamente por sua homogeneidade e sua unidade lógica. Logo de saída, isso significa que nenhuma lei, e, de modo geral, nenhuma regra de direito, pode ser definida em si e para si, isto é, isoladamente: ela pertence à organização institucional do espaço estatal.

Elio Fazzalari⁵⁹, para quem o processo é concebido como procedimento que se desenvolve em contraditório, já em meados da década de 70, ao

⁵⁹ Sobre o tema, escreve o autor, às p. 123-124 da obra **Instituições de direito processual** (Tradução da 8ª edição por Elaine Nassif, Campinas: Bookseller, 2006): “A qualidade de contraditório, onde quer que ela concorra com a do autor do ato, importa, por outro lado, uma consequência essencial: mesmo quando se trate de um órgão público, munido de império, o autor é colocado, durante a fase preparatória do ato (salvo sua proeminência na sucessiva fase de emanção do provimento), em pé de simétrica paridade em relação ao outro ou aos outros contraditórios. E, neste diapasão, a posição do autor do ato final e a posição do interessado colocado em contraditório continuam a distinguir-se mesmo quando pertencem à mesma pessoa: a estrutura processual fica marcada pela posição de paridade dos interessados no contraditório, distinta da posição na qual se coloca o órgão público na fase em que – tendo conhecimento dos resultados do contraditório – executa o ato final. Por outro lado, não se pode falar de contraditório entre autor do ato e destinatário dos efeitos deste último, quando a

delinear a abrangência do contraditório, descreveu o papel a ser desempenhado por todos os sujeitos processuais, inclusive o do prolator do provimento final, aos quais denominou contraditores.

Acerca da importância do princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais, imprescindível a transcrição das lições de José Alfredo de Oliveira Baracho (2008, p. 19-20):

Os princípios constitucionais, como o da *motivação*, facilitam o controle da aplicação judicial da lei. As partes devem conhecer, também, os motivos da decisão, para poder da mesma recorrer, circunstância que facilita o controle da sentença impugnada.

A motivação é constitucionalmente exigida, como ocorre com a Constituição espanhola, que diz ser necessário que as sentenças sejam sempre fundamentadas e pronunciadas em audiência pública (art. 120.3., CE). Na STC 55/87, de 13 de maio, a jurisprudência dizia que a exigência da motivação das sentenças judiciais relaciona-se de maneira direta com o princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1, CE), sustentando a legitimidade da função jurisdicional.

A Constituição requer que o juiz motive suas decisões, antes de tudo, para permitir o controle da atividade jurisdicional. Os fundamentos da sentença dirigem-se ao convencimento não só do acusado, mas das partes do processo, demonstrando a correção e justiça da decisão judicial sobre direitos da cidadania.

Rodolfo Viana Pereira (2006, p. 129), apoiado no trabalho que qualificou de “esforço magistral de síntese”, desenvolvido por Paulo Bonavides, demonstra como se deu a conquista da normatividade (positivação) dos princípios, passando pelo *jusnaturalismo*, *positivismo* e *pós-positivismo*, enfatizando que

Esse ganho de normatividade dos princípios, na expressão de BONAVIDES, é conseqüência clara, segundo o mesmo autor, da sua migração dos Códigos jurídicos para a inserção nas Constituições, marcando o tratamento juspublicista destes por oposição ao tratamento jusprivatista típico da fase positivista. Ou seja, para além de *princípios gerais do direito*, passam a *princípios constitucionais*.

Concebendo a hermenêutica, no Direito, como “*concretização*, ou seja: *processo de reconstrução do Direito aplicável ao caso, à luz do padrão constitucional e através de um procedimento argumentativo e racionalmente controlável*”, Rodolfo Viana Pereira apoia-se na distinção traçada por Friedrich

participação do interessado seja meramente episódica, quando ocorram somente as figuras da “contestação” – da “oitiva” – do interessado”.

Müller entre *texto* e *norma*, informando que, para fazê-lo, o autor elucida os conceitos de *programa normativo*, *âmbito (campo) normativo*, *norma jurídica* e *norma-decisão*⁶⁰. Assim, afirma que a função da hermenêutica é, justamente, “... determinar a decisão normativa relativa a um problema concreto, a partir da coerência dos preceitos jurídicos adequados (programas normativos), à luz do conjunto de circunstâncias fáticas (âmbito normativo) e em virtude de um processo argumentativamente justificado que proporcione, ao mesmo tempo, segurança jurídica (controle do arbitrário) e legitimidade do juízo (racionalidade na adequabilidade)”.

E, ao elucidar qual o conteúdo de referida *racionalidade*, conclui:

Exsurge também, em função dessas assertivas, a obrigatoriedade da motivação das sentenças por parte dos órgãos do Poder Judiciário. Aliás, nesse contexto, a motivação é condição de validade da decisão: se não há padrão prévio de verdade, a cientificidade da decisão só pode ser medida em função de sua capacidade de superação de argumentos contrários, demonstrada e controlada pelo rigor em sua fundamentação. De acordo com SANCHÍS, se o Poder Judiciário não deve ser controlado pela eletividade de seus membros, como garantia da própria constitucionalidade, deve ser controlado em seu exercício: não na *designação*, mas no *comportamento* (PEREIRA, 2006, p. 170).

No que concerne ao *comportamento* acima apontado, Dierle José Coelho Nunes (2009, p. 183-194), questionando acerca do papel *protagonista* desempenhado pelos juízes na atualidade, papel que decorre de ideologias assimiladas e idolatradas ao longo do tempo, descortina o véu que encobre a visão de muitos defensores da atuação *solipsista* e *autocrática*⁶¹ dos membros

⁶⁰ Com base na obra de Friedrich Müller, intitulada *Discours de la méthode juridique* (traduzida por Olivier Joianjan, Paris: Presses Universitaires de France, 1996), Rodolfo Viana Pereira (2006, p. 166) esclarece o conteúdo dos conceitos acima citados: “a) *programa normativo*: é o conjunto de domínios lingüísticos resultantes da abertura semântica proporcionada pelo texto do preceito jurídico, ou seja, a diversidade de sentidos semanticamente possíveis do comando lingüístico insculpido no texto; b) *âmbito normativo*: é o conjunto de domínios reais, fáticos, abrangidos em função do programa normativo, ou melhor, é ‘cette portiona de la réalité sociale prise dans as structure fondamentale et que le programme normatif autorise à dédoucher dans le domaine général de réglementation’; c) *norma jurídica*: resultado do conjunto formado pelo programa normativo e o âmbito normativo e que deve ser formulada de maneira genérica e abstrata (e. g.: ‘Dans um cas tel que celui-ci vaut telle norme juridique...’); d) *norma-decisão*: resultado final do trabalho do jurista em função da individualização da norma jurídica geral na norma que irá decidir o caso (e. g.: ‘Considérant que ces éléments son réunis em l’ espèce, la demande doit être rejetée’).”

⁶¹ Expressões comumente utilizadas por Rosemiro Pereira Leal em suas obras **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, 8ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009, e **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2002.

do Judiciário, sobretudo os instrumentalistas, quando apontam a necessidade de atingir-se, através do processo, os já citados *escopos metajurídicos*:

O julgamento, na sua acepção, é “ato de vontade” no qual primeiro o juiz se convence, decide, e somente depois vai procurar a razão e a justificativa lógica para o julgamento feito e para a decisão tomada (NALINI, 2006, p. 274). Tal pensamento reproduz quase as mesmas palavras exaradas pelo realismo jurídico comportamentalista (norte-americano) de Wendell Holmes (HOLMES, JR., 1991, p. XIII).

Nalini afirma, ainda, que o magistrado possuiria “*poderes para conferir novos contornos aos ditames da lei*”, mostrando sua crença de que o processo (2006, p. 139) e a participação obrigatória do advogado (2006, p. 142) seriam entraves a serem eliminados. A chave de solução seria um “sadio protagonismo judicial” e que cumpriria “ao juiz ter idéias novas e criativas” (2006, p. 247).

André Cordeiro Leal (2008, p. 59-62) também vem aclarar os pontos obscuros que justificam a adoção da teoria *bülowiana* pelo ordenamento jurídico pátrio e pela corrente majoritária da doutrina:

Diante da importância dos magistrados, o controle da relação processual permitiria, em última análise, o controle de todo o direito vigente, e somente mesmo a relação jurídica e a subordinação nela pressuposta poderiam dar sustentação a esse projeto.

Por esses motivos, entendemos possível afirmar que o processo, sob a taxionomia de relação jurídica, já surge, em Bülow, como instrumento da jurisdição, devendo essa ser entendida como atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a contribuição do sentimento e da experiência do julgador.

Há um aspecto, no entanto, que, embora Bülow não considerasse problemático, atingiu toda a chamada ciência do processo derivada de suas teorias. Como já advertiu Karl Larenz (1997), Bülow não cuidou de explicar como se poderia controlar essa atividade jurisdicional criadora de um direito que era, em última análise, ‘emocional’ ou ‘sentimental’.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2003, p. 522-523), ao afirmar que o que legitima a decisão jurisdicional é, justamente, a garantia do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões, as quais, interligadas, asseguram a prolação de provimento final construído a partir da colaboração das partes interessadas e futuramente por ele afetadas, sedimenta que a “construção participada da decisão judicial, garantida num nível institucional, e o direito de saber sobre quais bases foram tomadas as decisões dependem não somente da atuação do juiz, também do Ministério Público, das partes e dos seus advogados”.

Para finalizar a discussão, merece destaque o pensamento de Rodolfo Viana Pereira (2006, p. 173), segundo o qual, a

... responsabilidade dos operadores jurídicos traduz-se em um permanente debate público das razões de decidir, em um constante repensar os fundamentos da convivência política, pautada por um ato de respeito às distintas visões de mundo, como marca do caráter inclusivo da cidadania no postulado do Estado Democrático de Direito.

Com razão Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2007, p. 225) quando observa que

... a jurisdição somente pode ser desenvolvida ou prestada por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, entre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais com base no ordenamento jurídico vigente (princípio da legalidade ou da reserva legal), com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente o direito.

Destarte, é inadmissível a prolação de decisão jurisdicional que não tenha sido construída a partir da participação efetiva dos interessados ou afetados pelo resultado final, pois, caso contrário, o provimento não estaria vinculado ao princípio democrático. Ademais, não sendo a decisão construída a partir do que foi objeto de debate entre as partes no curso do processo e das provas produzidas, em contraditório, estar-se-ia diante da chamada decisão surpresa, já comentada.

Partindo dos pensamentos de Carnelutti e Larenz, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004, p. 148-149) discorre sobre a diferença existente entre *argumentos (razões de justificação)* e *questões (pontos controvertidos ou duvidosos)*, justamente para destacar o que denominou “traços marcantes do procedimento em contraditório”:

Os argumentos consistem, então, nas razões de justificação deduzidas pelas partes, no procedimento em contraditório, em torno das questões de fato e de direito processual ou material discutidas, com o objetivo de demonstrarem conseqüências ou conseguirem deduções. Acentua Carnelutti que a decisão é obtida resolvendo-se as questões discutidas no processo, razão pela qual as questões a serem resolvidas convertem-se em razões da discussão e estas serão as razões da decisão. Atentos a essas formulações teóricas, na

tentativa de estabelecer distinção técnica entre argumentos e questões e suas correlações com os princípios do contraditório e da fundamentação, chegamos à conclusão de que, no processo, as razões de justificação (argumentos) das partes, envolvendo as razões da discussão (questões), produzidas em contraditório, constituirão base para as razões da decisão, e aí encontramos a essência do dever de fundamentar, permitindo a geração de um pronunciamento decisório participado e democrático.

Objetivando combater os incontáveis prejuízos decorrentes de “um processo governado e dirigido solitariamente pelo juiz” e demonstrar que a limitação imposta pela observância dos princípios do contraditório e da fundamentação das decisões jurisdicionais, em verdade, gera uma “interdependência entre os sujeitos processuais, uma co-responsabilidade entre estes e especialmente um policentrismo processual”, NUNES (2009, p. 195-196) sedimenta:

... na perspectiva democrática, será possível enxergar o processo não somente em sua dimensão técnica e de eficiência, de estrutura formal de construção dos provimentos, realizada em simétrica paridade de armas (FAZZALARI, 1958), mas também como estrutura de legitimação e formação dos provimentos, balizada por princípios processuais constitucionais dinâmicos, o que permitirá um controle formal e material das decisões e fornecerá os elementos constitutivos de seu conteúdo, mediante o fluxo discursivo de todos os participantes (do imparcial e dos parciais).

Com isso, propõe Dierle José Coelho Nunes (2009, p. 196) “um afastamento completo da idéia de privilégio cognitivo do julgador (decisionismo) e a implantação de um espaço discursivo participativo de formação das decisões”, o que é corroborado por DIAS (2004, p. 143), quando afirma que

“a decisão jurisdicional (sentença, provimento) não é ato solitário do órgão jurisdicional, pois somente obtida sob inarredável disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional), por meio da garantia fundamental de uma estrutura normativa metodológica (devido processo legal), a permitir que aquela decisão seja construída com os argumentos desenvolvidos em contraditório por aqueles que suportarão seus efeitos, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais controvertem no processo”⁶².

Assim, demonstrada está a imprescindibilidade da correlação entre as alegações dos sujeitos processuais (não só as *razões de justificação*,

⁶² **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 143.

mas, também, todo o acervo probatório produzido para sustentar mencionadas alegações) e a decisão (provimento final), sob pena de ofensa flagrante ao modelo constitucional de processo.

Todavia, é fundamental verificar se os sujeitos estão aptos a discursar de forma argumentativa no processo, a fim de assegurar-se, efetivamente, a ampla defesa.

5.3 A hipossuficiência técnico-processual

Em que pese a discordância relativamente à dicotomia existente entre a norma de direito material e a de direito processual, uma vez que tal divisão, equivocadamente, atribui maior importância às primeiras, conforme já salientado em comentário realizado em tópico anterior, não há como negar que, quando a Lei de Introdução do Código Civil definiu que as leis devem ser publicadas e que, em regra, deve haver um lapso temporal entre a data da publicação e a data da entrada em vigor, justamente para permitir a todos o seu conhecimento, uma vez que ninguém pode alegar como justificativa para o não cumprimento o fato de não conhecê-la, por óbvio, o foco eram as normas que regulamentam a conduta do indivíduo, qualificando-a como lícita ou contrária ao direito, bem como prevendo a imposição de sanção, em caso de descumprimento.

A preocupação não pode ter recaído sobre as normas ditas processuais, posto que estas devem ser conhecidas pelos operadores do direito (juízes, advogados, defensores, promotores, delegados, agentes públicos que desenvolvam atividade de caráter jurídico – auxiliares da justiça, polícias administrativa e judiciária dentre outros). A estes, sim, é imprescindível conhecer as normas que regulamentam o proceder da atividade jurisdicional.

Sabendo-se que as normas processuais disciplinam todos os atos que possam ser praticados no curso de um processo (a quem cabe praticá-los, de que forma, em qual prazo, onde), ao leigo não cabe conhecer acerca da elaboração de peças, do cumprimento de prazos, do momento de proposição e da forma de produção de provas etc., posto tratar-se de técnica processual,

afeta àqueles profissionais que, de algum modo, atuam para o adequado desenvolvimento da função jurisdicional.

Já é comum a dificuldade em reconhecer-se um direito, dependendo de sua complexidade, quanto mais se dirá de defendê-lo através da utilização das normas de natureza processual, buscando fazer prevalecer o contraditório, a ampla defesa (como ampla argumentação, incluindo-se a interposição de recursos) e a isonomia.

5.3.1 As etapas de proposição e valoração da prova

Considerando-se que em direito não basta alegar, mas, sobretudo, é preciso comprovar aquilo que se alega, o princípio da ampla defesa, tratado no corpo do presente trabalho como *ampla argumentação*, efetiva-se a partir do momento em que é assegurado à parte envolvida num processo poder valer-se de *todos os meios e recursos* a ela – ampla defesa – inerentes.

Assim, o conhecimento técnico para saber-se qual o meio de prova – espécie inserida nos rois meramente exemplificativos dos códigos processuais (por isso, denominadas legais) ou “moralmente legítimas” – não incumbe a um leigo.

Ainda que proposta a produção de determinada prova, caso indeferida, a parte talvez não saiba valer-se do recurso apropriado para insurgir-se contra tal decisão. E, se produzida, pode o interessado desconhecer se foi produzida de acordo com os ditames legais, sem ofender direitos e garantias fundamentais. Por fim, tem-se o momento da valoração, em que é importantíssimo destacar as provas que corroboram as alegações da parte. Indaga-se: é possível àquele que desconhece tais circunstâncias, efetivamente, fazer uma adequada defesa de seus interesses em juízo? E mais: e se a parte estiver numa posição de hipossuficiência em relação à produção da prova, como por exemplo, quando não detém os meios de produzi-la ou a mesma se encontra em poder da parte contrária. Se não se tratar de hipótese legal autorizadora da inversão do ônus de sua produção ou entender que se o fizer estará suprindo deficiência técnico-processual da parte, como fica o evidente prejuízo daquele que não se faz acompanhar de advogado ou defensor público?

Ainda, que, se de qualquer forma, se produza a prova apta a demonstrar as suas alegações, em decorrência do desconhecimento técnico, o jurisdicionado que atua no curso de um processo, sem a devida representação técnica, não terá plenas condições de chamar à atenção do juiz, para a correta valoração da prova ou, sequer, saberá que atribuir valor ao acervo probatório produzido não é atividade exclusiva do magistrado. Ao contrário, um dos momentos mais cruciais no curso dentro do procedimento é, justamente, o da apresentação de alegações finais (orais ou na forma escrita – memorial), posto que é, por excelência, o momento de se fazer tal valoração.

6 CONCLUSÃO

O direito fundamental de “*acesso à justiça*”, que é expressão sinônima de “*acesso à ordem jurídica justa*”, é consagrado pela Constituição de 1988, através da norma contida no inciso XXXV do Artigo 5º, à qual se atribui a positivação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, conforme entendimento pacificado na doutrina.

Para assegurar tal direito, a Constituição prevê diversos mecanismos, os quais são regulamentados por normas infraconstitucionais, visando a efetivar sua fruição por parte dos jurisdicionados.

Dentre os mecanismos facilitadores do mencionado acesso, pela via estatal, destacam-se a assistência jurídica, a assistência judiciária e o instituto do *jus postulandi*.

A despeito dos argumentos utilizados para justificar a aplicabilidade de tais mecanismos, ao argumento de que, através deles, se procura derrubar os obstáculos de caráter econômico-financeiro e temporal que afetam o direito do jurisdicionado de ter “*acesso à justiça*”, fato é que, em verdade, os mesmos se mostram, indiscutivelmente, como óbices à participação em igualdade de condições dos assistidos por eles beneficiados, no curso do processo.

A assistência jurídica, em virtude da falta de infraestrutura estatal, não é conferida a todos que dela efetivamente necessitam.

A assistência judiciária, concedida de forma condicionada, acarreta transtornos de toda ordem, propiciando a flagrante ofensa ao modelo constitucional de processo, ao afetar, por exemplo, a produção de provas e a duração razoável do procedimento.

O instituto do *jus postulandi*, ao arrepio da disposição constitucional que prevê a indispensabilidade do advogado, viola o direito à postulação e à defesa técnica de interesses e direitos em juízo, ocasionando o desrespeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e da fundamentação das decisões jurisdicionais.

Ainda que se consiga vislumbrar benefícios decorrentes da concessão, por parte do Estado, das assistências objeto do presente estudo, ou ainda, da

facilidade (de caráter meramente econômico) advinda da autorização dada ao jurisdicionado no sentido de dirigir-se ao Judiciário sem a necessidade de fazer-se representar por profissional habilitado (conferindo-lhe, assim, capacidade postulatória), vilipendiando o texto constitucional, os prejuízos oriundos da utilização de tais mecanismos são, sem receio de se cometer qualquer exagero, são, não raras vezes, muito maiores.

Os danos decorrentes do emprego dos mecanismos de facilitação do “*acesso à justiça*” mostram-se irreparáveis, posto que afrontam o modelo democrático inaugurado com a Constituição de 1988, configurando verdadeiro óbice à construção participativa de uma sociedade efetivamente justa e solidária.

O “*acesso à justiça*” ou “*acesso à ordem jurídica justa*”, tal como concretizado na prática forense, jamais pode ser compreendido como o direito fundamental do povo ao adequado exercício, por parte do Estado, a uma das funções essenciais que lhe cabe: a jurisdicional. Vale dizer, os mecanismos de facilitação abordados no presente estudo asseguram, quando muito, o acesso primário aos órgãos jurisdicionais, nada mais.

Mesmo havendo outras formas de se alcançar “*justiça*” (tendo em vista apenas o objetivo de se solucionar conflitos), além da via estatal (os denominados meios alternativos de pacificação social – autotutela, autocomposição, mediação e arbitragem), o presente trabalho teve por foco a atuação do Estado, uma vez que o mesmo avocou tal responsabilidade e criou, ao menos formalmente, os mecanismos para tanto.

Não há dúvidas de que a facilitação do “*acesso à justiça*”, da forma como implementado pelo Estado (através das assistências jurídica e judiciária, e do *jus postulandi*), não passa de mero engodo, uma farsa realmente, pelo que o jurisdicionado que faz jus aos “benefícios” aqui retratados (e que se vê seduzido a recorrer ao Judiciário, ante a possibilidade de dirigir-se aos seus órgãos pessoalmente, sem a necessidade de se fazer representar por advogado, ou por não ter que arcar com as despesas processuais), serve-se deles para, em última instância, ver negado o pretendido (e verdadeiro) acesso (acessibilidade ao devido processo, levando-se em conta o modelo tipificado no texto constitucional).

Prejudicadas restam a democracia, a cidadania e, via de consequência, a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, Leonardo Militão. Tese de Doutorado intitulada “**A cura pela cidadania. A influência da democracia na efetivação da saúde pública, através da participação popular na elaboração das políticas públicas**”, apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em 2009.

ALVIM, J. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos**. 1ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Justiça Constitucional: garantia ou déficit da rigidez constitucional? In Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. José Adércio Leite Sampaio, Coordenador. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11690/08 e n. 11719/08**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **Investigação policial e direito à ampla defesa – Dificuldades de uma interpretação adequada à Constituição. In Constituição e Processo: A resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Coordenação de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. 2ª edição, revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BRASIL. (Constituição 1824) Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em 15 de julho de 2010.

BRASIL. (Constituição 1891) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em 15 de julho de 2010.

BRASIL. (Constituição 1934) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em 15 de julho de 2010.

BRASIL. (Constituição 1937) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm. Acesso em 15 de julho de 2010.

BRASIL. (Constituição 1946) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em 15 de julho de 2010.

BRASIL. (Constituição 1967) Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm. Acesso em 15 de julho de 2010.

BRASIL.(Emenda Constitucional 1969) Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 15 de julho de 2010.

BRASIL. (Constituição 1988) Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 de março de 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1940. Disponível

em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em 17 de outubro de 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 13 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 1º de junho de 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 09 de agosto de 1943. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em 29 de agosto de 2010.

BRASIL. Lei nº 1.060 de 05 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 13 de fevereiro de 1950. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1060.htm. Acesso em 28 de fevereiro de 2010.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em 22 de maio de 2010.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de julho de 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm. Acesso em 20 de setembro de 2010.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 de setembro de 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em 19 de setembro de 2010.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 de setembro de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em 24 de abril de 2010.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. 1, 8ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DNAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II, 2ª ed., São Paulo: Bookseller, 2002.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, SAMPAIO, José Adércio Leite (Coordenadores). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria Geral do Processo (Jurisdição. Ação (Defesa). Processo)**. 2ª ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Método, 2007.

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol. 1, 11ª edição, Bahia: Podvim, 2009.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito**. *In O*

Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito.

Organizador Marcelo Campos Galuppo, Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coordenadores). **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FABRIZ, Daury Cesar. **Constitucionalismo democrático, democracia e direitos fundamentais**. In **Constituição e Processo: A resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Coordenação de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FAGUNDES, Rosane Maria Silva Vaz, LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo, PINTO, Vânia Maria Vaz Leite, Organizadoras. **Manual de Mediação: Teoria e Prática**. Belo Horizonte: New Hampton Press, 2007.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução da 8ª edição por Elaine Nassif, Campinas: Bookseller, 2006.

FONTAINHA, Fernando de Castro. **Acesso à Justiça: Da contribuição de Mauro Cappelletti à Realidade Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FORST, Rainer. **Contextos da Justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo**. Tradução Denílson Luís Werle. São Paulo: Biotempo, 2010.

FRANÇA, R. Limongi (Coordenação). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, volumes 8 e 47.

FRANKENBERG, Günter, MOREIRA, Luiz (Organização). **Jürgen Habermas, 80 anos – Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FURTADO, Jorge (Argumento, Roteiro e Direção). **A ilha das flores**. Filme realizado com apoio cultural de Kodak do Brasil, Curt-Alex Laboratórios e Álamo Estúdios de Som, apresentado por Casa de Cinema de Porto Alegre, 1989. Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=6lrGibVoBME>.

GALUPPO, Marcelo Campos. **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6ª edição, revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução Cláudia Berliner; revisão da tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **A ilusão da Justiça**. Tradução Sérgio Tellaroli; revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira, Coordenador. **Estudos Continuados de Teoria Geral do Processo**, vol. III. Porto Alegre: Síntese, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira, coordenador e colaborador. **O ciclo teórico da coisa julgada: de Chiovenda a Fazzalari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo Civil e Sociedade Civil. **Revista Eletrônica Virtuajus**, Belo Horizonte, ano 4, nº 2, dez. 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada – Temática Processual e Reflexões Jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos**. 8ª edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2002.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Manual elementar de Direito Processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

LOPES JR., Aury, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2ª edição, Revisada e Atualizada com as Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil, Vol. 1 – Teoria Geral do Processo**. 3ª edição, 3ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MESSNER, Johannes. **Ética Social**. Tradução de Alípio Maia de Castro. São Paulo: Editora Quadrante, n/d.

MINAS GERAIS. DEFENSORIA PÚBLICA. **Resolução nº 140/2009**. Delimita as atribuições do Núcleo da Defensoria Pública na comarca de Ribeirão das Neves. Disponível em <http://www.defensoriapublica.mg.gov.br/images/arquivos/comunicacao/resolucoes/2009/0140.pdf>, acesso em 15 de janeiro de 2011.

MORAIS, José Luis Bolzan, SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição!**. 2ª edição, revista e ampliada. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo: por um processo socialmente efetivo. **Revista Síntese de direito civil e processual civil**. Porto Alegre: Síntese, v. 2, nº 11, mai/jun. 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 4ª edição, revista e aumentada, atualizada com a Lei das Interceptações Telefônicas (9.296/96) e a Lei da Arbitragem (9.307/96), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático – Uma Análise Crítica das Reformas Processuais**. 1ª edição (2008), 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de, MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coordenadores). **A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro**. Vol. 1, 1ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Argumentação jurídica e decisionismo: um ensaio de teoria da interpretação jurídica enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação**. *In Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. José Adércio Leite Sampaio, Coordenador. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de, MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coordenadores). **Constituição e Processo: A resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Richard Romeiro. Política, Teologia e Filosofia nas Leis de Platão. **Revista Síntese**, Belo Horizonte, 2007, v. 34, nº 110.

PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. **Teoria Geral do Processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático – Controle e Participação como Elementos Fundantes e Garantidores da Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. 3ª edição, ampliada, revista e atualizada até a Lei nº 12.195, de 14 de janeiro de 2010. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PLATÃO. **As Leis – Livro X**. Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, 1ª edição, 1999.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (Coordenador). **Acesso à Justiça e Efetividade do Processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Geraldo. **Em torno da Jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Geraldo, MALAN, Diogo (Coordenadores). **Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROBINSON, T. M. **A psicologia de Platão**. Tradução Marcelo Marques. São Paulo: Loyola, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantias constitucionais – Um discurso que não seduz**. In **Constituição e Processo: A resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Coordenação de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da, SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático: Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coordenador). **Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro, Ricardo de Souza (Coordenadores). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCOLNICOV, Samuel. **Como ler um diálogo platônico**. São Paulo: Hypnos (PUC-SP), 2003.

SILVA FILHO, Alberico Alves da. **Jurisdição Constitucional e Judicção na Teoria do Direito Democrático**. In LEAL, Rosemiro Pereira (Coordenador). **Estudos Continuados de Teoria Geral do Processo**, vol. III. Porto Alegre: Síntese, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da (Organizador). **Interpretação Constitucional**, 1ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, Fernando Horta. **Acesso ao Direito, Duração Razoável do Procedimento e Tutela Jurisdicional Efetiva nas Constituições Brasileira e Portuguesa: um estudo comparativo**. In **Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro**. Felipe Daniel Amorim Machado; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Org.). 1ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2009, vol. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.