

**UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES
INSTITUTO A VEZ DO MESTRE
PÓS-GRADUAÇÃO “LATO SENSU”**

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A INFLUÊNCIA DAS ONDAS
RENOVATÓRIAS DE MAURO CAPPELLETTI NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

AUTOR

MICHELE DAMASCENO MARQUES MELLO

ORIENTADOR

PROF. CARLOS AFONSO LEITE LEOCADIO

RIO DE JANEIRO
2010

**UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES
INSTITUTO A VEZ DO MESTRE
PÓS-GRADUAÇÃO “LATO SENSU”**

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A INFLUÊNCIA DAS ONDAS
RENOVATÓRIAS DE MAURO CAPPELLETTI NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Universidade Candido Mendes – Instituto a Vez do Mestre, como requisito parcial para a conclusão do curso de Pós-Graduação “Lato Sensu” em Direito Processual Civil.
Por: Michele Damasceno Marques Mello.

As minhas amigas de classe pela
convivência e auxílio nessa trajetória.

A minha família pelo carinho e incentivos e por me ensinar a ser uma pessoa cada vez melhor.

RESUMO

Surgiu na doutrina internacional, no final da década de 70, uma nova concepção de processo, voltada para o acesso à Justiça. O acesso à Justiça foi traduzido por Mauro Cappelletti em um movimento renovatório que se dividia em três ondas. A primeira volta-se para a assistência jurídica aos pobres; a segunda tem por foco principal a representação dos interesses difusos, de forma que o processo acompanhasse uma tendência de coletivização da tutela; e a terceira, relacionada a uma reforma interna do processo, traz modificações nas estruturas basilares do método processual visando à efetividade dos direitos sociais, podendo ser traduzida em quatro objetivos principais: simplificação dos procedimentos, redução dos custos advindos da demora da tramitação da ação, aprimoramento da qualidade do provimento jurisdicional e efetividade da tutela. Tais ondas cappelletianas influenciaram o ordenamento jurídico brasileiro, ao ponto de restarem positivadas. Nesse sentido, a Lei nº 6.060/50 teve como inspiração as idéias disseminadas pela primeira onda. Já a Lei de Ação Civil Pública (nº. 7.347/85), o Código de Defesa do Consumidor (nº. 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (nº. 8.069/90) e a Lei de Ação Popular (nº. 4.717/65) representam a abordagem coletiva dada pela segunda onda renovatória. Quanto à terceira onda de Mauro Cappelletti, esta estimulou a criação das Leis nºs 7.244/84, 9.099/95 e 10.259/01, que tratam dos Juizados Especiais, bem como desencadeou minirreformas processuais, sendo publicadas leis que objetivaram acelerar os procedimentos como a Lei nº. 10.444/02, e, também, como solução alternativa, a Lei nº. 9.307/96, que disciplina a arbitragem. Cabe ressaltar que a grande problemática não é o acesso à Justiça, mas sim o “descenso”, é preciso que o sistema judiciário se torne mais racional na “entrada” e ainda mais racional e humano na “saída”. O movimento renovatório não dispensa mudança de mentalidade dos operadores do Direito, é preciso buscar alternativas aos métodos tradicionais todas as vezes que estes se mostrarem lentos, caros e inacessíveis ao povo.

METODOLOGIA

O presente trabalho constitui-se em uma descrição detalhada das ondas renovatórias de Mauro Cappelletti e das implicações de cada uma delas no ordenamento jurídico nacional.

A partir dessa premissa, é fácil concluir que o estudo que ora se apresenta foi levado a efeito a partir do método da pesquisa bibliográfica, em que se buscou o conhecimento em diversos tipos de publicações, como livros e artigos em jornais, revistas e outros periódicos especializados, além de publicações oficiais da legislação.

Por outro lado, a pesquisa que resultou nesta monografia também foi empreendida através do método dogmático, porque teve como marco referencial e fundamento exclusivamente a dogmática desenvolvida pelos estudiosos que já se debruçaram sobre o tema anteriormente, e positivista, porque buscou apenas identificar a realidade o movimento renovatório cappellettiano e o tratamento jurídico a ele conferido, sob o ponto de vista específico do direito positivo brasileiro.

Adicionalmente, o estudo que resultou neste trabalho identifica-se, também, com o método da pesquisa exploratória, porque buscou proporcionar maior conhecimento sobre a questão proposta, além da pesquisa descritiva, porque visou à obtenção de um resultado puramente descritivo, sem a pretensão de uma análise crítica do tema.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I	
CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ACESSO À JUSTIÇA.....	11
1.1 - O ACESSO À JUSTIÇA COMO TEMÁTICA SOCIAL DENTRO DO ESTUDO CONTEMPORÂNEO DO PROCESSO CIVIL.....	11
1.2 - SIGNIFICADO DE “ACESSO À JUSTIÇA”.....	12
1.3 - ACESSO À JUSTIÇA OU ACESSO AO DIREITO?.....	13
1.4 - MOVIMENTO QUE TRADUZ O ACESSO À JUSTIÇA.....	18
CAPÍTULO II	
AS TRÊS ONDAS RENOVATÓRIAS SEGUNDO MAURO CAPPELLETTI.....	20
2.1 - A PRIMEIRA ONDA: ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA AOS POBRES.....	20
2.2 - A SEGUNDA ONDA: A TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS.....	22
2.3 - A TERCEIRA ONDA: DO ACESSO À REPRESENTAÇÃO EM JUÍZO A UMA CONCEPÇÃO MAIS AMPLA DE ACESSO À JUSTIÇA. UM NOVO ENFOQUE.....	24
2.4 - EXISTE UMA QUANTA ONDA RENOVATÓRIA?.....	27

CAPÍTULO III

A POSITIVAÇÃO DAS ONDAS CAPPELLETTIANAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	28
3.1 - A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (1ª ONDA CAPPELLETTIANA).....	28
3.2 - AS AÇÕES COLETIVAS (2ª ONDA CAPPELLETTIANA).....	30
3.3 - NOVA ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO E NOVOS PROCEDIMENTOS (3ª ONDA CAPPELLETTIANA).....	31
3.4 - OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA BRASILEIRA: A ESTRUTURA JUDICIÁRIA, A MOROSIDADE DOS PROCEDIMENTOS E O USO INDISCRIMINADO DE RECURSOS.....	33
3.5 - ADVERTÊNCIAS DE CAPPELLETTI QUANTO ÀS LIMITAÇÕES E RISCOS AO ENFOQUE DO ACESSO À JUSTIÇA NAS REFORMAS DOS ORDENAMENTOS PROCESSUAIS POSITIVOS: REFLEXOS NA RECENTE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	38
CONCLUSÃO.....	41
BIBLIOGRAFIA.....	43

INTRODUÇÃO

A presente monografia é um estudo sobre as ondas renovatórias de Mauro Cappelletti e suas implicações na legislação nacional.

Nesse contexto, o trabalho dedica-se a refletir sobre o acesso à justiça como temática social dentro do estudo contemporâneo do Processo Civil, abordando o seu significado, além de explicar o que são as ondas renovatórias de Cappelletti, identificando e conceituando cada uma delas. Adicionalmente o presente estudo apresenta como está positivada, na legislação pátria, cada uma das três ondas cappellettianas.

O estudo do tema e das questões analisadas em torno do mesmo justifica-se pelo fato de que falar de “acesso à Justiça” é como pronunciar uma palavra mágica em que se descerra uma larga porta pela qual todos passam, desde os mais miseráveis até os mais abastados, só que, infelizmente, pouquíssimos saem num prazo razoável. As ondas cappellettianas, que varreram o continente latino-americano, e, em especial o Brasil, tentaram e, em parte conseguiram fazer da justiça, uma instituição confiável, eliminando, ou, pelo menos, atenuando, satisfatoriamente, o sofrimento de quem se vê obrigado a demandar em juízo a satisfação do seu direito. Não resta dúvida de que a obra de Mauro Cappelletti foi um marco na busca de soluções para tornar a Justiça uma instituição acessível a todos, e a sua grande repercussão animou os operadores do direito a partir em busca de novos caminhos, reformulando as estruturas judiciárias, e, especialmente, as legislações processuais, com o propósito de alcançar esse objetivo. De todas as ondas renovatórias, a mais importante para a ordem jurídica nacional, é a terceira, por compreender uma série de medidas, desde a reestruturação do próprio Poder Judiciário, passando pela simplificação dos processos e dos procedimentos, e desaguando num sistema recursal que não faça da parte vencedora refém da perdedora. Tudo com vistas a agilizar a prática judiciária, para que a parte que tem razão tenha a certeza de que receberá do

Estado-juiz, ainda em vida, a prestação jurisdicional que lhe garanta o gozo do seu direito.

A pesquisa que precedeu esta monografia teve como ponto de partida o pressuposto de que a repercussão das idéias de professor Cappelletti tem estimulado o acesso à Justiça, mais profundamente, nas modalidades da segunda e da terceira ondas, na medida em que a primeira, a assistência judiciária para os pobres, adquiriu consistência jurídica entre nós com o advento da Lei nº. 1.060/50. No que diz respeito à segunda onda, esta trata da representação dos interesses difusos, podendo ser citado como exemplo o artigo 5º, inciso LXX, “a” e “b”, o artigo 129, incisos III e V, todos da CRFB, além de diversas leis ordinárias, como a Lei de Ação Civil Pública (nº. 7.347/85), o Código de Defesa do Consumidor (nº. 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (nº. 8.069/90) e a Lei de Ação Popular (nº. 4.717/65). Com a terceira onda, tiveram lugar as Leis nºs 7.244/84, 9.099/95 e 10.259/01, que tratam dos Juizados Especiais, bem como a ocorrência de minirreformas processuais, sendo publicadas leis que objetivaram acelerar os procedimentos como a Lei nº. 10.444/02, e também, como solução alternativa, a Lei nº. 9.307/96, que disciplina a arbitragem.

Visando um trabalho objetivo, cujo objeto de estudo seja bem delineado e especificado, a presente monografia dedica-se, especificamente, às inovações legislativas nacionais voltadas à ampliação do acesso à Justiça nos moldes do abordado pelas três ondas cappellettianas.

CAPÍTULO I

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ACESSO À JUSTIÇA

1.1 – O ACESSO À JUSTIÇA COMO TEMÁTICA SOCIAL DENTRO DO ESTUDO CONTEMPORÂNEO DO PROCESSO CIVIL

Segundo Gomes Netto (2005), diante do surgimento dos direitos sociais de segunda geração, emerge na doutrina internacional, ao final da década de 70, uma nova concepção do processo como objeto de investigação da ciência do direito, consubstanciada no termo “acesso à Justiça”.

A abordagem contida nesta expressão vem a interromper extensa tradição da processualística em geral, ao propor um enfoque diferente das então já saturadas investigações acerca de vários institutos, provimentos e procedimentos que sustentam o processo como método voltado à realização material exterior dos direitos subjetivos garantidos pelos ordenamentos jurídicos, restritas a discussões e reformas operantes unicamente na esfera do formalismo, exclusivas no campo do abstrato.

Um enfoque que, largamente influenciado por dados advindos da Sociologia do Direito, transcende ao abstrato e se volta ao estudo das estruturas do aparelho judiciário, da formação dos magistrados e de novas construções conceituais tendentes à obtenção de resultados concretos e efetivos, dentro de um lapso temporal suficiente à prestação jurisdicional, sem, contudo, dele decorrerem prejuízos para qualquer das partes.

Incurso no referido contexto está o professor Mauro Cappelletti, da *Università degli Studi di Firenze* e do Instituto Universitário Europeu, catedrático de *Stanford University*, em cuja extensa obra são encontrados, a partir da década de 70, ensaios que representam a aludida tendência de pesquisa, com o escopo de incluir o acesso à justiça entre os principais objetos da ciência do direito.

1.2 – SIGNIFICADO DE “ACESSO À JUSTIÇA”

Entende Alvim (2003) que quando se fala em acesso à Justiça, pensa-se logo numa Justiça eficaz, acessível aos que precisam dela e em condições de dar resposta imediata às demandas; enfim, uma Justiça capaz de atender a uma sociedade em constante mudança.

A expressão “acesso à Justiça”, registram Cappelletti e Bryant Garth é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Observam, porém, que o seu enfoque sobre o acesso à Justiça é primordialmente sobre o primeiro aspecto (acessibilidade), sem perderem de vista o segundo. E concluem: “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, apud ALVIM, 2003, p. 4).

Para Horácio W. Rodrigues, é necessário destacar, frente à vagueza do termo acesso à Justiça, que a ele são atribuídos pela doutrina diferentes sentidos, sendo eles fundamentalmente dois: o primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o Poder Judiciário, torna sinônimas expressões acesso à Justiça e acesso ao Poder Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. E conclui que esse último, por ser mais amplo, engloba no seu significado o primeiro (RODRIGUES, 1994, apud ALVIM, 2003, pp. 4-5).

Afirma Alvim que o acesso à Justiça compreende o acesso aos órgãos encarregados de ministrá-la, instrumentalizados de acordo com a nossa geografia social, e também em sistema processual adequado à veiculação das demandas, com procedimentos compatíveis com a cultura nacional, bem assim com a

representação em juízo a cargo das próprias partes, nas ações individuais, e entes exponenciais, nas ações coletivas, com assistência judiciária aos necessitados, e um sistema recursal que não transforme o processo numa busca interminável de justiça, tornando o direito da parte mais um fato virtual do que uma realidade social. Além disso, o acesso só é possível com juízes vocacionados a fazer justiça em todas as instâncias, com sensibilidade e consciência de que o processo possui também um lado perverso que precisa ser dominado, para que não faça, além do necessário, mal à alma do jurisdicionado.

Ressalta Araújo que o próprio conceito de acesso à Justiça já é um desafio aos juristas e aplicadores do Direito, haja vista a dificuldade de sua delimitação, extensão e efeitos, podendo-se elencar como característica essencial a existência de uma estrutura jurídica estatal voltada à solução dos problemas apresentados pelos indivíduos (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, apud ARAÚJO, p. 1).

1.3 – ACESSO À JUSTIÇA OU ACESSO AO DIREITO?

Os juízes, segundo Nalini, não têm a chave para resolver os problemas do mundo. Mas integram o Estado e não podem considerar-se descomprometidos da tarefa de contribuir para a consecução de seus objetivos.

A advertência de Canotilho, sinceramente convicto de que a realização da justiça estará mais dependente da extensão do pensamento da igualdade material à ordem dos bens (patrimoniais e culturais) e ao "mundo do trabalho", do que numa abstrata defesa de direitos, não deve desanimar. Dentro de suas limitações, no espaço que o sistema lhe reservou para atuar, o juiz poderá alargar a porta para o eficaz reconhecimento dos direitos. Basta despir-se de uma roupagem arcaica de magistrado e impregnar-se da vontade de mudar o presente estado de coisas.

As pessoas não poderão usufruir da garantia de fazer valer seus direitos perante os tribunais, se não conhecem a lei nem o limite de seus direitos.

Se a aplicação do direito é, normalmente, tarefa de especialistas (juristas em sentido lato), muitas vezes pela via do Poder Judiciário (porque a sua aplicação também é conflitual), não se coloca, por isso, a necessidade de um amplo ou generalizado interesse no conhecimento da forma (técnica) como o direito é aplicado. Mas já em relação ao seu conhecimento a situação é outra porque, aqui, o acesso ao conhecimento do direito deve ser generalizado, até como pressuposto da sua própria aplicação. Hoje, encara-se este conhecimento como um direito – o direito aos direitos.

O primeiro compromisso do juiz empenhado em ampliar o acesso à Justiça, portanto, será com a disseminação do conhecimento do direito. O Direito, resolvido em direitos, terá que se abrir, que se cotidianizar, de perder o seu sopro de mágica não humana.

Como é que um juiz pode tornar o direito conhecido?

Duas, ao menos, as vertentes a serem examinadas. Uma institucional, outra pessoal.

Na vertente institucional, os tribunais e associações de magistrados podem desempenhar – e muita vez já desempenham – relevante papel. Poderiam, assim, imprimir toda a sorte de informações, a partir de folhetos simples, com explicações facilitadoras do acesso à Justiça. A experiência estrangeira é muito rica nesse campo. É simples informar o cidadão a respeito de problemas por ele enfrentados para litigar. Nada impede se divulgue, por exemplo, "Como obter assistência judiciária", "Como pedir alimentos", "Como regularizar a separação", "Como regularizar a sua propriedade", "Como retificar o seu nome", "Como receber de volta o empréstimo compulsório", "Como litigar nas Pequenas Causas", "Como abrir o inventário", dentre muitas outras hipóteses.

Os tribunais devem manter serviço de atendimento facilitado, para fornecer informações sobre andamento de processo, sobre o endereço da assistência judiciária, sobre problemas jurídicos concretos de toda ordem. E isso por meio de telefone, de fac-símile, de guichês com funcionários treinados e conscientes de que o povo é seu patrão. Somente o pobre brasileiro sabe explicar

o quão é maltratado nas repartições públicas. O Judiciário poderia reverter esse quadro, desenvolvendo um programa de transparência, dando-se a conhecer ao cidadão através de ações de caráter essencialmente informativo.

Os tribunais e associações têm o dever de manter a população informada. Divulgando os endereços dos foros, e dos organismos vinculados à realização da Justiça, os horários de realização das audiências, o funcionamento dos juizados especiais, e outros dados de interesse, inclusive prestando contas da produtividade do Judiciário.

Projetos mais ambiciosos poderiam sugerir as Cartilhas de Cidadania, contendo o elenco dos direitos que consubstanciam o direito a ter direitos. Em linguagem acessível, de compreensão por qualquer do povo, com forma atraente e suscetível de operacionalização mediante recurso à prestigiada classe dos publicitários brasileiros. Não é demais pensar-se em uma série de folhetos, sob a denominação "Eu e a Justiça", subdividindo-se em "Eu e a Constituição", "Eu e o Direito da Família", "Eu e o Direito de Propriedade", "Eu e o meu emprego", "Eu e o Direito Penal", além de outros títulos. A denominação com ênfase no pronome pessoal da primeira pessoa tem o intuito de prestigiar a consciência da cidadania.

Além dessa divulgação operacional, as entidades promoveriam a divulgação institucional, propiciadora de informações sobre o funcionamento do Judiciário no Brasil. Não se pode nutrir afeição por aquilo que não se conhece. Isso explica os índices de comprometimento afetivo demonstrado pela população brasileira a seu Judiciário, em qualquer pesquisa realizada nesta década.

A assessoria de mídia, anexa a cada organismo, deve desempenhar sua parte e fazer a aproximação entre mediática e Justiça, decodificando o hermetismo da linguagem e o distanciamento que o Judiciário insiste em nutrir em relação aos meios de mídia.

Tais propostas e muitas outras, que poderiam surgir mediante consulta ao pessoal da área, incluindo os funcionários, poderiam atuar na dignificação das instituições da Justiça e no restabelecimento da confiança no sistema da Justiça.

É a tentativa de resgate da imagem do Judiciário junto ao cidadão, com ênfase na essencialidade do serviço público por ela prestado.

Em caráter pessoal, o juiz também é provido de excepcionais condições de disseminar o conhecimento do Direito. Primeiro, exercendo de maneira adequada o seu compromisso de maior relevo: a outorga da prestação jurisdicional. Cada juiz, quando julga, exerce função docente. Está ensinando Direito, está divulgando o correto, está demonstrando qual o verdadeiro sentido e alcance da lei.

A decisão é uma aula. E como aula de Direito, pode ser clara, atraente e eficaz. Ou obscura, aborrecida e destituída de relevo, circunscrevendo-se aos limites do processo em que exarada.

A clareza é a cortesia do filósofo, dizia José Ortega Y Gasset. E a clareza, à qual é necessário reconhecer um caráter de primazia na matéria, porta em si mesma uma força de persuasão inegável. E ela não é menos útil quando o advogado quer convencer o juiz do que quando este quer justificar sua sentença.

Faz-se necessário reconhecer que o hermetismo da linguagem dificulta o acesso à Justiça. Pois a linguagem judiciária tem, na opinião pública, má reputação. Não se confunda a necessidade de utilização esmerada de termos técnicos com o apego ao arcaísmo, à excessiva repetição das mesmas expressões, ao caráter rebarbativo que ainda se encontra em grande número de peças processuais.

Não são os juízes os responsáveis por essa linguagem. Ela deriva da lei e das tradições. Mas o juiz pode adotar outra estrutura, sem abandonar a correção, onde se encontre lógica, teórica simplicidade e elegância vernacular. Demos as mãos à palmatória: A decisão de justiça não é uma dissertação acadêmica, mas um ato de caráter utilitário, de aplicação concreta. É necessário, de início, que ela seja perfeitamente inteligível e que aqueles aos quais interessa possam compreendê-la sem recorrer ao *Gran Larousse* em dezenove volumes.

A clareza pode fazer muito para ampliar o acesso à Justiça, pois facilitará o acesso ao Direito. E Direito acessível é, primeiro, Direito inteligível. A clareza é o ponto de convergência de todas as recomendações que podem ser feitas a quem se utiliza da linguagem jurídica. É imprescindível uma perfeita clareza: ao mesmo tempo que ela deve ser atendida em relação às palavras, ela deve estar na exposição do pensamento. É lícito concluir que aquilo que não é claramente exprimido não foi claramente pensado.

A esse empenho todos os juízes podem-se devotar, porque igualmente produtores de sentenças. Outros juízes, já não a integralidade da Magistratura, podem contribuir de maneira diversa para divulgar o Direito e a administração da Justiça. Lecionando, e são muitos os professores nas Faculdades de Direito e nas Escolas da Magistratura, escrevendo artigos em jornais e participando de debates, publicando trabalhos e livros. Não se furtando a esclarecer o funcionamento da Justiça, quando a isso chamados.

Muitos conservadores poderão dizer que essa não é a função do julgador, preordenado a apreciar o conflito e a solucioná-lo de acordo com a lei. Mas as configurações antigas já não estão servindo para o resgate da imagem da Justiça. Já não basta ser apenas cumpridor dos deveres. O momento histórico exige um *plus* do juiz. Talvez até como antecipação do papel que lhe está reservado no próximo milênio. O de um administrador de situações conflituosas, um aconselhador, um conciliador, um pacificador social, distanciado do perfil clássico do profissional que apenas diz o Direito.

Antes de dizer o Direito, incumbe ao juiz fazer conhecer o Direito. Pois na medida em que o conhecimento daquilo que está disponível constitui pré-requisito da solução do problema da necessidade jurídica não atendida, é preciso fazer muito mais para aumentar o grau de conhecimento do público a respeito dos meios disponíveis e de como utilizá-los.

Deixa de atender à missão para a qual preordenado, o juiz que se limita a nomear um advogado para a parte necessitada de assistência judiciária. Em acepção ampla, a assistência judiciária tem o sentido de assistência jurídica

em juízo e fora dele, com ou sem conflito específico, abrangendo inclusive serviço de informação e de orientação, e até mesmo de estudo crítico, por especialistas de várias áreas do saber humano, do ordenamento jurídico existente, buscando soluções para sua aplicação mais justa e, eventualmente, sua modificação e inclusive revogação. É só mediante a informação e pleno conhecimento do Direito que se alcançará esse instrumento de acesso à ordem jurídica justa, na linguagem de Kazuo Watanabe, única legitimidade para a existência de juízes e do Poder Judiciário.

Está subjacente a essa discussão a questão comunicacional do Judiciário e do juiz. Se o principal operador jurídico não encontrar formas de se comunicar com o povo, com a comunidade, com a mídia, com as organizações e os sindicatos, com a universidade e com o governo, estará apressando o projeto de sua substituição por alternativas outras – mais eficazes, céleres e acessíveis – na solução dos conflitos.

1.4– MOVIMENTO QUE TRADUZ O ACESSO À JUSTIÇA

Como afirma Bobbio (2004, apud ARAÚJO, p. 1), “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

Nessa perspectiva de proteção e efetivação dos direitos, Mauro Cappelletti organizou um profundo estudo sobre as diversas tentativas feitas em vários países de se atribuir à população o acesso à justiça. Concomitantemente, Cappelletti observou o movimento de aprimoramento do acesso à justiça, que denominou de “ondas renovatórias” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, apud ARAÚJO, p. 1).

Segundo o autor são momentos surgidos numa seqüência mais ou menos cronológica, inter-relacionando seus conteúdos e objetivos, na demonstração das transformações conceituais do acesso à justiça, como paradigma a ser aplicado no estudo do fenômeno processual e norteador de

projetos de reformas dos sistemas jurídicos processuais, através do mundo acidental.

“As mutações que neste período atingiram o processo civil desenvolveram-se em torno de algumas significativas ondas renovatórias, com a abertura da ordem processual aos menos favorecidos da fortuna e à defesa de direitos e interesses supraindividuais, com a racionalização do processo mesmo como meio participativo e menos burocrático e sobretudo, com uma significativa mudança de perspectiva: como nunca antes, os arautos dessas novas tendências vêm propondo que se pense prioritariamente no consumidor dos serviços que mediante o processo se prestam, muito antes que na figura dos operadores do sistema. O processo civil moderno quer ser um processo de resultados, não um processo de filigranas” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, apud GOMES NETTO, 2005, p. 63).

São três as ondas renovatórias visualizadas por seus idealizadores, e que serão consideradas no desenvolvimento deste trabalho. A primeira retrata a assistência judiciária gratuita, especialmente voltada aos pobres. A segunda enfatiza a representação dos interesses difusos. A terceira prioriza uma reforma interna do processo, na busca da efetividade da tutela jurisdicional.

CAPÍTULO II

AS TRÊS ONDAS RENOVATÓRIAS SEGUNDO MAURO CAPPELLETTI

2.1 – A PRIMEIRA ONDA: ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA AOS POBRES

A primeira onda de acesso à justiça, iniciada em 1965, volta-se para a prestação da assistência jurídica aos pobres. Fatores como elevado valor das custas processuais, falta de representação de um advogado e, até mesmo, falta de informação sobre o que é direito da pessoa impedem o acesso dos menos abastados à máquina judiciária. Além do mais, é notório que quanto mais capacitado e competente o advogado, mais cara é a contraprestação por seus serviços. A desvantagem dos pobres no acesso à justiça é, portanto, inquestionável.

“Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não podem custear são, por isso mesmo, vitais” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, apud GOMES NETTO, 2005, p. 62).

Nessa perspectiva, noticia Cappelletti a existência de três importantes modelos jurídicos voltados à assistência aos indivíduos de baixa renda.

O primeiro é pelo mestre chamado de “sistema *judicare*”. A seu ver, é a maior de todas as reformas voltadas à assistência gratuita. Instaurado na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, apud ARAÚJO, p. 2), este sistema consiste na contratação pelo Estado de advogados particulares para prestar assistência jurídica aos pobres. O objetivo desse sistema é conceder a mesma qualidade jurídica para o litigante pobre e para aquele que poderia pagar um procurador particular. A crítica que se faz a

esse método é que a assistência não é extensiva a todos os tribunais especiais, principalmente no tocante à postulação dos “novos direitos”. Apesar de tal limitação, o “sistema *judicare*” tem atingido um número considerável de indivíduos de baixa renda ao longo dos anos.

Outra crítica dirigida ao sistema é que ele se volta para a defesa eminentemente individual do assistido, desconsiderando a importância do enfoque de classe na conquista de mais direitos. Além disso, não há a preocupação com a formação de uma consciência dos direitos cabíveis às pessoas, que ficam prejudicadas por sequer saber identificá-los.

O segundo modelo identificado por Cappelletti, ainda na primeira onda de assistência judiciária aos pobres, refere-se ao “advogado remunerado pelos cofres públicos” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, apud ARAÚJO, p. 2). Por esse sistema, escritórios localizados dentro da comunidade ou próximo dela encarregam-se de prestar-lhes a assistência judiciária, transcendendo o sistema anterior (*judicare*), uma vez que o objetivo maior a ser atingido é atribuir um enfoque de classe às demandas, de modo que se forme uma conscientização na comunidade a respeito de seus direitos. No mesmo sentido, a atuação dos advogados volta-se a ampliar o rol dos direitos da comunidade enquanto classe, por meio de casos-teste, *lobby* e tentativas de reformas legislativas.

A desvantagem desse sistema é que o atendimento individual pode se ver preterido em relação aos casos-teste de maior repercussão, além do que se corre o risco de o advogado subestimar o potencial dos pobres ao assumir integralmente a tentativa de solução de seus problemas, conferindo-lhes um tratamento paternalista, ao invés de instigar-lhes a busca de seus direitos. Acresça-se, ainda, a este fator um ainda mais grave, que é a incongruência entre o fato de os escritórios de vizinhança serem financiados pelo governo ao mesmo tempo em que combatem várias das políticas estatais.

Outros países optam pela combinação dos dois modelos anteriores, como a Suécia e a Província Canadense de Quebec, o que muito contribui para

o aprimoramento contínuo dos sistemas de acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, apud ARAÚJO, p. 3).

2.2 – A SEGUNDA ONDA: A TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS

A segunda onda renovatória é de peculiar importância, pois tem como foco principal a questão da representação dos interesses difusos e de grupos, justamente porque a primeira onda é exclusivamente voltada para a assistência aos pobres.

O cunho eminentemente individualista do processo, traduzido nas chamadas “demandas-átomo”¹, limitava muito a representatividade dos interesses de um grupo mais amplo, por falta de instrumentos jurídicos adequados. Foi preciso, então, que se criassem mecanismos de viabilização dos direitos difusos, de forma que o processo acompanhasse uma tendência de coletivização da tutela, a partir de demandas-moleculares, ou seja, que envolvem uma gama maior de sujeitos tutelados numa mesma ação (Araújo, p. 3).

De acordo com Alvim (2003), a preocupação da segunda onda resultou da incapacidade de o processo civil tradicional, de cunho individualista, servir para a proteção dos direitos ou interesse difusos ou também chamados de coletivos ou grupais. É que o processo civil foi sempre visto como campo de disputa entre particulares, tendo por objetivo a solução de controvérsia entre eles a respeito de seus próprios interesses individuais.

De uma perspectiva equivocada, em que se pensava que se o direito ou interesse pertencia a todos é porque não pertencia a ninguém, percebeu-se que se o direito ou interesse não pertencia a ninguém é porque pertencia a todos, e, a partir desse enfoque, cuidou-se de buscar meios adequados à tutela desses interesses, que não encontravam solução confortável na esfera do processo civil.

¹ Expressão de Kazuo Watanabe.

Essa nova concepção do direito pôs em relevo a transformação do papel do juiz, no processo, e de conceitos básicos como a citação e o direito de defesa, na medida em que os titulares de direitos difusos, não podendo comparecer a juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar em uma determinada região – é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade. A decisão deve, em tais casos, ser efetiva, alcançando todos os membros do grupo, ainda que não tenham participado individualmente do processo. Também o conceito de coisa julgada deve ajustar-se a essa nova realidade, de modo a garantir a eficácia temporal dos interesses e direitos difusos.

Tal onda renovatória permitiu a mudança de postura do processo civil, que, de uma visão individualista, funde-se em uma concepção social e coletiva, como forma de assegurar a realização dos “direitos públicos” relativos a interesses difusos.

As dificuldades enfrentadas com o advento da segunda onda cappelletiana refletem o despreparo tanto do Estado quanto do Ministério Público em lidar com a nova questão dos direitos difusos. Se, de um lado, o Estado era desprovido de uma legislação voltada para a proteção dos interesses coletivo e difuso, de outro, o Ministério Público não se encontrava suficientemente preparado para lidar com o caráter ampliativo de tais conflitos.

O Ministério Público tem sido prestigiado na defesa dos direitos e interesses difusos, mas, por não dispor de treinamento e experiência necessários para tanto, o que exige, muitas vezes, qualificação técnica em áreas não jurídicas – como a contabilidade, mercadologia (*marketing*), medicina, urbanismo, etc. – outras entidades têm sido legitimadas para sua tutela; além, evidentemente, dos entes públicos que, pela sua destinação constitucional, estão, naturalmente, comprometidas com ela.

A melhor solução para garantir a efetividade da tutela dos referidos direitos, é, sem dúvida, a mista (ou pluralista), em que a iniciativa privada se conjuga com a atividade pública, neutralizando inclusive eventuais influências

políticas que possam comprometer a eficiência da tutela de interesses que pertençam a toda a sociedade ou a determinado segmento dela.

2.3 – A TERCEIRA ONDA: DO ACESSO À REPRESENTAÇÃO EM JUÍZO A UMA CONCEPÇÃO MAIS AMPLA DE ACESSO À JUSTIÇA. UM NOVO ENFOQUE

A terceira onda de acesso à justiça, segundo Araújo, relaciona-se à reforma interna do processo. Um de seus enfoques principais onda está em conceder representação a todos os tipos de direitos, sejam eles individuais, coletivos, difusos, privados, públicos ou de tutelas de urgência, preenchendo os chamados “vazios de tutela”.

Nas palavras de Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, apud ARAÚJO, p. 4) esse enfoque:

“[...] encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.”

De crucial e decisiva importância mostra-se igualmente a superação da barreira da visão conservadora do processo civil, arraigada em suas origens da tutela individual.

Cândido Dinamarco (DINAMARCO, 2005, apud ARAÚJO, p. 4) explica que a reforma do Código de Processo Civil brasileiro:

“[...] com a tônica na deformalização dos atos processuais e agilização do procedimento, antecipação de tutela, aprimoramento das decisões e zelo pela efetividade dos julgados, é uma revisitação dos institutos processuais visivelmente sugerida pela

terceira das ondas renovatórias do direito processual (aprimoramento interno do sistema).”

Marcada esta mesma onda pela busca do aprimoramento do mecanismo processual, o processo civil não poderia seguir tendência outra senão a de coletivização das demandas, por meio, dentre outros fatores, da ação civil pública, da ação coletiva e da ação popular, nas quais os direitos metaindividuais realizam-se de forma mais intensa.

Nesse sentido, o trinômio adequação-tempestividade-efetividade, de Kazuo Watanabe, revela o pragmatismo com que devem ser tratados os direitos metaindividuais: o surgimento dos novos interesses transindividuais deve vir acompanhado de mecanismos processuais adequados, que lhes possibilitem a real concretização no menor tempo possível e da maneira menos dispendiosa e sacrificante para ambas as partes.

A tentativa de melhorar qualitativamente a prestação jurisdicional avança para ganhar uma perspectiva de funcionalidade. Põe-se em voga o conceito de efetividade, como a aptidão de um instrumento para produzir os fins a que se propõe.²

Sobre o direito moderno, Dinamarco (DINAMARCO, 2005, apud ARAÚJO, p. 5) discorre que este:

“[...] não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo de substancial e profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamentos de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdionalizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis, ou de estabilizar situações justas. Tal é a idéia da efetividade da tutela jurisdicional, coincidente com a da plenitude do acesso à justiça e a do processo civil de resultados.”

Ressalta Gomes Neto (2005) que se nas fases anteriores do acesso à justiça o obstáculo a ser transposto eram as espécies de pobreza econômica e organizativa, o adversário, desta vez, é o próprio processo, a estrutura do sistema

² Conceito de José Carlos Moreira Barbosa.

processual encontrado em cada ordenamento em seus pontos de incompatibilidade com a efetivação dos novos direitos.

Pela denominação de obstáculo processual Cappelletti entende as hipóteses “que em certas áreas ou espécies de litígio, a solução normal – o tradicional processo litigioso em juízo – pode não ser o melhor caminho a ensejar a vindicação efetiva dos direitos. Aqui a busca há de visar reais alternativas (*strictu sensu*) aos juízos ordinários e aos procedimentos usuais” (CAPPELLETTI, 1994, apud GOMES NETTO, 2005, pp. 93-94).

Assim, modificações substanciais são verificadas nos ordenamentos processuais, nas quais estruturas basilares do método processual são alteradas, visando à efetividade dos direitos sociais.

“Não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tarda ou alguma injustiça de qualquer ordem. Augura-se a caminhada para um sistema em que se reduzam ao mínimo inevitável os resíduos de conflitos não jurisdicionalizáveis (a universalização da tutela jurisdicional) e em que o processo seja capaz de outorgar a quem tem razão toda tutela jurisdicional a que tem direito” (CAPPELLETTI, 1994, apud GOMES NETTO, 2005, pp. 93-94).

A terceira onda renovatória é uma resposta aos clamores da sociedade por um processo vanguardista focado em quatro objetivos principais: simplificação dos procedimentos; redução dos custos advindos da demora da tramitação da ação; aprimoramento da qualidade do provimento jurisdicional; e efetividade da tutela (DINAMARCO, 2005, apud ARAÚJO, p. 5).

Em consonância com o pensamento de Alvim (2003) a onda renovatória em questão encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações das formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas, como juízes e como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução, e a utilização de mecanismos privados ou

informais de solução dos litígios. Esse enfoque não receia modificações que vão muito além da esfera da representação judicial.

2.4 – EXISTE UMA QUANTA ONDA RENOVATÓRIA?

Há quem sustente a existência de uma quarta onda renovatória: a formação acadêmica, ressaltando o papel dos núcleos de prática jurídica. (PADILHA GERA, 2004, apud ARAÚJO, p. 6).

Salienta Araújo que a quarta onda investe esforços na educação e na formação humanista do profissional da área do Direito. Prima pela conscientização dos jovens estudantes sobre a realidade e os problemas sociais, preparando-os de forma a se tornarem profissionais atentos e sensíveis a toda a estrutura econômico-político-social que os rodeia.

Juristas, aplicadores do direito e advogados devem aguçar suas visões críticas sobre os contornos do sistema, propondo soluções e mudanças para o seu constante aprimoramento, especialmente porque são pontes de acesso à lei e à justiça.

Também a prestação graciosa da assistência jurídica pelos alunos das faculdades aos clientes, proporcionando o contato direto com o público mais carente, faz com que aqueles vivenciem, mesmo que tangencialmente, as principais dificuldades enfrentadas no acesso à justiça pelos menos favorecidos socialmente e incorporem o espírito de socialidade tão propagado nos últimos tempos.

CAPÍTULO III

A POSITIVAÇÃO DAS ONDAS CAPPELLETTIANAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 - A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (1ª ONDA CAPPELLETTIANA)

Para Gomes Netto (2005), no sistema processual decorrente do nosso ordenamento, via de regra, é patente a necessidade da presença de um advogado a postular em nome da parte, para que a relação processual possa formar-se validamente pelo preenchimento do pressuposto processual subjetivo da capacidade postulatória.

Há, inclusive, menção expressa no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº. 8.906/94, artigo 1º, inciso I – lei federal em sentido estrito – estabelecendo a atividade de postular pretensões perante qualquer instância do Poder Judiciário, como privativa dos profissionais de advocacia, devidamente cadastrados em seu órgão de classe e no gozo de pleno exercício de seus direitos funcionais, salvo exceções previstas ao longo da legislação.

Segue o mesmo norte a disposição do artigo 4º da norma citada, por meio da qual são reputados nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não enquadrada nos requisitos acima listados, sem prejuízo da responsabilização penal, administrativa e civil.

A constituição Federal vigente assume a prestação da assistência jurídica, esta englobando o auxílio judicial e extrajudicial, consagrando esta norma diretriz entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, por integrá-la ao inciso LXXIV do seu artigo 5º.

Garantia fundamental esta que teve por obrigação ser instrumentalizada por órgãos administrativos e leis inferiores, sob o risco de

juntar-se às outras garantias formais de inspiração liberal, presa à dimensão das normas de direito, mas não realizadas no plano material.

A primeira delas é a Lei nº. 1.060/50, Lei da assistência judiciária aos necessitados, um modelo ainda plenamente em vigor, cujo conteúdo engloba em si feições do primitivo sistema *munus honorificum*, associadas a características diretas do sistema *judicare*.

Segundo Alvim (2003) a Lei nº. 1.060/50 facilita de tal forma o acesso à Justiça que considera necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família (artigo 2^a, parágrafo único).

A assistência judiciária compreende a isenção de taxas judiciárias e selos; de emolumentos e custas devidos aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça; das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal, ou contra o poder público estadual; dos honorários de advogado e peritos; e das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade e maternidade (artigo 3^o, incisos I a VI).

Para gozar dos benefícios da assistência judiciária, basta que a parte afirme, na petição inicial, que não está em condições de arcar com as custas do processo e os honorários advocatícios sem prejuízo de seu sustento e o de sua família, presumindo-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos da lei, sob a pena cominada de pagamento até o décuplo das custas judiciais, e sem prejuízo de que o pedido possa ser impugnado (artigo 4^o, parágrafos 1^o e 2^o) e até revogado (artigo 7^o).

No Brasil, quem tem condições de pagar advogado, paga e ingressa em juízo; quem não tem, pode fazê-lo mediante o patrocínio de defensorias

públicas, de assistência judiciárias, de escritórios-modelo, ou de advogado por ele escolhido ou designado pela OAB. Até os acadêmicos de direito, a partir da 4ª série, podem ser indicados pela assistência judiciária, ou nomeados pelo juiz para auxiliar o patrocínio das causas dos necessitados, ficando sujeitos às mesmas obrigações impostas pela Lei nº. 1.060/50 aos advogados (artigo 18).

3.2 - AS AÇÕES COLETIVAS (2ª ONDA CAPPELLETTIANA)

Afirma Alvim (2003) que as ações coletivas foram previstas pela Constituição de 1988 em diversos dispositivos, ora permitindo que as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, tenham legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente (artigo 5º, inciso XXI); ora concedendo mandado de segurança coletivo a partido político com representação no Congresso Nacional, ou a organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (artigo 5º, inciso LXX, alíneas “a” e “b”); ora dispondo que ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; ora reconhecendo ser função institucional do Ministério público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (artigo 129, inciso III), e defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (artigo 129, inciso V).

Além disso, diversas leis ordinárias, como a Lei nº. 7.347/85, dispondo sobre a ação civil pública, a Lei nº. 8.078/90, sobre a proteção do consumidor, e a Lei nº. 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, disciplinam as ações coletivas, que compreendem inclusive os direitos e interesses difusos, projetando no direito brasileiro a segunda onda de acesso à Justiça.

Frisa Gomes Netto (2005) que a incidência da referida onda pela proteção dos interesses difusos e coletivos provocou uma adaptação dos sistemas normativos contemporâneos, os quais passo a passo reinventaram as

estruturas da condição legitimante do direito de ação, permitindo a expansão da representação processual coletiva e difusa.

Foi o conceito de coisa julgada *erga omnes*, introduzido em nosso ordenamento jurídico desde a adoção da ação popular (Lei nº. 4.717/65), adotado e reiterado, no âmbito da atual Constituição, pela lei da ação civil pública e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Mas não somente avanços são registrados neste sentido, o dispositivo contido no artigo 2º da Lei nº. 9.494/98 representou um retrocesso nas transformações sofridas pelo instituto da coisa julgada, já em suas feições difusa e coletiva, uma vez que limitou os efeitos decorrentes das decisões jurisdicionais proferidas em ação civil pública à base territorial onde está vinculado o órgão da jurisdição, implicando num aumento do número de procedimentos e na dispersão da pretensão por vários juízos.

3.3 - NOVA ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO E NOVOS PROCEDIMENTOS (3ª ONDA CAPPELLETTIANA)

De acordo com Alvim (2003), não se consegue reformar a Justiça sem se reformar a estrutura do Poder Judiciário, pois a simples alteração de leis processuais, mesmo com a intenção deliberada de desfazer os pontos de estrangulamento, não produziria por si só os almejados efeitos.

Sob este aspecto, merece relevo a instituição dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, pela Lei nº. 7.244/84, que vieram a ser substituídos pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, pela Lei nº. 9.099/95, embora tivessem podido conviver, por não existir entre ambos qualquer incompatibilidade. Foram depois instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais em âmbito da Justiça Federal, pela Lei nº. 10.259/01, facilitando o acesso à Justiça em face dos entes públicos.

Tais Juizados caracterizam-se por adotarem procedimentos simples em que predominam a oralidade na prática dos atos processuais, o incentivo à conciliação, a isenção de custas, a desconsideração das formas prescindíveis, o contato direto entre as partes fisicamente presentes ante o juiz, a equalização das forças em juízo e a extrema limitação das instâncias recursais.

Também por força dessa onda, tiveram lugar as minirreformas processuais, na última década do século passado, quando foram publicadas diversas leis buscando acelerar os procedimentos.

Segundo Hess (2004) a tendência se concentra em buscar novas alternativas de solução de conflitos, quer seja pela modificação da estrutura e reorganização do Poder Judiciário, ou pelas técnicas processuais e meios alternativos de solução de conflitos extrajudiciais, em cooperação com a sociedade civil.

Enfatiza o professor Cappelletti a importância das reformas implementadas para a celeridade e informalidade dos procedimentos judiciais, com a concentração da oralidade e da livre apreciação de provas, e o julgamento simultâneo pelo juiz, bem como a utilização dos juízos de instrução para investigar a verdade e auxiliar a colocar as partes em patamar de igualdade.

A conciliação foi igualmente prestigiada pelas minirreformas, tendo a Lei nº. 10.444/02 instituído a audiência preliminar (artigo 331 do CPC), com o deliberado propósito de estimular a composição das partes, abortando, por essa forma, o litígio.

Nesse sentido, afirma Hess (2004) que a conciliação é meio alternativo extrajudicial de solução de conflitos, por intermediação de um conciliador neutro, resolvendo-se o litígio sem necessidade de julgamento e pelo próprio consenso entre os litigantes.

Como a solução alternativa, foi promulgada a Lei nº. 9.307/96, disciplinando a arbitragem, com o que se espera que as partes prefiram solucionar os seus litígios através da justiça privada, em que todos sabem quando

a demanda começa e quando termina, em vez da justiça pública, em que todos sabem quando começa, mas nunca quando termina.

Reforça Hess (2004) que a arbitragem é o meio alternativo de solução de conflitos extrajudiciais mais eficaz, porque há um julgamento com a decisão pelos árbitros nomeados pelas partes, que tem força e efeitos equiparados à decisão judicial, sendo permitida a execução forçada pela intervenção do Judiciário, se houver recusa no cumprimento da sentença arbitral. Acrescenta também o autor a figura da mediação que é um outro meio alternativo de solução de conflitos pela maior flexibilidade e oportunidade das partes de se comporem, com as técnicas psicológicas e sociológicas utilizadas por um mediador, que as leva a uma composição.

Ressalta Torres (2005) a existência de um exemplo de pensamento progressista para o acesso à Justiça, os chamados projetos “justiça itinerante”, instrumentos de aproximação entre a Justiça e o povo.

Salienta Alvim (2003) que um país que tem grande dificuldade em prover seus órgãos judiciais, mesmo os já existentes, com juízes togados, porquanto, nos concursos públicos, infelizmente são as vagas que acaba, disputando os candidatos, não vejo alternativa melhor do que os juizados especiais, especialmente os estaduais, que contam na sua estrutura com as figuras do juiz leigo e do árbitro; e, mesmo a arbitragem, que é excelente modalidade de fazer justiça privada.

3.4 - OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA BRASILEIRA: A ESTRUTURA JUDICIÁRIA, A MOROSIDADE DOS PROCEDIMENTOS E O USO INDISCRIMINADO DE RECURSOS

No Brasil, segundo Alvim (2003), os obstáculos de acesso à Justiça não se ligam ao problema da assistência judiciária aos necessitados, configuradora da primeira onda de acesso, e nem à defesa dos interesses da coletividade, notadamente os interesses difusos, configuradora da segunda onda,

mas à estrutura judiciária, à inadequação dos processos e dos procedimentos, e, basicamente, à dimensão que se dá ao princípio do duplo grau de jurisdição, para atender à ânsia recursal do jurisdicionado brasileiro.

A nossa estrutura judiciária é sabidamente arcaica, montada no modelo francês, de inspiração napoleônica, e cujo objetivo era fazer dos órgãos superiores, constituídos pela vontade dos Poderes Executivo e Legislativo, verdadeiros órgãos inferiores do Poder Judiciário. Não é por acaso que essa estrutura tem a forma piramidal. Ademais, embora tenha o Brasil importado um modelo francês de estrutura judiciária, não pôde importar a cultura francesa, de forma que aquele modelo concebido para um país de primeiro mundo não funciona aqui.

Os processos e os procedimentos adotados pelo Código de Processo Civil desconhecem a geografia brasileira, sendo concebidos com as vistas voltadas para regiões desenvolvidas, como a sul e a sudeste, pelo que não se adequam a regiões de parco desenvolvimento econômico, como a norte e a nordeste, sendo idênticos os prazos para a prática de atos numa região metropolitana, servida por metrô, e naquelas em que o transporte ainda se faz em canoa ou em lombo de animal; embora o artigo 182 outorgue ao juiz, nas comarcas onde for difícil o transporte, prorrogar quaisquer prazos, mas nunca por mais de sessenta dias.

Por isso, essa terceira onda só cumprirá seu objetivo quando, além de um sistema processual uniforme em todo o país, tivermos uma diversidade procedimental que atenda a essa diversidade geográfica, deixando a cargo de cada Estado-membro normatizar os procedimentos judiciais, de acordo com os seus padrões sociais, econômicos e culturais. Não se pode pretender, por exemplo, que os juizados especiais funcionem com a colaboração de estagiários (conciliadores) e advogados (juízes leigos) em localidades situadas a centenas de quilômetros de uma faculdade de direito.

No que tange aos recursos, parte-se da falsa suposição de que a Constituição, elencar os diversos órgãos que compõem o Poder Judiciário (artigo

92, incisos I a VII), teria consagrado de forma inarredável o duplo grau de jurisdição, o que não é, no entanto, verdadeiro. Os recursos são a grande praga que não permite que a Justiça produza bons frutos, contaminando a esperança de tantos quantos ela recorrem, que só vêem satisfeito o seu direito material quando já exaustos de tanto demandar.

Mesmo quando se criam Juizados Especiais para determinadas causas, ou causas simples até determinado valor, ou sem nenhuma complexidade, que podem ser resolvidas pelo critério da equidade, por qualquer juiz leigo, o culto ao recurso faz com que, mesmo sem admitir o acesso á Justiça em segundo grau, se criem turmas recursais, espécie de segundo grau dentro do próprio primeiro grau, integrado por juízes de igual hierarquia. No fundo, o recurso ordinário, nos Juizados Especiais, não passa de uma malquistada modalidade de embargos infringentes do julgado, na instância inferior, só que, em vez de serem julgados pelo mesmo juiz que proferiu a decisão recorrida, o é por uma turma recursal, composta de juízes de primeiro grau.

Ainda quando a lei processual estabelece o recurso não impede a execução da sentença, como na previsão do artigo 497, primeira parte, ou que o recurso será recebido apenas no efeito devolutivo, como na previsão do artigo 542, parágrafo 2º, ambos do CPC, o STJ e o STF admitem ação cautelar para dar aos recursos extraordinário e especial um efeito que *ex vi legis* eles não têm,obstaculizando a execução da sentença antes de passar materialmente em julgado. Mesmo quando não tem cabimento nenhum recurso, ou mesmo correção parcial, ou reclamação, entra em cena a tolerância dos pretórios, admitindo, para se corrigir decisões que se convencionou denominar “teratológicas”, o uso do mandado de segurança contra o ato judicial, a mais inusitada teratologia que se poderia conceber para esse fim.

Não é que os recursos não sejam necessários, porque são, mas deveriam ser disciplinados conforme a importância da matéria decidida, de forma que nem toda causa subisse aos tribunais de segundo grau; muito menos, aos tribunais superiores, que deveriam ser os guardiões da lei infraconstitucional naquilo em que tivesse transcendência sobre a pretensão individual das partes. O

mesmo se diga do STF que, sendo o guardião da Constituição, deveria proceder ao reexame apenas de matérias (questões) que pudessem, pelo fenômeno da transcendência, interessar à Nação como um todo. As brigas de vizinhos devem ficar confinadas aos Juizados Especiais, com direito ao arremedo recursal para as turmas recursais.

As decisões interlocutórias, à exceção daquelas que antecipem as tutela ou decidam sobre a tutela cautelar, deveriam ser irrecorríveis, reservando-se ao recorrente o direito de vê-las reexaminadas por ocasião do julgamento da apelação; justo como acontece no juízo arbitral e na Justiça do Trabalho. Para estas, a reforma cunhou uma “solução de Pirro”³, possibilitando sejam os agravos de instrumento convertidos em agravos retidos, na forma prevista no inciso II do artigo 527 do CPC, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação.

Mesmo quando o Código de Processo Civil restringe o alcance dos recursos, o que é feito por ato do relator, no tribunal, sob o pretexto de que se trata de uma decisão singular, concede geralmente outro recurso para o colegiado, mediante a interposição de agravo interno, tornando quase etérea a restrição.

No que tange ao processo de conhecimento, deve-se admitir apenas a apelação, e, no âmbito dos tribunais, apenas os embargos infringentes, desde que na sua função de uniformizar a jurisprudência das turmas ou câmaras isoladas, com a das turmas ou câmaras reunidas, ou seções, conforme a organização do tribunal. É um equívoco supor que os embargos infringentes se destinam a dar ao sucumbente mais um recurso, em função do voto vencido, porque a finalidade desses embargos é possibilitar que um órgão superior às turmas ou câmaras uniformize a jurisprudência no âmbito interno da corte, fazendo com que o voto vencido na turma ou câmara –, mas ajustado à jurisprudência do grupo de turmas ou câmaras –, prevaleça sobre os votos

³ Vitória de Pirro é a “vitória em que as perdas do vencedor são tão grandes quanto as do vencido”, e a solução de Pirro é aquela que não resulta em vantagem para ninguém, nem para o recorrente e nem para o órgão julgador.

vencedores, o que, de outro modo, só seria possível por decisão dos tribunais superiores.

Também nesta área, as minirreformas introduziram modificações importantes, limitando as hipóteses de cabimento de embargos infringentes nos tribunais, de modo que só cabem tais embargos quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente a ação rescisória, sendo que, se o acordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência (artigo 530 do CPC). Desta forma, tornaram-se irrecorríveis nessa modalidade de recurso as decisões interlocutórias, que não se sujeita, mais a embargos infringentes, mesmo havendo voto vencido, nem as sentenças de mérito que vierem a ser confirmadas pelo tribunal.

Um dos grandes obstáculos ao gozo do direito tem sido a interposição de embargos, para os fins do artigo 535 do CPC, que, apesar de cabíveis apenas para fins de dissipar obscuridade ou contradição (inciso I) ou suprir omissão do julgado (inciso II), vêm sendo utilizados em doses homeopáticas, chegando-se até a emprestar efeitos modificativos ao último dos embargos de declaração interpostos, que funcionam como uma verdadeira superapelação. Poder-se-ia até admitir os embargos de declaração nos legítimos casos em que se fizerem necessários para integrar o julgado, mas dever-se-ia também punir os embargos improcedentes com uma multa em favor do embargado, pelo tempo de espera de julgamento de embargos que, a final, revelaram-se sem fundamento; isso, independentemente da existência de dolo ou culpa do embargante.

Os recursos extraordinário e especial foram também afetados pelas ondas reformistas, de modo a possibilitar a sua retenção quanto interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução, sendo processado apenas se reiterado pela parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contrarrazões (artigo 542, parágrafo 3º do CPC). No entanto, as interlocutórias de mérito, que decidem sobre pedido de tutela antecipada, ficaram, por construção pretoriana, fora do âmbito da retenção, bem assim aquelas que, não sendo

decididas desde logo (versando sobre a penhora de bens, por exemplo), possam causar à parte prejuízo grave e de difícil ou incerta reparação. Aqui também vale a observação retro, sobre a “solução de Pirro”, pois uma vez retido o recurso, ensejará agravo interno, para o tribunal que seria o competente para o julgamento do agravo, não fosse a retenção. Esse é o grande problema dos recursos, pois, em vez de se vedar agravo de decisão singular do relator, que só seria objeto de exame por ocasião do julgamento do recurso principal, concede-se novo agravo contra tal decisão (agravo interno), apenas postergando o julgamento colegiado para um momento posterior.

3.5 – ADVERTÊNCIAS DE CAPPELLETTI QUANTO ÀS LIMITAÇÕES E RISCOS AO ENFOQUE DO ACESSO À JUSTIÇA NAS REFORMAS DOS ORDENAMENTOS PROCESSUAIS POSITIVOS: REFLEXOS NA RECENTE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Afirma Gomes Netto (2005) que diante das novas e ousadas reformas sofridas pelo direito processual, não podem ser ignorados seus riscos e suas limitações.

Sobre o assunto, diz Cappelletti (CAPPELLETTI, 1988, apud GOMES NETTO, 2005, p. 99):

“Podemos ser céticos, por exemplo, a respeito do potencial das reformas tendentes ao acesso à Justiça em sistemas sociais fundamentalmente injustos. É preciso que se reconheça que as reformas judiciais e processuais não são suficientes para as reformas políticas e sociais.”

As reformas da legislação processual não cumprirão seu importante papel no aprimoramento do serviço de pacificação social, enquanto não tiver cumprido razoavelmente os propósitos expressos nas três ondas reformatórias definidas por Cappelletti, mas, para tanto, dentro da proposta de uma sociedade pluralista, marcada pela isonomia material, é preciso um processo sem óbices sociais e econômicos ao pleno acesso à Justiça.

Se queremos um processo ágil e funcionalmente coerente com seus escopos, é preciso também relativizar o valor das formas, saber utilizá-las e exigí-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instrução de cada uma delas.

Todos os esforços desprendidos até então visam à efetividade do processo como meio de acesso à Justiça e a concretização desse desiderato é algo que depende menos das reformas legislativas (sem jamais ignorar sua importância), do que da postura cultural dos operadores do direito.

Transformar o processo liberal individualista em um processo de resultados satisfatórios à sociedade, adequado aos movimentos de acesso à Justiça, sem, contudo promover alterações na mentalidade dos profissionais de direito, fruto de sua formação embebida no regime anterior, implica muito provavelmente no aparecimento de resistências e em pequenos fracassos imediatos.

A conscientização, neste caso, é primordial, sob pena das reformas transcorrerem numa vertical descendente, onde seus conteúdos não serão realizados, bem como não atingidos os fins políticos e sociais que as impulsionaram.

Por outra via, os programas de reformas devem estar sempre sob a vigilância dos meios acadêmicos, da sociedade civil organizada e, principalmente, de operadores do direito conscientes de sua importância e posição no funcionamento do sistema processual, numa apreensão crítica das mudanças, de modo que boas inovações não sirvam a esconder propósitos escusos de privilégios judiciais ou prejuízos indiretos às categorias e grupos atendidos pelas mesmas, senão sob os riscos da atividade reformadora constituir elementos de alienação, equiparando-as ao *panis et circus* romano.

Deve haver a consciência aberta para os riscos circunstanciais das reformas de modo a que não influam negativamente os novos procedimentos em relação às garantias fundamentais de processo civil.

Do mesmo modo, consequência lógica da realização, ainda que parcial e longe de plenitude, das ondas do acesso à Justiça é o incremento do montante de demandas judiciais, com repercussões importantes de ordem material, desde alterar a razão da relação entre o número de processos autuados e o número de funcionários e magistrados designados para cuidar deles, até o comprometimento do espaço físico disponível para atendimento ao público e armazenamento dos autos.

Necessário, agora e em complemento às reformas do acesso à Justiça, é o desenvolvimento do tema administração da justiça, antes alegado á formação de esquemas hierárquicos e organogramas de função, relativos às instâncias administrativas do Poder Judiciário.

Sua acepção deve compreender a função judicial não na qualidade de ato de império do Estado de Direito, nem tampouco como uma benesse caritativa para com os indivíduos, mas com o conteúdo de um serviço, direcionado à população; dever do ente estatal, direito de todos os cidadãos.

Em sendo um serviço, é forçoso constatar ser ele realizado por pessoas, mediante o emprego de recursos: pessoas, devidamente preparadas intelectual, física e psicologicamente para o desempenho de suas funções, dentro de condições estritamente condizentes com sua dignidade; recursos, empregados com moderação e parcimônia, evitando desperdícios e os direcionando conforme as demandas apresentadas pelos grupos de usuários.

Da mesma maneira, é serviço público que deve ser prestado com comprometimento, eficiência e efetividade, de modo a não interferir no acesso à Justiça, fruto de estudos doutrinários, introduzido por reformas legislativas e garantido na ordem normativa.

CONCLUSÃO

O estudo realizado anteriormente a esta monografia teve como ponto de partida o pressuposto de que a repercussão das idéias cappellettianas estimularam o acesso à Justiça, com maior profundidade nas modalidades da segunda e da terceira ondas, haja vista que a primeira onda renovatória foi positivada através da Lei nº. 1.060/50, enquanto que a segunda estimulou a criação de leis voltadas para os interesses difusos (Lei nºs. 7.347/85, 8.078/90, 8.069/90, 4.717/65) e a terceira inspirou minirreformas processuais, aceleração dos procedimentos (Lei nº. 10.444/02) e solução alternativa de conflitos (Lei nº. 9.307/96), enfim, o propósito foi analisar os reflexos na legislação brasileira das três ondas que compunham o movimento renovatório abordado por Mauro Cappelletti.

No primeiro capítulo foi abordado o significado de acesso à Justiça, este como tema social inserido no estudo contemporâneo do Processo Civil. O segundo capítulo tratou de identificar e conceituar cada uma das ondas renovatórias: assistência jurídica aos mais necessitados (1ª onda); tutela dos interesses difusos (2ª onda); do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça. Um novo enfoque (3ª onda). Porém, foi no terceiro e último capítulo que a teoria inicial se confirmou, ao verificar a quantidade e a relevância das leis positivadas no ordenamento jurídico pátrio por influência das segunda e terceira ondas do movimento do acesso à Justiça.

O problema do acesso à Justiça, para Alvim (2003), não é uma questão de “entrada”, pois, pela porta gigantesca desse templo chamado Justiça, entra quem quer, seja através de advogado pago, seja de advogado mantido pelo poder público, seja de advogado escolhido pela própria parte, sob os auspícios da assistência judiciária, não havendo, sob esse prisma, nenhuma dificuldade de acesso. O problema é a “saída”, pois todos entram, mas poucos conseguem sair num prazo razoável, e os que saem o fazem pelas “portas de emergência”,

representadas pelas tutelas antecipatórias, pois a grande maioria fica lá dentro, rezando, para conseguir sair com vida.

Este é o grande problema e o grande obstáculo que enfrentamos, cabendo à doutrina, através de concepções voltadas para a realidade brasileira, sem copiar modelos estrangeiros, contribuir para a formação de uma onda de “descenso” (saída) da Justiça, para que o sistema judiciário se torne mais racional na entrada, mas, sobretudo, mais racional e humano também na saída.

Ressalta-se que as ondas renovatórias no acesso à justiça não dispensam a mudança de mentalidade dos operadores do direito nem a pragmática alteração legislativa para intensificar o movimento processual que então se opera.

É preciso coragem para romper com as posturas conservadoras, essencialmente porque grande parte das mudanças encontra-se nas mãos dos que aplicam o direito, sendo estes quem dão à lei a interpretação reacionária ou visionária da questão.

Para a exata compreensão da observação feita, tem-se o retrato da questão traçado por Márcio Túlio Viana (VIANA, 2000, apud ARAÚJO, pp. 6-7) de que:

“Toda lei tem uma parte visível, acabada, expressa por suas palavras. Mas tem uma parte inacabada, em potência, que ainda está por ser escrita. É que, na verdade, a norma jurídica se faz em vários momentos. Há o momento do legislador, que a formula, mas há também o momento do aplicador, que a (re)interpreta. E como o seu aplicador não é apenas o juiz, mas também os seus destinatários, também eles participam, de certo modo, de sua construção.”

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Justiça: acesso e descesso*. Rio de Janeiro: EMARF, 2003.

ARAÚJO, Carolina Lobato Goes de. *A Posição dos Direitos Humanos na Busca do Acesso à Justiça*. <URL: <http://ww1.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00000361.doc>> data de acesso: 10/01/2010.

HESS, Helian Coutinho. *Acesso à Justiça por Reformas Judiciais*. Campinas: Millennium, 2004.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

NALINI, José Renato. *Direitos Humanos: novas perspectivas no acesso à justiça*. <URL: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo08.htm>> data de acesso: 22/01/2010.

TORRES, Jasson Ayres. *O Acesso à Justiça e Soluções Alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.