

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

KEILA RODRIGUES BATISTA

**ACESSO À JUSTIÇA:
ANÁLISE DE INSTRUMENTOS VIABILIZADORES
CONSTRUINDO O SABER JURÍDICO**

MARÍLIA
2007

KEILA RODRIGUES BATISTA

**ACESSO À JUSTIÇA:
ANÁLISE DE INSTRUMENTOS VIABILIZADORES
CONSTRUINDO O SABER JURÍDICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em direito. (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado – Linha de Pesquisa: Construção do saber jurídico).

Orientador:
Prof. Dr. Lafayette Pozzoli

MARÍLIA
2007

KEILA RODRIGUES BATISTA

**ACESSO À JUSTIÇA:
ANÁLISE DE INSTRUMENTOS VIABILIZADORES
CONSTRUINDO O SABER JURÍDICO**

Banca Examinadora da dissertação ao Programa de Mestrado da UNIVEM/F.E.E.S.R., como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Resultado: _____

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Lafayette Pozzoli

1º EXAMINADOR: _____

2º EXAMINADOR: _____

Marília, ____ de _____ de 2007.

Teu dever é lutar pelo Direito; mas no dia em que encontrares o Direito em confronto com a Justiça, luta pela Justiça.

Eduardo Couture

A minha filha e amiga Isabella.

Agradeço em especial a minha família pelo incentivo e esforço mantidos nos meus estudos; e ao meu orientador professor doutor Lafayette Pozzoli, pela paciência e disposição nas valiosas orientações.

BATISTA, Keila Rodrigues. Acesso à Justiça: análise de alguns instrumentos viabilizadores – construindo o saber jurídico. 2007. 122f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2007.

RESUMO

São desenvolvidos no presente trabalho estudos que evidenciam as categorias presentes na linha de pesquisa do Mestrado A Construção do Saber Jurídico. O objeto de pesquisa é o acesso à justiça, a celeridade processual e alguns instrumentos viabilizadores (a Arbitragem, a Justiça Restaurativa na área penal, os Juizados Especiais, o Balcão de Direitos, a Justiça Itinerante e a Justiça Comunitária), notadamente nos lugares onde o Estado, por meio do Poder Judiciário, nem sempre alcança os cidadãos. O acesso à justiça, precisamente no Brasil, mostra-se moroso, obstruindo, quase sempre, a segurança jurídica, um dos elementos caracterizados do Estado Democrático de Direito. Situação que pode desestimular a busca da tutela jurisdicional e inibir aquele que poderia valer-se da respectiva tutela jurisdicional. Duas questões devem ser colocadas: será que teve acesso à justiça a parte que ajuizou uma ação e morreu antes da decisão final? O Poder Judiciário está obtendo sucesso na tutela jurisdicional? Em geral, diante do amplo volume de processos cada vez mais crescente, admitindo resíduos da morosidade como prejuízos financeiros e até psicológicos para as partes, contribuindo de tal modo para o retardamento da prestação jurisdicional, mostra uma face cruel da justiça, como a insensibilidade com a dignidade humana, tornando-se comum encontrar cidadãos que, devido à má gerência jurisdicional, desacreditam na efetivação de seus direitos. Enfim, a pesquisa analisou que há nos segmentos da sociedade agentes do direito, que se preocupam e lutam para o fim da morosidade processual brasileira e o amplo acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à Justiça, Dignidade da Pessoa Humana, Informatização do Processo Judicial, Justiça Restaurativa, Balcão de Direitos, Justiça Itinerante, Justiça Comunitária.

BATISTA, Keila Rodrigues. Acesso à Justiça: análise de alguns instrumentos viabilizadores – construindo o saber jurídico. 2007. 122f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2007.

ABSTRACT

In the present work are developed studies that evidence the categories presents in the line of research of the Mastership the Construction of Juridical Know. The object of the research is the access to justice, the procession celerity and some instruments viabilized (the Arbitrated, the Restorative justice in the penal area, the Special Courts, the balcony of low, the Itinerant Justice and the Comunitary Justice), in note in the places where the Stated, by means of the Judiciary Power, not always reaches the citizens. The access to justice, necessity in Brazil, reveals morose, obstructing, almost always, the legal security, one of the elements characterized of the Democratic State of Low. Situation that can discourage the search of the jurisdictional guardianship and inhibit that one that could be used the respective jurisdictional guardianship. Two questions must be placed: it will be that had access the justice the party who suit an action and died before the final of decision? The Judiciary Power is getting success in the jurisdictional guardianship? In general, ahead of the ample volume of processes, more and more increasing, admitting morose residues that financial damages and until psychological for the parts, contributing in such way, for the retardation of the judgments, shows a cruel face of justice as the insensibilities with the dignity human, becoming common to find citizens who, due to bad jurisdictional management, discredit in the achievements of your rights. At last, the research analyzed that has segments of the society, agents of the right, who if worry and fight for the end of the Brazilian morose procedure and the ample access to justice.

Key words: Access to Justice, Dignity of the Human Person, Computerized of the Judicial Process, Restorative Justice, Balcony of Low, Itinerant Justice, Comunitary Justice.

BATISTA, Keila Rodrigues. Acesso à Justiça: análise de alguns instrumentos viabilizadores – construindo o saber jurídico. 2007. 122f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2007.

RESUMEN

Son desarrollados en el presente trabajo estudios que evidenciam las categorías presentes en la línea de investigación del Máster La Construcción del Saber Jurídico. El objeto de investigación es el acceso a la justicia, la celeridad procesal y algunos instrumentos viabilizadores (el Arbitraje, la Justicia Restaurativa en el área penal, los Juizados Especiales, el Mostrador de Derechos, la Justicia Itinerante y la Justicia Comunitaria), principalmente en los lugares donde el Estado, por medio del Poder Judicial, ni siempre alcanza los ciudadanos. El acceso a la justicia, precisamente en Brasil, se muestra moroso, obstruyendo, casi siempre, la seguridad jurídica, uno de los elementos caracterizados del Estado Democrático de Derecho. Situación que puede desestimular la búsqueda de la tutela jurisdiccional e inhibir aquel que podría valerse de la respectiva tutela jurisdiccional. Dos cuestiones deben ser colocadas: será que tuvo acceso a la justicia la parte que enjuició una acción y ¿murió antes de la decisión final? El Poder Judicial está obteniendo éxito en la tutela jurisdiccional? En general, delante del amplio volumen de procesos, cada vez más creciente, admitiendo residuos de la morosidad como perjuicios financieros y hasta psicológicos para las partes, contribuyendo de tal modo, para el retardamento de la prestación jurisdiccional, muestra una faz cruel de la justicia como la insensibilidad con la dignidad humana, haciéndose común encontrar ciudadanos que, debido a la mala gerencia jurisdiccional, desacreditan en la efectivación de sus derechos. Finalmente, la investigación analizó que hay segmentos de la sociedad, agentes del derecho, que se preocupan y luchan para el fin de la morosidad procesal brasileña y el amplio acceso a la justicia.

Palabras-llaves: Acceso a la Justicia, Dignidad de la Persona Humana, Informatización del Proceso Judicial, Justicia Restaurativa, Mostrador de Derechos, Justicia Itinerante, Justicia Comunitaria.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1. ACESSO À JUSTIÇA	13
1.1. Acesso à Justiça e Direito Fundamental	18
1.2. Acesso à Justiça e Dignidade da Pessoa Humana	24
1.3. Acesso à Justiça, Cidadania e Democracia.....	35
1.4. Acesso à Justiça e a Garantia do Devido Processo Legal.....	39
1.5. Princípios do Acesso à Justiça correlatos à Garantia do Devido Processo Legal e à Segurança Jurídica.....	42
CAPÍTULO 2. DIFICULDADES DO ACESSO À JUSTIÇA: MOROSIDADE PROCESSUAL – OBSTÁCULOS E SOLUÇÕES	56
2.1. Aspectos da Emenda Constitucional nº45/04 e da Súmula Vinculante.....	64
2.2. Aspectos da Lei nº11.419/06 que dispõe sobre a Informatização do Processo Judicial....	67
2.3. Inovações da Lei nº11.382/06 relativa ao Processo de Execução	69
2.4. Aspectos da Lei nº11.441/07 que Possibilita a Realização de Inventário, Partilha, Separação Consensual e Divórcio Consensual por Via Administrativa.....	73
CAPÍTULO 3. INSTRUMENTOS VIABILIZADORES DO ACESSO À JUSTIÇA	77
3.1. Um enfoque sobre Arbitragem no Acesso à Justiça	82
3.2. Justiça Restaurativa, Juizados Especiais e Acesso à Justiça	84
3.3. Localidades onde o Acesso à Justiça é Deficiente	88
3.4. Balcão de Direitos, Justiça Itinerante, Justiça Comunitária e Acesso à Justiça	91
CONCLUSÕES	98
REFERÊNCIAS	101
ANEXO A – Pacto de Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano	107
ANEXO B – Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal.....	115

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo estudar elementos que envolvem o acesso à justiça no Brasil, que trata-se de uma garantia constitucional, conforme disposto no inciso XXXV, do artigo 5º da CF, assegurada pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, vale consignar, a via judiciária não poderá excluir de exame qualquer lesão ou ameaça a direito.

Firmado por preceitos constitucionais e internacionais, o acesso à justiça é atualmente um problema vivenciado pelos agentes do direito, dentro do Estado, mais precisamente pelo Poder Judiciário e, principalmente, pelos cidadãos, que são os mais prejudicados devido à dificuldade de acesso propriamente dito à Justiça e ainda a demora na entrega do direito pleiteado judicialmente, ou mesmo a dificuldade de se chegar a ter acesso à justiça.

A morosidade processual tem sido uma causa nevrálgica que resulta em um certo descrédito para o Poder Judiciário que, com forte presença formalista e burocrática, vê-se estagnado perante as várias mudanças na sociedade. Junte-se a isto, o fato do direito no sistema processual brasileiro ser tradicional e de raiz positivista, assim não acompanha devidamente o crescimento social, cultural, político e econômico brasileiro.

Entretanto, a pesquisa identificou que em algumas das instâncias do Judiciário, agentes do direito, inspirados pelo humanismo jurídico infundido pelo clima do pós-Segunda Guerra Mundial e da Constituição Federal Brasileira de 1988, têm uma preocupação particular com a devida aplicação do direito em face da realidade social e, com isto contribuem para um processo mais célere do Judiciário, resultando em a segurança jurídica para os cidadãos.

Uma questão que se coloca é: o Poder Judiciário está obtendo sucesso na tutela jurisdicional? Em face do amplo volume de processos, cada vez mais crescente, admitindo muitos resíduos da morosidade, como prejuízos financeiros e até psicológicos para as partes, contribuindo de tal modo, para o retardamento da prestação jurisdicional.

Foi identificado também que em alguns casos, o direito brasileiro acaba por não acompanhar o crescimento da sociedade. Os fatos que incidem nessa transformação necessitam de um sistema de normas que revolucionaria o processo. Tal revolução para um novo paradigma seria a mudança de pensamento, colocando a sociedade em novas bases.

O método utilizado para a pesquisa foi o da pesquisa bibliográfica, análise de estatísticas e normas internacionais. Uma observação a partir da realidade profissional ajudou a ter uma concepção mais clara da situação do acesso à justiça no momento.

O trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro o objetivo é mostrar o acesso à justiça e sua abrangência como direito fundamental. No contexto, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tido como supedâneo da cidadania e da democracia, bem como sua relação com alguns princípios que integram a ordem jurídica vigente, notadamente o Princípio do Devido Processo Legal.

No segundo capítulo a meta é demonstrar a morosidade processual que aflige o cidadão que busca tutela no Poder Judiciário. Algumas soluções e perspectivas foram suscitadas e que já estão se integrando ao direito posto, a exemplo do conteúdo da Emenda

Constitucional nº45/04, que destaca a Súmula Vinculante. Também leis recentes na área processual, cível e penal, que entraram em vigor no sistema jurídico.

Finalmente, o terceiro capítulo busca compreender a existência de certos institutos jurídicos que viabilizam o acesso à justiça. A Arbitragem como forma de composição de conflitos, andando na vanguarda do direito; a Justiça Restaurativa na área penal, os Juizados Especiais, o Balcão de Direitos, a Justiça Itinerante e a Justiça Comunitária, cujas análises foram pautadas pela importância e valor desses institutos perante a sociedade, não abandonando a Dignidade da Pessoa Humana como supedâneo do direito.

Esses instrumentos que viabilizam o acesso à justiça se revelam como molas mestras e propulsoras da Justiça e da paz social. Auxiliadores da justiça, desafogam o Poder Judiciário na medida em que mantêm possibilidade de agilizar os processos, podendo reservar aos excluídos da sociedade a possibilidade de estarem sendo incluídos nela e exercendo concretamente a sua cidadania.

Por fim, objetivando melhores esclarecimentos, foram inseridos como anexos no presente trabalho: o Pacto de Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano que adveio da Emenda Constitucional nº45/04, tendo a finalidade de se sobrepor à morosidade processual; e os Princípios Básicos para a Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal, que é um documento expedido pela Organizações das Nações Unidas, com o objetivo de expandir a mediação penal em todos os países.

CAPÍTULO 1. ACESSO À JUSTIÇA

Desenvolvendo uma análise da sociedade a partir do período da história moderna, o ser humano, para que pudesse ter uma relação de convivência mais ordenada, encontrou uma forma organizativa que é o Estado. Uma relação que ajudou na segurança, mas com a condição de que o ser humano fizesse parte do Estado como um membro contribuinte. Como a sociedade evoluiu desde então, permitiu-se a compreensão das mudanças e dos fenômenos de massa e seus reflexos no direito.

Não deve ficar fora dessa análise o fato de que contemporaneamente existam certos grupos sociais que não aceitam, embora de maneira temporária, tal instrumentalização da liberdade em troca de segurança, como afirmou Horkheimer com a sua conceituação de razão instrumental¹, preferindo, por causalidade ou motivação, se alienarem da sociedade, criando assim suas próprias regras de regulação social em seus habitats, como no caso de moradores de algumas favelas situadas em zonas metropolitanas e que se submetem a um tipo de “poder paralelo”. Um estudo que tem como preocupação o acesso que se deve dar à justiça nesses lugares, aliás, a discussão será retomada mais adiante.²

A razão como categoria, encontrada ao longo da existência humana, segundo Kant (2005), é alterada com o tempo tendo em vista o desenvolvimento humano das sociedades. Por exemplo, na sociedade brasileira atual, o poder é exercido em nome da soberania popular. É o que reflete o parágrafo único, do artigo 1º, da Constituição Federal: “Todo o poder emana

¹ Razão instrumental é utilizada como forma de domínio, para controlar os seres humanos. É um termo que foi utilizado inicialmente por Horkheimer, em sua Teoria Crítica (1989). Está ligada à alienação dos indivíduos na determinação dos produtos, ou seja, como são operacionalizados racionalmente mediante instrumentos (poder, dominação e exploração), através da educação e da comunicação de massa.

² Ver item 3.3, do Capítulo 3 - Localidades onde o Acesso à Justiça é Deficiente.

do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Ao Estado é reservado uma parte do monopólio da distribuição da justiça³, considerando que a sociedade civil tem sua parcela de responsabilidade. Isso pressupõe uma ordenação de poder, ou seja, significa dizer que entre os integrantes da sociedade foi convencionado que o Estado formularia o direito, direito esse que corresponde a um direcionamento como pressuposto de imposição, mas também de consideração aos valores da sociedade. É nesse contexto que o acesso à justiça⁴ do cidadão está compreendido, por meio de instrumentos viabilizadores com os Juizados Especiais, o Balcão de Direitos, Justiça Itinerante e Justiça Comunitária, a Arbitragem e outros.

Entretanto, o Poder Judiciário, atualmente, enfrenta uma problemática: será que a justiça acolhe num contorno satisfatório os interesses dos cidadãos? Nesse contexto, pode-se afirmar com exatidão que tal problemática se insere de forma negativa, visto que costumeiramente os cidadãos se deparam com a morosidade processual. Desse modo, o

³ A palavra justiça no contexto corresponde à igualdade dos cidadãos perante a lei e, designa conservar a ordem social por meio da salvaguarda dos direitos em sua configuração legal (constitucionalidade das leis) ou no seu bom emprego a casos peculiares (litígio). Desse modo, Rawls (2002, p. XIII e XIV), em sua Teoria sobre Justiça, coloca em evidência a equidade da justiça entre os cidadãos, preceito essencial para uma democracia, assim, justifica no prefácio da sua obra: "Minha esperança é a de que a justiça como equidade pareça razoável e útil, mesmo que não seja totalmente convincente, para uma grande gama de orientações políticas ponderadas, e portanto expresse uma parte essencial do núcleo comum da tradição democrática". A justiça também é concebida na figura de uma estátua feminina, que tem os olhos vendados e com uma finalidade extrema: "todos são iguais perante a lei e todos têm garantias legais, ou seja, todos têm iguais direitos". Simplificando, a justiça apresenta como natureza essencial à igualdade dos cidadãos. A justiça significa a legalidade e a igualdade, então, numa acepção total, justo é aquele que exerce os mandamentos da lei, e numa acepção estrita é aquele que exerce a igualdade.

⁴ Significa que o ser humano tem direito à justiça, sendo ela transmitida a ele de maneira legal e efetiva. Sua efetivação como princípio constitucional é fundamental em decorrência dos outros princípios e garantias, se não for observado, como também concluído, os outros não serão aplicados concretamente. É de se notar, que a preocupação com a importância desse tema em voga foi muito valorada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na presente obra: Acesso à Justiça, que discorre basicamente da evolução do conceito de acesso à justiça, os seus obstáculos e as suas soluções práticas. Após o advento dessa obra, muitos agentes do direito se inspiraram e com a preocupação do desacesso à justiça, escreveram a respeito do assunto, de acordo com a realidade nacional deles; foram criados também, por meio dessa obra, vários institutos, que contribuíram para a estrutura judiciária e tornaram o acesso à justiça mais célere aos cidadãos, como é o exemplo do Brasil, como se verá no transcorrer da leitura.

Judiciário e a sociedade civil brasileira têm buscado distintos métodos e formas que auxiliam na prestação jurisdicional, dando aos que dela se beneficiem a segurança jurídica⁵ e a certeza do direito⁶ com mais celeridade. É verdade que muito ainda tem que ser feito, todavia o alerta inicial já ocorreu.

Porém, antes de se adentrar no assunto, é imprescindível aludir ao duplo significado do acesso à justiça ou ao judiciário. No termo “acesso à justiça” está embutido o acesso ao judiciário, ou seja, à jurisdição, que é complementado pelo processo, pelo procedimento, por uma decisão jurisdicional, tendo então, a possibilidade de separação dos dois termos, com mais complexidade na palavra justiça.

O termo acesso à justiça compreende os equivalentes jurisdicionais⁷, os quais são: auto-tutela⁸, auto-composição⁹, mediação¹⁰ e arbitragem¹¹; compreendendo também, um sentido axiológico e coerente com os direitos fundamentais. Daí, então, o esclarecimento dos dois termos, com o intuito explicativo. Horácio Wanderlei Rodrigues (1994, p.28), nesse mesmo diapasão, aduz em conformidade com o estudo:

⁵ Significa o direito objetivo *a priori*, ou seja, é formada por instituições do sistema jurídico e as suas normas, que são firmadas por princípios constitucionais e sua aplicabilidade importa em reconhecer o direito. Justificando o significado, pode-se dizer que existe um compromisso entre o direito e a segurança, *ordo secundum justitiam*, idéia essa, proclamada por Tomás de Aquino (2003).

⁶ É a forma como as normas são aplicadas intelectivamente aos destinatários, ou seja, é a exigência do cumprimento das obrigações delas.

⁷ São formas de solução de conflito que não são jurisdição, mas servem para compor conflitos.

⁸ Solução imposta por um dos conflitantes ao outro, pela força, com as próprias mãos (justiça de mão-própria). Em princípio é vedada, mas há exceções (autotutelas lícitas): auto-executoriedade do ato administrativo, guerra, direito de greve, esforço na proteção possessória, legítima defesa, direito de retenção.

⁹ A solução do conflito é construída pelos próprios conflitantes, sem imposição de força. É consensual (solução autuista do conflito). É altamente estimulada. É exemplo de ADR (*Alternative Dispute Resolution*) dos Estados Unidos da América. Ela pode ser judicial ou extrajudicial. Há três espécies de autocomposição: a transação (os conflitantes fazem concessões recíprocas, como o acordo); a renúncia (o autor renuncia espontaneamente ao seu direito); e, o reconhecimento de procedência do pedido (equivalente da renúncia, mas em relação ao réu).

¹⁰ Era incluída na conciliação, agora tem autonomia. Um terceiro intercede no conflito para ajudar as partes a chegarem a um acordo. O terceiro não decide, apenas ajuda as partes a chegarem a uma solução.

¹¹ Na arbitragem um terceiro é escolhido pelas partes, e decide o conflito. Essa solução do conflito (sentença arbitral) não precisa ser homologada pelo Poder Judiciário. As partes devem ser capazes e só podem tratar de direitos indisponíveis. É uma autonomia privada.

O primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões *acesso à justiça* e *acesso ao 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.

Desse modo, a dissertação fluirá em conformidade com os dois sentidos do termo, devendo ser entendido simplesmente envolver ao acesso à justiça um aspecto universal. Porquanto o cidadão que pleiteia um direito e que já ingressou no Judiciário, ou seja, acessou a justiça, será que ele alcançou definitivamente esse acesso? Será que o seu direito pleiteado será reconhecido em conformidade com a segurança jurídica? Eis então a razão do estudo configurar o “acesso à justiça” nos dois sentidos. Então cabe ressaltar a definição do termo acesso à justiça para Mauro Cappelletti e Bryant Garty (2002, p.08):

A Expressão “acesso à justiça” 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 individuais e socialmente justos.

O acesso à justiça tem como um de seus desígnios a tutela jurisdicional do Estado, englobando totalmente as fases processuais, inclusive as anteriores. Assim, diante da presença de um direito atingido, tem o cidadão uma previsão constitucional que seu direito será tutelado. Nesse sentido, José Roberto Bedaque (2003, p.71), ensina que:

Acesso à justiça, ou mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torna-lo équo, correto, *giusto*.

Essa tutela está consubstanciada em termos dogmáticos, no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, estabelecendo que “a lei não excluirá da apreciação do

Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Essa previsão constitucional trata de uma garantia constitucional à jurisdição, sendo assim, é, uma garantia porque tem como finalidade o meio de proteção desse direito, não se restringindo às ações constitucionais, é acima de tudo, medida assecuratória, portanto não basta reconhecer e declarar os direitos, havendo sempre a necessidade de garanti-los. Também é um princípio, como o Princípio do Acesso ao Judiciário ou ainda, o Princípio da Ordem Jurídica Justa, ou seja, o Direito de Ação. Segundo a jurisprudência:

A garantia constitucional alusiva ao acesso ao Judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculadas pelas partes. (RE 172.084, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29-11-94, DJ de 3-3-95)

Sendo Direito de Ação, o acesso à justiça é um Direito de Jurisdição. É direito de fundo constitucional e abstrato, pois pelo direito de ação pode veicular qualquer direito. Não está relacionado a nenhum direito específico, pode-se pedir ao Judiciário a afirmação de qualquer direito. Também é um direito autônomo, sendo um direito distinto do direito material afirmado perante o Judiciário. O Direito de Ação é um direito contra o Estado, diferente do direito material, que é afirmado contra um réu. É o direito de ir ao Judiciário, o direito de agir.

Entretanto, após a justiça ter sido acessada, não significa que haverá prestação jurisdicional em conformidade com o pedido, pois, o Judiciário só pode tutelar direitos confirmados no âmbito jurídico, nesse sentido:

A garantia de acesso ao Judiciário não pode ser tida como certeza de que as teses serão apreciadas de acordo com a conveniência das partes. (RE 113.958, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 15-10-96, DJ de 7-2-97)
Não há confundir negativa de prestação jurisdicional com decisão jurisdicional contrária à pretensão da parte. (AI 135.850-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 23-4-91, DJ de 24-5-91)

1.1. Acesso a Justiça e Direito Fundamental

O cidadão, por estar na sociedade, e por esta visar ao bem-estar social¹², estando diante de alguma questão que envolva direta ou indiretamente uma norma jurídica violada, ou de um próprio direito que foi violado, tem a prerrogativa do acesso à justiça, que é um direito subjetivo à jurisdição. É direito fundamental.

Segundo Habermas (1989), os direitos fundamentais são divididos em três grupos: Direito à Liberdade de Agir; Direito à Livre Associação; e, Direito à Proteção Judicial. Assim, em conformidade com o estudo e com o Direito de Ação, cabe ressaltar este último que, incluído no Acesso à Justiça, decorre da possibilidade de se demandar judicialmente como proteção constitucional.

Os direitos fundamentais, por sua natureza, estão consagrados na Constituição Federal, tudo o que está nela é norma constitucional, exceto o preâmbulo, são normas positivas constitucionais. Portanto, os direitos fundamentais são obrigatórios.

São classificados como “direitos fundamentais” de acordo com a Constituição Federal no “Título II – Direitos e Garantias Fundamentais” – gênero. Sendo as espécies: Capítulo I: Direitos Individuais e Coletivos; Capítulo II: Direitos Sociais; Capítulo III: Direitos de Nacionalidade e Capítulo IV: Direitos Políticos.

¹² Fundamentado na Constituição Federal, objetiva a justiça social e o bem-estar. Foi cunhado nas décadas de quarenta e cinquenta, engloba não apenas o indivíduo subjetivamente, mas como integrante de uma sociedade que é administrada pelo Estado, exige para sua totalidade requisitos necessários à convivência harmoniosa além da justiça, como: habitação, saúde, educação, comunicação, trabalho, alimentação, lazer, previdência social etc.

De acordo com a doutrina de Jellinek (1991), os direitos fundamentais são classificados em: Direitos de Defesa, Direitos a Prestações e Direitos de Participação.

Os Direitos de Defesa são os direitos fundamentais que defendem o cidadão em face do Estado, estão ligados ao valor liberdade, exigem uma abstenção do Estado, sendo assim chamadas liberdades negativas, como exemplos: a liberdade de locomoção, a liberdade religiosa, liberdade de expressão do pensamento etc. Seriam os Direitos e Garantias Individuais do Capítulo I da Constituição Federal.

Os Direitos a Prestações (prestacionais) exigem uma atuação do Estado, têm caráter positivo. Exigem prestações materiais (saúde, educação) e jurídicas (assistência judiciária gratuita, legislação penal etc) do Estado. São os Direitos Sociais do Capítulo II da Constituição Federal, para alguns autores estão limitados pela Reserva do Possível (que será explicada no próximo item no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana).

Os Direitos de Participação são aqueles que permitem a participação do indivíduo na vida política do Estado. Têm caráter negativo e positivo. Seriam os Direitos de Nacionalidade e os Políticos dos Capítulos III e IV da Carta Magna. Para exercer os direitos há o pressuposto da nacionalidade.

Segundo Goyard-Fabre (2002, p.335), “o conceito de direitos fundamentais foi sendo modificado ao longo dos séculos”. Então, foram perfilhados novos direitos sobrevividos das revoluções (francesa, industrial por exemplo) e foram reformulados de acordo com o seu teor, com o advento de demandas judiciais, questões políticas e com movimentos ideológicos. Assim, atualmente, há as dimensões, ou gerações, dos direitos fundamentais.

Com relação à nomenclatura, Paulo Bonavides (1997) preferiu utilizar o termo “gerações”. Mas alguns autores da doutrina moderna, como Ingo Sarlet (2007), preferem utilizar o termo “dimensões”, porque “gerações” denota substituição da anterior. Mas não houve substituição dos direitos fundamentais, todos co-existem e têm várias dimensões: a Liberdade, a Igualdade, a Fraternidade ou Solidariedade, os Direitos de Quarta Geração e os Direitos de Quinta Geração.

No presente estudo se preferiu utilizar o termo tradicional “gerações”, pois a discordância com a doutrina moderna vem a ser somente terminológica. Para corroborar, Ingo Sarlet (2007, p.54), aduz: “Ressalte-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que se relaciona com o conteúdo das respectivas dimensões e “gerações” de direitos”.

A Liberdade (Direitos de Primeira Geração) surgiu no final do século XVIII com as revoluções liberais, promovidas pela burguesia. As primeiras constituições escritas, francesa e americana surgiram dessas revoluções, não continham outros tipos de direitos, pois o interesse era apenas limitar o poder do Estado, assim são chamados de direitos civis e políticos, pois tem status negativo (direitos de defesa). São direitos individuais oponíveis sobretudo ao Estado.

A Igualdade (Direitos de Segunda Geração), que predominou no século XX, surgiu da Revolução Industrial feita pelo proletariado que queria igualdade de condições com as classes mais favorecidas, queriam atuação do Estado para reduzir as desigualdades, portanto são os direitos sociais, econômicos e culturais e os direitos coletivos, eles exigem uma prestação do Estado (status positivo), também, juntamente surgiram as garantias

institucionais, que protegem determinadas instituições importantes para a sociedade, como a família, a imprensa livre etc.

Na Fraternidade, ou Solidariedade (Direitos de Terceira Geração), havia antigamente uma nítida divisão do mundo em países desenvolvidos e subdesenvolvidos. Começou a se exigir fraternidade dos países ricos para com os pobres. São alguns exemplos, o Direito ao Meio-Ambiente, ao Desenvolvimento ou Progresso, a Auto-Determinação dos povos e Propriedade sobre Patrimônio comum da Humanidade, são direitos difusos (grupo indeterminado de pessoas).

Nos Direitos de Quarta Geração a globalização política introduziu esses direitos na esfera jurídica, são Direitos à Democracia, artigo 1º da Carta Magna, a Informação, artigos 5º e 222 da Constituição Federal, e o Pluralismo Político que são os fundamentos da República Federativa do Brasil.

Os Direitos de Quinta Geração têm como fundamento à paz como garantia das gerações futuras.

É importante também ressaltar, na Teoria dos Direitos Fundamentais, a eficácia e a aplicabilidade das normas. Os direitos de defesas, em sua grande maioria, estão consagrados em normas constitucionais de eficácia plena e contida. Como não dependem da atuação do Estado, são auto-aplicáveis. Os direitos de prestação são normas de eficácia limitada de princípio programático. Dependem da atuação do Estado.

A exemplo das normas de eficácia contida, no inciso XXXV do artigo 5º, da Constituição Federal, que se refere ao acesso à justiça, sendo princípio, confere a sua efetivação e aplicação como finalidade do Estado.

Nesse mesmo raciocínio, o §1º do artigo 5º, da Constituição diz que as normas definidoras de Direitos e Garantias Fundamentais têm aplicação imediata. Assim, alguns autores, como Dirley da Cunha Junior (2004), dizem que os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, independentemente do tipo de norma em que eles estejam consagrados. O juiz pode aplicá-los diretamente ao caso concreto.

Um segundo posicionamento, como o de Celso Ribeiro de Bastos (1989), diz que a Constituição Federal não poderia contrariar a natureza das coisas. Como por exemplo: se não houver norma inferior fixando o valor do salário mínimo, não há como o juiz aplicar o direito ao caso concreto.

Ingo Sarlet (2007), entende que o §1º do artigo 5º, da Constituição Federal não deve ser interpretado como regra, mas como princípio. A regra tem aplicação espontânea, impõe resultado, deve ser justaposta na medida adequada de suas prescrições; e o princípio depende da possibilidade do caso concreto. É assim que deve ser interpretado esse artigo, como também, o Acesso à Justiça.

Então, não há como deixar de citar a eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais. Quando surgiram, os direitos fundamentais apenas se dirigiam ao Estado. Como a relação entre o Estado e o particular é de subordinação, não de coordenação, denominou-se a eficácia dos direitos fundamentais de vertical.

Mas os direitos fundamentais também são violados por particulares, então, se começou a falar em eficácia horizontal, porque a eficácia entre particulares é de coordenação, estão no mesmo nível jurídico, é o mesmo que eficácia privada. Sobre isto, é entendimento do Supremo Tribunal Federal:

"Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais." (RE 201.819, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11-10-05, DJ de 27-10-06)

Segundo Daniel Sarmento (2003) e Virgílio Afonso da Silva (2005), as teorias sobre eficácia dos direitos fundamentais são três:

a) a Teoria da Ineficácia Horizontal (doutrina da *state action*), nela os direitos fundamentais não possuem eficácia horizontal, não se aplicam às relações interprivadas. São vigentes na doutrina americana e Suprema Corte dos Estados Unidos da América, porque a Constituição norte-americana vigora há mais de 200 anos. Naquela época as Constituições só asseguravam direitos negativos, cujo destinatário único era o Estado, tendo como exceção a 13ª emenda, que pôs fim à escravidão;

b) a Teoria da Eficácia Horizontal Indireta (Alemanha), onde os direitos fundamentais só podem ser aplicados às relações interprivadas se houver uma regulamentação legislativa. Os argumentos são a possibilidade de um subjetivismo judicial (decisionismo), e a aplicação direta, que causaria uma aniquilação da autonomia da vontade, resultando uma desfiguração do direito. Esses direitos devem estar regulamentados especificamente para os particulares;

c) a Teoria da Eficácia Horizontal Indireta (Portugal, Espanha e Itália), onde os direitos fundamentais se aplicam diretamente às relações privadas, independentemente de regulamentação legislativa. Mas para os particulares devem ser aplicadas levando-se em consideração a autonomia da vontade. É adotada pela jurisprudência brasileira. Portanto, no caso do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, esta teoria visa assegurar o exercício pleno do acesso à justiça como direito fundamental.

1.2. Acesso à Justiça e Dignidade da Pessoa Humana

O centro do Constitucionalismo não é mais a organização do Estado e dos Poderes. O direito constitucional tem como seu centro de estudo os direitos fundamentais. Foi com a Constituição de 1988 que o Brasil retomou uma vida democrática. A Dignidade da Pessoa Humana é considerado o valor constitucional supremo. É o núcleo axiológico do ordenamento jurídico e da Constituição. É aquele valor em torno do qual giram os demais valores consagrados no ordenamento jurídico, como o acesso à justiça.

É na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que a Dignidade da Pessoa Humana é definida como um direito fundamental, mas não são eles que

outorgam ao ser humano a Dignidade, ele já nasce com ela. Então, em verdade, a Dignidade é um atributo que todo ser humano possui, independente de nacionalidade, idade, raça ou credo. A Constituição, ao incluir a Dignidade entre os direitos fundamentais, está para garantir o respeito, a promoção e a proteção desta Dignidade, não está simplesmente concedendo-a.

A Carta Magna protege a Dignidade da Pessoa Humana por meio da criação dos direitos fundamentais, ela é o núcleo comum dos direitos fundamentais, que foram criados com o objetivo de proteger e promover o desenvolvimento da personalidade e a Dignidade da Pessoa Humana. Isso significa que os direitos fundamentais têm um caráter unitário e sistêmico, já que todos têm como origem a Dignidade da Pessoa Humana. Alguns direitos têm derivação direta e outros indireta do princípio da Dignidade. Dois valores de derivação direta serão enfocados a seguir: a liberdade (com ênfase na autonomia da vontade) e a igualdade (formal e material).

Na Liberdade, os direitos relacionados são os direitos fundamentais de primeira geração, os direitos civis e políticos; na Igualdade, os direitos relacionados são os direitos fundamentais de segunda geração (Direitos Sociais, Econômicos e Culturais).

A consagração da Dignidade da Pessoa Humana tem conseqüências no plano jurídico, ela deixa de ser um valor moral para se transformar em valor jurídico. Quando consagrada como fundamento, ela vai servir como limite e fundamento para o domínio político da República. Existe na relação Estado-indivíduo uma presunção em favor do ser humano. O Estado existe para servir o homem, e não o homem para servir o Estado. Daí

decorrem dois mandamentos: a regra¹³ de observância da dignidade; e o princípio¹⁴ que impõe a proteção da dignidade e a promoção dos meios indispensáveis a uma vida digna.

A Dignidade da Pessoa Humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso III do artigo 1º, da Constituição Federal), ao lado da cidadania, da soberania, dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político. É valor moral que foi positivado na Constituição. Duas correntes de pensamento deram origem ao conceito da Dignidade da Pessoa Humana: a tradição cristã e a fórmula do objeto.

A tradição cristã introduziu o assunto no mundo ocidental. A idéia básica era que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus, assim, todos seres humanos possuem uma igualdade essencial e devem ter o mesmo tratamento.

A fórmula do objeto, de Kant (2002), do século XVIII, afirma que o que diferencia o ser humano dos demais seres da natureza é o fato de possuir dignidade. Dignidade é o fato de o ser humano não poder ser tratado como meio, como instrumento, como objeto. O ser humano é um fim em si mesmo. Essa concepção não aceita a utilização do ser humano como objeto, como instrumento para se atingir determinado fim.

Desse modo, existem dois requisitos para que ocorra uma violação da Dignidade da Pessoa Humana: o primeiro é objetivo, que é a fórmula do objeto, já mencionado. A

¹³ Como regra, possui aplicação automática, impõem resultados. Segundo Dworkin (1967, p.22), elas obedecem a “lógica do tudo ou nada”. Ocorre a subsunção lógica: premissa maior, premissa menor e conclusão. Ocorrida a hipótese prevista em uma regra, automaticamente ela se aplica àquele caso concreto regulado por ela, não permite uma ponderação. Como exemplo, a aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade.

¹⁴ Como princípio, segundo Alexy (1993 e p.86-87): “princípios são mandamentos de otimização”, ou seja, normas que ordenam que algo seja cumprido na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Não tem aplicação automática e não são aplicáveis na medida exata de sua previsão, mas na maior medida possível. Sua aplicação depende das circunstâncias. Como exemplo tem-se o direito a privacidade e a liberdade de informação, sempre em conflitos, que em determinadas circunstâncias, um tem maior aplicação que o outro.

Dignidade da Pessoa Humana seria violada sempre que essa pessoa fosse tratada como objeto, como um instrumento e não como um fim em si mesmo. Mas não basta isso. Como por exemplo: pessoas que se submetem a testes de vacina do HIV. Elas estão sendo tratadas como cobaia, como instrumento, mas estão consentindo e o fim é altruísta. Portanto, deve haver a conjugação do requisito objetivo com o requisito subjetivo; e o segundo, subjetivo, que é a expressão de desprezo pelo ser humano. Esse tratamento como objeto tem que ser fruto de uma expressão de desprezo pelo ser humano, como por exemplo: o Estado obrigar o presidiário a se submeter aos testes da vacina da Aids contra sua vontade.

Essa concepção objetiva é da doutrina e da jurisprudência alemã e adveio das atrocidades realizadas nos campos de concentração durante a Segunda Guerra Mundial. A Alemanha, em 1933, quando o Partido Nacional Socialista assumiu o poder, era o centro mais avançado do mundo em medicina e ciências biomédicas, inclusive com regulamentação de experimentos. Existiam leis que exigiam serem feitos testes prévios em animais antes de se fazerem nos seres humanos, bem como o consentimento prévio das pessoas que se submetessem a estas pesquisas. Então, a justificativa dos nazistas para submeterem certas pessoas a essas experiências contra a vontade (ciganos, judeus, homossexuais e comunistas) era que se tratava de seres humanos inferiores, de segundo grau e por isso não estariam abrangidos pela proteção dessas leis.

Isso deu origem ao conceito de “banalização do mal”, ocorrido durante o século XX. Essa banalização do mal, aliada à descoberta de que o legalismo estrito do positivismo pudesse conduzir a essas barbáries, levaram à formulação de uma nova dogmática, principialista, preocupada com os valores. É o chamado “pós-positivismo¹⁵”.

¹⁵ O pós-positivismo (ou neo-positivismo), é uma tentativa de superação do eterno antagonismo entre direito natural (preocupado com a justiça, mas deixando de lado a segurança jurídica) e o direito positivo (preocupado

No Brasil, que não teve esse antecedente histórico, não se usa como requisito objetivo à fórmula do objeto. Aqui o precedente é a fome, a falta de saúde, de educação, de moradia. Portanto, adota-se o Princípio do Mínimo Existencial ou Mínimo Social, que teve como um de seus precursores Rawls (2002) e está mais ligado aos valores da liberdade e igualdade, impondo a proteção e a promoção desses valores.

O Mínimo Existencial deve observar o Princípio da Reserva do Possível. Os direitos ligados à liberdade são facilmente implementados pelo Estado, pois impõem sempre uma abstenção, não uma ação. A liberdade é negativa. A igualdade, sob o aspecto material, impõe a realização de direitos sociais: saúde, educação, moradia. Portanto, dependem de recursos orçamentários, de disponibilidade financeira do Estado. Por isso que a expressão Reserva do Possível são limitações orçamentárias que o Estado possui em face da demanda infundável por direitos sociais. As necessidades sociais são grandes e os recursos são escassos. Quanto mais pobre o país, menor é a garantia da igualdade. Aí surge a questão da opção política (quem deve decidir onde serão aplicados os recursos). É função do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Mas o Poder Judiciário pode intervir por meio do Supremo Tribunal Federal, quando esses Poderes não cumprirem a Constituição e ignorarem as normas de interesse social. Desse modo, o Ministro Celso de Melo (2001) entende que as normas programáticas não podem se transformar em uma promessa constitucional inseqüente, a Constituição é rígida e deve ser cumprida pelos Poderes, sendo observadas as limitações orçamentárias.

com o aspecto científico, a segurança jurídica, mas esquecendo-se do lado justo do conteúdo valorativo das normas). As principais características são: a reaproximação entre o direito e a ética; a importância dada aos valores civilizatórios e aos direitos fundamentais; e, a normatividade atribuída aos princípios.

Ainda sobre o Mínimo Existencial, os bens e utilidades indispensáveis devem condizer com uma vida humana digna. Há duas correntes acerca desses bens: na primeira não há um conteúdo definido, varia de acordo com a época, o local e a demanda da sociedade; e na segunda, a saúde, o ensino fundamental obrigatório e gratuito (inciso I do artigo 208, da Constituição Federal) a moradia (entendido como a construção de abrigos para que a pessoa possa se recolher durante a noite), têm por finalidade tornar a construção do Mínimo Existencial viável a exigência destes direitos do Estado.

Para afirmar essa segunda corrente, Ana Paula de Barcellos (2002, p. 245-246 e p.305) aduz o seguinte:

A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestações de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e a da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, (...), na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições mínimas de sua própria existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se poderá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. (...) O núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana, inclui como proposta para sua concretização os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à Justiça, todos exigíveis judicialmente de forma direta.

A diferença do Mínimo Existencial dos outros direitos sociais é o fato de que com relação a eles o Estado não poderia alegar essa limitação orçamentária. Ele deve primeiro atender os direitos indispensáveis dos cidadãos, por meio do acesso à justiça, para que tenham uma vida digna, e após essas premissas, decidir onde vai aplicar o restante do orçamento. Assim, não se aplica a Reserva do Possível ao Mínimo Existencial, que é meta prioritária.

A Dignidade da Pessoa Humana tem destinatários dos direitos e deveres relativos a ela, que são: os direitos, que seus destinatários têm desde os nascituros até os que já faleceram, em aspectos determinados. Daí poder se visualizar o alcance do acesso à justiça, eis que abrange a pessoa antes de nascer e até mesmo após a morte; e os deveres, de que são destinatários tanto o Estado quanto os particulares.

A Dignidade da Pessoa Humana (valor constitucional supremo) vai influenciar na criação de várias normas dentro do ordenamento jurídico, bem como na sua interpretação. O Supremo Tribunal Federal julga atualmente duas ações em que se discute a Dignidade da Pessoa Humana: Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (aborto do anencefálico) e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 (contra art. 5º, da Lei de Biossegurança, que permite a pesquisa com células embrionárias conseguidas de embriões humanos produzidos por fertilização "in vitro", com a finalidade de terapia e pesquisa).

Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que tem como pedido a antecipação terapêutica do parto, no caso de anencefalia, tem a finalidade de não ser enquadrada como forma de aborto. O que se pretende é que a pessoa tenha autonomia para decidir se quer ou não levar a gravidez até o final. Os fundamentos dessa ação são:

a) a antecipação terapêutica do parto não é aborto (atipicidade da conduta). As normas que criminalizam o aborto protegem o Direito à Vida. De acordo com o ordenamento jurídico, o fim da vida ocorre com a paralisação da atividade cerebral, quando fica autorizado, portanto, o transplante de órgãos. Juridicamente a vida termina com a morte cerebral, na anencefalia, não chega sequer a haver atividade cerebral, assim sendo, não há vida a ser preservada. A morte decorre da má-formação congênita, não da intervenção terapêutica;

b) ainda que considerado como aborto, não seria punível. No artigo 128 do Código Penal há duas causas de extinção de punibilidade do aborto: o aborto necessário e o sentimental. O legislador só não previu o aborto anencefálico entre as excludentes da punibilidade porque em 1940 não havia os meios científicos para se detectar com precisão essa deficiência (interpretação evolutiva do Código Penal);

c) a Dignidade da Pessoa Humana, no que tange a existência de duas vertentes com referência ao direito à personalidade, sendo que uma protege a integridade física (vida) e outra que protege a integridade moral (privacidade, honra e intimidade). É tortura psicológica obrigar uma mãe gerar um filho que sabe que irá falecer após o nascimento e tortura física, pois em setenta por cento dos casos há morte intra-uterina, que coloca em risco a vida da gestante; e preserva-se, ainda, a autonomia da vontade, pois a gestante deve autorizar o aborto. Deve-se ter em conta, que o Estado brasileiro é laico e não confessional. É um Estado neutro. Então, os argumentos religiosos devem ser deixados de lado para que as questões sejam discutidas no âmbito técnico-jurídico. Tanto que a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil não foi admitida como assistente nessa ação, pois se entendeu que ela não contribuiria para a discussão.

Ainda há outra questão teórica sobre a anencefalia: ao decidir pela descriminalização do aborto, o Supremo Tribunal Federal estaria interpretando a Constituição Federal, ou atuando como legislador positivo criando uma nova hipótese de excludente de antijuridicidade? É vedado ao Supremo Tribunal Federal atuar como legislador positivo em relação ao Princípio da Interdependência dos Poderes. Por maioria, entendeu que estaria apenas interpretando a Constituição e, por este motivo, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº54 foi admitida.

Assim se pode trazer a baila o direito de ter acesso à justiça dos nascituros portadores de anencefalia. Embora nesse caso tenha sido constituído um curador, pois não havia defensor. É imperioso mencionar que como ele tem direito à vida (cláusula pétrea), e sendo ela um dos valores absolutos, tem também o direito ao acesso à justiça e, por derradeiro à tutela jurisdicional. Não obstante prevaleça o Princípio da Autonomia da Vontade nessa ação, o Princípio do Acesso à Justiça em relação ao nascituro deve ser respeitado pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Em contrário aos argumentos dessa Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, e defendendo o Direito à vida do anencéfalo, o jurista Carlos Aurélio Mota de Souza (s.d.), ao ser entrevistado na mídia, no programa Tribuna Independente sobre essa ação disse que:

O ser humano é considerado uma pessoa com dignidade, porque ela é a única do universo da criação, e que vem ao mundo com três características ou quatro, se quisermos, essenciais que definem o que é o ser humano: a primeira, que é a liberdade; a segunda, que é à vontade; e, a terceira, que é a inteligência. Mas emoldurando essas três qualidades, virtudes inatas do ser humano, temos o sentimento. Ora, as pessoas que nascem com uma diminuição da inteligência, como por exemplo, os que têm afetações mentais, ou as crianças com síndrome de down, ou algumas outras características de que a inferiorizam no campo intelectual, não podem deixar de ser humana, porque elas continuam a ter liberdade, vontade e sentimento. São pessoas muito amorosas, carinhosas, são pessoas cheias de vida, e a capacidade intelectual não foi absolutamente extirpada, não está reduzida. Então, este entendimento nós podemos chamar como um “reduccionismo”: é reduzir a pessoa a apenas a uma das suas características que é o sentimento. O que não é verdade. Nós temos um conjunto de características que são essas que fazem o ser, ser chamado um ser humano, é a Dignidade da Pessoa Humana.

A outra ação, é a ADIn (Ação Direta Inconstitucionalidade) nº 3.510 proposta pela Procuradoria Geral do Estado – pesquisas com células-tronco embrionárias – com o intuito de declarar a inconstitucionalidade do art. 5º, da Lei nº 11.105/05, que tem como fundamento a tese que o embrião é uma pessoa cuja vida e dignidade estariam sendo violadas com essas pesquisas.

Entretanto a doutrina entende, como Silmara Juny de Abreu Chinelato (s.d.), que a vida não começa com a fecundação, mas com a nidação (vida viável – 14º dia após a fecundação), assim não haveria vida e, portanto, violação à Dignidade, que pressupõe a vida.

Como o fim da vida termina com a morte cerebral, o início da vida também começa com o início da atividade cerebral, ou seja, a partir do 14º dia de gestação quando o sistema nervoso começa a se formar. De qualquer maneira, o embrião é uma vida humana em potencial, mas a lei dá proteção adequada. Os embriões devem ser utilizados em pesquisa quando sejam inviáveis ou congelados há mais de três anos, ou seja, quando seriam descartados. Então é melhor dar-lhes um sentido nobre, que é proteger outras vidas, a lei ainda veda a clonagem e a comercialização destes embriões sendo necessário o consentimento da gestante. Preserva-se, portanto, o Princípio da Autonomia da Vontade.

Com relação ao Princípio da Autonomia da Vontade, é de se citar o caso de arremesso de anão, que era a principal diversão das casas noturnas francesas na década de oitenta. A atividade foi suspensa por determinação judicial por entenderem que violava a Dignidade do Ser Humano, pois o reduzia a condição de objeto, em função do desprezo pelo seu tamanho.

No entanto, os anões recorreram ao alto comissariado das Organizações das Nações Unidas, alegando que a violação da Dignidade ocorria em função do desemprego, da solidão e da ausência de renda e não do fato de participarem voluntariamente daquelas atividades.

As Organizações das Nações Unidas mantiveram a decisão, entendendo que a Dignidade é questão de ordem pública, daí decorre a dúvida sobre a quem cabe decidir sobre eventual ofensa à Dignidade, à própria pessoa ou à autoridade pública? Eis então a possibilidade da aplicação do Princípio da Autonomia da Vontade.

Nesses casos acima enfocados, observa-se o “desacordo moral razoável” que é quando há uma ausência de consenso entre posições racionalmente defensáveis. O papel do Estado deve ser o de assegurar a Autonomia da Vontade, ou seja, permitir que a própria pessoa decida o que é mais conveniente.

Em conformidade com o texto devem ser observados critérios na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que não foram enfocados no item anterior, por se adaptarem melhor aos casos concretos trazidos à luz desse estudo devido ao Princípio da Autonomia da Vontade.

Segundo Daniel Sarmiento (2003), os direitos fundamentais não se aplicam da mesma forma nas relações inter privadas e nas relações com o Estado. Como exemplo: o Princípio da Igualdade se aplica diferentemente nas relações entre pessoas e entre pessoas e o Estado. A Autonomia Privada tem que ser respeitada no âmbito das relações privadas. Há três critérios a serem observados:

a) o grau de desigualdade fática, significa que quanto maior o grau de desigualdade entre as partes da relação, maior deve ser a proteção dos direitos fundamentais e menor a proteção da Autonomia Privada, se as partes estão em pé de igualdade, a Autonomia Privada deve ter uma proteção maior;

b) a essencialidade do bem, pressupõe que quanto mais essencial o bem, maior a proteção aos direitos fundamentais, quanto menos essencial o bem, maior a proteção à Autonomia Privada;

c) a participação do ofendido, pois se ele consente com o ato, deve ser dada uma proteção maior à Autonomia da Vontade que nos casos em que não há uma participação maior da vítima ou do atingido.

1.3. Acesso à Justiça, Cidadania e Democracia

A atual Carta Magna consentiu na ampliação dos direitos fundamentais situados na esfera pública que se estabeleceu como princípio democrático, desse modo o acesso à justiça proclama em termos constitucionais: a demanda reafirmada por direitos não constitucionalizados na época em que o Brasil viveu um governo autoritário¹⁶. Então, a cidadania e a democracia são conquistas e, acima de tudo, direitos fundamentais interdependentes da Constituição Federal. Para Philippe Ardant (1992), o cidadão inseriu com ele a democracia: não existem cidadãos sem democracia, e nem a democracia sem os cidadãos.

Nesse sentido, tomando os termos latinos *Activae Civitatis*¹⁷ – Cidadão Ativo – que estão relacionados com a democracia, com o exercício dos direitos políticos, sociais e civis, eis que classicamente é a participação política do povo, o modo pelo qual se passa a exercer esse direito.

¹⁶ Período compreendido aproximadamente de 1964 a 1988.

¹⁷ Significa cidadão ativo, é a aptidão ou qualidade de cidadão, expressão usada por José Alfredo de Oliveira Baracho (1995).

A cidadania nasceu na Grécia antiga, mais precisamente na polis grega, era constituída por “homens livres”, excetuando as mulheres, os escravos e as crianças. Portanto, os homens livres que conviviam igualmente tinham direitos e participações na esfera pública e privada naquela “democracia limitada”. Entre esses iguais, as decisões da polis eram compostas de palavras firmadas sob a retórica e sem o acréscimo da violência. Essa é uma das primeiras noções de cidadania oriundas não apenas da Grécia, mas também da sociedade romana.

Com o passar dos séculos, da história política, do período iluminista que se caracterizou pela busca da igualdade, e principalmente com o advento da Carta de Direitos da Organização das Nações Unidas – ONU – sobreveio a evolução social, e a cidadania atualmente vem consubstanciada basicamente em o direito à vida. Isso é em decorrência não somente de seus direitos, mas também de deveres que lhes é atribuída, entre eles, pode-se citar: o voto, meio pelo qual se escolhe os representantes do Poder Legislativo e Executivo; o cumprimento das leis; o respeito dos direitos sociais, como também a educação e proteção de outrem; a proteção da natureza; a proteção do patrimônio público e social do país; a colaboração com as autoridades etc. Considerando então, a cidadania engloba, por assim dizer, o direito que todos têm de viver dignamente na sociedade e sua relação política com os seus membros.

O acesso à justiça compreende a cidadania, pois quando um cidadão se depara com qualquer lesão ou ameaça ao direito que de certa forma está sendo impelido, por meio da Carta Magna há a possibilidade dele se valer de seus direitos subjetivos e provocar o Estado para a busca do efetivo direito, ou seja, que o Estado ofereça uma solução que tenha como

pressuposto a segurança jurídica. Assim, denota-se que o acesso à justiça, tanto o jurisdicional, como o auto-tutelar, é um exercício de cidadania.

Nesse mesmo desiderato, compreende também a democracia o acesso à justiça. Os cidadãos têm como garantia o direito à obtenção de informações do Estado referentes aos Poderes Públicos, incluindo-se o Direito de Petição e de certidões de repartições públicas; os remédios constitucionais como o Habeas Corpus e o Habeas Data; os remédios jurídicos como o Mandado de Segurança, o Mandado de Injunção e Ação Popular; além disso, a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem pobreza no sentido da lei, como a obtenção do registro civil de nascimento e de óbito.

Os cidadãos têm direitos a uma célere entrega da prestação jurisdicional, e isso acarreta uma valorização da cidadania e da democracia, que pode ser compreendida não apenas na esfera nacional. Nesse raciocínio, cumpre mencionar o entendimento de Comparato (1993, p. 89), compartilhado nesse estudo:

A nova cidadania comporta, por duas dimensões: uma universal e outra nacional. Todo homem, é doravante, protegido em seus direitos naturais, independentemente de sua nacionalidade; mas somente os nacionais são titulares de direitos políticos.

Significa que o Acesso à Justiça é um princípio não somente da hodierna Constituição brasileira, e ainda, como Direito Fundamental é composto de algumas características, como a internacionalização e a universalidade, que se integram igualmente à Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades fundamentais, precisamente no inciso §1º, do artigo 6º: a justiça que não cumpre suas funções dentro de um

prazo razoável é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível. Como também o artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovado em assembléia Geral das Nações Unidas em 1948:

toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja eqüitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

Igualmente cumpre mencionar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José de Costa Rica – que além de ser recepcionado pelo nosso ordenamento, abrange o acesso à justiça, especificamente no seu artigo 8º, expondo de maneira explícita as garantias judiciais:

Artigo 8º Garantias Judiciais.

1. Toda a pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livre e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio ou não nomear defensor dentro do prazo estabelecido em lei;
- f) direito da defesa inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre o fato;
- g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado;
- h) direito de recorrer da sentença para o juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado some válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Em geral, para que os cidadãos tenham o direito de acesso à justiça é necessário que a cidadania seja exercida. Desse modo todos necessitam ter ciência de seus direitos para ter a capacidade de cumprí-los.

Na atualidade, o Brasil se apresenta como um país escasso financeiramente, como também intelectualmente, pois existem muitos analfabetos. A cultura, apesar de estar em evolução, ainda não foi democratizada no sentido de se alcançar as periferias pobres, como alguns bairros e favelas. Assim, é necessário a proliferação de instrumentos viabilizadores do acesso à justiça para que levem a cidadania e a democracia àqueles que delas necessitem.

1.4. Acesso à Justiça e a Garantia do Devido Processo Legal

O acesso à justiça, mais especificamente o acesso jurisdicional, como princípio mencionado em epígrafe, está ligado de forma íntima à Garantia do Devido Processo Legal, eis que de um lado assegura aos que desejam a tutela jurídica o exercício das faculdades processuais e, de outro lado, o dever do Poder Judiciário de exercer com justiça à jurisdição.

O Princípio do Devido Processo Legal surgiu aproximadamente há oitocentos anos e por ser cláusula aberta, sobreviveu ao longo da história, aplicando-se aos mais variados tipos de procedimentos, porém seu conteúdo vem mudando gradativamente, de acordo com a realidade de cada fase histórica, pois são as necessidades de cada sociedade em determinado momento histórico que preenchem o conteúdo do processo legal (abertura eterna).

A par disso, é de se lembrar que no período do absolutismo o rei não motivava suas decisões, ao contrário do que acontece hoje (Princípio do Juiz Natural). Futuramente será criado o conceito do Devido Processo Legal eletrônico. O Devido Processo Legal é um princípio mãe, um gerador de outros princípios: Contraditório, Juiz natural, Motivação etc. Esses princípios brotaram do Devido Processo Legal ao longo da história em face de ser ele uma cláusula aberta eterna.

O Devido Processo Legal se apresenta em duas dimensões: a formal – Devido Processo Legal Processual (*Procedure Due Process* – Devido Processo Formal), e a Substancial – Material ou Substantivo (*Substantive due process* – Devido Processo Substancial).

No Devido Processo Legal Processual a dimensão é puramente processual e formal. É um conjunto de garantias processuais mínimas, módulo processual básico a ser respeitado (Garantias Processuais do Contraditório, da Motivação, do Juiz Natural etc).

No Devido Processo Legal Material ou Substantivo, segundo Kelsen (1998), o direito é fenômeno lógico, cuja forma não muda, mas pode ter qualquer substância (conteúdo). Desde os costumes indígenas até as barbáries nazistas o positivismo veio em contrapartida ao jusnaturalismo. O positivismo justificava as decisões arbitrárias na ligação que os reis tinham com a divindade, mas nem todo conteúdo é permitido, senão estar-se-iam legitimando as barbáries do nazismo e do próprio absolutismo, assim, foi preciso criar um mecanismo para controlar o aspecto material, o conteúdo das normas jurídicas. O Devido Processo Substancial veio como forma de controlar o conteúdo dessas decisões, que são decisões em sentido amplo, eis que engloba a lei, a sentença, o ato administrativo e os negócios jurídicos. As decisões

jurídicas devem ser substancialmente devidas (justas), devem ser proporcionais, equilibradas, razoáveis.

A lei não deve respeitar apenas o processo legislativo (Devido Processo Formal), mas também deve ser justa (Devido Processo Substancial), sob pena de ser inconstitucional no aspecto substantivo. Essa concepção veio dos Estados Unidos da América (*substantive due process*) e da Europa (Princípio da Proporcionalidade, mecanismo teórico criado para criar a justiça das decisões). O Supremo entende que são a mesma coisa, apenas com origens distintas – o Princípio da Proporcionalidade decorre do Devido Processo Legal – o Princípio da Proporcionalidade é a dimensão substantiva do Devido Processo Legal, e é interdisciplinar (Princípio da Insignificância no Direito Penal igual ao Princípio da Proporcionalidade).

Na visão de José Roberto dos Santos Bedaque (1995, p.18), o Devido Processo Legal moderno tem a seguinte noção:

Talvez a noção mais importante do direito processual moderno seja a de instrumentalidade, no sentido de que o processo constitui instrumento para a tutela do direito substancial. Está a serviço deste, para garantir sua efetividade. A consequência dessa premissa é a necessidade de adequação e adaptação do instrumento ao seu objeto. O processo é um instrumento, e, como tal, deve adequar-se ao objeto com que opera. Suas regras técnicas devem ser aptas a servir ao fim que se destinam, motivo pelo qual se pode afirmar ser relativa a autonomia do direito processual.

Não há como deixar de mencionar modernamente a concepção de devido processo legal substancial no ensinamento de Dinamarco (2001, p.94), significando uma garantia que situa uma autêntica barreira ao poder estatal:

Proclamar a autolimitação do Estado no exercício da própria jurisdição, no sentido de que a promessa de exercê-la será cumprida com as limitações contidas nas demais garantias e exigências, sempre segundo os padrões democráticos da República brasileira.

Nesse mesmo raciocínio, Carlos Roberto Siqueira Castro (1989, p.50), aduz que o devido processo legal substancial é um “mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e de seus agentes”.

Data vênia, a Carta Magna não trata só do processo jurisdicional, mas também o administrativo, o legislativo e o privado (relações particulares), ou seja, qualquer processo de criação de normas jurídicas. Inclui o processo não estatal. Por conseguinte, as normas de direito fundamental têm eficácia vertical e horizontal. Com relação à eficácia vertical – nas relações entre o Estado e o cidadão – protege o cidadão contra os abusos do Estado, por conta do desequilíbrio existente entre ambos.

1.5. Princípios do Acesso à Justiça correlatos a Garantia do Devido Processo Legal e a Segurança Jurídica

O Princípio do Acesso à Justiça e a Garantia do Devido Processo Legal por se entrelaçarem nessa proteção constitucional, inserem princípios, sendo que alguns são importantes ao estudo: Princípio da Ação, Princípio da Autonomia da Ação, Princípio da Congruência, Princípio da Imparcialidade do Juiz, Princípio do Juiz Natural, Princípio do Promotor Natural, Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, Princípio da Efetividade, Princípio da Duração Razoável do Processo, Princípio da Adequação, Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, Princípio da Igualdade das Partes, Princípio da Cooperação, Princípio da Instrumentalidade e Economia Processual, o Princípio da Preclusão ou Eventualidade e o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.

Seguindo a ordem exposta acima e de acordo com o tema, primeiramente há que se comentar que o Princípio da Ação é dirigido a todo cidadão que tem, ou não, interesse em demandar judicialmente, sendo o Poder Judiciário inerte, ou seja, para sua movimentação dispensa uma provocação a quem tenha interesse. Para corroborar, José de Albuquerque Rocha (1999, p.185), aduz: “o exercício da ação cria para o autor o direito à prestação jurisdicional, direito que é um reflexo do poder-dever do juiz de dar a referida prestação jurisdicional”.

Essa movimentação equivale, não somente ao autor, mas também ao réu, que também tem, além do direito de se defender, o de pleitear direitos. Esse princípio, conforme a situação e, em especial, devido à morosidade processual, se torna demasiadamente procrastinado no sistema processual, pois não são todos que têm o privilégio de ajuizar uma ação, resultando então na desolação de seus direitos e culminando num niilismo¹⁸. Há muitos obstáculos que serão analisados e que fazem parte da morosidade processual, assim como alternativas que estão se inserindo na sociedade, concretizando com mais celeridade esse princípio e o acesso à justiça.

No tocante ao Princípio da Autonomia da Ação, sua aplicação está atrelada ao Princípio da Ação. Significa que a iniciativa de se impetrar judicialmente não depende de nenhuma condição ou limite, ou seja, o Poder Judiciário não é fechado aos cidadãos. Na prática processual, esse princípio é muito utilizado na reconvenção, que dá ao réu o direito de pedir contra o autor no mesmo processo, prestação decorrente do mesmo fato.

¹⁸ Profunda desesperança, descrença.

O Princípio da Congruência ou da Correlação limita o magistrado aos fatos (causa de pedir) e pedidos delineados pelos litigantes sob julgamento, precipuamente na sua atuação e julgamento. Entretanto, em determinados casos, pode o juiz agir *ex officio* para firmar um convencimento mais abrangente das provas, que o fará julgar a lide de uma forma mais justa, tanto no processo cível como no penal. É o que ensinam Nelson Nery e Rosa Nery (2003 p.779): quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. A razão disso está finalizada no Princípio da Livre Investigação das Provas e da Verdade Real, pois na nova concepção do sistema jurídico, os princípios são ocasionalmente aplicados de forma mista.

Para que o processo seja dotado de validade, o juiz tem que ser imparcial e indiferente às partes, ou seja, tem que ser respeitado o Princípio da Imparcialidade do Juiz. O juiz é imparcial, mas não é neutro, pois ao solucionar uma lide ele exerce seu poder jurisdicional como ser humano dotado de ensinamentos e de um sistema de idéias que lhe foram inculcadas ao longo do seu processo de educação e formação cultural. Entretanto, mesmo com suas convicções adquiridas pelo processo de formação, ele tem que ser imparcial às partes e ao julgamento, não podendo favorecer uma em detrimento da outra. Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier (2001, p.106), ensina sobre a neutralidade do juiz:

De fato, não raramente deve o juiz agir (positivamente) para restabelecer o equilíbrio entre as partes, para que estas possam litigar em condições de real igualdade. Fala-se em neutralidade no sentido de não envolvimento e conseqüentemente não favorecimento de uma das partes, em especial, em detrimento da outra.

O Princípio do Juiz Natural tem como pressuposto assegurar o Princípio da Imparcialidade do Juiz, é o que aduz Alexandre de Moraes (2002, p.108), eis que "a

imparcialidade do Judiciário e a segurança do povo contra o arbítrio estatal encontram no princípio do juiz natural uma de suas garantias indispensáveis". O juiz natural é pré-fixado antes da ocorrência do fato. A competência deve estar prevista por normas gerais, abstratas e impessoais, como no caso de Varas Especializadas, Câmaras de férias, desaforamentos etc.

O Princípio do Promotor Natural não está consagrado na Constituição Federal. Alguns admitem sua inaplicabilidade em razão do Princípio da Indivisibilidade do Ministério Público, que além disso possui natureza diversa do Poder Judiciário: é parte no processo. Quem defende o contrário baseia-se em termos constitucionais no inciso LII do artigo 5º: “autoridade competente”. O Supremo Tribunal Federal está citando atualmente este princípio em suas decisões.

A Inafastabilidade da Jurisdição é um princípio decorrido do inciso XXXV do artigo 5º, da Constituição Federal, que está inserido no estudo, porque integra o Princípio do Acesso à Justiça. Consagra a não imposição de obstáculos aos cidadãos que queiram pleitear seus direitos no Poder Judiciário.

Sendo consagrado na Constituição Federal, no que tange a “ameaça a direito”, tem um aspecto preventivo, pois dirige-se não só ao legislador, mas a qualquer autoridade, como por exemplo: o Supremo considerou que determinadas normas de concursos públicos violavam esse princípio, porque estabeleciam critérios subjetivos e obscuros. No tocante a “apreciação”, pode ser direta ou indireta, pois o Supremo entende que o valor da taxa deve corresponder ao valor real do serviço prestado ou ao benefício alcançado pela parte, como na seguinte jurisprudência:

Taxa judiciária e custas (...). Necessidade da existência de limite que estabeleça a equivalência entre o valor da taxa e o custo real dos serviços, ou

do proveito do contribuinte. Valores excessivos: possibilidade de inviabilização do acesso de muitos à Justiça, com ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça a direito (...). (ADI 1.772-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 15-4-98, DJ de 8-9-00)

Com relação ao “prévio esgotamento da via administrativa ou outra extra-judicial”, é uma exigência vedada por este princípio, tendo como exceção a Justiça Desportiva. Assim, a norma constitucional originária que pode excepcionar cláusula pétrea devido ao Princípio da Unidade da Carta Magna; no caso do Habeas Data, que exige prova da recusa ou demora, com a petição inicial (não é prévio esgotamento da via administrativa, é falta de condição da ação, ou seja, o interesse de agir), também a arbitragem, que questionada perante o Supremo, não viola o Princípio do Acesso à Justiça, porque é a vontade das próprias partes que afasta a apreciação do Poder Judiciário, não a lei.

Nesse princípio há hipóteses de exclusão pela própria Constituição - questões *interna corporis* – a competência do Senado para julgar algumas autoridades, sendo que o Poder Judiciário não pode analisar o mérito dessas decisões; e a competência da Câmara e do Senado para julgar seus próprios membros.

No Princípio da Efetividade, é preciso criar mecanismos de efetivação dos direitos. O processo precisa efetivar, realizar os direitos na prática, em concreto. O ordenamento jurídico brasileiro está acostumado à declaração do direito, aos estatutos. Não basta só declarar direitos (jurisdição), essa é a preocupação recente e que interessa ao estudo. Este princípio está positivado na Constituição como direito fundamental, mas é conteúdo do Devido Processo Legal. Para Marinoni (2006), é o mais importante direito fundamental, pois dá condições para realizar todos os outros direitos, sendo então, que o processo devido é um processo efetivo.

O Princípio da Duração Razoável do Processo prima que o processo não pode ter dilatações indevidas. O processo deve ter o tempo razoável para garantir o amplo direito de defesa. A demora do processo é conquista histórica, era direito fundamental implícito no Devido Processo Legal, com previsão expressa apenas nos tratados internacionais (Pacto de São José da Costa Rica, Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana e Européia de Direitos Humanos). Não tinha previsão expressa na Constituição Federal de 1988, foi incorporada após o advento da Emenda Constitucional nº 45/04. Como a positivação é nova, a doutrina busca na jurisprudência européia, onde o princípio existe há mais tempo. Desse modo, os parâmetros para se aferir à razoabilidade na duração do processo são: a complexidade da causa, a estrutura do Poder Judiciário, e o comportamento das partes.

No Princípio da Adequação, as leis processuais e os processos devem ser adequados à realização dos direitos. Se não forem adequados, não são efetivos. Não tem previsão constitucional expressa, explica a existência de uma conjectura geral do processo. A adequação deve se atentar para os seguintes aspectos: a adequação objetiva, quando atenta para as peculiaridades do direito material discutido, quando a regra processual é criada atentando para as peculiaridades do direito material, é uma regra processual adequada objetivamente, como os procedimentos especiais, criados para peculiaridades de determinados direitos, a ação tem o nome do direito (usucapião, ações possessórias, alimentos); a adequação subjetiva, ou seja, adequadas ao sujeitos que participam do processo, como os prazos especiais para a Fazenda Pública, a prioridade para os idosos, a proibição do incapaz nos Juizados Especiais; e a teleológica, que se relaciona com a finalidade do processo, o que se pretende obter, como no caso da execução, que tem a regra de não poder permitir maiores dilatações probatórias.

Há agentes do direito que adaptam esse princípio para um aprimoramento, seria na prática, uma evolução do Princípio da Adequação que vem ocorrendo. Esse princípio era inicialmente dirigido aos legisladores, mas atualmente e usualmente pode ser dirigido ao juiz, autorizando-o a fazer a adequação judicial da regra processual criada pelo legislador ao caso concreto. O juiz pode, se a regra processual é inadequada, corrigir a regra para aplicá-la em obediência ao Princípio da Adequação, como no caso do prazo de defesa (quinze dias) dever ser alargado, se o autor junta mais de duas mil páginas de documentos com a petição inicial. Para a peculiaridade do caso, o prazo é inadequado e, portanto, pode o juiz dar mais prazo, sob pena de ofender o Devido Processo Legal. Essa adequação judicial é chamada de Princípio da Adaptabilidade Judicial do Procedimento.

No que tange ao Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa ele tem dupla dimensão: a formal, que é o direito de participar do processo, de ser ouvido, atuar, é uma garantia formal, sendo insuficiente; e a substancial, que é o direito de poder influenciar na decisão, como o direito aos instrumentos de prova das alegações, se a parte não tem direito de interferir no convencimento do juiz, o contraditório é apenas formal. É a ampla defesa.

No entender de Nelson Nery Júnior (2002, p.137) o Princípio do Contraditório tem o seguinte conceito:

por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem a atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos prioritariamente no processo em todos os seus termos.

Entretanto, existem algumas problemáticas relativas a esse princípio como: as liminares sem ouvir a outra parte, que na regra é a garantia do contraditório anterior à decisão.

A liminar *inaudita altera parte*¹⁹ é mitigação do contraditório, mas não o elimina, porque ele fica deferido para depois da decisão. Não viola o contraditório se a decisão for provisória (com a manifestação da outra parte pode reverter a liminar) e houver perigo (o Princípio da Proporcionalidade mitiga o contraditório para reforçar o princípio da Efetividade do Processo). Se a liminar fosse definitiva ela seria inconstitucional.

O magistrado pode examinar questões de ofício como as questões de ordem pública (inconstitucionalidade de lei), que podem ser enfocadas ao processo pelo juiz. Essas questões fundamentam a decisão do juiz, mas não são suscitadas pelas partes. A parte não manifesta sobre questão que foi objeto do fundamento da sentença, viola o contraditório (poder de influência). Então, o juiz pode trazer aos autos questões de ofício, mas antes da decisão deve mandar as partes manifestarem-se sobre o fato, sob pena de nulidade.

Como todo princípio, o contraditório tem que observar os procedimentos instrumentais quando da sua interposição. Contudo, por ser um princípio de suma importância ao acesso à justiça, sendo ainda absoluto, dispensa tais procedimentos quando não devidamente observados. É o que se decidiu na seguinte jurisprudência:

Os princípios constitucionais que garantem o livre acesso ao Poder Judiciário, o contraditório e a ampla defesa, não são absolutos e não de ser exercidos, pelos jurisdicionados, por meio das normas processuais que regem a matéria, não se constituindo negativa de prestação jurisdicional e cerceamento de defesa a inadmissão de recursos quando não observados os procedimentos estatuídos nas normas instrumentais. (AI 152.676-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 15-9-95, DJ de 3-11-95)

No Princípio da Igualdade das Partes vigora entre as partes e seus representantes um tratamento de igualdade dispensado pelo magistrado, com o objetivo de que seus direitos

¹⁹ Significa: sem ouvir a outra parte. É uma medida de urgência, em que o magistrado não ouve a parte contrária, desde que presente a “fumaça do bom direito” e o “perigo na demora”. É também fundada no justo receio que a parte contrária possa dificultar a medida se tomar conhecimento antecipado dela.

pleiteados sejam expostos em condições idênticas. Sua existência é em razão do artigo 5º *caput* da Constituição Federal. No direito processual penal, há mais repercussão em relação ao acusado, justamente pelo fato de existir o *jus puniend*. Entretanto, no processo civil o *Parquet* e a Fazenda Pública, têm algumas vantagens: como maiores prazos processuais, o direito de recorrer se a sentença for contra a União, os Estados e os Municípios etc. Ainda com relação aos prazos do Ministério Público e da Fazenda Pública, há que se ressaltar o Projeto de Lei nº 4.331/01²⁰, em andamento, que iguala o Poder Público e o particular processualmente.

O Princípio da Cooperação é implícito, está relacionado à boa-fé objetiva. As pessoas devem se comportar de acordo com a boa-fé (cooperar). Qualifica o contraditório, torna-o mais ético, reforça o diálogo. Altera a participação do juiz na medida que gera para ele três deveres: de consulta, devendo ouvir as partes sobre questão sobre a qual ainda não se manifestaram; de esclarecimento, o juiz, se tiver dúvida sobre o pedido da parte, deve pedir esclarecimento antes de indeferi-lo; e o de proteção, se o juiz se depara com defeito processual, tem o dever de apontá-lo e dar oportunidade de correção.

No Princípio da Instrumentalidade e Economia Processual, o processo é instrumento de realização do direito material. O direito processual é um valor para o processo que deve ser pensado a partir do direito material. Mas o processo não é inferior, nem está subordinado ao direito material. A relação é de complementação, um necessita do outro, ou seja, o direito material precisa do processo para realizar-se, e o processo necessita do material para lhe dar sentido, razão de ser e seu conteúdo. Um processo é sempre dispendioso e por isso não pode

²⁰ É um Projeto de Lei que trata da prerrogativa do Ministério Público e a Fazenda Pública tocante aos prazos. Trata-se da revogação do artigo 188 do Código de Processo Civil. Tem a finalidade de retirar a vantagem que o Ministério Público e a Fazenda Pública tem sobre os cidadãos (aguardam processualmente, quando litigam com o poder público, o prazo legal superior aos deles, sendo quatro vezes maior). Se aprovado, beneficiará não somente os cidadãos, mas também o poder público, o Estado, enfim, a justiça. Pois, diante de um processo mais célere, serão respeitados o Princípio da Economia Processual e o Acesso à Justiça. Esse projeto de lei está em andamento, encontra-se na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

exigir procedimentos que encarecem a relação de bens *sub iudice*, e ainda, não existindo bens materiais que são alvos da pendência, deve haver sempre um comedimento nos procedimentos do processo.

O Princípio da Preclusão ou Eventualidade está relacionado com a perda de um poder jurídico processual (das partes e do juiz). Os alvos da preclusão são os poderes jurídicos. Ela existe para que o processo não retroceda e se repitam atos ou fases processuais, está ligada à segurança jurídica e a celeridade processual. Não existe processo sem preclusão, que é diferente de justiça. Segundo Chiovenda (1998. p.184), a Preclusão seria: a perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual.

É um instituto formal que compõe o Devido Processo Legal Formal. É lógica, não analisa o conteúdo. É classificada de acordo com o seu fato gerador: o temporal, que é perda de um poder processual pelo não exercício em um determinado prazo; a lógica, que significa a perda de um poder processual em razão de o sujeito ter praticado antes um ato incompatível com esse poder, o primeiro ato gera preclusão lógica de um comportamento posterior com ele contraditório, como se a parte cumpre a decisão espontaneamente, não pode recorrer dela depois, é logicamente incompatível, visa a evitar o comportamento contraditório, tem relação com a lealdade, com a boa-fé objetiva; e a consumativa, que perde o poder processual pelo próprio uso dele.

O poder processual é consumível, não se pode recorrer ou contestar duas vezes. Em questões de ordem pública, não há preclusão para o exame, pois enquanto pendente o

processo é possível examiná-las. Também, em relação ao reexame de uma questão de ordem pública já decidida, há preclusão, desde que seja antes do trânsito em julgado da sentença.

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição garante à parte o direito de uma revisão na sentença de primeiro grau com um novo julgamento perante a segunda instância, ou seja, o ato jurisdicional que prejudicar um direito ou mérito do litigante, pode ser recorrível. No entendimento de Nelson Nery Júnior (1997, p.41), esse princípio:

Consiste em estabelecer a possibilidade de a sentença definitiva ser apreciada por órgão de hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz de ordinário pela interposição do recurso. Não é necessário que o segundo julgamento seja conferido a órgão diverso ou de categoria hierárquica superior à daquele que realizou o primeiro exame.

Esse princípio tem a finalidade de evitar ou emendar os direitos que são essenciais à segurança jurídica, desde que obedecido os casos que o admitem, e sem o intuito de prorrogar o acesso jurisdicional, que muitas vezes a parte se utiliza desse princípio para ganhar vantagem e tempo no processo.

Ainda é necessário referir-se a duas importantíssimas garantias relacionadas à segurança jurídica e que estão no cerne do Princípio do Acesso à Justiça: o Princípio da Reserva Legal e o Princípio da não Retroatividade da Lei.

O Princípio da Reserva Legal não se confunde com o princípio do direito penal – *Nulla Poena Sine Lege* – Sem Lei Não Existe Pena. No direito constitucional significa que determinados assuntos estão submetidos a tratamento exclusivamente por lei em sentido estrito (lei ordinária e complementar), bem como a não intervenção de órgãos estatais que não exerçam a função legislativa. Assim, o Supremo Tribunal Federal entende:

O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva

de lei — analisada sob tal perspectiva — constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Executivo, em tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes." (ADI 2.075-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 7-2-01, *DJ* de 27-6-03)

As matérias reservadas à lei complementar não podem ser tratadas por outros tipos de lei, também há assuntos que só podem ser tratados por leis ordinárias, como as normas penais, processuais penais e processuais civis.

Esse princípio pode ser dividido em três princípios: da Reserva Legal Absoluta, da Reserva Legal Relativa e o Proporcional.

No Princípio da Reserva Legal Absoluta o assunto deve ser tratado integralmente por lei em sentido estrito, não pode haver decreto regulamentando-a, são as que não são aplicadas pela Administração, como a lei processual.

O Princípio da Reserva Relativa deve ser tratado por lei em sentido estrito, mas parte da regulamentação pode ser feita por decreto infralegal, como as normas penais em branco, sendo necessária regulamentação de leis aplicadas pela Administração, como a previdenciária, tributária etc.

O Proporcional, relacionado à regulamentação dos direitos fundamentais, sendo a conjunção do Princípio da Reserva Legal com o Princípio da Proporcionalidade. Portanto a regulamentação dos direitos fundamentais deve ser feita de modo que fique preservado o seu núcleo essencial, como o direito de propriedade que pode ser limitado, mas não pode ser eliminado o seu núcleo.

No Princípio da Não-Retroatividade da Lei, sendo direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, visa a garantir a segurança jurídica. Desde 1824 todas as Constituições brasileiras consagraram este princípio com exceção da Constituição Federal de 1937 (é conhecida pejorativamente como Constituição Polaca, por ter sido fundamentada na Constituição da Polônia pelo Presidente Getúlio Vargas, foi a primeira constituição autoritária republicana brasileira). Na Alemanha este princípio não existe na Constituição.

Neste princípio há três exceções: as leis penais mais benéficas; as leis fiscais, desde que favoráveis ao contribuinte, pois o Supremo entende que a proteção é dada ao indivíduo contra o Estado; e as leis interpretativas, que são feitas com o intuito de retroagir, como a interpretação autêntica (o próprio ente que elaborou a norma faz a sua interpretação), a lei interpretativa retroage à vigência da lei anterior, mas não pode violar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

De acordo com toda exposição dos princípios acima, é importante ressaltar a importância dos mesmos, pois estes são verdadeiros sustentáculos do direito. Desse modo, é justo trazer a baila o entendimento de Espíndola (1999, p.47 e 48), que aduz:

Pode-se concluir que a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou subordinam.

Nesse mesmo desiderato, o Vocabulário Jurídico de Plácido e Silva (1989, p.447), assim esclarece:

os princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos.

No entanto, o acesso à justiça tem se revelado carente no sistema jurídico brasileiro, se sopesar o texto constitucional em consonância com a realidade processual em tela, pode-se concluir que existem vários obstáculos que se antepõem ao diligente pleito dos direitos oferecidos pelo Estado de Direito²¹, os quais são: a morosidade processual, a pobreza e o desconhecimento do direito; porém esses obstáculos não são taxativos, serão propostos somente porque, à luz deste trabalho, têm uma importância valorativa.

²¹ É firmado pelos princípios constitucionais e fundamentado pela segurança e a certeza jurídica. Engloba por assim dizer, as relações dos cidadãos no âmbito judiciário, juntamente com suas decisões, sendo que seus objetivos são: proteção das liberdades individuais, reconhecimento e aplicação dos direitos que são emanados por ele.

CAPÍTULO 2. MOROSIDADE PROCESSUAL: OBSTÁCULOS E SOLUÇÕES

A morosidade processual brasileira é oportunamente, diante daqueles que não obtêm uma prestação jurisdicional célere, um problema que os afeta, culminando num niilismo. São os cidadãos e as partes – as que já protocolizaram um pedido – que conhecem as várias lesões que não são apenas materiais, portanto refletem subjetivamente e objetivamente na sociedade. Essas lesões são tão profundas, que ao receberem a prestação jurisdicional pleiteada, o direito reconhecido ou pedido, deixa de ter relevância as partes. Isso acontece muito na realidade prática processual, com mais ênfase na cível. É esse, o paradigma que cerca os que não conseguem acessar a justiça.

O Poder Judiciário brasileiro é amplo no que tange a sua estrutura normativo-jurídico processual. Foi inspirado em parte no direito francês napoleônico, no direito anglo-saxônico e no direito americano. Na sua estrutura estão princípios que integram o Estado Democrático de Direito, de acordo com o artigo 1º da Constituição Federal do Brasil:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado de Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo jurídico.

Por meio desse dispositivo constitucional, o Poder Judiciário tem como responsabilidade o dever de solucionar de acordo com o Princípio da Celeridade ou Brevidade Processual – trazido ao campo constitucional por meio da Emenda Constitucional nº45/04 – as lides ou conflitos que lhe são apresentados, com a finalidade da igualdade e do Estado Democrático de Direito. Isso significa que o Estado, por meio do aparelho Judiciário, tem o

compromisso de transformar uma realidade conflitiva, em positiva aos parâmetros da justiça e do bem-estar social de acordo com a função jurisdicional.

A finalidade do Estado Democrático de Direito, a título memorável, é muito discutida pelos agentes do direito, pois na realidade política e jurídica não assume o caráter integral do Estado, da democracia ou do direito. Os representantes do povo, como costumeiramente é notório, não assumem o compromisso firmado entre seus eleitores, desfigurando por assim dizer, como consequência, à democracia e o direito. J.J. Calmon de Passos (1999, p.92), acentua que a existência do Estado Democrático de Direito, embora fale em Estado de Direito Democrático, é integral quando:

Em palavras mais simples – só é Estado de Direito Democrático aquele em que todo e qualquer detentor de poder político só pode exercitá-lo nos limites de sua competência, sujeitando-se à responsabilização social quando faltar esse dever. Outrossim, só é Estado Democrático de Direito aquele em que as entidades e órgãos responsáveis pelo exercício do poder político, nos limites de sua competência, submetem-se a recíprocos controles, com vistas à atuação tanto quanto possível harmônica, sem prejuízo de sua autonomia (ausência de vínculos hierárquicos) nunca independência (ausência de responsabilidade), o que também vale para o Judiciário, não apenas para o Legislativo e para o Executivo. Donde ser negação do Estado de Direito Democrático toda a função da organização jurisdicional que se mostre em desacordo com as exigências fundamentais.

Contudo, essa responsabilidade do Poder Judiciário muitas vezes é obstada pela morosidade processual, acarretando prejuízos e danos aos cidadãos, pois ao Estado não é admitido cunhar qualquer empecilho que iniba o acesso à justiça. Assim sendo, além de oferecer uma prestação jurisdicional eficaz, o Estado deve promover de modo justo os meios legais utilizados pelos cidadãos que desejam essa prestação com celeridade e facilidade.

A nota caracterizadora da morosidade processual brasileira se refere ao desajustamento pendente entre os procedimentos e os processos, tanto ao juízo *a quo*, quanto ao *ad quem*, no caso, o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição. Com relação a este, é notório

que um processo no Estado de São Paulo, mas especificamente na esfera cível e relacionado com certos casos de cobrança ou execução leva anos para ser julgado. Junte-se a isso o fato de que há processos que acabam sendo submetidos ao Supremo Tribunal Federal, tudo isso em nome da segurança jurídica.

Isso ocorre devido o sistema processual comportar o Princípio da Ampla Defesa e os Incidentes Processuais²², que, embora legais e por se referirem ao formalismo processual, quando utilizados de maneira usual (e, com o propósito de estagnação processual), se dirigem mais às questões formais, do que as pleiteadas no processo, ou seja, propriamente o direito em si. Ainda, não se pode deixar de citar o poder decisório do magistrado que desse modo, conduzindo o processo de maneira que atinja a celeridade e a prestação jurídica, será um empecilho a menos para a lentidão processual.

O Brasil compõe um território demasiadamente extenso. De acordo com sua geografia é dividido em várias regiões, entre elas, as mais desenvolvidas economicamente são a sul e a sudeste. Ocorre que o mesmo procedimento processual, no que diz respeito principalmente a prazos, é adotado de maneira uniforme por toda a nação.

Entretanto, isso nas regiões de pouco desenvolvimento, como a norte e a nordeste, dificultam a presteza jurisdicional. Pois como os prazos são os mesmos, e a maioria das cidades, ou vilarejos, não dispõem de transportes rápidos e estradas boas, o transporte ainda se faz de canoa, cavalo, jegue e até mesmo a pé, dimanando no impedimento processual.

²² Os Incidentes Processuais (impugnação ao valor da causa, impugnação à concessão dos benefícios da assistência judiciária, suspeição, intervenção de terceiros etc) provocam um distanciamento processual em relação aos procedimentos normais, desviam o principal da lide, ou seja, o direito pleiteado. Por assim dizer, eles tem como característica o fato de prejudicar a apreciação do mérito.

Por dispositivo legal pode o magistrado prorrogar alguns prazos, o que não ajuda na celeridade, eis que em se tratando de um direito que requer urgência, o acesso à justiça acaba sendo obstado. Mas, em alguns Estados, como se verá adiante, já foi instalada a Justiça Itinerante, que vem a ser um fator que cotiza para o acesso à justiça. Não obstante isso, para o Brasil, como território e Nação, alcançar uniformemente um acesso à justiça célere, faz-se jus a uma diversidade procedimental que esteja em consonância com a realidade demográfica e econômica, com a finalidade de atender os direitos atingidos dos cidadãos de cada Estado.

Há, também, outros fatores que dificultam, ou impedem, o acesso ao judiciário, que estão relacionados intimamente com sua administração. Entre eles, pode-se citar primeiramente o orçamento, que é autorizado pelo Poder Executivo, sendo que a sua liberação em valores pecuniários é muito pequena em relação aos outros Poderes, impossibilitando assim, outro fator de acesso, como a informatização dos fóruns brasileiros. Em muitos deles a informática é utilizada de maneira rara, não são todos os departamentos forenses que a utilizam, dificultando a celeridade processual. A realidade das regiões mais desenvolvidas é bem diferente das outras menos desenvolvidas economicamente que não usufruem o benefício da informática.

Além desses fatores já citados, que inibem a celeridade processual, existe outro fator que compõe atualmente uma deficiência do Poder Judiciário, esse consiste na falta de funcionários (servidores) e, principalmente, de magistrados para a realização de suas tarefas, precipuamente na tarefa julgadora. Na dimensão processual brasileira, sem mencionar gráficos ou tabelas demonstrativas, é fácil a percepção da insuficiência de juízes em relação ao número de habitantes, basta apenas verificar em cada Juízo e Tribunal a quantidade de

processos que cada autoridade julgadora tem para jurisdicionar, a exemplo disso, é de se notar que a distribuição de certos recursos em determinados casos é muito demorada.

Havendo a falta de juízes, isso concorre para outro problema que contribui na demora da prestação jurisdicional. Alguns magistrados não se curvam à realidade que cada vez mais se acentua: a presença do jusnaturalismo²³ em face do positivismo²⁴ kelseniano. Atualmente existe uma tendência da aplicação do neo-positivismo (ou pós-positivismo). O objetivo é conjugar o jusnaturalismo e o positivismo, pois o principal valor do jusnaturalismo era a justiça (conteúdo), mas pecava pela falta de segurança jurídica (forma), e o positivismo é o inverso, preocupava-se com a forma, mas esquecia-se da justiça.

Entretanto, não são todos os juízes, incluindo também alguns agentes do direito (advogados, promotores públicos, defensores públicos, procuradores da justiça e etc), que se curvam a essa tendência, que não é apenas doutrinária ou teórica, mas também comportamental. O sistema processual brasileiro está aculturado com uma imensidão de recursos desnecessários, que só vêm dificultar o pleito jurisdicional. Com essa tradição se torna complicado uma renovação mental e posicional dos agentes do direito em face do progresso das relações sociais.

Na antiguidade existia um decreto em face da delonga sentencial. O magistrado que agisse morosamente em dar uma sentença era obrigado a levar o litigante para sua casa e sustentá-lo até que provesse a sentença. Foi uma medida imposta pelo imperador Carlos

²³ Jusnaturalismo deriva do direito natural, tem como característica a negação de leis que se revelam injustas perante a sociedade e ao Judiciário. Deriva assim, da justiça.

²⁴ Positivismo advém da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen (1998). Prima por um ordenamento baseado em leis que emanam dos respectivos órgãos estatais. Sua aplicação consiste numa ordem estabelecida, a lei positivada no sistema jurídico que é a medida da justiça; mesmo ocorrendo de uma lei em vigor ser injusta, ela é considerada obrigatória e válida, ou seja, o direito é dominante em face da imposição legal na sociedade, obstante ser justo ou injusto. Ele reduziu o objeto do direito a norma.

Magno com a finalidade de ensejar aos juízes não negligenciarem a sentença ao interessado. Se na atualidade houvesse a aplicação desse decreto em relação também a todos os outros agentes do direito, certamente não haveria a morosidade no processo. Assim, é de suma importância no processo a atividade exercida pelo magistrado, pois dela podem resultar prejuízos às partes. Nesse sentido, Antonio Carlos Wolkmer (2003, p.147) discursa sobre a importância da atividade do magistrado no que se aduz:

O magistrado, portanto, não se limita à atividade de natureza meramente interpretativa ou dedutiva daquilo que lhe é dado, mas sua tarefa consiste na revelação de uma forma jurídica mais adequada, mais elaborada e mais sistematizada. Conseqüentemente, a sentença judicial emanada do Juiz adquire, não só validade formal como tipificação de preceito imperativo e obrigatório. Faz-se necessário sem dúvida, assinalar que tais disposições judiciais são inegavelmente parte do direito positivo, na medida em que tanto são respeitadas pelos litigantes e acatadas pelos tribunais, quanto reiteradamente incorporadas pelo legislador do Direito positivo. O papel do Juiz é acentuadamente marcante, não só como recriador através do processo hermenêutico, mas também como adaptador das regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social.

Muitos agentes do direito, como também os servidores da justiça de maneira geral, se encontram “presos num cárcere mental²⁵”, ou seja, transmitem suas posturas ultrapassadas embasadas num positivismo antigo, restrito ao formalismo legal, que refletem de modo constante na prática processual. Muitos deles não acompanham a evolução do pensamento e conduta dos partícipes e não-partícipes da sociedade, o dinamismo da cultura, e o avanço da modernidade. Ainda persistem em condutas, atos que não necessitam ser mais utilizados no processo, vindo somente a contribuir para a lentidão em que se encontra o sistema processual. Embora é de se ressaltar que ele já foi concebido para ser lento, como também para atender uma classe dominante, pois o direito imposto, é imposto por essa classe. Para corroborar esse pensamento, Roberto Lyra Filho (2002, p.08) aduz:

²⁵ Expressão que designa uma espécie de dominação. Coage ou impede culturalmente a liberdade de desenvolvimento intelectual de indivíduos que pertencem a uma determinada classe. Desse modo, a dominação é realizada como vetor do pensamento, não sendo necessário outros expedientes para se dominar o mundo por exemplo, é por meio do pensamento que se pode dominá-lo.

A lei sempre emana do Estado e permanece, em última análise, ligada à classe dominante, pois o Estado, como sistema de órgãos que regem a sociedade politicamente organizada, fica sob o controle daqueles que comandam o processo econômico, na qualidade de proprietários dos meios de produção. Embora as leis apresentem contradições, que não nos permitem rejeitá-las sem exame, como pura expressão daquela classe, também não se pode afirmar, ingênua ou manhosamente, que toda legislação seja Direito autêntico, legítimo e indiscutível. Nesta última alternativa, nós nos deixaríamos embrulhar “pacotes” legislativos, ditados pela simples conveniência do poder em exercício. A legislação abrange, sempre, em maior ou menor grau, Direito e Antidireito: isto é, Direito propriamente dito, reto e correto, e negação do Direito, entortado pelos interesses classísticos e caprichos continuístas do poder estabelecido.

Há uma relação de dominação e subordinação presente na sociedade. Assim, o que predomina é sempre a classe capitalista, pois os juízos que prevalecem são da classe dominante – capitalismo, pelo fato de impor a pertinente estrutura de poder – as regras de convivência impostas são as seguidas indiscutivelmente na grande parcela do Poder Judiciário.

Em um processo judicial, o fator que mais se aguça é o tempo, pois ele sacrifica os litigantes que precisam ter seu direito atendido para a continuação do bem-estar social, principalmente para as partes hipossuficientes, que na suas realidades não têm estruturas para suportarem a morosidade do trâmite processual, ou seja, são as partes litigantes que não têm condições financeiras para arcar com as custas processuais e, inclusive, com os honorários advocatícios. São as pessoas consideradas pobres no sentido da lei. São assistidas processualmente pela defensoria pública ou pela assistência judiciária. Portanto, se houver como mencionado em epígrafe, uma colaboração para o deslinde da causa, como navalha de ockham²⁶, por parte dos agentes do direito e também pelos funcionários forenses (cartorários, escreventes etc), haverá mais presteza na pendência processual, amenizando mais um fator que impede a morosidade no acesso à justiça.

²⁶ É uma ótica filosófica do termo “simplifique”. Em geral, a solução mais simples para questões ou problemas é a mais correta.

A Nação brasileira é formada quase na sua totalidade por pessoas que não puderam, por muitas circunstâncias freqüentar uma escola, quiçá um estudo de nível superior. Toda essa causalidade no tocante à principal, é a pobreza, que se insere em quase um terço dos brasileiros. Á par dessa situação, em relação ao acesso à justiça, além de repercutir no custeio de um advogado, transcende ao desconhecimento do direito. Dessa maneira, evidencia-se que a maior parte da sociedade carente de educação e recursos financeiros, não tem aptidão para reconhecer que é titular de um direito e que este é passível de proteção, assim nenhum cidadão poderá gozar amplamente das garantias constitucionais.

De acordo com o caso em tela, a Ordem dos Advogados do Brasil – que é a maior entidade civil de representatividade no Brasil – elaborou por meio da cooperação de advogados, juízes e professores, um projeto que se nomeia: “OAB vai à Escola”, que tem a finalidade de levar ao estudante do ensino médio, de forma dialética, alguns conhecimentos elementares do direito brasileiro, como a cidadania; o direito trabalhista – CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), incluindo-se os acidentes de trabalho e a empregada doméstica; os alimentos, a separação, o concubinato; sobre as infrações cometidas na adolescência, as drogas, o roubo e o furto; e o tribunal do júri.

São conhecimentos que estão sendo transmitidos por meio de palestras e cursos, acumulando como perspectiva da educação do jovem brasileiro, contribuindo para a banalização da ignorância e a prevenção da violência; visando também, o fortalecimento do Estado de Direito e à ampliação das Garantias Constitucionais. Desse modo, o cidadão ao procurar o Judiciário para obter uma prestação jurisdicional justa, terá subjetivamente a noção de alguns direitos principais.

2.1. Aspectos da Emenda Constitucional nº45/04 e da Súmula Vinculante

A Emenda Constitucional nº45/04, conhecida como a Lei da Reforma do Judiciário, adveio da necessidade de um Judiciário mais célere, dimanando a problemática à qual se insere: a relação entre o tempo e o processo.

Contribuiu diametralmente ao estudo, com a inclusão do inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal, o seguinte: a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados à razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Então, o processo judicial ou administrativo, após essa emenda, tem que ter uma duração que seja razoável às partes. Mas qual seria esta duração? Eis que mesmo com o advento dessa emenda ainda precisa-se urgentemente de mais celeridade nos processos do ordenamento jurídico brasileiro, como já mencionado no presente estudo.

Percebe-se que a duração de um processo tem que satisfazer as partes. Daí estabelecer que esta duração seja observada pelos juízes e pelas partes. Desse modo os prazos processuais, no tocante a sua prática e a decisão jurisdicional, têm que estar em harmonia para satisfação das partes e a celeridade na demanda.

De acordo com o inciso XV do artigo 93, da Constituição Federal, a Emenda nº45/04 trouxe como garantia ao cidadão em relação ao processo o seguinte: a distribuição dos processos será imediata, em todos os graus de jurisdição. Por meio desse dispositivo

constitucional em análise, se verifica que os agentes do direito têm a obrigação de avaliar os múltiplos procedimentos, normas processuais e a própria lei, com a finalidade de se aplicar devidamente a celeridade e eficácia da tutela jurisdicional.

É importante nessa explanação assinalar uma perspectiva para o fim da morosidade que atinge os brasileiros. Existe um movimento que conscientiza o Estado e o Poder judiciário em face de um acesso à justiça mais célere – “Pacto de Estado por uma Justiça mais Rápida e Republicana” – que ganhou força após a introdução da Emenda Constitucional nº45/04.

Esse pacto consiste na mudança de leis penais, trabalhistas e cíveis. Na esfera cível, a principal mudança diz respeito ao dispositivo processual que limita as partes a interpor recursos visando à protelação das demandas nos tribunais superiores.

De acordo com esse pacto, se uma parte apelar não interromperá o implemento da sentença judicial prolatada por um juiz *a quo*. Desse modo, se for aplicado esse pacto no sistema processual os tribunais serão aliviados de recursos protelatórios, o que os desafogará, trazendo mais celeridade à segurança jurídica aos cidadãos.

A Emenda nº45/04 trouxe também ao campo jurídico a Súmula Vinculante, que veio para agilizar a prestação jurisdicional.

As Súmulas Vinculantes são enunciados jurisprudenciais, que conjeturaram entendimentos harmônicos entre tribunais, com finalidade de serem impostas no ordenamento jurídico. Ou seja, são pronunciamentos jurisdicionais, originários de reiterados julgados pelo

Supremo Tribunal Federal, e que fazem com que os juízes, e os órgãos públicos da administração indireta se baseiem nesses pronunciamentos jurisdicionais.

Entretanto, há uma corrente, como Djanira Maria Radames de Sá (2006) entre outros, no sentido de que os juízes são obrigados a cumprirem exatamente a súmula, pois o que pode ocorrer é que se deparando com casos iguais aos decididos pelo Supremo, como vinculante, o juiz tem que aplicar a súmula automaticamente. Mas nem todos os casos são totalmente iguais, por isso, eis o pensamento de Raimundo Bezerra Falcão (2000, p.162) no que aduz:

Efetivamente, a esperança de encontrar fatos iguais é, na quase totalidade das vezes, uma vã esperança quando se cogita de fatos da vida dos homens. Essa exigência de nova e boa interpretação dos fatos de relevância quando atentamos para a verdade de que a primeira solução pode ter sido errada, de sorte que continuar aplicando pode implicar apenas uma continuação do erro antes perpetrado.

Então, segundo esse posicionamento, a Súmula Vinculante não leva em conta o caráter específico de cada situação e por ser padronizada, pode não ser compreensível em casos que não sejam totalmente semelhantes.

Entretanto, em sentido contrário, Carlos Aurélio Mota de Souza (1996), diz que a lei e a Súmula Vinculante são institutos que não convergem. Eis que a lei advém de um processo legislativo e a Súmula Vinculante de casos concretos julgados que são análogos pelos tribunais, e que não têm vinculação com o cidadão.

Assim, diante do Princípio da Independência entre as funções do Estado, pode-se concluir que as súmulas com efeitos vinculantes não interferirão na atividade jurisdicional do magistrado.

Percebe-se que com relação ao julgador, a sua função diante de um caso concreto não é apenas de fixar a norma, mas de interpretá-la o que vem garantir a segurança jurídica. Desse modo, João Baptista Herkenhoff (2002, p.108):

Caberá ao juiz, como cientista do direito, como sociólogo, no desempenho de um poder político, fazer a justiça do caso individual, vencendo, quer a insensibilidade da lei para acudir a situações particulares imprevistas, quer o seu atraso para adaptar-se à emergência de fatos novos.

Com relação à morosidade processual, essa súmula foi bem vinda no que diz referência às causas repetidas ou repetitivas (são as que têm o mesmo pedido, a mesma fundamentação jurídica, que são propostas em larga escala), ou a questões mais correntes, pois ela foi instituída pelo Supremo, com o escopo de compendiar teses jurídicas já acordadas em seus julgados, o que contribuirá para celeridade do sistema jurídico brasileiro.

2.2. Aspectos da Lei nº11.419/06 que Dispõe sobre a Informatização do Processo Judicial

Essa lei entrou em vigor no mês de março desse ano. Diz respeito ao processo eletrônico, é recente e vai contribuir muito para a celeridade processual, pois ao se protocolizar um processo, perde-se muito tempo no cartório, os cartorários têm que enumerá-los, encapá-los, carimbá-los etc, ou seja, é um outro óbice ao acesso à justiça.

Essa lei trouxe celeridade aos atos processuais por meio da tramitação dos processos que requerem uma assinatura digital, sendo uma para o credenciamento do advogado e outra com a finalidade de serem os certificados documentos pela internet. Entretanto, essa é uma opção do tribunal, pois a lei não adotou um sistema que seja unânime. Porém, a Ordem dos

Advogados do Brasil oferece gratuitamente essa assinatura com a finalidade de certificação de documentos pela internet.

Nas petições iniciais, bem como suas autuações, os atos processuais terão um protocolo sem a necessidade dos serviços notariais, o qual será eletrônico. Assim, também todos os documentos serão digitalizados, havendo algumas ressalvas na lei. Ainda, se houver a necessidade da ampla defesa, as declarações poderão ser convertidas na versão datilográfica (§ 1º, do artigo 417 do Código de Processo Civil). Essa característica imposta por essa nova lei amenizará a delonga processual.

O Processo Judicial Eletrônico é um paradigma que assevera a celeridade processual. É legislação extravagante e visa a desconstituir a burocracia acirrada na protocolização dos processos no Brasil e impor um sistema eletrônico processual que descaracteriza toda a papelada, é um intróito da chamada Justiça sem Papel²⁷.

O processo digital está se arraigando com sutileza no sistema jurídico brasileiro, pois não são todos os Juízos que têm capacidade para suportar tal inovação. É necessário que todos disponibilizem de informatização digital capaz de contribuir com essa lei e a celeridade processual. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já disponibiliza o processo virtual, por meio da protocolização de recursos extraordinários, sendo assim, já se tem como uma perspectiva do adimplemento digital processual no Brasil.

²⁷ Projeto que visava implantar com parcerias de entes privados (Ministério da Justiça, Fundação Getúlio Vargas e a Souza Cruz), a informatização tecnológica no Poder Judiciário, sendo suspenso por um desembargador federal, pelo fato do poder público não poder se sujeitar aos entes privados.

2.3. Inovações da Lei nº. 11.382/06 Relativas ao Processo de Execução

O sistema processual vigente foi concebido para ser lento, e de fato o foi, como já mencionado. Se analisar uma litigância relacionada à cobrança de título extrajudicial, judicial, ou que está na iminência de o ser, é vantajoso para o causídico defender os interesses do devedor, pois se este não puder arcar com o pagamento²⁸ de seus débitos, poderá se valer de vários expedientes, como o uso de subterfúgios e manobras protelatórias que obstam a celeridade e prestação jurisdicional requerida pelo credor²⁹.

Esse é um exemplo clássico da morosidade no sistema jurídico brasileiro. Na data de 21 de janeiro de 2007, felizmente, entrou em vigor a Lei nº11. 382/06, que dispõe sobre várias alterações nos dispositivos do Código de Processo Civil, entre eles, os relacionados à Execução por Quantia Certa contra Devedor Solvente, que por sinal agilizou com mais sutileza esse procedimento no fator tempo.

Com advento dessa lei vários dispositivos do Código de Processo Civil foram alterados em relação ao processo de Execução por Quantia Certa contra Devedor Solvente e outros assuntos. Mas, inicialmente, o que seria Execução por Quantia Certa contra Devedor Solvente? Consiste quando um credor executa judicialmente o crédito que lhe é devido, ou seja, por exemplo, A (devedor) ao pagar uma conta a B (credor) emite um cheque que não tem fundo; se A não pagar de maneira alguma seu débito, B tem o direito de cobrar judicialmente o seu crédito. Essa cobrança judicial tem a nomenclatura de Execução por Quantia Certa

²⁸ É o cumprimento voluntário da obrigação, embora, pagar não é apenas dar dinheiro, pode-se pagar dando, fazendo ou não fazendo.

²⁹ É o sujeito passivo ao pagamento. Há também, o credor putativo ou aparente (*putare*), que se justifica na Teoria da Aparência, que foi desenvolvida na Itália, na Alemanha e na França, e sustenta que a aparência de uma situação jurídica deve ser estabelecida pela verificação da boa-fé da parte que a aproveita.

contra devedor Solvente. Entretanto, não é apenas o cheque que se pode executar, são também todos os outros títulos de créditos extrajudiciais (nota promissória, duplicata etc).

E o que significa devedor solvente? O devedor solvente é aquele que tem o ativo superior ao passivo, ou seja, é aquele que não está falido.

Contudo, o objetivo é demonstrar algumas novidades que vieram com essa nova lei, que contribuirão para a celeridade processual, quais são: a Avaliação de Bens será realizada pelo oficial de justiça, como já vinha se sucedendo em vários casos; quando o credor ajuizar a execução, ele poderá obter uma Certidão de Averbação, na qual se comprova tal feito, e de posse dela poderá averbar, ou seja, registrar nas matrículas e documentos dos bens do devedor que ele possua (casas, carros, terrenos, etc), a pendência de um processo executório.

A vantagem desse novo procedimento se estabelece em relação ao credor, pois o devedor não poderá vender ou transferir seus bens antes de concluído o processo executório, ou de efetuar o pagamento de seus débitos. Entretanto, ainda trouxe como mais novidades: a penhora da caderneta de poupança, entretanto, será apenas penhorada se o valor da poupança exceder mais de quarenta salários mínimos; outrora, quem tinha a incumbência de indicar os bens a serem penhorados era o devedor, mas agora, quem os indica é o credor; com relação à intimação do devedor, não é mais necessário que seja realizada pessoalmente, só haverá se o mesmo não tiver um advogado, se tiver, quem será intimado será o seu advogado; para o credor, agora existe uma grande vantagem que é a diminuição dos honorários de seu advogado pela metade, se o devedor saldar a dívida em três dias depois da intimação.

Dentre essas novidades, tem a penhora, que foi alterada. Mas o que seria a penhora? Muitos acadêmicos do curso de direito e leigos confundem-na com o penhor, que é totalmente antagônico a esse instituto. A penhora é considerada um ato processual de natureza executiva, porque é um ato pelo qual se retira o bem da esfera do devedor, que pode ficar como depositário fiel do bem. Entretanto, seu objetivo é retirar os bens do devedor para assegurar à satisfação da pretensão do credor.

Nessa nova lei inexistiu a nomeação de bens à penhora, agora o devedor é citado para pagar sua dívida em três dias. Pois bem, mas se o devedor não pagar sua dívida, o que pode ocorrer? Como mencionado acima, o credor indica um bem do devedor, senão o juiz mandará que o devedor indique onde estão seus bens. Também o juiz poderá realizar a penhora on-line pelo BACENjud (convênio do Banco Central com o Judiciário), que consiste na requisição neste sistema bancário das informações sobre a existência de ativos do devedor, podendo determinar sua indisponibilidade pelo valor da execução, e isso traz mais segurança e eficácia na execução da dívida.

Quando da realização da penhora de bens, sempre será observada a seguinte ordem, preferencialmente, de acordo com artigo de lei: dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação financeira (como já mencionado); veículos de via terrestre; bens móveis em geral; bens imóveis; navios e aeronaves; ações e quotas de sociedade empresárias; percentual do faturamento de empresa devedora; pedras e metais preciosos; títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação no mercado; títulos e valores imobiliários com cotação.

Mas quais são os bens que não podem ser penhorados? O salário (a renda que vem do trabalho), entretanto, poderá ser penhorado em caso de pensão alimentícia; o único imóvel da família, excetuando os casos em que a dívida seja do próprio imóvel (financiamento, por exemplo) ou que o imóvel tenha sido dado como garantia em dívida.

Além do salário e do imóvel da família, de acordo com dispositivo legal, ainda incluem-se: os bens inalienáveis e os declarados por ato voluntário, não sujeitos à execução; os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, podendo ser penhorados, como mencionado acima, no caso de pensão alimentícia; os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; o seguro de vida; os materiais necessários para as obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; até o limite de 40 salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança.

Essas foram as contribuições em síntese advindas dessa nova lei, que amenizarão e já estão amenizando a morosidade processual, garantindo a duração razoável do processo. Pois de acordo com Luiz Rodrigues Wambier (2005, p.26):

Segundo pensamos, a garantia da razoável duração do processo constitui desdobramento do princípio estabelecido no art. 5º, XXXV. É que, como a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito, é natural que a tutela a ser realizada pelo Poder Judiciário deve ser capaz de realizar, eficazmente, aquilo que o ordenamento jurídico material reserva à parte. E eficaz é a tutela jurisdicional prestada tempestivamente, e não tardiamente.

2.4. Alguns Aspectos da Lei nº11.441/07 que Possibilita a Realização de Inventário, Partilha, Separação Consensual e Divórcio Consensual por Via Administrativa

Contribuindo para que a delonga seja amenizada, também nesse ano, entrou em vigor a Lei nº11.441/07, que desafogou o Judiciário retirando dele e passando ao âmbito notarial algumas ações que podem ser homologadas, logicamente de aspecto consensual, que dizem respeito às separações e divórcios extrajudiciais, partilhas de bens e inventários extrajudiciais.

A família é um ente despersonalizado, a célula-mater da sociedade, cuja definição é ditada pelo vínculo de afetividade que une as pessoas, não cabendo ao Estado definir, mas tão somente reconhecer esses núcleos (típicos ou não). É um ramo interdisciplinar, sensível à psicologia, sociologia, antropologia etc.

A lei nº11.441/07 instituiu a separação e o divórcio administrativos no Brasil. Nos Estados Unidos da América o divórcio é judicial, mas por simples formulário. Na Europa é administrativo há tempos.

Essa lei modificou o artigo 1.124-A do Código Civil. A escritura é lavrada no tabelionato de notas e depois é registrada no Cartório de Registro Civil e de imóveis. Se um dos cônjuges é empresário deve haver averbação na Junta Comercial. É defensável que essa

comunicação do Cartório de Notas com os demais deve ser de ofício. O advogado é indispensável ao ato. Se a parte não tiver advogado por ser pobre no sentido da lei, é o tabelião que concede a assistência judiciária, mas ele pode entender que não é caso de gratuidade, mas, ainda assim, lavra a escritura e expede uma certidão para cobrança pelo órgão fazendário.

Um fator que é favorável à celeridade e o acesso à justiça extrajudicial é que nessa lei não há competência. O ato pode ser lavrado em qualquer tabelionato do país, inclusive por procuração pública. Também, não mais há audiência de reconciliação.

A testemunha comprobatória do lapso na separação de fato do divórcio é dispensável. O artigo 53 da Resolução 35 de 24 de abril de 2007, do Conselho Nacional de Justiça, registra que o tabelião pode colher a declaração de testemunha. Data vênua, o dispositivo não considera bastante a declaração dos divorciandos, mas a afetividade faliu. Aliás, nos termos da própria Resolução, a testemunha é facultativa, ademais, muito mais relevante do que a simples análise de documentos é a palavra dos integrantes da relação afetiva que se exauriu.

Com relação aos filhos menores e incapazes, deve ser judicial porque necessita da participação do *Parquet*, é essa a literalidade da norma. Todavia, se demonstrado que não haverá prejuízo ao menor, pode haver a possibilidade do ato extrajudicial, o que contribuirá com menos demandas no Judiciário, havendo assim, um acesso à justiça mais célere.

Ainda nesse mesmo raciocínio, com certa frequência ocorrem situações em que, na separação e no divórcio, os direitos dos filhos permanecem inalterados, por já haverem sido

reconhecidos e certificados em procedimento anterior (a exemplo da ação de alimentos ou de guarda, já definitivamente decidida ou julgada).

Ora, o casal apresentando ao tabelião uma certidão comprobatória de tal circunstância, não haveria sentido em se impedir a lavratura do ato na via administrativa. Até porque a guarda e os alimentos já podem ter sido decididos ou acordados.

No que tange a partilha de bens e uso do nome nessa lei serão observados o seguinte: na escritura constará a partilha dos bens (facultativa) e referência ao uso do nome. Quanto ao uso do nome, não havendo acordo, aplica-se o artigo 1.578 do Código Civil. Na partilha, falida a afetividade, não haveria sentido em se impedir a dissolução da sociedade conjugal ou do próprio matrimônio, por força do patrimônio. Nada impede, portanto, que as partes ingressem, depois, com pedido judicial de partilha amigável, ou até mesmo, em caso de resistência de uma das partes, com ação de divisão. Antes de efetuar a partilha, outrossim, deve o notário redobrar a cautela quanto ao recolhimento do imposto devido, além da respectiva taxa judiciária.

Quanto à união estável, a lei foi omissa. Entretanto, nada impede a lavratura de dissolução de união estável, analogicamente, nos termos da nova lei.

Nos processos em andamento, é facultativa e não obrigatória a separação ou divórcio administrativos, porque os atos administrativos são públicos. Na Justiça tem segredo de Justiça. Está se firmando o entendimento no sentido de que, para os novos processos, é facultativo para os interessados ingressarem na via administrativa. Aliás, no caso do divórcio ou da separação, pode até ser mais conveniente a instauração do processo, por conta do

“segredo de justiça”, inexistente nos atos notariais. Por outro lado, os processos em curso, considerando os atos procedimentais já realizados e o impulso oficial que os animou, devem ser julgados, facultando-se, todavia, às partes recorrerem à via administrativa. Não pode, todavia, esta solução ser impositiva, em respeito ao próprio jurisdicionado, que aguardou – muitas vezes – anos a prolação da sentença e já recolheu as custas judiciais.

Diante dos problemas e soluções, a presente dissertação irá apresentar, nesse desiderato, de feitio modesto, certos instrumentos que viabilizam o acesso à justiça e que ocasionam ao cidadão a garantia de que seus direitos efetivados, visto como qual, é o fundamental desígnio da justiça.

CAPÍTULO 3. INSTRUMENTOS VIABILIZADORES DO ACESSO À JUSTIÇA

Nesse capítulo se contemplará alguns instrumentos ou institutos viabilizadores do acesso à justiça que excluem a morosidade processual, a pobreza e o desconhecimento do direito, por meio do alcance judiciário na resolução de pequenos conflitos e pela mediação comunitária, como a Arbitragem, a Justiça Restaurativa, os Juizados Especiais, o Balcão de Direitos, a Justiça Itinerante e a Justiça Comunitária.

Com a mediação comunitária, os institutos viabilizadores do acesso à justiça devem incluir pessoas interessadas que tenham a preocupação de transmitir conhecimentos aos marginalizados e carentes à inclusão social. Desse modo, dentre os interessados, podem ser englobadas várias instituições – empresas públicas e privadas, associações de moradores, escolas, os conselhos tutelares, as polícias – todas as entidades e instituições que compõem uma cidade, colaborando, portanto, para uma mutação social objetivada na aplicação e efetivação dos direitos pleiteados.

Assim, a meta primordial da mediação comunitária é prevenir, amenizar e extinguir, por meio da corroboração dos agentes mediadores juntamente com algumas instituições e entidades da sociedade, o agenciamento da segurança, a ampliação da oferta e emprego da educação, saúde e justiça.

A metodologia jurídica tradicional é de cunho positivista, sendo inábil receber o aproveitamento de um direito que não é capaz de ser alcançado dentro dos contornos do monismo estatal. O que se propõe é uma ponderação acerca da necessidade de instrumentos que viabilizem o acesso à justiça, e de se lançar mão de uma metodologia jurídica própria. Daí o surgimento de institutos que têm como caracteres o alcance da segurança jurídica, e outros, fundados em mediações, estes não possuem a presença da burocracia, não têm as características de um processo judicial, excetuando a busca da verdade possível nas mediações que é divergente da Verdade Formal e Real³⁰.

A finalidade de se instituir na sociedade alguns instrumentos viabilizadores do acesso à justiça fundados na autotutela, como em alguns casos o Balcão de Direitos e a Justiça Comunitária, está na inabilidade do Estado de abrigar satisfatoriamente e efetivamente as demandas e os entreveros de ordem social, assim, em relação ao momento processual – anteriores e posteriores – que se integram nesse desacesso. Para contribuir com a explanação, Antônio Carlos Wolkmer (1997, p. 309) pondera o seguinte:

Na medida em que o órgão de jurisdição do modelo de legalidade estatal convencional torna-se funcionalmente incapaz de acolher as demandas e de resolver os conflitos inerentes às necessidades engendradas por novos atores sociais, nada mais natural do que o poder societário instituir instâncias extrajudiciais assentadas na informalidade, autenticidade, flexibilidade e descentralização.

³⁰ Essa dicotomia justificava uma diferenciação entre processo civil e processo penal, neste exige-se a Verdade Real (a correspondência exata entre a alegação e o fato), naquele é suficiente a verdade formal. Esta distinção hoje é ultrapassada, porque atribui-se ao juiz o poder de produzir prova qualquer que seja a causa, não se vinculando, pois, ao que as partes produziram. Portanto não prevalece a Verdade Formal (produzida pelas partes no processo, que pode não corresponder aos fatos ocorridos). Mas também não prevalece a Verdade Real, porque ela não existe. É uma idéia sem condições de se concretizar. Se o objetivo do processo fosse a Verdade Real, ele seria interminável, porque o juiz não poderia julgar enquanto ela não fosse descoberta. O que se busca no processo é a verdade possível que pode ser reconstruída e que fundamente uma decisão justa, assim como, no caso da investigação de paternidade, quando não existia o exame de DNA. Então, as decisões não são tomadas com base na verdade real, mas na possibilidade. Os fatos desaparecem, portanto a verdade vem através da história que narram os fatos. A verdade é a história mais bem contada. Desse modo, a verdade real não é objetivo do processo, porque a finalidade é compor conflitos. Buscar a verdade pode acirrar a disputa judicial entre o autor e o réu, como na separação consensual, que não é obrigatória a demonstração dos motivos da separação.

Desde os primórdios o ser humano precisa e requer ser regido por leis, para poder conviver harmoniosamente com o seu semelhante numa determinada sociedade, seria o *ethos*³¹ de cada povo. Inicialmente essas leis eram advindas de acordo com crença e religião proeminentes de cada sociedade, entretanto, com a transcendência cultural de valores, essa concepção sobreveio de realidade fática e necessária para o bem-estar social.

Para dar ensejo mais explicativo ao termo “sociedade”, de acordo com a presente dissertação, há que se notar a diferença em face da comunidade. A sociedade é conflitiva, existem indiscutivelmente muitos interesses em conflito pertinentes aos seus integrantes, contudo, na comunidade não existem conflitos, há supostamente equilíbrio e harmonia entre os seus participantes.

Na sociedade as várias leis que formam o sistema jurídico não são completas, e caso se observar a relação humana desde a antiguidade, irá se verificar a existência de uma desordem implícita em cada sociedade. Nesse diapasão, pode-se lembrar a finalidade dos ensinamentos de Jesus Cristo. Consoante todas as crenças ele anunciava a paz (fator mais almejado numa sociedade) e o *caritas*³² entre o ser humano, mas sua totalidade só se alcançava com a observação, introspecção e exercício de seus ensinamentos ou, após a morte, que diante de sua aceitação, se contemplaria o paraíso.

No contexto, há que se averiguar um aspecto: a ordem e a desordem universais. Nesse processo, se aplicado à filosofia cristã, a ordem permanecerá sob a desordem, podendo verificar que tal assertiva, em consonância com a Bíblia – Livro Sagrado – prioriza no Novo Testamento, por meio de Jesus, um modelo de vida que, se for adotado, equilibra as relações

³¹ Significa a maneira de ser de um povo.

³² É o amor desinteressado

de convivência. Assim, enobrece o Evangelho de João que dispõe das palavras de Cristo, no Livro Sagrado (2000, p.90)³³: Eu lhes dou um novo mandamento, assim como eu os amei, amem uns aos outros.

Se o ser humano, no âmbito de sua convivência, importar-se em observar este mandamento ensinado por Jesus, terá sempre êxito em relação ao que é justo. Desse modo, se alguém amar o seu próximo (qualquer pessoa) como a si mesmo, não haverá desnivelamento no bem-estar social, pois desse ensinamento extrai: se o ser humano quer ser amado, tem que amar a outrem, se quer ser aceito, tem que aceitar a outrem, se quer ter justiça, tem que fazer justiça a outrem. Essa concepção não é aceita pela força, como quase totalmente a lei a é, analisando paradigmamente, pois o direito, como imposição, mais precisamente a norma de conduta, está ligado a coercibilidade. Nesse raciocínio, não há como deixar de citar Lafayette Pozzoli (2001, p.109-110) que aduz:

Tomemos, de maneira analógica, o seguinte exemplo: existe uma perfeita ordem no universo e que – tudo indica – parece contrastar com uma assim chamada desordem que reina entre as pessoas e povos, como se suas mutuas relações não pudessem ser reguladas senão pela força!

Ora, encontramos nos livros sagrados, na Carta de São Paulo aos Romanos, o seguinte: *“o que a lei ordena está escrito nos seus corações, dando-lhes testemunho sua própria consciência e os pensamentos de dentro que os acusam, se fizerem o mal, ou também os defendem, se fizerem o bem”*.

Uma concepção errônea, mas freqüente, leva a muitos a julgar que as relações de convivência entre as pessoas e a sua respectiva comunidade política possam reger-se pelas mesmas leis que as forças e os elementos irracionais do universo. Mas a verdade é que, sendo leis de gênero diferente devem-se buscar apenas onde as inscreveu o Criador de todas as coisas, a saber, na natureza humana.

São, de fato, essas leis que indicam claramente como regular na convivência humana as relações das pessoas entre si, as dos cidadãos com as respectivas autoridades públicas, as relações entre os diversos Estados, bem como as dos indivíduos e comunidades políticas com a comunidade mundial, cuja a criação é hoje urgentemente postulada pelo bem comum universal.

³³ Bíblia. Português. **Bíblia sagrada**. Nova tradução na linguagem de hoje. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2000.

Assim, aplicando a essência das leis criacionais: com a formação do direito – fatores – econômicos, políticos, religiosos, morais, naturais e os elementos axiológicos; e com manifestação do direito – fontes – processo legislativo, costumes jurídicos, jurisdição e o negócio jurídico, em consonância com a predisposição subjetiva a cada agente do direito, assim, haverá perante a sociedade um acesso à justiça que atinja todos os seus objetivos implícitos nessa autopoiese³⁴. Ressaltando então, os costumes, que numa determinada sociedade é o que alcança com mais perfeição sua evolução, pois se faz necessário o direito se ater mais intimamente com o poder social. Então, nada mais natural do que reformular e adaptar ao ordenamento jurídico o conceito da Constituição na atual realidade, uma vez que ela atua como uma identificação na produção de leis, se baseando nos micro-sistemas: a família, as empresas, os trabalhadores etc, que são os segmentos da sociedade.

É a partir dessas premissas que os instrumentos viabilizadores do acesso à justiça são apostos nas pessoas carentes de justiça, cidadania, cultura, integração social etc, eles têm como uma natureza primordial o respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e ao Princípio do Acesso à Justiça. Assim, na práxis³⁵, da mesma forma que são aplicados esses preceitos entre os agentes colaboradores, é exercitado a cidadania de maneira antagônica ao Leito de Procusto³⁶, ou seja, eles exercitam e ensinam a cidadania aos que dela necessitam, de forma natural, sem imposição da força.

Não há como deixar de mencionar que os instrumentos viabilizadores do acesso à justiça, por meio da solução de conflitos, dos quais podem ser prontamente resolvidos,

³⁴ É um termo proveniente da Grécia. Significa autoprodução.

³⁵ É o agir cotidiano.

³⁶ Significa forçar uma situação numa realidade. Conta à lenda mitológica grega, que Procusto era um salteador cruento que morava em uma estrada, onde passavam muitos viajantes. Então, suas vítimas ao passarem pela estrada, eram raptadas e sujeitadas a se deitarem sobre uma cama de ferro: se elas fossem mais curtas que o leito, estirava-as com cordas e roldanas; se ultrapassassem as medidas, cortava a parte que sobrava. Teseu foi ao seu enalço e matou-o, fazendo-o provar seu próprio remédio. A expressão é empregada para qualquer tipo de padrão que seja aposta à força, sem o mínimo respeito por diferenças individuais ou circunstâncias especiais.

desafogam o Poder Judiciário e impedem que a justiça seja utilizada desnecessariamente, contribuindo com agilidade em enteveros simples, como a arbitragem.

3.1. Um Enfoque sobre Arbitragem no Acesso à Justiça

Para se derrotar as barreiras processuais, procuram-se alternativas eficazes, como será estudada a seguir a arbitragem (Lei nº 9.307/96), que visa o amplo acesso à justiça.

A arbitragem, de acordo com o estudo trata-se de um equivalente jurisdicional, não é jurisdição, tem a finalidade de decidir conflitos. Há arbitragem quando um terceiro escolhido pelas partes decide o conflito e essa solução do conflito (sentença arbitral) não precisa ser homologada pelo Poder Judiciário.

Estando diante de uma sentença arbitral o Poder Judiciário pode ser chamado para executá-la ou anulá-la (não é rever, é invalidar). A sentença arbitral não pode ser revista pelo Judiciário no que se refere ao conteúdo. O árbitro não pode executar sentença arbitral, só pode certificar. A ação de nulidade deve ser proposta em noventa dias.

Não se pode discutir a justiça da decisão, só a validade, por algum defeito de forma. Não há inconstitucionalidade nessa ausência de controle do Judiciário porque a arbitragem não é uma imposição, mas uma opção das partes.

Na arbitragem, as partes devem ser capazes e só podem tratar de direitos indisponíveis, sendo uma autonomia privada, como já mencionado anteriormente. Assim, não

se está renunciando ao direito fundamental de Acesso ao Poder Judiciário (direito irrenunciável), pois aqui só se está renunciando ao direito de levar um caso concreto ao Poder Judiciário.

Para alguns, a arbitragem é jurisdição, porque tem as mesmas características: autoritativa, criativa, faz coisa julgada, é decidida por terceiro. Mas em consonância com o estudo e com Marinoni (2006) não é.

A arbitragem se origina de um negócio jurídico chamado convenção de arbitragem, as vontades são confluentes. A convenção de arbitragem (negócio jurídico) é a fonte da arbitragem, tendo como espécies a Cláusula Compromissória e o Compromisso Arbitral.

Na Cláusula Compromissória as partes dizem que qualquer conflito futuro será resolvido por arbitragem. É abstrata, pois não se refere a um conflito em particular. Ela é prévia, porque é firmada antes do conflito surgir. Não diz como será a arbitragem. Precisa-se elaborar um compromisso arbitral quando o conflito aparecer.

No compromisso arbitral, as partes decidem resolver determinado conflito por arbitragem. É concreto. Sendo então necessário regular a arbitragem prevista em cláusula compromissória. O compromisso arbitral não pressupõe cláusula compromissória. O árbitro tem natureza jurídica de juiz para todos os efeitos legais, o que reforça a idéia, nesse caso, de jurisdição.

Assim, a arbitragem tem a voluntariedade como seu engendro e representa em comunhão com a mediação, um feitio diferenciado na resolução de conflitos. Não tem vínculo

com formalismo do sistema processual tradicional. É, portanto, um instrumento, ou instituto que viabiliza o acesso à justiça.

3.2. Justiça Restaurativa, Juizados Especiais e Acesso à Justiça

A Justiça Restaurativa inicialmente é um instituto viabilizador do acesso à justiça na esfera criminal, que tem como finalidade a mediação entre infrator e vítima. Visa a diminuir a proliferação da criminalidade, por meio da comunicação, restaurando os danos advindos do ato infracional.

É promovida a comunicação entre as pessoas pertencentes ao local da infração penal, realizando dessa maneira diálogos entre as pessoas e familiares da relação infrator e vítima. Isso acarreta normas de controle social (caracterizadas pela informalidade), com a possibilidade de resultar no infrator o não cometimento de nova infração, ou a inclusão social em certos casos, ou até uma regeneração no comportamento do infrator e daqueles que o cercam.

A Justiça Restaurativa trabalha não só com aqueles que estão envolvidos em infrações, mas com os integrantes derredores, ou seja, os cidadãos de localidades deficientes de acesso à justiça, levando como consequência, o exercício da cidadania e a inclusão social.

No Brasil, não há legislação que trata da Justiça Restaurativa, há certos instrumentos que viabilizam a justiça e determinados dispositivos que tratam dessa justiça de

forma subjetiva. Entretanto, Pedro Scuro Neto (2000), acentua que no Brasil há a necessidade de elementos normativos que possam implementar a Justiça Restaurativa.

Pode-se citar como forma de Justiça Restaurativa, ainda que parcial, a Lei nº8.069/90 (adolescentes infratores), e a Lei nº9099/95, alterada em alguns dispositivos pela Lei nº10.259/01 (dos Juizados Especiais Criminais), que por meio de medidas alternativas, no caso de crimes de menor potencial ofensivo, se restaura o infrator com a transação penal.

Os Juizados Especiais Criminais têm como chamariz essa transação penal, que é uma particularidade da Justiça Restaurativa. Na transação penal, o promotor oferece ao infrator uma pena, que pode ser em prestação pecuniária ou em serviços prestacionais ao Estado ou a entidades beneficentes.

Há uma perspectiva de lei no sentido de se implantar a Justiça Restaurativa no Brasil, é a Portaria conjunta nº15/04, que é do Distrito Federal, e tem o objetivo de analisar os aspectos da implantação como forma de desenvolvimento e adequação naquela região. Entretanto, a Justiça Restaurativa já está sendo utilizada em algumas cidades do Estado de São Paulo, como em Guarulhos, como também no Estado do Rio Grande do Sul, na cidade de Porto-Alegre.

A ONU (Organizações das Nações Unidas) e a União Européia, como expoentes da Justiça Restaurativa, aconselham por meio de documentos que haja mediação penal em todos

os países do mundo. Ainda, para colaborar com a expansão dessa mediação, as Nações Unidas expediram uma resolução, também destinada universalmente: Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal, que se referem à implantação e aplicabilidade dessa medida restauradora.

Como instituto de acesso à justiça, a legislação brasileira conta com os Juizados Especiais, que surgiram da preocupação com a morosidade processual que atinge o sistema processual e a dificuldade, em certos casos, de acessá-lo. São tribunais especiais que têm a finalidade de garantir direitos que tenham um valor pecuniário pequeno, transpassando as barreiras das custas judiciais e a delonga no procedimento ordinário. A característica dos juizados especiais é basicamente informal, envolvendo-os num caráter competente e rápido a realização do pleito jurisdicional.

Os juizados como institutos que viabilizam o acesso à justiça, estão consagrados em termos constitucionais, de acordo com o artigo 98 da Constituição Federal:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Atualmente, se pode contar com os Juizados Especiais nas esferas cíveis e criminais, consagrados no âmbito da Justiça Estadual, Federal e do Distrito Federal. Assim, constituem-

se na facilitação dos procedimentos e na procura do banimento de práticas morosas, descomunais no sistema jurídico brasileiro.

O objetivo dos Juizados Especiais é estender o acesso à justiça aos cidadãos, sendo uma forma do Poder Judiciário se aproximar deles com uma Justiça célere e eficaz, de maneira que possam exercer a mediação nesse sistema que é informal, e gratuita a população, e que não há necessidade da presença de advogado (enquanto a causa não se tornar complexa). Nesse sentido a jurisprudência já decidiu:

O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da OAB contra o art. 10 da Lei 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais), que permite que as partes designem representantes para a causa, advogado ou não. Entendeu-se que a faculdade de constituir ou não advogado para representá-los em juízo nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis não ofende a Constituição, seja porque se trata de exceção à indispensabilidade de advogado legitimamente estabelecida em lei, seja porque o dispositivo visa ampliar o acesso à justiça. (ADI 3.168, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 8-6-06, Informativo 430)

Por serem institutos que viabilizam o acesso à justiça os Juizados Especiais têm como princípios: a celeridade, a informalidade, a economia processual, a simplicidade, a oralidade e a conciliação. Todos esses princípios conjugados nesse instituto viabilizador de acesso, garantirão o acesso rápido e menos dispendioso nos pequenos conflitos.

Uma característica de relevância ao estudo, é a conciliação nos Juizados Especiais, que advêm soluções que noutro procedimento não existem, porque existem concessões recíprocas, como exemplo, o parcelamento de dívidas. Isso acarreta numa tutela jurisdicional justa e em conformidade com a vontade das partes, dando ao procedimento celeridade.

Na conciliação dos juizados, em relação aos cíveis, existem mais vantagens que vão ao encontro do procedimento. Segundo, Ricardo Cunha Chimenti (2007, p.160) os juizados tem as seguintes vantagens:

(...) 1) a sentença homologatória extingue o processo com julgamento do mérito, tem força de coisa julgada soberana e, nos Juizados dos Estados e do Distrito Federal, não está sujeita ao limite de 40 salários mínimos. Conforme explicita o §3º do art. 3º da Lei n.9099/95; 2) a sentença homologatória da conciliação não admite recurso ou ação rescisória (arts.41 e 59 da Lei n.9099/95). Quanto ao cabimento da ação anulatória (arts 486 do CPC), observar comentários ao art.59 da Lei n.9.099/95; 3) a sentença homologatória de conciliação caracteriza título executivo judicial passível de execução definitiva.

No que tange essa última característica, fica evidente que os Juizados Especiais dão ampla segurança jurídica à parte que deseja executar a sentença pelo seu descumprimento. Desse modo, os cidadãos ao decidirem por conciliarem seus direitos pleiteados terão confiabilidade nesse instrumento de acesso à justiça.

3.3. Localidades onde o Acesso à Justiça é Deficiente

Com referência ao estudo, ainda existem algumas cidades, bairros e periferias pobres, onde o acesso à justiça é deficiente e que não são abrangidas totalmente pelo poder estatal, no caso, o Poder Judiciário. É desse distanciamento que surgiram alguns instrumentos viabilizadores do acesso à justiça: o Balcão de Direitos, a Justiça Comunitária e a Justiça Itinerante.

Seria oportuno então classificar essas “regiões” , como localidades onde o acesso à justiça é deficiente, que são caracterizadas pela exclusão social e estatal. No Brasil, a exclusão social é um processo decorrente da crise econômica que inclui uma separação entre o pobre e

o rico, sendo excluído da sociedade aquele que não tem condições financeiras de ter uma boa educação, de habitar em um bairro mediano ou nobre, de ter ingresso ao emprego, de ter acesso à justiça, ou seja, é aquele que não exerce devidamente sua cidadania.

Consoante o estudo, a exclusão social era vista de forma natural, mais precisamente pelos gregos. Pode-se afirmar que a exclusão social tem como raiz à Grécia antiga, onde grande parte da população era excluída, pois os escravos, os estrangeiros e as mulheres não participavam do ágora³⁷. Tornou-se um problema sociológico e jurídico, a partir da era contemporânea, com a crise econômica mundial, mais precisamente na Europa e nos Estados Unidos da América. Dessa maneira, a exclusão social é um problema que afeta todas as nações, de acordo com o grau econômico delas, atingindo as sociedades de modos distintos, segundo a profundidade da pobreza.

Os moradores das periferias pobres, bairros, favelas, que na grande maioria são excluídos socialmente, sofrem com a segregação urbana e com as desigualdades sociais. *In loco*, não contam com segurança policial, mas com a “lei do mais forte” – no caso das favelas pelo “poder paralelo” – os traficantes.

É nas favelas, o lugar onde o Estado mais dificilmente alcança. Justamente pela imposição desse “poder paralelo”, e da aceitação dessa situação pelos moradores. Esse poder oferece aos favelados a segurança e a resolução de pequenos conflitos, pois todos os problemas e questões pertinentes são resolvidos pelo dono da favela, o traficante, que se sobressai entre os outros.

³⁷ Local onde os filósofos discutiam, era uma praça.

Percebe-se então o motivo da introdução do Balcão de Direitos nas favelas. Como órgão público ou organização civil, e com a permissão do traficante, é fornecida a documentação básica aos favelados, que passam a conhecer os direitos oferecidos pelo Estado de forma sutil. Essa foi à maneira que o Estado e as organizações civis (ongs) adotaram com a finalidade de levar a reabilitação urbana aos favelados.

Com relação às cidades pequenas e longínquas, aos bairros distantes e periferias pobres, o Estado tem alcançado com outros institutos de acesso à justiça, como por exemplo, a Justiça Itinerante do Amapá. Como existem povoados ribeirinhos, essa justiça se utiliza de barcos que se transformam em centros de retiradas de documentos e de mediações conflitivas. Um outro exemplo, também abordado mais adiante no estudo, é a Justiça Comunitária, que tem a mesma finalidade, não obstante, em bairros e periferias contam com o auxílio de moradores ou com a associação de moradores do bairro, para montar um centro comunitário para atender os moradores juridicamente.

Então, no tocante ao Estado e as organizações civis, são essas as principais contribuições pertinentes para o problema da exclusão social, que são impostas por meio das seguintes tentativas de análises a serem resolvidas: a identificação dos moradores por meio do senso comum em seus conflitos e carências nas desigualdades sociais para conseguir como meta a mediação; a análise da hierarquia do ambiente social, com ênfase na conscientização da capacidade dos excluídos em estarem se reabilitando urbanamente e conhecerem os seus direitos fundamentais, como exercer a cidadania; a análise da frequência da marginalidade *in loco* e, por conseguinte, a correspondência de uma investida intelectual na formulação de questões que vinculam uma educação social à inclusão social.

Desse modo, cabe trazer a baila o enfoque de Luciano Oliveira (1997, p.50), no que aduz sobre a exclusão:

não pode ser enfocada simplesmente pelo aspecto econômico, que pouco diz sobre a necessidade de sua inclusão, que passa pelo viés político e ético. Este problema somente poderá ser adequadamente enfrentado se assumirmos uma postura ética em defesa de um modo de vida digno para todos.

3.4. O Balcão de Direitos, A Justiça Itinerante e a Justiça Comunitária

O Balcão de Direitos se originou a partir da carência do exercício da cidadania em pessoas com o nível inferior financeiro, cultural e educacional, ou seja, a população de baixa renda. A implantação desse instituto viabilizador de acesso à justiça, foi iniciada por órgãos públicos e por organizações proeminentes da sociedade civil.

Necessariamente, há necessidade de se mencionar uma distinção em relação ao projeto Balcão de Direitos: quando é implantado em uma favela, periferia pobre, ou até mesmo em áreas indígenas, se sua origem for advinda de um órgão público, terá como diferenciador o fornecimento de documentação civil básica (certidão de nascimento, carteira de identidade, certificado de reservista etc). Se for advinda de uma organização civil, não poderá fornecer documentos civis básicos, mas irá encaminhar o excluído social para um órgão público que faça esse serviço.

Advindo em quase sua totalidade de uma organização não-governamental, o Balcão de Direitos formatou-se da necessidade da efetivação de projetos para dar assistência jurídica às favelas e periferias pobres do Rio de Janeiro, inicialmente no ano de 1996, devido ao

crescimento da violência, da cultura de armas, da exclusão social etc, foi desenvolvido pela Organização civil Viva Rio³⁸.

Ocorre que, devido ao sucesso e efetivação desse projeto, as demais cidades e grandes centros que possuem favelas e periferias pobres adotaram esse novo empreendimento para resolver, conciliar e mediar conflitos, que dantes não eram alcançados pelo Poder Judiciário.

Desse modo, o Balcão de Direitos visa a auxiliar juridicamente aos habitantes das favelas e das periferias pobres por meio da mediação de conflitos que possam ser resolvidos pacificamente, sem o subsídio das instituições formais de justiça, como também visa a ensinar noções de direitos e deveres, ou seja, o fortalecimento da noção de justiça.

A segurança jurídica ofertada pelo Judiciário não se evidencia adequada a fim de atender grande parte das pretensões normativas que emergem prontamente do processo da ação social. Para que o agente do Balcão de Direitos influente nesses locais possa cooperar suficientemente no procedimento de resolução de conflitos, ele tem de atuar, utilizando-se de preceitos e valores plurais, que se mostra de feito bastante complexo no ambiente conflituoso.

Uma das mais formidáveis características do Balcão de Direitos é de não transpor para a população uma representação de serviço externo, mas de buscar informar e integrar à

³⁸ Foi criada no ano de 1993, na cidade do Rio de Janeiro, com a finalidade de estabelecer ou restabelecer a cidadania, a paz e a integração na sociedade, daqueles que convivem com a violência banalizada, incorporando-se aí o uso de armas; e, com a pobreza revelada nas periferias e nas favelas. Ou seja, todos aqueles que vivem numa exclusão social. Desse modo, nessa organização se desenvolve: as ações comunitárias, como no caso, o Balcão de Direitos (que por insuficiência de recursos está parado no Rio de Janeiro); a comunicação, sendo um vetor da cidadania e o conhecimento do direito; e, a segurança, que é abrangida em todos os aspectos, como o controle das pessoas propriamente ditas e o controle de armas. Disponível em: <www.vivario.org.br>.

existência das favelas ou periferias direitos individuais e coletivos, por meio do direito como instrumento. Não há também como esquecer o compromisso de resgatar a cidadania, munindo esses cidadãos da regularização de suas conjunturas sociais, expandindo assim o ingresso à justiça, e cumprindo afazeres voltados para despertar a consciência da população por meio de palestras e discussões sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Porquanto, satisfazendo à diligente dialética, a retórica, desenvolver-se-á a partir da ponderação, com uma acepção instrumentalmente decidida, sendo a paz a predisposição fundamental para o soluto do conflito.

O Balcão de Direitos ainda tem outros planos em etapas de desenvolvimento: o Balcão/Universidade, projeto que sugere unir a concentração acadêmica a exercício dos núcleos do Balcão de Direitos, e a Escola de Mediadores, que busca compor jovens mediadores de conflitos em escolas públicas a fim de gerar um costume de tranqüilidade.

Contudo, para desempenhar todas essas tarefas aludidas, o Balcão de Direitos computa com os conseqüentes caracteres: de atendimento, que faz a assessoria jurídica e mediação de conflitos nas favelas e periferias; de formação, que capacita os agentes mediadores nas favelas e periferias pobres; de informação e pesquisa, sendo responsável pela administração do atendimento interno e externo do Balcão de Direitos, atua como plataforma de informações entre as equipes, as favelas ou periferias pobres e os parceiros institucionais; e a administração, que dá suporte para toda a estrutura do projeto.

O avanço que o Balcão de Direitos pode ajustar não alude exclusivamente a bens materiais, mas a algo do mesmo modo indispensável: uma oportunidade para que pessoas

diametralmente despojadas de direitos basais sejam escutadas em suas queixas e, se admissível, orientadas para a mais perfeita solução da dificuldade.

Sem ambigüidade, é imperioso a performance do Balcão de Direitos em prover orientação aos acolhidos sobre os problemas jurídicos a que todos os inclusos socialmente estão sujeitos, o amplo mérito da instituição é exatamente buscar legitimar-se como uma via aberta de diálogo, resolvendo por meio da mediação, os conflitos pertinentes às favelas e às periferias pobres.

Destarte, no tocante a sua extensão como projeto, é importante aludir que o Balcão de Direitos, como já mencionado inicialmente, não abrange apenas os Estado do Rio de Janeiro e suas cidades, atualmente, está implantado em quase todos os Estados brasileiros, como: Piauí, Roraima, Alagoas, Tocantins, Minas Gerais, São Paulo etc.

Um outro instituto viabilizador do acesso à justiça que tem natureza comum ao dos juizados, é a Justiça Itinerante. É adotada na maior parte dos Estados brasileiros, sendo empregados para as dimensões terrestres – ônibus, ou fluviais – barcos, que é caso da Justiça Itinerante do Amapá.

Sua estrutura na maioria dos Estados brasileiros é compreendida como um veículo-motor, um ônibus que é desconexo em dois compartimentos, sendo um para o ajuste das partes e a outro para audiência. Desse modo, o ônibus itinerante percorre as cidades onde o Poder Judiciário não voga, ou seja, cidades ou bairros que ainda não contam com a existência de fóruns.

Nos atendimentos, as causas de até vinte salários mínimos são gratuitas, e mais ainda, o itinerante medeia os conflitos entre as partes, levando o acesso à justiça às pessoas que não podem por motivos geográficos e financeiros ter uma resposta estatal. Porquanto, na Justiça Itinerante, sua essência se baseia na celeridade, os cidadãos têm o ensejo de apresentar os casos e perpetrar suas reivindicações. Assim, a presteza é tão eficaz que no derradeiro dia os pedidos são dirigidos a uma secretaria, que ficará incumbida dos protocolos legais. Se não houver a probabilidade de concerto entre as partes, o magistrado intervém elaborando a solução final para a demanda.

A Justiça Comunitária também tem natureza comum aos juizados. É mais uma alternativa para os cidadãos na resolução dos conflitos, que sejam resolvidos de forma breve e eficaz, visando a proporcionar o mais amplo acesso dos cidadãos carentes à justiça. Surgiu da parceria dos Tribunais de Justiça, dos Ministérios Públicos, da Ordem dos Advogados do Brasil, da Defensoria Pública e órgãos públicos, precipuamente no Distrito Federal e depois nos outros Estados.

Assim, inicialmente era utilizado um ônibus adequado para a realização das audiências, como a Justiça Itinerante, e um cartório determinado, que ficava na sede do Juizado Especial Cível. Este por sua vez era instalado nos bairros e periferias, onde não havia existência de fóruns.

Atualmente, a Justiça Comunitária pode ser implantada em faculdades de direito, o que beneficia, conjuntamente com os cidadãos, os estudantes de direito, que participam juridicamente de atividades que proporcionam cidadania e justiça, em bairros ou periferias pobres, onde a organização fica a encargo do magistrado, com a gerência de um conselho

consultivo, que é presidido pelo coordenador, e formado pelo representante do parquet, da defensoria pública e da Ordem dos Advogados do Brasil.

A dinâmica da Justiça Comunitária é realizada por intermédio da orientação de pessoas provenientes dos próprios bairros ou periferias pobres – agentes mediadores – que são escolhidos dentre os moradores dos bairros onde estiver implantada a Justiça Comunitária, e são treinados e capacitados, recebendo noções de direito para o desempenho de suas atribuições.

Os agentes mediadores ou comunitários são responsáveis por mediar a composição dos conflitos das periferias, no próprio bairro, de prestar informações às pessoas que buscam orientação, encaminhando-as aos órgãos competentes. Atuam também como agentes multiplicadores do projeto da Justiça Comunitária, com a finalidade de proporcionar ao bairro o acesso à informação e à justiça, em meio a outras pertinências.

Os objetivos basais da Justiça Comunitária são: reafirmar o ajuste do Estado na concretização dos Direitos Humanos, segundo conjecturado na Carta Magna, na Declaração dos Direitos Humanos e nos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário; estabelecer meios de agenciamento de uma justiça preventiva para que os cidadãos tenham a capacidade de praticarem a autogestão, exercício essencial da cidadania; e desempenhar por meio dos agentes mediadores ou comunitários de justiça e cidadania, a justiça sem jurisdição.

Enfim, para que a justiça e a cidadania fossem efetivamente exercitadas no âmbito das periferias e bairros carentes, mormente por meio de práticas preventivas, a Justiça Comunitária surgiu de uma alternativa que tem o desígnio dos juizados especiais para

desenvolverem a prática da estimulação do cidadão para a justiça. Além disso, assentar a origem da autonomia no seio dos bairros na população carente e excluída socialmente, aparando para que seus cidadãos encontrem os mais perfeitos caminhos para decidirem seus conflitos por meio da informação jurídica, do diálogo e da sustentabilidade.

CONCLUSÕES

Para a questão colocada inicialmente para o desenvolvimento da pesquisa (o Poder Judiciário está obtendo sucesso na tutela jurisdicional?), o trabalho buscou demonstrar através de análise bibliográfica e experiência acadêmica e profissional, que o acesso à justiça, embora com identificação de certas dificuldades, encontra meios de afirmação do direito advindos por intermédio do Poder Judiciário, de organizações civis, de agentes do direito, como também de voluntários que se tornam agentes mediadores, em se tratando de arbitragem.

Foram analisados alguns instrumentos jurídicos que viabilizam o acesso à justiça, como: a Arbitragem, a Justiça Restaurativa na área penal, os Juizados Especiais, o Balcão de Direitos, a Justiça Itinerante e a Justiça Comunitária.

Nessa linha de pensamento foram aferidas questões que impedem o acesso à justiça em um sentido amplo, isto diante do grande volume de processos que recebe cotidianamente, com prejuízos financeiros e até psicológicos para as partes, contribuindo de tal modo para o retardamento da prestação jurisdicional, caracterizando um não acesso à justiça, sejam àqueles que demandam processualmente ou aqueles que ainda não conseguiram bater à porta do Poder Judiciário.

A morosidade processual assombra em alguns casos o Poder Judiciário. Porém, em outros, como as Justiças Eleitoral e Trabalhista cuja celeridade processual é observada quase que plenamente, com a já implantada lei do Processo Judicial Eletrônico.

Foram atribuídas ao problema da morosidade processual algumas situações que efetivam a prestação jurisdicional: a presença de representantes da sociedade que auxiliam o Estado; a conscientização da população do necessário conhecimento do direito; e o efetivo exercício da cidadania, que implica a exteriorização da mesma.

Sobre a realidade processual brasileira, no que tange à morosidade processual, foram enfocadas algumas leis que já estão contribuindo para a duração razoável do processo, não fazendo mais sentido a utilização de expedientes que impedem a tutela jurisdicional. Neste sentido encontra-se a análise feita da Emenda nº45/04 e da Súmula Vinculante.

Da análise também foi identificado que acentuou-se a consecução efetiva dos direitos pleiteados ou estagnados no Judiciário, sendo necessária ainda uma justiça norteada para a devida aplicação dos princípios constitucionais, respeitando especialmente a Dignidade da Pessoa Humana.

Os cidadãos devem ser respeitados por sua dignidade, não se podendo excluí-los em razão da raça, condição financeira, cultural etc. E é nessa ótica que os agentes mediadores, que compõem certos instrumentos auxiliares da justiça, recebem os cidadãos, não somente para comporem seus conflitos particulares, mas para propagarem o conhecimento de seus direitos, a capacidade e o exercício da cidadania, enfim, a reabilitação social.

É nesse diapasão que foram estudados alguns instrumentos viabilizadores do acesso à justiça (a Arbitragem, a Justiça Restaurativa na área penal, os Juizados Especiais, o Balcão de Direitos, a Justiça Itinerante e a Justiça Comunitária), sobretudo nos lugares onde não existe a presença estatal, nos interiores do país, sob a forma do Poder Judiciário. Também, como o

Brasil é um país geograficamente extenso, há cidades, bairros, favelas e periferias pobres, que ainda não dispõem de fóruns. Desse modo é que nasceu a necessidade desses instrumentos levarem o amparo social e jurídico àqueles que, para conseguirem uma segurança jurídica, percorrem longas distâncias.

Concluindo, foram demonstradas algumas particularidades do acesso à justiça que incidem na vida cotidiana dos brasileiros, precipuamente daqueles que sofrem por não terem uma melhor condição financeira, educacional, cultural, de estarem exercendo continuamente os direitos afirmados pela Constituição Cidadã. Os instrumentos analisados auxiliam significativamente para que todos possam ter um melhor acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor Wiesengrund. Notas marginais sobre teoria e práxis. In: **Palavras e sinais: modelos críticos**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato. **Início da personalidade da pessoa natural no projeto do novo Código Civil Brasileiro**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, Editora RT, São Paulo, Número especial de lançamento.

ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum: acadêmico de direito**. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Rideel, 2007.

ARDANT, Philippe. **Manual de institutions politiques & droit constitutionnel**. 4. ed. Paris: LGDJ, 1992.

ARRUDA, Marcos. CALDEIRA, Cesar. **Como surgiram as constituições brasileiras**. Rio de Janeiro: FASE (Federação de órgãos para assistência social e educacional). Projeto Educação Popular para a Constituinte, 1986.

ASSIS, Olney Queiroz. **O estoicismo e o direito**. São Paulo: Lúmen, 2002.

BACHELARD, Gaston. **Epistemologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 11. Aufl. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito e processo – influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

BERMUDES, Sérgio. **A efetividade do processo, direito processual civil: Estudos e Pareceres**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 5. ed. ver. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BOURDIER, Pierre. **Poder simbólico**. Lisboa: Difel, 1989.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus, 2001.

CABEDA, Luiz Fernando. **A justiça agoniza: ensaio sobre a perda do vigor, da função e do sentido da justiça no poder judiciário**. São Paulo: Esfera Editora, 1998.

CABRAL, Bernardo. **Reforma do judiciário e a promessa constitucional de acesso à justiça e de participação popular**. Brasília: Senado Federal, 2002.

CAPELLA, Juan Ramon. **Sobre a extinção do direito e a supressão dos juristas**. Coimbra: Centelha, 1977.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

_____. **O processo civil no direito comparado**. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultural Jurídica – Editora Líder, 2001.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. 2ª Ed. São Paulo: Forense, 1989.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais** (lei nº9.099/95, parte geral e parte cível, comentada artigo por artigo em conjunto com as leis federais, lei nº10.259/2001). 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 1.ed. Campinas: Bookseller, 1998.v.1.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A nova cidadania**. São Paulo: Lua Nova, n. 28/29, 993.

COUTURE, Eduardo José. **Introdução ao estudo do processo civil**. Tradução Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1998.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição.** São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos juizes.** São Paulo: Saraiva, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 4 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno.** 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1.

_____. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo, Malheiros, 2001.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A justificação do direito e sua adequação social: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

DWORKIN, Ronald. **The model of rules.** University of Chicago Law Review, 1967.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais.** Apresentação J. J. Gomes Canotilho. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica.** 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno.** Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo.** Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1989.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito.** 8º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HORKHEIMER, Max. Filosofia e Teoria Crítica. In: **Os pensadores.** São Paulo: Nova Cultural, 1989.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** São Paulo: Nova Cultural, 2005.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

JAMES, William. **Pragmatismo e outros textos.** São Paulo: Abril cultural, 1979.

JELLINEK, George. **Reforma y mutación de la constitución.** Tradução de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos.** São Paulo: Cia. Das Letras, 1988.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Tradução Walter Stöner. 3. ed. Rio de Janeiro: Líber júris, 1988.

LEME, Luiz Eugênio Garcez; MARTINS, Ives Gandra da Silva; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **O direito à vida do anencéfalo**. São Paulo: Rede Vida, s.d.(reprodução do programa tribuna independente).

LYRA, Roberto. **O que é direito**. Coleção Primeiros Passos; 62. São Paulo: Brasiliense, 1999.

LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: UNB, 1985.

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UNB, 1980.

_____. **Sociologia do direito I e II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983/1985.

MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Direito e sociedade**. Salvador: Progresso, 1957.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil - Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: RT, 2006. v.1.

MELLO, Celso D. De Albuquerque. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001.

Moraes, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

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

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado: e legislação extravagante**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____, **Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos**. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

NETO, José Cichocki. **Limitações ao acesso à justiça**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

OLIVEIRA, Luciano. **Os excluídos existem?** – Notas sobre a elaboração de um novo conceito. *RBCS*, n. 33, ano 12 fev. 1997.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. 1. ed. Rio de Janeiro: forense, 1999.

POZZOLI, Lafayette. **Direito comunitário europeu**: uma perspectiva para a América Latina. São Paulo: Método, 2003.

_____. **Justiça dos tribunais ou da cidadania ?**. São Paulo: Cidade Nova, 1996.

_____. **Maritain e o direito**. São Paulo: Loyola, 2001.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Saraiva, 1972.

_____. **Lições preliminares de direito**. 26 ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999.

ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Teoria do direito e do estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROGÉ, Bernadette; THÉODULE, Marie-Laure. Autismo. **A verdade sobre um cárcere mental**. Revista Maremagnum, Edita, nº. 08, p. 129-141, 2004.

ROLIM, Marcos; SCURO NETO, Pedro; DE VITTO, Renato Campos Pinto e PINTO, Renato Sócrates. **Justiça restaurativa – um caminho para os direitos humanos?**. Textos para Debates. Ed. IAJ – Instituto de Acesso à Justiça. Porto Alegre, 2004.

SÁ, Djanira Maria Radames. **A atividade recursal e na reforma do judiciário**. 1. ed. São Paulo: Pillares, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SCURO NETO, Pedro. **Câmaras restaurativas**: a justiça como instrumento de transformação de conflitos. In: Encontros pela Justiça na Educação. Org. Afonso A. Konzen. Brasília: Fundescola, 2000.

SENNETT, Richard. **A corrosão do caráter**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 1999.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem**: um caminho para a crise do judiciário. Barueri: Manole, 2005.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. V.III. Rio de Janeiro: Forense, 1989

SILVA, Vírgilio Afonso da. **A constituição do direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota. **Segurança jurídica e jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1996.

_____. **50 Anos de direitos humanos**. Orgs. Carlos Aurélio Mota de Souza, Roberto Bueno. São Paulo: Themis, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Roberto Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

Wambier, T.A.A. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; CAMBI, Accácio; COUTINHO, Aldacy Rachid. **Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a ec n.45/2004**. São Paulo: RT, 2005.

WATANABE, Kazuo. Demandas Coletivas e os Problemas Emergentes da Práxis Forense. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 185-196.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. ver. e atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 2ª. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

WYLLIE, G. **A noção de justiça em Tomás de Aquino**. Brasil, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ANEXO A

PACTO DE ESTADO POR UM JUDICIÁRIO MAIS RÁPIDO E PEPUBLICANO

DESPACHOS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Exposição de Motivos

Nº 204, de 15 de dezembro de 2004.

Proposta de formalização do “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano”.

Publique-se o texto do Pacto na íntegra. Em 15 de dezembro de 2004.

PACTO DE ESTADO EM FAVOR DE UM JUDICIÁRIO MAIS RÁPIDO E REPUBLICANO

Poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto à questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático.

Em face do gigantesco esforço expendido sobretudo nos últimos dez anos, produziram-se dezenas de documentos sobre a crise do Judiciário brasileiro, acompanhados de notáveis propostas visando ao seu aprimoramento.

Os próprios Tribunais e as associações de magistrados têm estado à frente desse processo, com significativas proposições e com muitas iniciativas inovadoras, a demonstrar que não há óbices corporativistas a que mais avanços reais sejam conquistados.

O Poder Legislativo não tem se eximido da tarefa de contribuir para um Judiciário melhor, como demonstram a recém-promulgada reforma constitucional (EC no 45/2004) e várias modificações nas leis processuais.

A reforma do sistema judicial tornou-se prioridade também para o Poder Executivo, que criou a Secretaria de Reforma do Judiciário no âmbito do Ministério da Justiça, a qual tem colaborado na sistematização de propostas e em mudanças administrativas.

São essas as premissas que levam os três Poderes do Estado a se reunirem em sessão solene, a fim de subscreverem um Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano, consubstanciado nos seguintes compromissos fundamentais:

1. IMPLEMENTAÇÃO DA REFORMA CONSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO

Em virtude da ação concertada entre os três Poderes, foi promulgada a EC no 45/2004. Subseqüentemente, todas as providências serão adotadas para a implementação das mudanças aprovadas até o final do 1º semestre de 2005. Merecem destaque, nesse contexto, a instalação do Conselho Nacional de Justiça e a deflagração dos trabalhos da Comissão Especial Mista do Congresso Nacional, destinada a aprovar medidas legislativas que tornem mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.

2. REFORMA DO SISTEMA RECURSAL E DOS PROCEDIMENTOS

Tramitam hoje nas Casas Parlamentares muitos projetos de lei propondo alterações nos Códigos de Processo Civil e de Processo Penal, bem como em aspectos do processo trabalhista. Tais reformas são reclamadas por toda a comunidade jurídica, que deseja regras capazes de agilizar e simplificar os julgamentos - sem prejuízo das garantias individuais. Os signatários comprometem-se a coordenar iniciativas para auxiliar o Congresso Nacional na conclusão desse trabalho.

No tocante aos Códigos de Processo Civil, Processo Penal e ao processo trabalhista, serão submetidos à apreciação parlamentar os projetos e sugestões anexados, sistematizados por comissão conjunta liderada pelo presidente do Supremo Tribunal Federal e pelo Ministro de Estado da Justiça. Tais proposições foram apresentadas nos últimos anos por juristas, magistrados e Tribunais, bem como por diversas entidades: o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) e o Colégio de Presidentes de Tribunais de Justiça, entre outros.

3. DEFENSORIA PÚBLICA E ACESSO À JUSTIÇA

Ainda há descompasso entre os quadros das Defensorias Públicas da União e dos Estados, em relação às necessidades de uma sociedade como a nossa, extremamente desigual e empobrecida. No plano federal, o número de Defensores não chega a dez por cento do número de unidades jurisdicionais a serem atendidas (Tribunais e Varas na Justiça Federal, na Justiça do Trabalho, na Justiça Militar, além dos Tribunais Superiores). Isso constitui severo embaraço ao acesso real à Justiça. Por força do pacto ora celebrado, será constituída comissão para apresentar, em noventa dias, estratégia de superação desse quadro, contemplando, inclusive, metas claras para a progressiva ampliação da Defensoria Pública da União. Posteriormente, serão realizados os contatos necessários com os Governos Estaduais, a fim de celebração das parcerias que se fizerem necessárias.

4. JUIZADOS ESPECIAIS E JUSTIÇA ITINERANTE

Com a aprovação das Leis nos 9.099/95 e 10.259/2001, foram instituídos os Juizados Especiais Estaduais e Federais, resultando em expressivas ampliação do acesso à justiça e agilização de procedimentos.

Uma das facetas mais relevantes dos Juizados Especiais está no reconhecimento de direitos de populações tradicionalmente esquecidas e sem informação quanto às leis.

Nesse âmbito, merece destaque a atuação dos Juizados Itinerantes.

Os signatários assumem o compromisso de apoiar o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça para que os Juizados Itinerantes possam ter continuidade, especialmente nas cidades mais afastadas dos centros urbanos e com menor Índice de Desenvolvimento Humano.

Em outro plano, considerando-se que existem milhares de ações previdenciárias nos Juizados, o Ministério da Previdência Social coordenará iniciativas, em diálogo com os juízes, para que os procedimentos observados na concessão de benefícios previdenciários e assistenciais sejam aperfeiçoados, melhorando o atendimento aos cidadãos e desonerando a máquina judicial.

5. EXECUÇÃO FISCAL

Enquanto parcela da população e a própria economia sentem os efeitos de elevada carga fiscal, mais de R\$ 400 bilhões de reais são objeto de cobrança judicial, em ações propostas pelo Erário contra sonegadores e inadimplentes. O problema é complexo e exige soluções progressivas. Contudo, sem dúvida é possível melhorar os índices de arrecadação por essa via, hoje girando em torno de dois por cento ao ano. Os signatários irão determinar aos órgãos competentes a viabilização de soluções, inclusive com a revisão, ainda em 2005, da Lei no 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), com base na proposta já formalizada pelo Conselho da Justiça Federal.

6. PRECATÓRIOS

Desde 1988, buscam-se soluções para o tormentoso problema dos precatórios vencidos e não pagos, especialmente por intermédio de parcelamentos. Houve êxito parcial, mas remanesce o grave quadro de determinações judiciais que não são cumpridas há anos, descredibilizando a Justiça, desesperando vítimas do Estado e prejudicando o trabalho dos advogados. Os Governos Estaduais e Municipais vivem sob a ameaça de sanções, além de

permanecerem sob o estigma de descumprirem a Constituição e as leis. Na maioria dos casos, faltam-lhes meios para quitar as suas obrigações em tempo razoável.

Como consequência do presente pacto, serão realizados debates e audiências de conciliação visando à construção de modelos institucionais e à adoção de providências que resultem na superação da anomalia enfocada.

7. GRAVES VIOLAÇÕES CONTRA DIREITOS HUMANOS

Fruto da plena integração do Brasil nos Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, avolumam-se denúncias contra o nosso País em foros competentes para a supervisão dos compromissos contraídos. Merece destaque, a este propósito, as representações oferecidas no âmbito da Organização dos Estados Americanos. Como decorrência deste Pacto, a primeira tarefa que será implementada é a identificação de todos esses casos em um único banco de dados. Seguir-se-á a estruturação, no âmbito do Poder Judiciário, de sistema de acompanhamento dos inquéritos e ações judiciais relacionados com os casos enfocados, com vistas ao recebimento das informações necessárias à manifestação do Brasil perante as instâncias internacionais. O objetivo de todas essas iniciativas é resolver rapidamente as controvérsias, inclusive com a busca de soluções amistosas, quando for o caso.

8. INFORMATIZAÇÃO

Uma vez mais a Justiça Eleitoral pôde realizar eleições seguras e rápidas, em decorrência da exitosa experiência das urnas eletrônicas. Trata-se de projeto que só foi adiante por força da ação articulada dos três Poderes do Estado. Este bem-sucedido modelo deve ser estendido para que outras experiências - como os processos eletrônicos (“virtuais”) na Justiça Federal - sejam aprofundadas.

Serão apresentadas, pelo Judiciário, metas de expansão de tais iniciativas, para que as fontes de financiamento sejam viabilizadas pelos três Poderes.

Serão incentivados os convênios de cooperação, para que informações entre órgãos públicos sejam repassadas por meios eletrônicos, a exemplo do que já acontece entre o Judiciário e o Banco Central do Brasil. As ações nessa direção se desenvolverão prioritariamente no campo da segurança pública e da Justiça criminal.

Finalmente, será examinada a possibilidade de os terminais de auto-atendimento dos bancos públicos prestarem alguns serviços de interesse do Judiciário, mormente informações aos cidadãos.

No plano legislativo, serão incluídos na agenda parlamentar os projetos de lei que visam regular e incentivar os procedimentos eletrônicos no âmbito judicial, a exemplo do PLC no 71/2002 (com os aperfeiçoamentos que se fizerem necessários).

9. PRODUÇÃO DE DADOS E INDICADORES ESTATÍSTICOS

Para que as políticas corretas sejam reforçadas, as equivocadas sejam retificadas e novas sejam elaboradas, é fundamental que todos os agentes estatais e sociais contem com conjunto organizado de informações sobre o funcionamento do Judiciário no Brasil. Passos substantivos já foram concretizados, com o funcionamento do Banco Nacional de Dados sobre o Poder Judiciário, em aperfeiçoamento e ampliação desde junho de 2004 em face do projeto “Indicadores Estatísticos do Poder Judiciário”, desenvolvido sob a coordenação do Supremo Tribunal Federal. Paralelamente, o Ministério da Justiça divulgou importante colaboração, intitulada “Diagnóstico do Judiciário”.

Todas as informações disponíveis, além de amplamente divulgadas, serão repassadas, até abril de 2005, à Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, à Fundação Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA e às Universidades, para que tais instituições realizem as análises que considerarem pertinentes, inclusive cotejando-as com outros dados de que disponham. Os documentos elaborados serão apresentados ao Poder

Judiciário, para reflexão e debate, visando à consolidação de cultura de planejamento estratégico na gestão judiciária no Brasil. Como consequência desse processo, será organizado, até o final de 2005, o Centro Nacional de Estudos e Pesquisas Judiciais, sob a coordenação do Supremo Tribunal Federal.

10. COERÊNCIA ENTRE A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA E AS ORIENTAÇÕES

JURISPRUDENCIAIS JÁ PACIFICADAS

Será desenvolvido grande esforço, sob a coordenação da Advocacia- Geral da União, para que as normas e condutas administrativas sejam adequadas às diretrizes já pacificadas no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores. Este processo visará prevenir a multiplicação de demandas em torno do mesmo tema.

O Supremo Tribunal Federal irá priorizar em suas pautas os temas que estão gerando significativa multiplicação de ações judiciais, segundo pleitos a serem formalizados pela Advocacia-Geral da União, pela Procuradoria-Geral da República ou pela Ordem dos Advogados do Brasil. No mesmo sentido, serão realizadas gestões junto aos demais Tribunais, no âmbito de suas competências.

A Advocacia-Geral da União editará as súmulas administrativas que entender necessárias para a viabilização do presente compromisso.

11. INCENTIVO À APLICAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS

A grave questão das execuções penais deve ser enfrentada pela conjunção de esforços dos Poderes Executivo e Judiciário. A conscientização de magistrados, promotores, advogados e da população sobre a efetividade, a eficácia e a utilidade da aplicação de penas alternativas para determinados delitos é fundamental.

As penas alternativas devem ser encaradas como mecanismo mais adequado à reinserção social, como resposta proporcional a delitos de menor gravidade e como solução para o problema do acréscimo constante da população carcerária.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Presidente da República Federativa do Brasil

NELSON JOBIM

Presidente do Supremo Tribunal Federal

JOSÉ SARNEY

Presidente do Senado Federal

JOÃO PAULO CUNHA

Presidente da Câmara dos Deputados

Publicado do DOU 241, de 16 de dezembro de 2004, seção I pág. 8

Publique-se o texto do Pacto na íntegra. Em 15 de dezembro de 2004.

ANEXO B

PRINCÍPIOS BÁSICOS PARA UTILIZAÇÃO DE PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM MATÉRIA CRIMINAL

37ª Sessão Plenária

24 de Julho de 2002

Resolução 2002/12

O Conselho Econômico e Social,

Reportando-se à sua Resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999, intitulada “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”, na qual o Conselho requisitou à Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal que considere a desejável formulação de padrões das Nações Unidas no campo da mediação e da justiça restaurativa, Reportando-se, também, à sua resolução 2000/14, de 27 de julho de 2000, intitulada “Princípios Básicos para utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais” no qual se requisitou ao Secretário-Geral que buscasse pronunciamentos dos Estados-Membros e organizações intergovernamentais e não-governamentais competentes, assim como de institutos da rede das Nações Unidas de Prevenção do Crime e de Programa de Justiça Criminal, sobre a desejabilidade e os meios para se estabelecer princípios comuns na utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, incluindo-se a oportunidade de se desenvolver um novo instrumento com essa finalidade, Levando em conta a existência de compromissos internacionais a respeito das vítimas, particularmente a Declaração sobre Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crimes e Abuso de Poder, Considerando as notas das discussões sobre justiça restaurativa durante o Décimo Congresso sobre Prevenção do Crime e do Tratamento de Ofensores, na agenda intitulada “Ofensores e Vítimas – Responsabilidade e Justiça no Processo Judicial, Tomando nota da Resolução da Resolução da Assembléia-Geral n. 56/261, de 31 de janeiro

de 2002, intitulada “Planejamento das Ações para a Implementação da Declaração de Viena sobre Crime e Justiça – Respondendo aos Desafios do Século Vinte e um”, particularmente as ações referentes à justiça restaurativa, de modo a se cumprir os compromissos assumidos no parágrafo 28, da Declaração de Viena, Anotando, com louvor, o trabalho do Grupo de Especialistas em Justiça Restaurativa no encontro ocorrido em Ottawa, de 29 de outubro a 1º de novembro de 2001, Registrando o relatório do Secretário-Geral sobre justiça restaurativa e o relatório do Grupo de Especialistas em Justiça Restaurativa, 1. Toma nota dos princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativas em matéria criminal anexados à presente resolução;

2. Encoraja os Estados Membros a inspirar-se nos princípios básicos para programas de justiça restaurativa em matéria criminal no desenvolvimento e implementação de programas de justiça restaurativa na área criminal;

3. Solicita ao Secretário-Geral que assegure a mais ampla disseminação dos princípios básicos para programas de justiça restaurativa em matéria criminal entre os Estados Membros, a rede de institutos das Nações Unidas para a prevenção do crime e programas de justiça criminal e outras organizações internacionais regionais e organizações não-governamentais;

4. Concita os Estados Membros que tenham adotado práticas de justiça restaurativa que difundam informações e sobre tais práticas e as disponibilizem aos outros Estados que o requeiram;

5. Concita também os Estados Membros que se apoiem mutuamente no desenvolvimento e implementação de pesquisa, capacitação e outros programas, assim como em atividades para estimular a discussão e o intercâmbio de experiências

6. Concita, ainda, os Estados Membros a se disporem a prover, em caráter voluntário, assistência técnica aos países em desenvolvimento e com economias em transição, se o solicitarem, para os apoiarem no desenvolvimento de programas de justiça restaurativa.

Anexo

Princípios Básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em

Matéria Criminal

PREÂMBULO

Considerando que tem havido um significativo aumento de iniciativas com justiça restaurativa em todo o mundo.

Reconhecendo que tais iniciativas geralmente se inspiram em formas tradicionais e indígenas de justiça que vêem, fundamentalmente, o crime como danoso às pessoas, Enfatizando que a justiça restaurativa evolui como uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades, Focando o fato de que essa abordagem permite que as pessoas afetadas pelo crime possam compartilhar abertamente seus sentimentos e experiências, bem assim seus desejos sobre como atender suas necessidades, Percebendo que essa abordagem propicia uma oportunidade para as vítimas obterem reparação, se sentirem mais seguras e poderem superar o problema, permite os ofensores compreenderem as causas e conseqüências de seu comportamento e assumir responsabilidade de forma efetiva, bem assim possibilita à comunidade a compreensão das causas subjacentes do crime, para se promover o bem estar comunitário e a prevenção da criminalidade, Observando que a justiça restaurativa enseja uma variedade de medidas flexíveis e que se adaptam aos sistemas de justiça criminal e que complementam esses sistemas, tendo em vista os contextos jurídicos, sociais e culturais respectivos, Reconhecendo que a utilização da

justiça restaurativa não prejudica o direito público subjetivo dos Estados de processar presumíveis ofensores

I – Terminologia

1. Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos

2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles).

3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo.

Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor.

4. Partes significa a vítima, o ofensor e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime que podem estar envolvidos em um processo restaurativo.

5. Facilitador significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo.

II. Utilização de Programas de Justiça Restaurativa

6. Os programas de justiça restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, de acordo com a legislação nacional

7. Processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da

vítima e do ofensor. A vítima e o ofensor devem poder revogar esse consentimento a qualquer momento, durante o processo. Os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais.

8. A vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo. A participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior.

9. As disparidades que impliquem em desequilíbrios, assim como as diferenças culturais entre as partes, devem ser levadas em consideração ao se derivar e conduzir um caso no processo restaurativo.

10. A segurança das partes deverá ser considerada ao se derivar qualquer caso ao processo restaurativo e durante sua condução.

11. Quando não for indicado ou possível o processo restaurativo, o caso deve ser encaminhado às autoridades do sistema de justiça criminal para a prestação jurisdicional sem delonga. Em tais casos, deverão ainda assim as autoridades estimular o ofensor a responsabilizar-se frente à vítima e à comunidade e apoiar a reintegração da vítima e do ofensor à comunidade.

III - Operação dos Programas Restaurativos

12. Os Estados membros devem estudar o estabelecimento de diretrizes e padrões, na legislação, quando necessário, que regulem a adoção de programas de justiça restaurativa. Tais diretrizes e padrões devem observar os princípios básicos estabelecidos no presente instrumento e devem incluir, entre outros:

- a) As condições para encaminhamento de casos para os programas de justiça restaurativos;
- b) O procedimento posterior ao processo restaurativo;
- c) A qualificação, o treinamento e a avaliação dos facilitadores;

- d) O gerenciamento dos programas de justiça restaurativa;
- e) Padrões de competência e códigos de conduta regulamentando a operação dos programas de justiça restaurativa.

13. As garantias processuais fundamentais que assegurem tratamento justo ao ofensor e à vítima devem ser aplicadas aos programas de justiça restaurativa e particularmente aos processos restaurativos;

a) Em conformidade com o Direito nacional, a vítima e o ofensor devem ter o direito à assistência jurídica sobre o processo restaurativo e, quando necessário, tradução e/ou interpretação. Menores deverão, além disso, ter a assistência dos pais ou responsáveis legais.

b) Antes de concordarem em participar do processo restaurativo, as partes deverão ser plenamente informadas sobre seus direitos, a natureza do processo e as possíveis conseqüências de sua decisão;

c) Nem a vítima nem o ofensor deverão ser coagidos ou induzidos por meios ilícitos a participar do processo restaurativo ou a aceitar os resultados do processo.

14. As discussões no procedimento restaurativo não conduzidas publicamente devem ser confidenciais, e não devem ser divulgadas, exceto se consentirem as partes ou se determinado pela legislação nacional.

15. Os resultados dos acordos oriundos de programas de justiça restaurativa deverão, quando apropriado, ser judicialmente supervisionados ou incorporados às decisões ou julgamentos, de modo a que tenham o mesmo status de qualquer decisão ou julgamento judicial, precluindo ulterior ação penal em relação aos mesmos fatos.

16. Quando não houver acordo entre as partes, o caso deverá retornar ao procedimento convencional da justiça criminal e ser decidido sem delonga. O insucesso do processo restaurativo não poderá, por si, usado no processo criminal subsequente.

17. A não implementação do acordo feito no processo restaurativo deve ensejar o retorno do caso ao programa restaurativo, ou, se assim dispuser a lei nacional, ao sistema formal de justiça criminal para que se decida, sem demora, a respeito. A não implementação de um acordo extrajudicial não deverá ser usado como justificativa para uma pena mais severa no processo criminal subsequente.

18. Os facilitadores devem atuar de forma imparcial, com o devido respeito à dignidade das partes. Nessa função, os facilitadores devem assegurar o respeito mútuo entre as partes e capacita-las a encontrar a solução cabível entre elas.

19. Os facilitadores devem ter uma boa compreensão das culturas regionais e das comunidades e, sempre que possível, serem capacitados antes de assumir a função.

IV. Desenvolvimento Contínuo de Programas de Justiça Restaurativa

20. Os Estados Membros devem buscar a formulação de estratégias e políticas nacionais objetivando o desenvolvimento da justiça restaurativa e a promoção de uma cultura favorável ao uso da justiça restaurativa pelas autoridades de segurança e das autoridades judiciais e sociais, bem assim em nível das comunidades locais.

21. Deve haver consulta regular entre as autoridades do sistema de justiça criminal e administradores dos programas de justiça restaurativa para se desenvolver um entendimento comum e para ampliar a efetividade dos procedimentos e resultados restaurativos, de modo a aumentar a utilização dos programas restaurativos, bem assim para explorar os caminhos para a incorporação das práticas restaurativas na atuação da justiça criminal.

22. Os Estados Membros, em adequada cooperação com a sociedade civil, deve promover a pesquisa e a monitoração dos programas restaurativos para avaliar o alcance que eles tem em termos de resultados restaurativos, de como eles servem como um complemento ou uma alternativa ao processo criminal convencional, e se proporcionam resultados positivos para todas as partes. Os procedimentos restaurativos podem ser modificados na sua forma

concreta periodicamente. Os Estados Membros devem porisso estimular avaliações e modificações de tais programas. Os resultados das pesquisas e avaliações devem orientar o aperfeiçoamento do gerenciamento e desenvolvimento dos programas.

V. Cláusula de Ressalva

23. Nada que conste desses princípios básicos deverá afetar quaisquer direitos de um ofensor ou uma vítima que tenham sido estabelecidos no Direito Nacional e Internacional.

Tradução Livre por Renato Sócrates Gomes Pinto.