



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

UMA ABORDAGEM CRÍTICA DO ACESSO À JUSTIÇA E A RELEVÂNCIA DA
ATUAÇÃO DAS PARTES

Cássia Cristina Vieira Ferraz Pinheiro de Freitas

Rio de Janeiro

2018

CÁSSIA CRISTINA VIEIRA FERRAZ PINHEIRO DE FREITAS

UMA ABORDAGEM CRÍTICA DO ACESSO À JUSTIÇA E A RELEVÂNCIA DA
ATUAÇÃO DAS PARTES

Monografia apresentada como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu da Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Ubirajara da Fonseca Neto

Coorientadora:

Professora Néli L. C. Fetzner

Rio de Janeiro

2018

CÁSSIA CRISTINA VIEIRA FERRAZ PINHEIRO DE FREITAS

UMA ABORDAGEM CRÍTICA DO ACESSO À JUSTIÇA E A RELEVÂNCIA DE
ATUAÇÃO DAS PARTES

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso da Pós-
Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro

Aprovada em ____ de _____ de 2018. Grau Atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Prof. Des. Cláudio Brandão de Oliveira - Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro – EMERJ

Convidado: Prof. Dr. Marcelo Pereira de Almeida - Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro – EMERJ

Orientador: Prof. Dr. Ubirajara da Fonseca Neto - Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro – EMERJ

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA AUTORA.

Aos meus pais, ao meu marido e a minha filha, por
nunca desistirem de acreditar nos meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por estar presente em minha vida, principalmente, por ter me escolhido para esta etapa, capacitando-me, com seu espírito e bênção a cada dia. Sem Deus nada teria sido.

Aos meus pais, Antônio Figueiredo Ferraz e Rosana Vieira Ferraz, que não somente desempenharam o papel de genitores, mas me deram oportunidade para a minha capacitação e formação.

À Helenice Guimarães da Silva, minha avó materna, pelo incentivo e por acreditar no meu potencial.

A todos os tios e tias, paternos e maternos, bem como a todos os primos e primas, os quais sempre estiveram ao meu lado nos momentos de alegria e de tristeza.

A Puff, meu irmãozinho, que sempre foi um companheiro fiel e leal.

Ao meu marido, Evandro Pinheiro de Freitas, que me proporcionou o verdadeiro amor, além de ter me auxiliado nos momentos mais penosos e mais alegres da nossa história.

A todos os amigos e amigas que conheci na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, assim como a todos os professores e funcionários dessa Instituição que sempre foram atenciosos e dedicados.

Ao professor e orientador Ubirajara Fonseca Neto, o qual muito me ajudou na dedicação e na elaboração deste trabalho.

À professora e coorientadora Néli Fetzner, pela paciência, pela dedicação, o amor pelo que faz, ao carinho transmitido aos alunos, incentivando, motivando, com alegria, atenção para esta produção monográfica.

“Seja um instrumento de fé na vida das
pessoas”.

Padre Marcelo Rossi

SÍNTESE

Com o advento do Código de Processo Civil, de novas legislações, novos sistemas jurídicos processuais surgiram com o escopo de afastar, ainda que, paulatinamente, a crise Judiciária. O presente trabalho indica que o Código de Processo Civil é um dos principais pontos de enfoque ao acesso à justiça, para o qual contribui com uma participação mais ativa das partes – autora e ré -, durante determinado processo. Faz-se uma abordagem crítica sobre a quarta onda do acesso à justiça que se fundamenta na ética profissional, que se mostra insuficiente diante do cenário atual em um conglomerado de questões éticas, sociais, culturais, jurídicas, institucionais, econômicas e políticas. A ética profissional condensada a uma cooperação ativa das partes processuais e as inovações técnicas mais flexíveis do sistema jurídico pátrio adjetivo demonstram a busca de uma solução efetiva dos conflitos, para a qual se confirma o acesso à justiça, caracterizados como elementos necessários para aperfeiçoar a quarta onda em prol do Judiciário e do jurisdicionado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A RELAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA E DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL COM O ACESSO À JUSTIÇA	12
1.1. A evolução sociológica como impacto para a ordem jurídica	12
1.1.1 O direito como principal instrumento de solução de conflitos	16
1.1.2 As diversas escolas sobre a concepção do direito	18
1.2. Da legitimidade do Judiciário como acesso à justiça	22
1.2.1 Montesquieu: aspecto social do direito	23
1.2.2 Análise do Poder por Montesquieu	24
1.2.3 O Poder Judiciário como instituição necessária ao acesso à justiça	27
1.3. Fundamentos de validade ao acesso à justiça	29
1.3.1 Garantias constitucionais relacionadas ao acesso à justiça	30
1.3.2 A atuação das partes como mobilização do direito	34
2. OS DOGMAS DA COOPERAÇÃO DAS PARTES: LEALDADE E BOA-FÉ	36
2.1. Da lealdade processual	36
2.2. Da boa-fé processual	41
2.3. Dos deveres das partes processuais	45
2.4. Sociedade com aspectos éticos e morais para o acesso à justiça	49
3. ACESSO À JUSTIÇA E OS MÉTODOS “ADEQUADOS” DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	52
3.1. As ondas do acesso à justiça	52
3.1.1 A primeira onda	54
3.1.2 A segunda onda	57
3.1.3 A terceira onda	60
3.2. Acesso à justiça no Brasil	62
3.3. Os tipos alternativos de solução de controvérsias	67
3.3.1 Da arbitragem	67
3.3.2 A mediação e a conciliação	71
4. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO ELEMENTO FACILITADOR DE UMA QUARTA ONDA DE CAPPELLETTI	75
4.1. Da crise judiciária pós-88	76
4.2. Os princípios infraconstitucionais do acesso à justiça	81
4.3. O acesso à justiça em uma proposta constitucional de conscientização ética-educativa	84
4.4. O neoconstitucionalismo como base do acesso à justiça	90
4.5. A reforma processual do Código de Processo Civil como uma das inovações da quarta onda do acesso à justiça	94
CONCLUSÃO	103
REFERÊNCIAS	108

SIGLAS E ABREVIATURAS

AI – Agravo de Instrumento

Art. – Artigo

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

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

DES - Desembargador

DJe – Diário da Justiça Eletrônico

Dr. – Doutor

HC – Habeas Corpus

Nº – Número

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

RJ – Rio de Janeiro

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica propõe uma análise reflexiva sobre os instrumentos caracterizadores da cooperação das partes, em prol da maior regulação jurídica e efetividade de tutela jurisdicional, uma vez que no atual ordenamento jurídico infraconstitucional – Lei nº 13.105/2015 - o novo paradigma versa por uma proposta de justiça mais célere e simplificada para a garantia da efetividade da tutela jurisdicional dos litigantes/interessados.

De certo que no atual contexto societário, considerando a ordem jurídica processual civil, o tema em debate analisa a chamada “quarta onda do acesso à Justiça” propondo como incentivo na solução jurídica dos conflitos não somente a mediação, conciliação e arbitragem.

O sistema jurídico brasileiro tem por fundamento o controle da ordem social, evitando a autotutela do cidadão para solucionar os seus conflitos. Por isso, o Estado, como gestor do Estado Democrático do Direito, conferiu ao Poder Judiciário o controle da ordem social por meio de mecanismos que respeitem o crivo do contraditório e da ampla defesa, garantindo-se um devido processo legal para a efetividade de uma tutela jurisdicional.

Em contraponto, a Lei nº 13.105/2015, tem como principal fundamento e escopo a inovação de práticas alternativas fundadas em direitos e garantias fundamentais pautadas na ética das partes, constituindo-se em um desafio na temática jurídica brasileira.

É nesse limiar jurídico que se desenvolve a pretensa pesquisa, ressaltando-se que o tema em apreço é inovador, uma vez que se pauta em matéria ainda não debatida por parte da doutrina, como também não consagrada em jurisprudência.

No primeiro capítulo, busca-se ponderar, a partir de breve análise histórica, em que o Estado intervém nas relações sociais, com o mecanismo da ordem jurídica, para assegurar a ordem social. Ao advento de um conflito, essa forma de controle sócio jurídico deve ser pautado em um aspecto de cooperação social das partes envolvidas, efetivando o acesso à justiça.

No segundo capítulo, serão evidenciadas as terminologias da lealdade e boa-fé das partes, eis que merecem destaque, por seus papéis primordiais à elevação do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, sob o crivo do devido processo legal. O desenvolvimento dos procedimentos e instrumentos jurídicos do acesso à justiça abordando as peculiaridades da necessidade de cooperação das partes durante a fase processual, indicando os institutos jurídicos pertinentes ao sistema processual vigente.

O terceiro capítulo destina-se a elucidar os métodos alternativos de solução de conflitos, abordando cada instituto jurídico processual numa temática doutrinária de Mauro Cappelletti e

Bryant Garth, como mecanismos de evolução, não somente legislativos, mas como fundamentos para assegurar a ordem jurídica-social.

O último capítulo da pesquisa versará sobre a reforma processual de 2015/2016 (Leis nº 13.105 e nº 13.256) como facilitadora de uma quarta onda de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, pautada na ética, lealdade e boa-fé das partes, sendo fundamentos para a efetividade jurisdicional.

Apesar dos métodos alternativos de solução de conflitos, será necessário analisar o Código de Processo Civil como uma das inovações jurídicas pautada numa perspectiva sócio jurídica, não somente técnica, mas correlacionada em institutos constitucionais que viabilizam a celeridade processual às necessidades da sociedade.

Em assim sendo, a pesquisa será embasada pelo método hipotético-dedutivo, problema, solução e teste de falseamento, uma vez que a pesquisadora pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

No que tange à abordagem do objeto desta pesquisa jurídica o procedimento adotado será o qualitativo, pois a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina) – para sustentar a sua tese tendo por base a Lei nº 13.105/2015.

1. A RELAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA E DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL COM O ACESSO À JUSTIÇA

Sobre a temática da formação da necessidade de cooperação das partes no sistema jurídico brasileiro, os aspectos sociológicos do direito e a ordem social possuem elementos que conferem suporte para a ordem jurídica.

Ovídio Baptista da Silva¹ informa que a realidade social é marcada por modificações em seus mais diversos setores, sendo natural que também na seara jurídica as mutações abalem os paradigmas antes estabelecidos e demonstrem a necessidade de “revisitar” os institutos processuais com a finalidade de adaptá-los para maior aderência tanto social como jurídica.

Abarcando o tema sobre a necessidade de cooperação das partes, é necessário se utilizar não somente de ferramentas e institutos jurídicos pertinentes ao assunto a ser abordado, mas também se valer de uma perspectiva externa a uma conjuntura social, jurídica e antropológica.

1.1. A evolução sociológica como impacto para a ordem jurídica

Em razão de se verificar o instituto jurídico da cooperação das partes, destaca-se que o homem é um ser que necessita de se socializar, caso contrário se submeteria a inúmeros conflitos sociais. O homem isolado, não se relacionando, possuía como defesa, o instinto do ataque, implicando vários conflitos.

Essa situação, com o tempo, deixou de ser potencializada, surgindo a união entre diversos homens, promovendo a estabilidade, segurança e a defesa por seus interesses.

Orlando Almeida Secco² assevera que “o homem é um animal gregário essencialmente, que não só é própria da sua natureza, como também inerente às suas condicionantes de sobrevivência o inter-relacionamento [...]”.

Sozinho, o homem não se desenvolve, tampouco não se torna capaz de se relacionar e produzir critérios comuns e diferentes dos demais seres humanos. Conjuntura que encaminha o

¹ SILVA apud TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 1.

² SECCO, Orlando Almeida. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 11.

próprio homem a ser o seu próprio cárcere e elo de existência, um ser egoístico, que facilmente, não conseguiria sobreviver.

Paulo Nader³ afirma que é na sociedade, não fora dela, que o homem encontra o complemento necessário ao desenvolvimento de suas faculdades, de todas as potências que carrega em si. Por não conseguir a autorrealização, concentra os seus esforços na construção da sociedade, seu *habitat* natural e que representa o grande empenho do homem para adaptar o mundo exterior às suas necessidades de vida.

Essa conjuntura social da evolução do homem, demonstra apenas que apesar do inter-relacionamento, seria necessário primeiramente estabelecer laços de afinidade, muitas vezes, de afeto, em um grupo de ideais comuns, para que, posteriormente, se relacione com outros grupos de diferentes ideologias, culturas em uma conjugação de esforços para os seus reais interesses.

Contudo, ao se deparar com o cenário diverso ao que estaria habituado, o relacionamento do homem com outro de sua espécie dependia dos interesses de cada um. É nesse momento que, apesar das diferenças culturais e sociais, a cooperação surge, tornando-se medida necessária, visto que, quando inexistente, conflitos surgiriam.

Orlando de Almeida Secco⁴, explica que:

Essa conjugação de esforços não teria sido o suficiente para suprir as necessidades do homem quando seus interesses convergiam para único bem, ocorrendo sérias disputas, bem como no sentido de divergências de submeter o outro ao seu ideal. No princípio prevaleceu a vontade do mais forte. Solucionava-se então o conflito, nessa forma rudimentar de concorrência humana, pela submissão dos mais fracos aos mais fortes. Era um processo seletivo perfeitamente natural, pautado tão-somente na desigualdade das forças em disputa.

Diante da divergência entre os grupos, bem como quanto à existência do próprio grupo, o homem observou que era necessário um regramento adequado para cada circunstância que ia de encontro ao seu interesse. Essa circunstância também se mostrava imperiosa ao grupo de ideais comuns.

É certo que, a cooperação também se encontrava presente entre os próprios integrantes dos grupos comuns, a fim de se impor regras necessárias à convivência comunitária, sendo um mecanismo de sobrevivência.

³ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 36 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 56.

⁴ SECCO, op.cit., p. 13.

Antônio Spagnol⁵ leciona que, nesse espaço delimitador de tempo, “questionava-se a violência ou a questão do poder, para a imposição de condutas que seriam adequadas como forma de convivência, surgindo dois espaços: o espaço público e o espaço privado”.

Portanto, desde os antepassados, a desigualdade é vista sob a ótica da submissão dos fracos aos fortes, em que o direito consuetudinário de cada comunidade prevalecia em seu adequado grupo como controle de poder.

Destaca-se que como funcionavam os espaços públicos e privados. De acordo com Antônio Spagnol⁶, “o espaço público para os gregos era o espaço do cidadão, onde ele se expressava por meio de ideias e de seu corpo, era o campo de exercício do poder. Ao passo que no espaço privado, era concentrado dos não cidadãos: as mulheres, os estrangeiros, os escravos”.

Depreende-se mencionar que, a cooperação era existente nesse período antigo. Verifica-se que as regras impostas se adequavam à população ali inserida, bem como aos demais povos que, tinham por orientação, numa conjugação de esforços, a obediência da soberania de cada povo.

Antônio Spagnol⁷ elucida que “com o surgimento da era do estado moderno e o capitalismo, as relações sociais inovaram-se, em que o espaço público deixou de ser o espaço da expressão do indivíduo e passou a ser o espaço de relacionamento entre indivíduos desiguais”.

Orlando de Almeida Secco⁸ afirma que:

A ordem social foi necessária para minimizar os efeitos dessa sensação de desigualdade. O ordenamento social se caracteriza por métodos e conjuntos de preceitos prescritos pelo grupo sempre buscando padronizar as condutas individuais dos membros que o constituem, num processo constante de socialização destes. É na realidade uma forma típica de controle social, partindo da uniformização das atitudes de cada indivíduo voltada para o benefício de todos.

Por se tratar de uma era moderna, com o surgimento da Revolução Industrial, houve um crescimento demasiado de pessoas nos centros urbanos, a fim de obter recursos para a sua subsistência. Diante desse novo cenário social, o número de crimes se intensificou, bem como o número de pessoas nas ruas sem uma residência digna. Desse modo, o Estado teria que

⁵ SPAGNOL, Antonio Sergio. *Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 44.

⁶ *Ibidem*, p. 44.

⁷ *Ibidem*, p. 44.

⁸ SECCO, op. cit., p. 14.

desenvolver uma forma de assegurar as questões sociais que permeavam naquela nação, ou seja, um novo ordenamento social pautado na realidade daquela sociedade.

Flóscolo da Nóbrega⁹ explica que:

A conduta coletiva é a que o indivíduo adota, não como pessoa, mas como membro do grupo. É a conduta comum – seguida por todos – o que faz a maioria, a gente, o povo, as pessoas bem educadas, como membros de um círculo, de uma classe, religião, profissão, partido, ou na qualidade de agente de certa função, tal como industrial, comerciante, funcionário, militar, médico, advogado, professor, estudante, trabalhador (...) Quem segue esses padrões coletivos, pratica atos que não provêm de si próprio, mas que, são repetição de conduta anônima, impessoal, comum a todo mundo.

Correlacionando-se ao afirmado por Flóscolo da Nóbrega, Antônio Spagnol¹⁰ entende que:

Quando se busca uma padronização social, tem que se refletir que a ordem social, propriamente dita, deve ser limitada por meio de instrumentos adequados que reflitam um equilíbrio da segurança nas relações sociais, assim como o fomento à igualdade social. Nesse sentido, o Estado se impõe como forma de intermediação desses indivíduos e essa imposição se dá através das leis que buscam normatizar essas relações. A presença do Estado indica uma ideia de que no público as relações são realizadas entre os iguais.

A ideia de equilíbrio promovida pelo Estado surge como fator potencial para controlar a ordem social, na tentativa de afastar as mazelas sociais, sem a intervenção privada, e fazendo com a sociedade evolua. Logo, permitir que o Estado seja o intermediador de controle e prevenção para assegurar o bem-estar social, foi o modo de cooperação que cada grupo, nação e povo se valeu para acreditar que são iguais num cenário em que se preponderava a desigualdade.

Depreende-se observar que o Poder Público tomará para si a legitimidade para alcançar um equilíbrio social entre as relações sócio jurídicas, uma vez que, de acordo com Orlando Almeida Secco¹¹, “as normas são representações, ideias das condutas humanas”.

Antônio Spagnol¹² recomenda que “não se pode olvidar que a norma depende do tipo de sociedade e do momento em que essa sociedade atravessa e entende esse ou aquele ato como normal”. Portanto, é necessário compreender o contexto histórico e fático da sociedade em que está se inserindo uma norma para a produção eficiente e adequada de seus efeitos.

⁹ NÓBREGA apud SECCO, op.cit., p. 14.

¹⁰ SPAGNOL, op. cit., p. 46.

¹¹ SECCO, op. cit., p. 15.

¹² SPAGNOL, op.cit., p. 47.

Nessa sistemática, pode-se dizer que caso a norma não se adeque à sociedade, estar-se-ia diante de uma crise não somente social, mas também de uma crise de legitimidade. Logo, nas palavras de Antonio Sérgio Spagnol¹³ “são as diversas formas de comportamento, determinadas pela cultura de uma sociedade, que devem ser refletidas no ordenamento legal desta. Caso isso não ocorra tem-se o risco de desestruturação da sociedade”.

A concepção de desestruturação vai de encontro com o propósito de Estado Democrático de Direito, com o propósito da ordem social, com os preceitos e valores sociológicos para a busca do bem-estar social, principalmente quanto à dignidade de cada ser humano.

A imposição de regramentos inadequados à cultura ou à habitualidade daquela sociedade, provocará um ruído entre a população propriamente dita e o Estado, implicando conflitos pacíficos ou violentos, e colocando em risco a integridade e o equilíbrio de uma nação frente a ausência de cooperação entre as partes.

A questão da necessidade de uma ordem jurídica limitando uma ordem social foi muito estudada, e ainda, é analisada sob a ótica de diversos filósofos e sociólogos. Para Durkeim¹⁴:

A vida social, sempre que exista de maneira durável, tende inevitavelmente a assumir uma forma definida e a se organizar. E o Direito não é outra coisa senão essa própria organização. Portanto estar-se-iam seguros de ver refletidas no Direito todas as variedades essências da solidariedade social.

Nesse sentido, o Direito fomenta o controle social pautado na realidade social, não sendo um fim em si mesmo, mas um mecanismo de solução de conflitos em que se busca o bem-estar social.

1.1.1. O direito como principal instrumento de solução de conflitos.

O Direito como não sendo um fim em si mesmo, diante de surgimento de conflitos, o Estado chamou para si o dever de intervir nas relações sociais com o escopo de realizar o bem-estar social por meio de suas normas, com uma base normativa espelhada aos padrões de

¹³ Ibidem, p. 47.

¹⁴ DURKEIM apud SPAGNOL, op. cit, p. 47.

conduta de cada comunidade. Por muito tempo, se pensou que o direito seria o principal instrumento de solução de conflitos.

Pensar no direito como principal instrumento de solução de conflitos, é questionar e afirmar que poderia ser considerado como um fim em si mesmo. Todavia, a doutrina vem contestando essa aceção de direito.

Fredie Didier¹⁵ sustenta que “o processo não é um fim em si mesmo, mas uma técnica desenvolvida para a tutela do direito material”. Desse modo, o direito não seria um fim em si mesmo, mas um instrumento necessário para atingir uma finalidade social, jurídica, política e econômica.

Corroborando com o lecionado por Fredie Didier, Paulo Nader¹⁶ compara que:

O Direito e sociedade são entidades congêntas e que se pressupõem. O Direito não tem existência em si próprio. Ele existe na sociedade. A sua causa material estaria nas relações de vida, nos acontecimentos mais importantes para a vida social. A sociedade, ao mesmo tempo, seria fonte criadora e área de ação do Direito, seu foco de convergência.

Existindo em função da sociedade, o Direito deve ser estabelecido à sua imagem, conforme as suas peculiaridades, refletindo os fatos sociais, que significam, no entendimento de Émile Durkheim, “maneiras de agir, de pensar e de sentir, exteriores ao indivíduo, dotadas de um poder de coerção em virtude do qual se lhe impõem”¹⁷.

O Direito, por si só, não se estabelece. Sim, há a necessidade da interdisciplinariedade de matérias e de fatores relevantes que sejam considerados de importância para a dogmática jurídica. É o conjunto normativo que se destina a uma ordem de social pautada numa esfera jurídica, sociológica, política, cultural, econômica e funcional. Portanto, o Direito sem a sociologia, sem a história, sem a economia e demais temas não se basta.

Para Sérgio Cavalieri Filho, “o direito é falado para indicar o conjunto sistemático de normas (constitucionais, civis, penais, administrativas etc.) destinado a organizar a sociedade e disciplinar a conduta humana na convivência social”¹⁸. Diante disso, ainda assegura:

Mas também encontramos a palavra direito ligada ao direito de cada pessoa, por exemplo, quando alguém diz que tem o direito a isso ou aquilo, de fazer ou não fazer alguma coisa. No primeiro caso temos o Direito Objetivo, também chamado de Direito Positivo, ou seja, o conjunto de regras (leis, regulamentos, costumes) que

¹⁵ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodvim, 2009, p. 64.

¹⁶ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 59.

¹⁷ DURKHEIM apud NADER, op. cit., p. 59.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1.

preside à nossa vida em sociedade. Essas normas são de direito objetivo porque vivem e sobrevivem fora e independentes das pessoas, a que conferem faculdades de agir. No segundo, a palavra direito indica o direito subjetivo de cada pessoa (física ou jurídica), como o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à educação, à saúde e assim por diante.

Apesar dessa tentativa de conceituar e exemplificar o significado, o sentido de direito, é certo que se trata de uma abordagem bastante controversa, não somente na área jurídica, mas também, entre filósofos, sociólogos e entre outros.

A razão principal dessa controvérsia está no fato de cada qual procurar ver e conceituar o Direito pelo ângulo de visão de sua ciência, esquecendo-se que pode ser ele enfocado através de pelo menos três aspectos diferentes, como teremos oportunidade de assinalar¹⁹.

A partir desse breve debate doutrinário sobre a origem e o conceito de Direito, várias escolas surgiram apontando critérios e entendimentos pertinentes à temática da etimologia do direito. Nesse sentido, é importante a delimitação de cada escola para inferir a sua premissa à correspondência da concepção do Direito.

1.1.2. As diversas escolas sobre a concepção do Direito

Dentre as demais escolas que visavam analisar a concepção do Direito, existiu a escola jusnaturalista ou do direito natural que foi aprimorada pelos gregos, sendo denominada de Teoria Jusnaturalista do Estoicismo.

Contudo, os juristas romanos a consagraram quando promoveram a divisão tricotômica do Direito Romano em: *ius civile* (“Direito Civil”), *ius gentium* (“Direito das Gentes”) e *ius naturale* (“Direito Natural”)²⁰:

Nessa tripartição, o “*ius civile*” (“Direito Civil”) era o direito privado dos cidadãos romanos, o “*ius gentium*” era o extensivo aos estrangeiros, e o “*ius naturale*” eram os princípios norteadores, colocados acima do arbítrio do homem, extraídos filosoficamente da natureza das coisas, visando solucionar ou inspirar a solução dos casos concretos²¹.

¹⁹ Ibidem, p. 1.

²⁰ SECCO, op. cit., p. 31.

²¹ Ibidem, p. 31.

De acordo com Sérgio Cavalieri²², para os jusnaturalistas, “o direito é um conjunto de ideias ou princípios superiores, eternos, uniformes, permanentes, imutáveis, outorgados ao homem pela divindade, quando da criação, a fim de lhe traçar o caminho a seguir e ditar-lhe a conduta a ser mantida”.

A premissa da Escola do Jusnaturalismo não prevaleceu para ser considerada base ao ordenamento jurídico, sendo rechaçada majoritariamente, visto que a sua ideologia é contrária às necessidades de um controle sócio jurídico. Teria como fundamento a lei divina e alie objetiva da natureza, o que contraria o ideal de um ordenamento social efetivo.

A escola teológica também ficou conhecida quando adveio do “período das trevas” – Idade Média, em que se devolvia a ideologia cristã. Havia forte influência da Igreja, e todos os eventos que permeavam na esfera social de condutas do homem era pautada na vontade divina. “Assim, passou-se a admitir serem tais princípios atribuídos a Deus, com base na concepção de São Tomás de Aquino acerca da existência de uma “Lei Eterna”, própria do conhecimento de Deus, através da qual foi ordenado o Universo”.²³

Naquele cenário permeava-se a ideia de que a razão de determinados eventos era em razão de Deus, ou seja, o sistema se voltava para o contexto religioso, de onde se encontrava um padrão de conduta voltado pelos ditames preceitos religiosos.

Sérgio Cavalieri²⁴ aponta que “para a Escola Teológica, a origem do direito não estaria ligada apenas indiretamente à Divindade, mas sim diretamente, já que as primeiras leis não teriam sido simplesmente inspiradas por Deus, mas escritas e outorgadas por Ele”.

É certo ainda elucidar sobre a escola racionalista ou contratual, a qual, esta, adveio no período da Idade Moderna, visto que houve uma ruptura do período da Idade Média. Houve a concepção de aspectos liberais, numa busca pela igualdade. Sim, o Homem se tornou o centro do Universo – antropocentrismo, e por meio de sua razão, o Direito Natural se fundamentava.

A Idade Moderna “jogou juízes” sobre os conceitos de justiça e igualdade por meio de uma evolução teórica que teve início no desenvolvimento do conceito de “direito natural”, passou pelo reconhecimento da liberdade do ser humano como fundamento da igualdade – bem como de outros direitos “fundamentais” – e culminou na positivação desses princípios na Declaração dos Direitos Humanos no século XVIII; estas, para muitos estudiosos de Direito Constitucional, constituem o grande marco sobre o tema da igualdade, já que tais documentos precederam as primeiras Constituições modernas e lhes indicaram importantes paradigmas – dentre os quais a igualdade perante a lei era consagrada fortemente²⁵.

²² CAVALIERI FILHO, op. cit., p.2.

²³ Ibidem, p. 2.

²⁴ Ibidem, p. 3.

²⁵ TARTUCE, Fernanda Menezes. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

Com efeito, a ruptura do período da Divindade para o período mais racional, de que o Homem detinha o poder hegemônico, de autoafirmação e fazer frente os seus direitos, com ideias iluministas, não coadunando com os preceitos religiosos. Nesse sentido, o direito passa a internalizar e se adequar a uma nova realidade social.

Para Sérgio Cavalieri Filho²⁶:

Quanto ao direito natural, continuaria sendo um conjunto de princípios permanentes, estáveis e imutáveis, não se distinguindo, neste ponto, do jusnaturalismo. A origem desse direito, entretanto, não mais seria a divindade, mas sim a natureza racional do homem - imutável diante de qualquer vontade divina ou humana. Ao passo que, quanto ao Direito positivo, por sua vez, decorreria do pacto social a que o homem fora levado a celebrar para viver em coletividade.

O Direito positivo deve respeitar os princípios fundamentais do direito natural por lhe serem superiores, não podendo deles se afastar sem se tornar injusto e iníquo. Deve-se ter um equilíbrio entre os sistemas, e na hipótese de haver qualquer incompatibilidade, segundo Cavalieri Filho, “impõe-se a imediata reformulação do Direito positivo a fim de ajustá-lo aos imutáveis princípios do direito natural”²⁷.

Em que pese o equilíbrio entre o Direito positivo e o Direito natural, é certo que não se compatibilizam por si só diante das necessidades e evoluções do ser humano, por isso, a Teoria dos Valores surgiu, ou seja, a chamada axiologia que, segundo Miguel Reale²⁸, “a experiência histórica demonstra que há determinados valores, uma vez trazidos à consciência histórica, se revelam ser constantes éticas inamovíveis que, embora ainda não percebidas pelo intelecto, já condicionavam e davam a práxis humana”.

Nesse sentido, a axiologia corporifica o direito natural por meio de uma valorização histórica-social diante de uma sociedade pulverizada fomentada por um controle racionalista.

Para tanto, surgiu a Escola Histórica do Direito que, veio de encontro contra as razões do Direito Natural, buscando estudar sobre a formação das sociedades, dos aspectos culturais e sociais. “Para ela, o Direito era um produto histórico, decorrente, não da divindade ou da razão, mas sim da consciência coletiva dos povos (*Volks geist*), formado gradativa e paulatinamente pelas tradições e costumes”²⁹.

²⁶ CAVALIERI FILHO, op. cit., p.4.

²⁷ Ibidem, p. 5.

²⁸ REALE apud SECCO, op. cit., p. 34.

²⁹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 6.

Savigny³⁰ entendia que, “em vez de um direito geral e universal, cada povo em cada época teria o seu próprio direito, expressão natural de sua evolução histórica, de seus usos, costumes e tradições de todas as épocas passadas”.

Quanto à escola marxista, o Direito pressupõe o Estado, segundo Cavalieri Filho, “surge somente quando há uma sociedade - política, jurídica e economicamente organizada, com uma fonte emanadora do preceito jurídico e um órgão capaz de impor o cumprimento de suas prescrições³¹.

Os filósofos que mais se destacam nessa escola são Karl Marx e Friedrich Engles, concluindo que o direito predomina nas relações sociais em qualquer sociedade, em um aspecto de dominação:

Isso significa que o Direito apenas sanciona uma relação já existente, aplicando uma regra a uma situação preexistente, regra essa única, que incide sobre diferentes pessoas, ainda que sejam em tudo desiguais. Fixa o Direito, acima de tudo, as relações econômicas que predominam em uma sociedade em certo momento histórico, razão pela qual Marx o considerava a expressão do interesse da classe dominante, instrumento ideológico de dominação da burguesia sobre o proletariado³².

Há uma preocupação com a questão do poder, bem como há a concepção, de acordo com Cavalieri Filho³³ que, “o Direito tem origem, não em Deus, nem na razão ou na consciência coletiva, mas no Estado, não existindo Direito sem Estado nem Estado sem Direito, sendo errônea a ideia de que, desde que apareça a sociedade, aí fatalmente encontraremos o Direito - *ubi societas, ibi jus*.

Por fim, há a escola sociológica do direito, que possui um aspecto mais cultural, social. Nessa escola, verifica-se o comportamento do indivíduo, bem como suas relações e necessidades sociais. Os preceitos normativos são variáveis.

Paulo Nader³⁴ explica que “o Direito está ínsito às relações sociais, melhor, aos fatos sociais, sendo um fenômeno de adaptação social”³⁵:

Fatos sociais são criações históricas do povo, que refletem os seus costumes, tradições, sentimentos e cultura. A sua elaboração é lenta, imperceptível e feita espontaneamente pela vida social. Costumes diferentes implicam fatos sociais diferentes. Cada povo tem a sua história e seus fatos sociais. O Direito, como

³⁰ SAVIGNY apud CAVALIERI FILHO, p. 6.

³¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 8.

³² Ibidem, p. 8.

³³ Ibidem, p. 8.

³⁴ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 36 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 60.

³⁵ Ibidem, p. 60.

fenômeno de adaptação social, não pode formar-se alheio a esses fatos. As normas jurídicas devem achar-se conforme as manifestações do povo.

Sérgio Cavaliéri Filho³⁶ explica que:

Essa escola evidencia a dependência entre a sociedade e o Direito. O Direito surge como uma intervenção necessária na sociedade para garantir o bem-estar da sociedade propriamente dita. Logo, a democratização do Direito pode ser apontada como uma das mais relevantes consequências da Escola Sociológica.

Nessa lógica, o Direito é um instrumento importante para a segurança jurídica de quaisquer relações ou interações sociais, sendo o escopo desta escola. A efetividade do Direito está lastreada no acerto do conjunto de normas, ora eficientes e éticas, para que a sociedade possa se valer. O Direito estaria para a sociedade, assim como a sociedade estaria para o Direito. Nesse sentido, nasceu para o judiciário a legitimidade de assegurar o acesso a uma tutela jurisdicional para eventual deslinde de lide.

1.2. Da legitimidade do Judiciário como acesso à justiça

É cediço que o Direito surgiu para com a sociedade. Em razão disso, necessário o conjunto de leis para dirimir qualquer conflito social, sendo imprescindível, um gestor legítimo para promover a efetividade dessas leis.

A promoção de leis e preceitos normativos que possam regular as regras e condutas de determinada sociedade assegura um controle social, bem como que qualquer transgressão a esses diplomas, é passível de uma intervenção necessária, adequada, fomentando uma reparação digna não somente aos envolvidos, mas a toda sociedade, observados os ditames legais e a condição peculiar de cada caso e de cada pessoa.

Quanto antes se pensar no gestor da aplicação do Direito, é certo mencionar brevemente sobre Montesquieu.

³⁶ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 11.

1.2.1. Montesquieu: aspecto social do direito

De acordo com a doutrinadora Ana Lucia Sabadell, o filósofo francês Charles Louis de Secondat, barão da Brède e de Montesquieu obra principal: *Do espírito as leis*, 1748) ficou conhecido como o teórico da separação dos poderes, que inspirou as Constituições de finais do século XVIII nos Estados Unidos e na França³⁷.

Montesquieu possui uma importante contribuição no ordenamento jurídico brasileiro, visto que, não somente sua concepção jurídica, mas a sua concepção sociológica e política promoveu bastante influência no ordenamento jurídico brasileiro, inicialmente, no direito Constitucional.

O renomado autor teria analisado os fatores naturais (características climáticas, solo) e sociais (hábitos, religião, organização econômica e política) que explicariam as diferenças entre as legislações dos diversos povos³⁸.

À medida que a sociedade evolui, o direito também se modifica, a princípio, deveria modificar-se. Nesse sentido, Montesquieu analisou essa variante social com relação ao direito, percebendo diversos sistemas jurídicos relevantes.

Definindo lei como “relações necessárias que derivam da natureza das coisas”, Francisco Correia Weffort explica que “Montesquieu estabelece uma ponte com as ciências empíricas, e particularmente com a física newtoniana, que ele parafraseia. Com isso, ele rompe com a tradicional submissão da política à teologia”³⁹:

Tal como é possível estabelecer as leis que regem os corpos físicos a partir das relações entre massa e movimento, também as leis que regem os costumes e as instituições são relações que derivam da natureza das coisas. Mas aqui se trata de massa e movimento de outra ordem, a massa e o movimento próprios da política, que poderiam corresponder, se precisássemos levar adiante a metáfora, a quem exerce o poder e como ele é exercido⁴⁰.

Ao passo que cada povo possui um território, e esse uma cultura, é certo aduzir que o direito torna-se dinâmico, de modo que se diferencia de cada sociedade, e ao mesmo tempo se

³⁷ SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. São Paulo: RT, 2002, p. 41.

³⁸ Ibidem, p. 41.

³⁹ WEFFORT, Francisco Correia. *Os clássicos da política Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “o Federalista”*. 14 ed. São Paulo: Ática, 2011, V. 1, p. 196.

⁴⁰ Ibidem, p. 196.

torna necessário para conferir a ordem social. Nesse sentido, Ana Lucia Sabadell entende que “Montesquieu realiza uma abordagem do direito que se pode denominar de relativista”⁴¹:

Por esta razão, não é possível falar na existência de um único modelo do direito “justo” ou adequado. Montesquieu sustenta que as leis seguem os costumes de cada povo. Alterar estes costumes através de uma mudança de leis seria, de um modo geral, um ato de tirania e provavelmente não obteria muito êxito, devido à resistência da comunidade⁴².

Weffort⁴³ destaca que:

O objeto de Montesquieu não são as leis que regem as relações entre os homens em geral, mas as leis positivas, isso é, as leis e instituições criadas pelos homens para reger as relações entre os homens. Montesquieu observa que, ao contrário dos outros seres, os homens têm a capacidade de se furta às leis da razão que deveriam reger suas relações, e além disso adotam leis escritas e costumes destinados a reger os comportamentos humanos. E têm também a capacidade de furta-se igualmente às leis e instituições.

Desse modo, se faz necessária a análise da reflexão produzida por Montesquieu sobre poder.

1.2.2. Análise de Poder por Montesquieu

Weffort⁴⁴ observa que “Montesquieu constata que o estado de sociedade comporta uma variedade imensa de formas de realização, e que elas se acomodam mal ou bem a uma diversidade de povos, com costumes diferentes, formas de organizar a sociedade, o comércio e o governo”.

Nesse sentido, verifica-se que há uma análise de regime de cada sociedade, sua cultura, seu aspecto histórico-social, para que seja delimitado o comportamento social⁴⁵:

Assim, ele vai considerar duas dimensões do funcionamento político das instituições: a natureza e o princípio de governo. A natureza do governo diz respeito a quem detém o poder: na monarquia, um só governa, através de leis fixas e instituições; na

⁴¹ SABADELL, op. cit., p. 41.

⁴² Ibidem, p. 41.

⁴³ WEFFORT, op. cit., p. 197.

⁴⁴ Ibidem, p. 198.

⁴⁵ Ibidem.

república, governa o povo no todo ou em parte repúblicas aristocráticas); no despotismo, governa a vontade de um só.

Desse modo, com o tipo de regime e a estrutura do sistema normativo da comunidade que analisa, Montesquieu realiza o cotejo sobre a distribuição de poder.

A questão de poder foi estudada quando foi tratado o assunto sobre a escola marxista; porém, é notadamente certo aduzir que se retrata a mesma conjuntura teórica, tendo em vista que se pauta num complexo de normas organizadas para regular comportamentos humanos sob o crivo de órgão apto a regulamentar e fiscalizar tais preceitos.

Weffort⁴⁶ menciona que “as análises minuciosas de Montesquieu sobre as “leis relativas à natureza do governo” deixam claro que se trata de relações entre as instâncias de poder e a forma como o poder se distribui na sociedade, entre os diferentes grupos e classes da população”.

Por oportuno, ainda é importante aditar que a questão de poder tem que ser analisada sob o aspecto da dominação. Sim, ter-se uma República ou uma Monarquia, os poderes são diferentes, mas a própria sociedade tem que submeter ao que for preceituado pelos seus governantes. A diferença é que a República se mostra por um aspecto democrático com a participação da população; ao passo que, a Monarquia, apenas o monarca governa, sem a participação da sociedade.

Nas duas formas de governo há o poder de submissão, sendo que na Monarquia, a submissão seria mais exacerbada, ou seja, haveria maior concentração de poder ao monarca.

Para tanto, Montesquieu⁴⁷ assevera que em se tratando de República, o povo, apesar de ser o seu real titular do poder, seria incapaz de governar, porque seria movido pela paixão; “O povo, diz ele, sabe escolher muito bem, mas é incapaz de governar porque é movido pela paixão e não pode decidir. Portanto, na natureza dos governos republicanos está compreendida a relação entre as classes e o poder”.

De certo modo, o senso comum elide uma aplicação eficiente do direito a um caso concreto, uma vez que com o clamor público de uma conjuntura fática que tenha provocado uma repercussão negativa no Estado nação, o povo não saberia sopesar o que seria justo.

Montesquieu ainda elucida sobre os princípios referentes ao exercício de poder. Com referência ao poder, o corolário seria o princípio de governo. Desse modo, abaliza

⁴⁶ Ibidem, p. 199.

⁴⁷ MONTESQUIEU apud WEFFORT, op. cit., p. 199.

subprincípios, os quais se encontram ínsitos ao funcionamento desse poder, quais sejam: princípio da monarquia é a honra; o da república é a virtude; e o do despotismo é o medo⁴⁸.

Considerando a virtude como o princípio essencial da república sob o cotejo de Montesquieu, no caso de regime de monarquia, esse princípio torna-se incompatível, sendo desnecessário:

A monarquia não precisa da virtude, e mesmo as paixões desonestas da nobreza a favorecem. Nessa curiosa conjunção entre o princípio e a natureza da monarquia fica claro que ela apenas repousa em instituições. É possível agora redefinir com nossas próprias palavras a natureza dos três governos: o despotismo é o governo da paixão; a república é o governo dos homens; a monarquia é o governo das instituições⁴⁹.

Em um regime em que não exista a virtude, o risco de se ter a quebra do poder, advém o surgimento de conflitos, revoluções com desigualdades sociais perante a toda essa estrutura sistemática. Weffort ressalta que “o despotismo está condenado à autofagia: ele leva necessariamente à desagregação ou às rebeliões”⁵⁰.

Diante dessa perspectiva em análise, Montesquieu vai à Inglaterra realizar um estudo sobre liberdade constitucional, em que sedimentou a Teoria dos Poderes, conhecida como separação dos poderes ou a equipotência, a partir da obra Espírito das Leis:

De acordo com essa versão, Montesquieu estabeleceria, como condição para o Estado de direito, a separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário e a independência entre eles. A ideia de equivalência consiste em que essas três funções deveriam ser dotadas de igual poder⁵¹.

Weffort⁵² demonstra que Montesquieu teria analisado e conceituado que a separação dos poderes se trataria de encontrar uma instância independente capaz de moderar o poder do rei - do executivo-, sendo um problema político, de correlação de forças, e não um problema jurídico-administrativo, de organização de funções. Em razão disso, apresentou a solução proposta pelo filósofo: a inserção do sistema de freios e contrapesos por meio de uma instância moderadora que encontre sua força política numa base social. Nesse sentido, é observado que o rei e o povo formariam duas bases de poder⁵³:

Em outras palavras, a estabilidade do regime ideal está em que a correlação entre as forças reais da sociedade possa se expressar também nas instituições políticas. Isto é,

⁴⁸ Ibidem, p. 200.

⁴⁹ Ibidem, p. 202.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem, p. 204.

⁵² Ibidem, p. 205.

⁵³ Ibidem, p. 206.

seria necessário que o funcionamento das instituições permitisse que o poder das forças sociais contrariasse e, portanto, moderasse o poder das demais.

A partir desse estudo e análise de Montesquieu, suas conclusões desencadearam influência em diversos ordenamentos jurídicos como, por exemplo, no Brasil, de modo a preservar a prevalência de um poder sobre o outro, respeitando a independência entre os Poderes e a harmonia, desde que critérios peculiares se mostrem necessários em hipóteses excepcionais, que não é o caso de objeto de estudo.

1.2.3. O Poder Judiciário como Instituição necessária ao Acesso à Justiça

Como verificado acima, Montesquieu elaborou estudo tendo como tese a teoria da separação dos poderes que provocou influência no Brasil, sendo inserida nos estudos de módulo de Direito Constitucional, principalmente, no preceito normativo artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 - CRFB/88⁵⁴: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

O princípio da separação de poderes foi incorporado logo pela primeira Constituição Brasileira, sendo observado e previsto nas demais Constituições, com exceção da Carta de 1937.

Dentre os poderes da União, tem-se os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, consoante o preceito normativo acima. Desse modo, em razão da temática deste trabalho de pesquisa, é importante abordar especificamente sobre o Poder Judiciário.

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes⁵⁵, a Constituição de 1988 teria confiado ao Judiciário papel até então não outorgado por nenhuma outra Constituição, conferindo uma autonomia institucional, em que se buscou garantir a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como assegurou a autonomia funcional dos magistrados.

O Poder Judiciário como instituição necessária ao acesso à justiça, remete a mandamento constitucional como direito individual e coletivo a todos os cidadãos brasileiros, mecanismo protetivo às mazelas sociais e jurídicas. Desse modo, Gilmar Mendes afirma que “[...] o princípio da proteção judicial efetiva configura pedra angular do sistema de proteção de

⁵⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, 2015, p. 961.

direitos. Conceberam-se novas garantias judiciais de proteção da ordem constitucional objetiva e do sistema de direitos subjetivos [...]”⁵⁶:

O modelo presente, no entanto, consagra o livre acesso ao Judiciário. Os princípios da proteção judicial efetiva (art. 5º, XXXV), do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII) e do devido processo legal (art. 5º, LV) têm influência decisiva no processo organizatório da Justiça, especialmente no que concerne às garantias da magistratura e à estruturação independente dos órgãos.

Em razão desse sistema estrutural de atribuição de poder, o Poder Judiciário se torna legitimado para conferir a inafastabilidade de jurisdição, assegurando uma proteção constitucional efetiva no que lhe é pertinente, ou melhor, ao poder jurisdicional como solução de conflitos aos interessados/jurisdicionados.

Dentre a assertiva acima, Konrad Hesse⁵⁷ observa:

Diferentemente do Legislativo e do Executivo, que se encontram em relação de certo entrelaçamento, o Poder Judiciário, ou a Jurisdição, é aquele que de forma mais inequívoca se singulariza com referência aos demais Poderes. Konrad Hesse observa que não é o fato de o Judiciário aplicar o Direito que o distingue, uma vez que se cuida de afazer que, de forma mais ou menos intensa, é levado a efeito pelos demais órgãos estatais, especialmente pelos da Administração. Todavia, o que caracterizaria a atividade jurisdicional é a prolação de decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante, em casos de direitos contestados ou lesados.

Não há uma separação de poderes, nem hierarquia, uma vez que, contrariamente, estar-se-ia violando o pacto federativo. O Poder Judiciário é um poder essencial para dizer o direito, o que seria o justo ou não diante de um conflito, substituindo-se a vontade das partes na medida que a lei determina. Hesse aponta que essa circunstância peculiar do Poder Judiciário não o insere como poder manifestamente hierárquico, e que os demais deveriam ser submetidos; mas, na verdade, traz uma condição diferenciadora e essencial desse poder.

Nesse sentido, Gilmar Mendes⁵⁸ assegura que ao Poder Judiciário incumbe exercer o último controle da atividade estatal, manifeste-se ela por ato da Administração ou do próprio Poder Legislativo - controle de constitucionalidade. Daí a necessidade de que, na sua organização, materialize-se a clara relação de independência do Poder Judiciário e do próprio juiz em relação aos demais Poderes ou influências externas.

⁵⁶ Ibidem, p. 961.

⁵⁷ HESSE apud MENDES, op.cit., p. 962.

⁵⁸ MENDES, op. cit., p. 963.

Clemerson Clève⁵⁹ menciona sobre a função essencial do Judiciário:

É um Estado de Justiça. A Constituição Federal de 1988 procurou fazer do Brasil um Estado de Justiça. Por isso inscreve na Ordem Constitucional uma série de valores que, agregados em regras e princípios (os princípios fundamentais), são suficientes para informar o conteúdo mínimo do direito brasileiro. Esse conteúdo mínimo corresponde aos standards de justiça, é a justiça deduzida de um Texto Constitucional que procura privilegiar a dignidade de pessoa humana. No sistema consitucional brasileiro atual é perfeitamente possível se advogar a inconstitucionalidade da lei injusta. Qualquer lei injusta, ofensiva dos standards definidos pelo Constituinte, será uma lei inconstitucional cuja aplicação pode ser perfeitamete negada pelo Juiz. O juiz deve, no atual momento histórico, ter um compromisso com a justiça normativamente inscrita na Constituição Federal

Como o poder judiciário se tornou instituição necessária ao acesso à justiça, é cediço observar que sua função é dirimir conflitos e distribuir justiça naquilo que corresponder à norma jurídica, uma aplicação de justiça. Nessa lógica, é importante mencionar sobre os princípios norteadores para esse novo reconhecimento jurídico-social.

1.3. Fundamentos de validade ao Acesso à Justiça

Considerando o Poder Judiciário como órgão legítimo para proteção de garantias individuais/coletivas, a CRFB/88 previu determinados princípios ínsitos ao acesso à justiça.

Primeiramente, o acesso à justiça consagra a ideia de se valer de mecanismos atrelados ao Poder Judiciário para assegurar a solução de conflitos de modo íntegro, assistencial e institucional.

Necessário, portanto, que se respeitem princípios constitucionais estabelecidos para se ter como limites do jurisdicionado/interessado/litigante, assim como o próprio magistrado. Esses princípios não estão somente à vista das partes mais interessadas na solução de conflitos, mas também aos peritos, assistentes, testemunhas, membros do Ministério Público e dentre outros, os chamados auxiliares de justiça.

Dessa lógica, esses princípios são diretrizes valorativas fundamentais que impulsionam uma contextualização sistemática constitucional de todo ordenamento jurídico.

⁵⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder judiciário: autonomia e justiça. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. p. 301, ano 30, jan./mar. 1993.

1.3.1. Garantias Constitucionais relacionadas ao Acesso à Justiça

Os princípios inerentes ao acesso à justiça se encontram implícita e explicitamente na Constituição da República do Brasil – CRFB/88, sendo considerados de suma importância diante de serem norteadores de garantias individuais e coletivas. Por conseguinte, são considerados fundamentos traduzidos à consolidação do Estado Democrático de Direito, com a louvável busca de uma efetividade jurisdicional em procedimentos pautados em ética e cooperação.

O primeiro princípio a ser tratado é o princípio do devido processo legal. Esse princípio é praticamente o princípio mais importante para o ordenamento jurídico, o qual, este, correlaciona-se a ideia de que o processo, propriamente dito, deve ser emanado de institutos e mecanismos pautados na lei ou que não visem acarretar o prejuízo às partes.

O princípio do devido processo legal está previsto no art. 5º, inciso LIV da CRFB/88⁶⁰: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Marcelo Novelino⁶¹ explica que “em sua acepção processual, o princípio garante a qualquer pessoa o direito de exigir que o julgamento ocorra em conformidade com regras procedimentais previamente estabelecidas”.

O princípio do devido processo legal é o núcleo nodal de diversas garantias à efetividade e à justiça, conforme menciona Novelino⁶², “não apenas dos processos judiciais, mas também dos administrativos”.

O segundo princípio a ser tratado é o princípio da ampla defesa e o princípio do contraditório.

A ampla defesa e o contraditório são mecanismos constitucionais e processuais como formas de garantia individual dos jurisdicionados/litigantes/interessados durante um procedimento/processo judicial.

A ampla defesa tem por escopo proporcionar todos os meios de defesa legítimos e legais para fazer crer o que alega como defesa ou direito de ser ouvido em juízo. Ao passo que o contraditório é um mecanismo jurídico para assegurar o chamado direito de resposta.

É dever do magistrado proporcionar a todas as partes a ampla defesa e contraditório nos moldes das normas procedimentais. É uma forma de fomentar a cooperação entre as partes.

⁶⁰ BRASIL, op. cit., nota 53.

⁶¹ NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2014, Volume único, p. 545.

⁶² Ibidem, p. 546.

O princípio da ampla defesa e do contraditório está previsto no art. 5º, inciso LV da CRFB/88⁶³.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. [...]

Antônio Carlos e de Araújo Cintra⁶⁴ explica que “a audiência bilateral é requisito indispensável para garantir a justiça das decisões, pois “somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético””.

O terceiro princípio a ser abordado é o princípio da inafastabilidade jurisdicional, o qual consagra a ideia de assegurar a qualquer cidadão brasileiro ou estrangeiro, residente ou não, a efetiva tutela jurisdicional, de modo adequado e justo. Nesse sentido, essa conjuntura ocorre quando há evidente dano ou lesão, bem como em casos de urgência.

Para tanto, o princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional tem por objetivo assegurar o acesso do jurisdicionado ao Poder Judiciário para a solução de eventual conflito ou circunstância que tem provocado algum abalo físico ou moral, seja de caráter repressivo ou preventivo.

Esse princípio está ínsito à proteção judicial e às garantias individuais/coletivos, assim como às garantias do próprio Poder Judiciário. Busca-se a evitar qualquer obstáculo que a parte se submeta frente ao acesso ao processo/procedimento judicial, bem como à apreciação de procedimentos injustos ou incompatíveis com as normas padrão.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, também conhecido dessa forma de nomenclatura, está consagrado no art. 5º, inciso XXXV da CRFB/88⁶⁵. Esse princípio é fundamental para a implementação de novas políticas institucionais do Poder Judiciário, sendo imprescindível na sua concepção de acesso à justiça.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. [...]

⁶³ BRASIL, op. cit., nota 53.

⁶⁴ CINTRA apud NOVELINO, op. cit., p. 546.

⁶⁵ BRASIL, op. cit., nota 53.

Marcelo Novelino⁶⁶ explica que “o direito de acesso à justiça foi ampliado pela Constituição de 1988, de forma a abranger não apenas a via repressiva -“lesão”-, mas também a via preventiva - “ameaça a direito”. A rigor, a Constituição veda a possibilidade de exclusão da alegação de lesão ou ameaça, uma vez que o direito de ação não se vincula à efetiva procedência do pedido. Portanto, não se deve confundir “negativa de prestação jurisdicional com decisão jurisdicional contrária à pretensão da parte”⁶⁷.

Com efeito, negar a prestação jurisdicional é deixar de conferir um direito ao jurisdicionado, de modo que lhe cerceia a oportunidade de manifestar o seu direito de acesso ao Judiciário para dirimir um conflito que lhe atinge, independentemente, da decisão ser considerada justa ou não.

Novelino⁶⁸ ainda ressalta que “não obstante o dispositivo constitucional se referir à lei, o princípio se dirige não apenas ao legislador, mas a todas as autoridades. Qualquer tipo de exigência que possa inviabilizar o acesso à justiça, direta ou indiretamente, caracteriza uma violação ao princípio”.

É certo que afastar o acesso ao jurisdicionado não deve ser praticado por qualquer pessoa ou autoridade, seja defensor público, promotor de justiça, procurador de justiça, advogado da União, advogado, tampouco o juiz e entre outros, sendo a regra primária; contudo, deve ser analisado casuisticamente cada conjuntura, de modo que se conclui que naquela circunstância um direito foi violado e que deve ser perscrutado.

Marinoni⁶⁹ aduz que “obstáculos econômicos e sociais não podem impedir o acesso à jurisdição, já que isso negaria o direito de usufruir de uma prestação social indispensável para o cidadão viver harmonicamente na sociedade”.

Desse modo, é um princípio que corporifica o acesso à justiça, sendo imprescindível o seu estudo diante do tema a ser analisado neste trabalho de pesquisa.

Outro princípio essencial, é o princípio da duração razoável do processo, em que há a necessidade de uma resposta estatal à situação litigiosa de modo íntegro, coerente, efetivo, e em tempo hábil. Assim se manifesta Marinoni⁷⁰ afirmando que “a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a Justiça não é suficiente, sendo necessária uma prestação estatal rápida, efetiva e adequada”.

⁶⁶ NOVELINO, op. cit., p. 549.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ MARINONI apud NOVELINO, op. cit., p. 549.

⁷⁰ DIDIER JR. apud Ibid, p. 552.

Esse princípio possui interesse de efetivar o alcance de uma prestação jurisdicional mais efetiva e célere à máquina judiciária, bem como às partes ali envolvidas.

Em regra, todo processo não possui prazo de duração, apenas devendo ser respeitado critério de proporcionalidade e razoabilidade, mesmo existindo na prática a comum delimitação de período de duração de determinado processo dependendo do caso concreto e do tribunal a que o processo esteja vinculado.

O princípio da duração razoável do processo está consagrado, conforme destacado acima, no artigo 5º, inciso LXXVIII da CRFB/88⁷¹.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. [...]

Esse princípio também está atrelado ao que preconiza o princípio do devido processo legal, bem como ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, sendo os seus corolários, em uma atuação que implica equilíbrio o desencadear de um processo ou procedimento.

Insta ressaltar que uma Justiça célere, não significa que assegurou a todas as partes envolvidas, no processo ou procedimento em questão, de modo equilibrado ou justo. Um procedimento célere não se traduz na certeza do seu direito. Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira⁷² afirma que “nem sempre o processo rápido traduz processo justo”.

Por derradeiro, é imprescindível outro método eficaz orientador para promover um processo ou procedimento equilibrado, justo e efetivo, ainda que uma das partes seja vencida.

1.3.2. A atuação das partes como Mobilização do Direito

Não sendo um processo célere considerado, exclusivamente, justo, sendo necessária outro princípio contundente que alastra mais efetividade a todo processo ou procedimento que se desenvolva, é a cooperação das partes. Princípio que merece destaque e é o ponto principal

⁷¹ BRASIL, op. cit., nota 53.

⁷² MOREIRA apud NOVELINO, op. cit., p. 552.

desse capítulo. É um princípio pouco analisado na prática jurídica, bem como nos meios acadêmicos, mas que paulatinamente vem apresentando o grau de sua importância.

A cooperação das partes não é somente um princípio, mas a essência do ser humano em busca de suprir suas necessidades de comunicação, alimentação, vestuário, intelectualidade, espírito, moralidade e entre outros.

Na seara jurídica, a cooperação das partes se encontra em cada ramo do Direito. Para fins de informação, no Direito Processual Penal, há a previsão da Justiça Restaurativa, com a participação da vítima, do autor do fato, a fim de se promover uma reflexão do ocorrido e a reparação do dano. Trata-se de um mecanismo de cooperação das partes, pois na Justiça Restaurativa tem que haver a voluntariedade de todos para a participação.

Todavia, o empreendimento da cooperação das partes não se corporifica tanto nas legislações, tampouco na prática jurídica.

Os operadores do direito olvidam-se de que a cooperação é a essencialidade para um resultado efetivo do processo, que pode ser também, não tão justo para cada uma das partes; porém, é uma tentativa que se concentra a participação das partes para refletir o direito de cada um na busca de uma solução. Nesse sentido, a cooperação das partes se torna a mobilização do Direito.

A cooperação das partes não se dá somente no processo, mas também na elaboração de legislações, nos Congressos Jurídicos, nas audiências, projetos e dentre outros empreendimentos voltados para a mobilidade social.

Segundo Fredie Didier Jr.⁷³, o princípio da cooperação define o modo como o processo deve ser estruturado. O Artigo 6º do Código de Processo Civil⁷⁴ aduz que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁷⁵ informa que “esse modelo se caracteriza pelo redimensionamento do princípio do contraditório com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes”.

O modelo brasileiro processual de 1973 não fomentava a necessidade de cooperação das partes, mas, apenas, que o juízo fosse provocado para substituir a vontade das partes no que

⁷³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17 ed. Salvador: Juspodvim, 2015, V. 1, p. 126.

⁷⁴ BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

⁷⁵ OLIVEIRA apud DIDIER JR., op. cit., p. 126.

fosse mais adequado ao caso. Não havia diálogo, ponderações e reflexões, mas um combate entre as partes.

O atual modelo processual civil rompe com esse paradigma, e insere a cooperação em um sistema processual de modo que seja assegurada as decisões judiciais e o desenvolvimento do processo. É mecanismo necessário para a obtenção de uma resposta positiva do Judiciário frente aos problemas sociais que lhe são apresentados.

Para uma melhor abordagem desse princípio, deve-se destacar os dogmas da cooperação das partes, os quais, há bastante tempo, vêm sendo aplicados em muitas searas do Direito.

2. OS DOGMAS DA COOPERAÇÃO DAS PARTES: LEALDADE E BOA-FÉ

No capítulo anterior observou-se sobre a necessidade da cooperação das partes, princípio essencial para o pleno funcionamento adequado do processo judicial ou do processo administrativo, independentemente, da pretensão das partes.

Neste capítulo será importante analisar os dogmas essenciais da cooperação das partes, e como se desenvolvem para fomentar uma prestação efetiva do Judiciário, assim como o poder estatal reage diante de incompatibilidades com o sistema de cooperação.

A cooperação das partes possui dogmas intrínsecos relevantes à sua corporificação processual, quais sejam: a lealdade e a boa-fé. Esses institutos jurídicos são fundamentos para o devido processo legal, a fim de que se desenvolva um procedimento justo e adequado para a legítima solução de conflitos.

Aliados a essa linha de raciocínio, não se poderá olvidar da ética e moralidade, que são diretrizes correlatas ao padrão comportamental em um processo ou procedimento, sendo importante a abordagem temática.

2.1. Da lealdade processual

A lealdade processual é o ponto inicial para a promoção de um processo. É um complexo ético e moral de formação intrínseca endoprocessual. Possui relação com os deveres dos sujeitos processuais, por meio de mecanismos e sistemas que sejam compatíveis ao ordenamento jurídico pátrio.

A lealdade processual é pouco analisada pelos processualistas brasileiros. Está conferida juntamente com o princípio da confiança e do princípio da boa-fé objetiva, os quais serão analisados posteriormente.

Para tanto, é importante ressaltar que a lealdade processual confere uma reciprocidade de ideais éticos morais por todas as partes processuais, até mesmo pelo juiz, o qual se trata de sujeito imparcial.

Antônio Carlos Cintra⁷⁶ explica que “sendo o processo, por sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele faltando ao dever de verdade, agindo deslealmente e empregando artifícios fraudulentos”.

Nesse sentido, se valer de um procedimento que se pauta em princípios morais, éticos e probos, é o que se espera de qualquer uma das partes; agindo contrariamente, fere-se o princípio da lealdade processual, podendo macular determinado procedimento judicial ou um ato-fato jurídico.

Fredie Didier⁷⁷ elucida que “os sujeitos processuais devem comportar-se de acordo com a boa-fé, que, nesse caso, deve ser entendida como uma norma de conduta - "boa-fé objetiva". Esse é o princípio da boa-fé processual, que se extrai do art. 5º do Código de Processo Civil - CPC”.

O art. 5º do Código de Processo Civil⁷⁸ dispõe que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Nessa lógica, depreende-se observar que a boa-fé, correlacionada a atitudes e participações positivas e probas de todas as partes, é a principal regra de delimitação do princípio da lealdade processual.

Fredie Didier⁷⁹ ainda proporciona uma peculiaridade interessante sobre o princípio da lealdade processual, em que não se poderia confundir o princípio da boa-fé com a exigência de boa-fé, o qual, este, seria um elemento subjetivo, para a configuração de alguns atos ilícitos processuais. Nessa perspectiva, o renomado doutrinador assevera que na doutrina brasileira, não é comum a menção a uma "boa-fé objetiva processual”.

Nesse seguimento, verifica-se que a boa-fé objetiva processual é uma regra traduzida numa norma de conduta positivada pelo art. 5º do Código de Processo Civil, independentemente, se a parte teve a intenção de causar uma fraude ou um prejuízo a outra parte, se beneficiando ao final. O que se pretende na verdade, é uma atuação em conformidade com as normas de conduta.

Marinoni⁸⁰ ratifica a explicação do doutrinador Fredie Didier, em que considera “a boa-fé que é exigida no processo civil é tanto a boa-fé subjetiva como a boa-fé objetiva. Ao

⁷⁶ CINTRA, Antonio Carlos; et al. *Teoria Geral do Processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 77.

⁷⁷ DIDIER JR., op. cit, p. 104.

⁷⁸ BRASIL, op. cit., nota 72.

⁷⁹ DIDIER JR., op. cit., p. 104.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015, p. 99.

vedar o comportamento contrário à boa-fé, o artigo 5º impõe especificamente a necessidade de boa-fé objetiva”.

Por esse ângulo, apura-se que pelo Código de Processo Civil de 1973 ao Código de Processo Civil de 2015, houve uma mudança tênue sobre o princípio da lealdade processual, visto que antes estava empregado aos deveres das partes; porém, atualmente, se tornou um princípio processual geral, mesclando-se na boa-fé - seja subjetiva, seja objetiva -, ao princípio da confiança, que confere, ao final, uma segurança jurídica a todos os sujeitos processuais.

Nesse sentido, Antônio Carlos Cintra⁸¹ explica:

[...] a relação processual, quando se forma, encontra as partes conflitantes em uma situação psicológica pouco propícia a manter um clima de concórdia; e o processo poderia prestar-se, mais do que os institutos de direito material, ao abuso do direito. As regras condensadas no denominado princípio da lealdade visam exatamente a conter os litigantes e a lhes impor uma conduta que possa levar o processo à consecução de seus objetivos. [...]

Não se pode esquecer de que a lealdade processual não é somente voltada para o aspecto subjetivo, a intenção de cada parte processual, mas também não se descuidar da observância das diversas normas de conduta processuais para não ferir a dignidade do desenvolvimento do processo judicial ou de quaisquer procedimentos administrativos.

É necessário ainda inferir como os Tribunais Superiores têm se utilizado do princípio da lealdade processual⁸².

⁸¹ DIDIER JR., op. cit., p. 105.

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1329048. REsp 1329048 / SC RECURSO ESPECIAL 2012/0123908-0*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23334281/recurso-especial-resp-1329048-sc-2012-0123908-0-stj/inteiro-teor-23334282>>. Acesso em: 19 mai. 2018. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. VIOLAÇÃO. DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. VIA INADEQUADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OPOSIÇÃO TEMPESTIVA. INTERRUÇÃO DOS PRAZOS. RÉU SOLTO. INTIMAÇÃO PESSOAL. DESNECESSIDADE. PREVISÃO QUE SE LIMITA À SENTENÇA. EXTENSÃO ÀS DECISÕES PROFERIDAS EM RECURSOS. DESCABIMENTO. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. ATUAÇÃO CONTRADITÓRIA. PRINCÍPIO DA LEALDADE PROCESSUAL. VIOLAÇÃO. APELAÇÃO. TEMPESTIVIDADE. RECONHECIMENTO. LAPSO PRESCRICIONAL. CONSUMAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. (...). 3. Nos termos do art. 392, II, do Código de Processo Penal, em se tratando de réu solto, basta a intimação do defensor constituído. Além disso, mesmo nas hipóteses em que há direito à intimação pessoal, esta se restringe à sentença, e não às decisões proferidas nos recursos subsequentes. 4. O Juízo de primeiro, com sua atuação contraditória, induziu a defesa a não interpor a apelação, ao afirmar, quando do julgamento dos embargos de declaração por ela opostos à sentença, que deixava de conhecer do recurso por ausência de interesse, uma vez que seria reconhecida a prescrição. 5. Hipótese concreta em que o julgador singular não conheceu dos embargos de declaração, sob fundamento de que não haveria interesse a ampará-los, pois seria reconhecida a prescrição e, posteriormente, em outra decisão, tomada de ofício, afirmou que os crimes não estariam prescritos. 6. A Sexta Turma, no julgamento do HC n. 223.307/SP, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, manifestou-se no sentido de que a relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, da qual deriva o subprincípio da vedação do venire contra factum proprium (proibição de comportamentos contraditórios) – Dje 19/3/2013. 7. Mostrou-se incorreto o procedimento de se deixar de conhecer de recurso, porque seria declarada a prescrição. Não se pode afirmar ausente o interesse recursal com base em acontecimento futuro e incerto. 8. O magistrado é o condutor do processo e a ele compete saber qual a data do recebimento da denúncia - que consta

Cabe afirmar que o princípio da lealdade processual se insere em qualquer sistema processual brasileiro, seja de conteúdo civil, seja de conteúdo penal; em um segundo ponto, é que se nota que a decisão citada do Superior Tribunal de Justiça, pauta-se no princípio da lealdade processual, na qual o magistrado atuou de modo contraditório induzindo as partes a erro.

No Egrégio Tribunal de Justiça Fluminense⁸³, a análise não é diferente, sendo decisão coerente e técnica.

Do caso analisado⁸⁴, embora o julgado seja sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, é nítido que houve a violação ao princípio da lealdade processual, em que foi surpreendida novos argumentos em fase recursal – hoje, denominado como princípio da não surpresa, norma de conduta fundamental. Nesse caso, a intenção da parte recorrente foi absorvida pela violação de norma de conduta processual, em que não agiu pautada na boa-fé objetiva processual.

Em um processo ou procedimento, a observação da lealdade processual se traduz em norma imperativa, pautada em ética em relação às partes, à dignidade da justiça, ao sistema processual, fomentando um benefício ao próprio processo, na busca de uma solução jurisdicional efetiva.

dos autos -, sendo impróprio falar que foi induzido a erro pela defesa, mormente quando inexistente tal indução. 9. Diante da expressa manifestação do Juiz singular de que não haveria interesse a amparar os embargos de declaração, porque seria reconhecida a prescrição, o interesse de interpor apelação foi suprimido, somente ressurgindo para a defesa quando proferida a decisão que afastou a ocorrência de prescrição. 10. Reconhecida a tempestividade da apelação, fica sem efeito a certificação do trânsito em julgado para a defesa. Sendo assim, não havendo trânsito em julgado para esta, a prescrição da pretensão punitiva estatal nunca deixou de fluir, desde o seu último marco interruptivo válido, consistente na publicação da sentença condenatória, em 2/8/2010. 11. Fixada a pena em 6 meses de detenção e 10 dias-multa, já descontado o acréscimo decorrente da continuidade delitiva (Súmula 497/STF), o prazo prescricional é de 2 anos (art. 109, VI, do CP), uma vez que os fatos são anteriores à Lei n. 12.322/2010, razão pela qual se consumou o lapso. (...) 13. Recurso especial parcialmente provido para reconhecer a tempestividade da apelação, afastando-se o trânsito em julgado da sentença para a defesa, e, em consequência, declarar extinta a punibilidade do recorrente, pela prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no art. 107, IV, c/c os arts. 109, VI, parágrafo único, e 114, II, todos do Código Penal.

⁸³ Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível 0020719-62.2014.8.19.0210*. Relator: Antônio Carlos dos Santos Bitencourt - Julgamento: 28/03/2017 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR APELAÇÃO CÍVEL. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FA369174A1179AE65E261292BC8FEB98C50617425937&USER=>>>. Acesso em: 19 mai. 2018. Ação declaratória de inexistência de débito c/c danos morais. Débito em conta corrente, que ocasionou a inscrição do nome do autor nos cadastros restritivos de crédito. Não configurada a falha na prestação do serviço. Sentença de improcedência que se mantém, diante da legitimidade da cobrança e, por conseguinte, do apontamento nos órgãos restritivos de crédito. Inadimplência, por culpa exclusiva do banco, em face de débito em conta corrente, referente ao valor da fatura de cartão de crédito. Matéria não ventilada na inicial. A parte contrária não pode ser surpreendida com novos argumentos em sede recursal, por violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, bem como ao da lealdade processual, que deve preponderar entre as partes e ser incentivada e supervisionada pelo juízo, conforme estabelece o artigo 125 do cpc/73. Inovando a matéria em sede recursal, não merece conhecimento o recurso quanto ao tópico. Desprovimento do recurso, na parte conhecida.

⁸⁴ Idem, op. cit., nota 80.

José Olímpio de Castro Filho⁸⁵ explica que cada litigante pode contar para seu êxito somente com sua própria capacidade de fazer valer os elementos e argumentos favoráveis, podendo-se inferir que o processo civil é campo muito vasto para o mau uso dos poderes concedidos para defesa dos direitos

Nessa linha de entendimento, é certo inferir que a amplitude do processo civil permeada pelos princípios do contraditório e da ampla defesa permite as mais variadas alegações, teses e provas.

Em relação à lealdade processual, é evidente o respeito ao padrão comportamental das partes; todavia, consoante Castro Filho⁸⁶, “diante da possibilidade de ampla defesa e do contraditório, as partes podem se valer de práticas abusivas durante o processo ou o procedimento”.

Diante dessa assertiva, no Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, há diversos casos concretos travados em relação à lealdade processual, inclusive, há aqueles que se inter-relacionam com os princípios inerentes ao acesso à justiça. Desse modo, há decisões de cunho fundamental que embasa toda a sistemática jurídica de que a lealdades das partes é imprescindível para o fomento de uma decisão jurisdicional consideravelmente justa⁸⁷.

Do caso analisado⁸⁸, posto que seja julgado sob a égide do atual Código de Processo Civil, verifica-se que a desembargadora relatora se pautou estritamente no princípio da lealdade, sopesado ao princípio do acesso à justiça, permitindo que a parte autora parcelasse as custas referentes as despesas processuais, diante de sua hipossuficiência econômica. Pelo entendimento da permissão da concessão de parcelamento pela desembargadora relatora, é bastante provável que a parte autora teria juntado, no processo em questão, documentos que comprovam sua hipossuficiência econômica.

⁸⁵ CASTRO FILHO, José Olímpio. *O abuso do direito no processo civil*. São Paulo: Forense, 1960, p. 64.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AI 0039611-62.2017.8.19.0000*. Relator: Maria Regina Fonseca Nova Alves – Julgamento: 23/08/2017. DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL. Disponível em: < <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/516856369/agravo-de-instrumento-ai-396116220178190000-rio-de-janeiro-teresopolis-2-vara-civel> >. Acesso em: 19 mai. 2018. Agravo de instrumento. Inventário. Decisão que indeferiu o pedido de parcelamento das despesas processuais. Inconformismo do espólio - A meu ver, assiste parcial razão ao Recorrente. - Na espécie, verifico que o Agravante não questiona a revogação do benefício da gratuidade de justiça, mas, pretende, apenas, o parcelamento para o pagamento das custas em dezoito parcelas. - Partindo-se da premissa de que a conduta do Recorrente é informada pelos princípios da lealdade e boa-fé processuais, tenho que não se houve com o melhor direito a decisão, ora vergastada. Isto porque, do exame dos autos, infere-se que o monte a ser partilhado é constituído somente de bens imóveis sem nenhuma liquidez imediata. (...) - A possibilidade para o parcelamento das custas está positivada na norma do § 6º do artigo 98 do CPC. - Nessa linha entendo que se encontram presentes os pressupostos para o deferimento do parcelamento pleiteado, contudo, em seis parcelas mensais. - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (Art. 932, V, alínea “a” do NCPC).

⁸⁸ *Idem*, op. cit., nota 84.

Toda essa contextualização se verifica pela conjuntura de que a lealdade é um padrão comportamental em prol de um desenvolvimento íntegro de um processo ou procedimento.

Nessa temática, desrespeitar a lealdade processual, também dá azo ao desrespeito à boa-fé, os quais aliados de um processo ou procedimento, fere não somente a moralidade, mas também à dignidade da justiça.

2.2. Da boa-fé processual

Todo processo, seja judicial, seja administrativo, deve ser revestido da lealdade e boa-fé processual, a fim de que se desenvolva com parâmetro ao devido processo legal. Marinoni⁸⁹ informa que “o princípio da boa-fé processual pode ser encarado como um subprincípio do devido processo legal (nesta relação, um sobreprincípio): o processo para ser devido (estado de coisas que se busca alcançar) precisa ser cooperativo ou leal”.

Conforme informado no capítulo anterior, o devido processo legal é um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico, pois além de estar inferido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, concentra uma disposição de princípios que dele decorre, como o princípio da lealdade e da boa-fé processual.

Nessa lógica, Marinoni⁹⁰ explica que “a boa-fé pode ser reconduzida à segurança jurídica, na medida em que é possível reduzi-la dogmaticamente à necessidade de proteção à confiança legítima (...) e de prevalência da materialidade no tráfego jurídico [...]”.

A boa-fé processual adveio no sentido de fazer com que qualquer relação processual, ainda que inserida numa circunstância extrajudicial, deve ser assegurada com lealdade, pautada em tons éticos e morais conferindo uma segurança jurídica.

Nesse sentido, Marinoni⁹¹ complementa que “como elemento que impõe tutela da confiança e dever de aderência à realidade, a boa-fé que é exigida no processo civil é tanto a boa-fé subjetiva como a boa-fé objetiva”.

É certo informar que a boa-fé subjetiva tem por escopo delimitar a intenção do agente, se dolosa ou culposa; ao passo que a boa-fé objetiva não há a previsibilidade de dolo ou culpa, a intenção não é aferida.

⁸⁹ Marinoni, op. cit., p. 49.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ MARINONI, op. cit., p. 99.

Desse modo, em um processo judicial, é necessário observar todas as regras pertinentes ao bom funcionamento do processo atrelado ao princípio do devido processo legal. Essas regras, são normas de condutas que devem ser obedecidas, e qualquer forma de violação, promove o fomento de ineficácia do ato processual exarado.

Nesse limiar, Marinoni⁹² assevera que “a ausência de boa-fé pode levar, conforme o caso, à ineficácia do ato processual contrário à boa-fé, à responsabilização por dano processual e inclusive à sanção pecuniária”.

O que a legislação sempre pretendeu é delimitar normas de conduta, mas também esperar a cooperação das partes.

Por sua vez, Alexandre Câmara⁹³ informa que:

[...] A vedação de comportamentos contraditórios - *nemo venire contra factum proprium* -, a segurança resultante de comportamentos duradouros - *supressio e surrectio* -, entre outros corolários da boa-fé objetiva, são expressamente reconhecidos como fundamentais para o desenvolvimento do processo civil. [...].

Os comportamentos incompatíveis com as normas de conduta processual são circunstâncias que merecem ter uma observância a maior, para que seja assegurado o pleno desenvolvimento do processo. Dessa forma, o Código de Processo Civil - CPC, tanto o de 1973 quanto o vigente, delimitaram sobre a boa-fé, sendo certo que o CPC/73 não trazia de modo expresse a boa-fé, apenas inserindo na parte que capitulava sobre os deveres das partes, diferentemente do atual CPC.

Em que pese o princípio da boa-fé processual conferir na parte que delimitava sobre os deveres das partes no CPC/73, os Tribunais Superiores sempre aplicavam o mencionado princípio sob uma análise formal, adequando a conduta à norma, e quando houvesse omissão, baseava-se no contexto fático, pautando-se em princípios.

Há diversos casos, difusos e concentrados, que tratam de forma significativa sobre o princípio da boa-fé processual. Porém, é de pouca observância pelos operadores de direito. Nesse sentido, foi imperiosa a necessidade de se criar diversas normas de conduta que visavam, primeiramente, assegurar o devido processo legal.

Humberto Theodoro Júnior⁹⁴ explica que o “Estado e partes conjugam esforços no processo para solucionar o litígio. Enquanto as partes defendem interesses privados, o Estado

⁹² Ibidem, p. 99.

⁹³ FREITAS, Alexandre Câmara. *O Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Atlas, 2016, p. 39.

⁹⁴ THEODORO JR., Humberto. *Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 217.

procura um objetivo maior que é o da pacificação social, mediante a justa composição do litígio e a prevalência do império da ordem jurídica”.

Essa prevalência do império da ordem jurídica analisada por Humberto Theodoro Júnior⁹⁵ demonstra que há nítida preocupação do Legislativo e do Judiciário em delimitar normas, regramentos que assegurem um processo mais justo, eficaz, digno, ainda que a solução não atinja a satisfação dos interesses das partes.

Em razão da independência do resultado jurídico da decisão judicial é que se confirma a necessária criação de normas pautadas na boa-fé processual, em que não se tolera a má-fé. Portanto, verifica-se que a intenção primordial da lei, sob essa análise, é evitar possíveis abusos e fraudes durante processo judicial ou procedimento administrativo.

Com efeito, a boa-fé processual correlaciona-se ao princípio da cooperação das partes, de modo que todos os integrantes do processo, ainda que auxiliares do juízo, desempenham papéis fundamentais, os quais deverão ser leais, probos e ausentes de má-fé, a fim de coadunar a um processo justo, útil e eficaz, independentemente do resultado jurídico.

Uma das tarefas mais árduas no Poder Judiciário é verificar quando a boa-fé está sendo caracterizada ou não, visto que a boa-fé se encontra em cada segmento do direito: cível, previdenciário, penal, administrativo, ambiental e entre outros ramos.

A boa-fé permeia os princípios da segurança jurídica e da confiança, fomentando dignidade processual às partes, e ao maquinário da Justiça, permitindo uma tutela jurisdicional devida.

Para tanto, Marcelo Abelha Rodrigues informa⁹⁶ “a violação da boa-fé processual, ofende não somente a parte contrária na relação processual, mas também o próprio Estado, que busca a prestação da tutela jurisdicional de forma justa e solidária, consoante pode ser depreendido do art. 3º, I, da Constituição Republicana”.

O Egrégio Tribunal de Justiça possui diversas decisões considerando a má-fé, e considerando a boa-fé⁹⁷.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 117.

⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo 0098997-11.2003.8.19.0001* – Apelação Des(a). Reinaldo Pinto Alberto Filho – Julgamento: 18/10/2017 – Quarta Câmara Cível. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00044074288782E98AD5AFB85784226AB186C5071133521F&USER=>. Acesso em: 19 mai. 2018. Ementa: Embargos de Terceiro. Aquisição de imóvel com base em Escritura de Compra e Venda não registrada. Intempestividade da Contestação apresentada que deve ser afastada. R. Provimento Jurisdicional facultando a apresentação de resposta no prazo de 15 (quinze) dias, restando à petição protocolizada antes da sua publicação. Contudo, apesar da tempestividade da peça de bloqueio, no mérito, não assiste razão à Recorrente. Negócio jurídico firmado em data anterior ao início da propositura da Medida Cautelar de Arresto, o que corrobora a boa-fé dos ora Embargantes. Documento público acostado aos

Do caso considerado⁹⁸, houve existência de má-fé, em razão de fraude à execução. A proporção da problemática é avassaladora, pois não atinge prejuízo somente às partes processuais e ao Judiciário, mas também ao terceiro que foi vítima dessa situação. Esse apreço à normatização da boa-fé é de estima, pois os seus danos podem ser irreversíveis numa determinada situação jurídica.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, possui diversos julgados sobre assuntos polêmicos envolvendo a boa-fé⁹⁹.

Da dinâmica do evento analisado¹⁰⁰, o autor ingressou em juízo sustentando que a validade de assinatura em título de crédito teria que ser realizada de próprio punho, conforme assegura a legislação pertinente. Todavia, o autor foi o próprio emitente do título, e confessou durante o processo que realizou assinatura viciada. Desse modo, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, de acordo com o princípio da boa-fé objetiva, julgou improvido o recurso interposto pelo demandante inconformado, uma vez que se valeu de conduta contraditória.

Essa circunstância é uma das mais variadas situações que envolvem a temática da boa-fé processual que chegam ao Superior Tribunal de Justiça.

A atitude do autor do caso analisado demonstra a atitude de beligerância por uma conduta contraditória, que promove um embaraço jurídico a outra parte, e ao Judiciário, ou seja, viola-se o princípio das demandas necessárias, pautadas na boa-fé, por certo. O tempo útil perdido aliado a uma considerada aventura jurídica.

autos que também demonstra a posse anterior do bem, sem prova em contrário do Apelante. Ausência de inscrição no Cartório competente não impede a utilização dos Embargos de Terceiro como forma de defesa dos direitos dos Recorridos. Inteligência de o Verbete Sumular nº 84 do E. Superior Tribunal de Justiça. Entendimento idêntico adotado por esta C. Corte. Ausência de indícios de **má-fé** parte dos Adquirentes. Exegese da Súmula nº 375, do S.T.J. R. Sentença merecendo reforma, apenas para afastar o reconhecimento da intempestividade da contestação, mantida, no mais, conforme prolatada com relação à procedência da pretensão autoral. Provimento Parcial.

⁹⁸ Idem, op. cit., nota 93.

⁹⁹ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial – REsp 1192678/PR*. Rel.: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22831131/recurso-especial-resp-1192678-pr-2010-0083602-0-stj/inteiro-teor-22831132?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 19 mai. 2018. Direito Cambiário. Ação Declaratória De Nulidade De Título De Crédito. Nota Promissória. Assinatura escaneada. Descabimento. Invocação do Vício por quem o deu causa. Ofensa ao princípio da boa-fé objetiva. Aplicação da Teoria dos Atos Próprios sintetizada nos brocardos latinos "Tu Quoque" E "Venire Contra Factum Proprium". 1.A assinatura de próprio punho do emitente é requisito de existência e validade de nota promissória. 2.Possibilidade de criação, mediante lei, de outras formas de assinatura, conforme ressalva do Brasil à Lei Uniforme de Gênèbra. 3.Inexistência de lei dispendo sobre a validade da assinatura escaneada no Direito brasileiro. 4.Caso concreto, porém, em que a assinatura irregular escaneada foi aposta pelo próprio emitente. 5. Vício que não pode ser invocado por quem lhe deu causa. 6.Aplicação da "teoria dos atos próprios", como concreção do princípio da boa-fé objetiva, sintetizada nos brocardos latinos "tu quoque" e "venire contra factum proprium", segundo a qual ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé 7.Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 8.recurso especial desprovido.

¹⁰⁰ Idem, op. cit., nota 95.

Outro caso ocorreu no direito processual penal, sendo decidido pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁰¹.

Do episódio analisado¹⁰², o réu foi condenado a prestar serviços à comunidade, mas não compareceu em juízo, pois a Defensoria Pública não informou o endereço correto do condenado. Desse modo, a pena foi convertida em pena privativa de liberdade. Irresignada, a Defensoria Pública impetrou Habeas Corpus em favor do condenado, pugnando pela manutenção da pena de prestação de serviços; porém, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, pautada no princípio da boa-fé, denegou a ordem, sob o fundamento de que não houve colaboração da Defesa em fornecer o endereço correto.

Embora tenha ocorrido em outro segmento jurídico, não se pode olvidar sobre o princípio tratado, qual seja: boa-fé. Esse princípio jungido à lealdade processual enaltece a cooperação das partes, surgindo, desse modo, deveres inerentes ao processo.

2.3. Dos deveres das partes processuais

Com a intenção dos operadores legislativos e do direito em concentrar normas de condutas para disciplinar o ordenamento pátrio processual, evitando-se fraudes, conluíus, simulações, atos atentatórios à justiça, é certo inferir que a boa-fé processual lastreia a codificação como um todo.

¹⁰¹ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 137.549/RJ*. Rel.: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23057951/habeas-corpus-hc-137549-rj-2009-0102575-1-stj/inteiro-teor-23057952>>. Acesso em: 19 mai. 2018. Execução penal. *Habeas corpus*. (1) impetração substitutiva de recurso ordinário. Impropriedade da via eleita. (2) não localização do condenado. Diligências junto à receita federal e cartório eleitoral. Endereço presente nos autos (boletim de ocorrência). Número da casa. Divergência em um dígito. (3) instrução do *writ*. Deficiência. (4) princípio da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*. Ordem não conhecida. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário. 2. O devido processo legal instrumentaliza-se, em larga medida, pelo contraditório e pela ampla defesa. Tendo em vista a ocorrência de discrepância entre o endereço constante dos autos - número errado da casa - cumpriria à Defesa alertar ao juízo, a fim de evitar, como ocorrido no caso, a conversão do cumprimento de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. De mais a mais, é inviável divisar, de forma meridiana, a alegação de constrangimento, diante da instrução deficiente da ordem, na qual se deixou de coligir cópias das certidões sobre a não localização do paciente. 3. O princípio da boa-fé objetiva ecoa por todo o ordenamento jurídico, não se esgotando no campo do Direito Privado, no qual, originariamente, deita raízes. Dentre os seus subprincípios, destaca-se o *duty to mitigate the loss*. A bem do dever anexo de colaboração, que deve empolgar a lealdade entre as partes no processo, cumpriria ao paciente e sua Defesa informar ao juízo o endereço atualizado, para que a execução pudesse ter o andamento regular, não se perdendo em inúteis diligências para a sua localização. 4. *Habeas corpus* não conhecido.

¹⁰² Idem, op. cit., nota 97.

Essa circunstância se desencadeia a fim de promover o processo justo, ou seja, que os atos processuais sejam equilibrados, equidistantes e atendam ao devido processo legal.

Desse modo, desde o Código de Processo Civil de 1973, o legislador teve a preocupação em delimitar os deveres das partes. Porém, a maioria dos operadores de direito exemplificava que o núcleo essencial dessa intenção seria em razão de evitar a litigância de má-fé com lides temerárias.

Nelson Nery Junior¹⁰³ entende que “abuso do direito processual é ilicitude que se afere objetivamente, diferentemente da litigância de má-fé, que é aferível subjetivamente”.

Há concordar com Nelson Nery Junior, havendo diferença, ainda que tênue, entre ilicitude objetiva e ilicitude subjetiva, conforme já fora mencionado.

A ilicitude se caracteriza por ato-fato capaz de ser violador de norma jurídica ou regramento que promova relevância jurídica, podendo ter natureza civil ou penal.

Como na temática do presente trabalho é de conteúdo predominantemente civil, é certo pautar-se na seara da ilicitude civil.

A ilicitude civil advém de violação a norma de conteúdo civil, de modo que haja uma responsabilização patrimonial para a compensação danosa. Nessa conjuntura, pensa-se no caso de uma pessoa que violou determinada norma. É certo que seria uma ilicitude civil objetiva, ou seja, não se analisa o dolo ou a culpa, e sim o nexos de causalidade entre o dano e a conduta praticada, melhor, a norma e o dano, diferentemente, da litigância de má-fé.

A litigância de má fé, por sua vez, considera a intervenção de partes processuais durante qualquer procedimento judicial, com atuação contrária a ética e ao bom funcionamento do processo, provocando danos demasiados ao juízo e/ou à parte contrária.

No Código de Processo Civil de 1973¹⁰⁴, possuía previsão de diversas formas de condutas que caracterizavam como litigância de má-fé, a saber:

- Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:
- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
 - II - alterar a verdade dos fatos
 - III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
 - IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
 - V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
 - VI - provocar incidentes manifestamente infundados;
 - VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

¹⁰³ NERY JUNIOR, Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015, p.255.

¹⁰⁴ BRASIL. *Lei nº 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm>. Acesso em 19 mai. 2018.

Portanto, Alexandre Câmara¹⁰⁵ explica que “a existência dos deveres das partes tem, como corolário lógico, a existência de uma responsabilidade das mesmas, a que se poderia chamar de responsabilidade processual civil”. A lei adjetiva enquadrou no artigo 16 do CPC/73 uma responsabilidade subjetiva, exigindo elemento volitivo como requisito para a responsabilização: a má-fé.

Nessa circunstância, será analisada o dolo ou culpa, além do dano e do nexo de causalidade.

Com efeito, confirmando que houve a prática da litigância de má-fé haverá diversas consequências processuais, as quais serão aplicadas em face das partes ou de seus procuradores. Nessa lógica, Alexandre Câmara¹⁰⁶ expõe:

Havendo litigância de má-fé, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, condenará o causador do dano a indenizar à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais as despesas processuais que tiver efetuado e os honorários advocatícios, além de multa não excedente de um por cento sobre o valor da causa. Havendo mais de um litigante de má-fé, deverá o juiz condená-los na proporção de seus interesses na causa, ou solidariamente [...].

É cediço que as partes devem ser leais, agirem de boa-fé e probas. Contudo, não é somente dessa forma que devem se pautar, mas também de acordo com o que estatui a norma adjetiva.

Humberto Theodoro Junior¹⁰⁷ indica que “a litigância de má-fé pressupões sempre dano sério ao processo e aos interesses da contraparte”.

Nesse seguimento, a segurança jurídica fica abalada quando há presente no corpo processual a má-fé, violando-se o direito ao acesso à justiça, atentando-se à máquina judiciária, a uma efetividade da prestação jurisdicional, a qual o próprio Estado é encarregado de assegurar a todos a lesão ou ameaça a direito, vedando-se a autotutela.

Marinoni¹⁰⁸ elucida que “não se trata de um dever sem consequência, que o transformaria, quando muito, em mero dever moral”.

Em casos de aplicação de sanções quando há presente a característica da litigância de má-fé, a moralidade é lembrada pelo legislador e pelo aplicador jurídico.

¹⁰⁵ CÂMARA, op. cit., p. 181.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 181.

¹⁰⁷ THEODORO JR., op. cit., p. 445.

¹⁰⁸ MARINONI, op. cit., p. 254.

Portanto, o que preconiza a pretensão da legislação processual é atitude proba, de colaboração, de auxílio ao Juízo para proferir decisões justas, ainda que o resultado não seja satisfatório. Evita-se um desdobramento consequencial grave, de cunho indenizatório, em caso de comprovada má-fé.

Humberto Theodoro Junior¹⁰⁹ afirma que “como ensina Andrioli, as noções de lealdade e probidade não são jurídicas, mas sim de experiência social”.

Para tanto, os deveres se transmudam, para cada parte do processo, deve observar sua função precípua, como o dever de veracidade a que se atribui aos interessados, ao autor, ao réu, aos peritos, os demais auxiliares da justiça; há também, o dever mandamental que é conferido ao juiz, em que há normas de condutas que devem ser observadas.

Esses deveres são previstos legalmente tanto no CPC/73 quanto no atual CPC, de modo que constituem natureza jurídica pública, visto que há parâmetro de validade pautado na Constituição Federal.

Dessa lógica, o Superior Tribunal de Justiça¹¹⁰, no AgRg no REsp 1382169/MS, elucidou a respeito de que não se deveria confundir a conduta de juiz com julgamento desfavorável, não havendo negativa de prestação jurisdicional.

Novamente, infere-se que o resultado jurídico é independente da conduta da parte, o que se verifica é a correspondência dos atos das partes com os deveres elencados na legislação pátria adjetiva, sob uma vertente casuística.

Há situações processuais como na hipótese de o juízo olvidar-se de fomentar o contraditório, diante de um documento juntado por uma das partes, e com base nesse documento, profere sentença favorável a parte que não juntou o mencionado documento. Sob análise, é pacífico o entendimento de que a essa parte não cabe alegar cerceamento de defesa por ausência de contraditório, visto que não lhe foi causado prejuízo algum.

Diferentemente, seria na hipótese de juiz proferir sentença favorável a uma pessoa, que seria uma das partes de um determinado processo no qual tramita em seu juízo. Logicamente,

¹⁰⁹ THEODORO JR., op. cit., p. 437.

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1382169 MS 2013/0105030-0*. Relator: Min. Sérgio Kukina. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178410299/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1382169-ms-2013-0105030-0>>. Acesso em: 19 mai. 2018. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC . NÃO CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA. ATRASO NA CONCLUSÃO DA OBRA. AJUSTE ENTRE AS PARTES. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. INVERSÃO DO JULGADO QUE DEMANDA O REEXAME DE PROVAS. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. 1. O Tribunal de origem dirimiu, de forma clara e fundamentada, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos. Não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional. (...) 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

não foi observado o rol das causas de impedimento, em que houve nítido prejuízo à parte contrária, desde o início.

A primeira hipótese acima mencionada é uma circunstância excepcional que é flexibilizada pela jurisprudência, diferente do julgado do STJ, AgRg no REsp 1382169 MS¹¹¹. No caso relatado, apesar de conduta errônea do juiz, não houve prejuízo à parte vencedora, visto que não restou vencida. Logo, o resultado jurídico ocorreu independente da conduta das partes processuais. Ao passo que no segundo caso, houve circunstância desabonadora, que merece ser reparada pelo Judiciário, já que houve prejuízo a uma das partes, resultado jurídico desfavorável diante de *error in procedendo*. Nessa segunda circunstância, não houve uma boa-fé processual subjetiva, mas sim, objetiva.

2.4. Sociedade com aspectos éticos e morais para o acesso à justiça

Verificando que os deveres das partes devem ser pautados numa questão ética e moral, é certo diferenciar esses dois institutos.

Partindo-se de uma premissa filosófica, Renne Descartes¹¹² informa que “(...) entendendo por Moral a mais elevada e mais perfeita, porque pressupõe um conhecimento integral das outras ciências, e é o último grau da sabedoria”.

Nota-se que a moral tem um cunho de importância em qualquer seara científica; porém, no Direito, torna-se um elemento interdisciplinar de acuidade, pois encontra-se ínsita nas relações sócio jurídicas que repercutem no campo jurídico.

O comportamento humano depende de uma série de princípios ou pilares: decorre da família, da educação e da religião. Por meio desses três pilares, formam-se grupos em comum, forma-se uma sociedade.

A moral enquadra-se em cada pilar, e somada ao caráter de cada indivíduo, é apta a desenvolver-se para várias finalidades, seja para questões lícitas ou ilícitas.

Desse modo, Renne Descartes¹¹³ explica que a moral “(...) é suficiente para regular os nossos costumes; ou aquilo que é tão grande como a moral que temos sobre as coisas de que habitualmente não duvidamos quanto à conduta da vida”.

¹¹¹ Idem, op. cit., nota 95.

¹¹² DESCARTES, Renne. *Princípios da Filosofia*. Rideel: São Paulo, 2007, p. 22.

¹¹³ Ibidem, p. 276.

Os costumes são diferentes da moral, uma vez que cada pessoa ou grupo possui esse último para agregar seus pensamentos, opiniões, comportamentos, cultura. Nessa feita, a moral está ínsita em cada atitude.

No cenário jurídico, é muito comum deparar-se com moralidade no campo administrativo pelo que determina como princípio administrativo constitucional explícito no artigo 37, *caput* da CRFB/88.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹⁴ explica que “licitude e honestidade seriam os traços distintivos entre direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual *non omne quod licet honestum est* (nem tudo o que é legal é honesto)”.

A moralidade remete a ideia de caráter, idoneidade. Na situação do dispositivo legal artigo 37, *caput* da CRFB/88 é pautada em seara administrativa, em que há um dever a ser observado, em forma de princípio.

Miguel Reale¹¹⁵ afasta essa assertiva de que o estrito cumprimento de normas constitui um dever moral, sob o fundamento de que:

No mundo jurídico, obedecemos sempre a regras que não são postas por nós mesmos, mas que são postas pelos demais homens ou, então, pela sociedade como um todo. São regras que brotam dos costumes ou então são as leis emanadas pelos órgãos legiferantes. Num e noutro caso, somos obrigados a obedecer a regras que expressam a vontade coletiva, a vontade do legislador, mas, de qualquer maneira, sempre a uma vontade que não a nossa. Segundo Radbruch, é inevitável o caráter de heteronomia em toda e qualquer ordem jurídica, e, na realidade, a plena consciência que temos de um dever jurídico não o transforma em dever moral. De onde se pode concluir: 1) que a heteronomia é incompatível com a Moral, mas é compatível com o Direito; 2) que pode haver cumprimento da regra jurídica com plena correspondência entre a "vontade da lei" e a "vontade do obrigado".

Com efeito, a moralidade transcende a vontade humana nos diversos segmentos do dia a dia, havendo pessoas que não desejam o cumprimento de determinada norma ou costume, mas por um aspecto moral, e até mesmo, por uma obrigação do próprio costume, se obriga, correspondendo a uma atitude permissiva contrária ao seu desejo, ou seja, por temer uma sanção civil, criminal ou administrativa.

Ademais, há aqueles que sequer cumprem determinada norma ou costume, contrariando regramentos, princípios e valores. Desse modo, o Estado, assegurando a vedação da autotutela, chama para si o dever de responsabilização seja penal, civil ou administrativa, como direito de resposta ao cidadão lesado e/ou a sociedade lesada ao transgressor.

¹¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 78.

¹¹⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 662.

Nessa mesma linha de entendimento, Bobbio¹¹⁶ assegura que “é verdade que o direito é liberdade; mas é liberdade limitada pela presença da liberdade dos outros”.

A moral assegura como norteador fundamental, a liberdade. Essa liberdade é conferida no livre arbítrio do desejo de optar pelo que é mais conveniente e oportuno à pessoa. Contudo, essa liberdade é relativa, pois caso se concedesse uma liberdade absoluta a todos, não haveria uma padronização de condutas.

Outro aspecto de importância a se retratar que tangencia à moral é o aspecto cultural, que de sobremaneira, é ápice de formação humanística valorativa de cada segmento social.

A cultura influencia diversas pessoas, posicionamentos, vestuários, alimentação, e até ordem política, histórica, jurídica e social, determinando, desse modo, alguns comportamentos necessários para a inter-relação do homem com seu segmento social.

Nessa seara de comportamentos necessários, a ética permanece ao lado da moral, sendo considerada um padrão de comportamento na sociedade.

Carlos Alberto Bittar¹¹⁷ sustenta que “todo conteúdo de normas morais tem em vista sempre o que a experiência registrou como bom e como mau, como o que é capaz de gerar felicidade e infelicidade, como sendo o fim e a meta da ação humana, como a virtude e o vício”.

A ética fortalece a moral, com o escopo de inspirar condutas humanas voltadas para o bem. Nessa lógica, o objeto da ética é a moral.

¹¹⁶ BOBBIO, Noberto. *Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Brasília: UNB, 1997, p. 78.

¹¹⁷ BIITAR; Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas 2010, p. 544.

3. ACESSO À JUSTIÇA E OS MÉTODOS “ADEQUADOS” DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Cumprе esclarecer, em primeiro aspecto, que antes falava-se em métodos alternativos de conflitos, como entendimento clássico; ao passo que, de melhor modo, entende-se a denominação de meios adequados de solução de controvérsias.

Quando se está diante de uma problemática jurídica, é certo se valer dos diversos métodos adequados de controvérsias. Contudo, muitos desses elementos de solução são pouco utilizados, em razão do desconhecimento da tecnicidade de cada instituto pelo operador do direito.

Nesse sentido, nesse terceiro capítulo será abordado sobre os diversos métodos alternativos de solução de controvérsias, seu histórico e suas peculiares, de modo que venha a contribuir para a elucidação do presente trabalho.

Importante frisar que, todos esses mecanismos de solução de controvérsias são aplicados com o objetivo de assegurar a cooperação das partes e produzir o acesso à justiça, de forma que seja conferida uma resposta a eventual conflito que permeia entre as partes envolvidas.

Os métodos alternativos de solução de controvérsias mais utilizados são: conciliação, mediação e arbitragem. Esses sistemas foram introduzidos paulatinamente no ordenamento jurídico brasileiro; todavia, não são os únicos meios de solução, pode-se citar o acordo extrajudicial, a cooperação tácita, os quais são institutos muito observados na prática forense, mas que nesse estudo serão pouco analisados.

Antes de se abordar sobre esses postulados solucionáveis, verdadeiramente, é razoável expor sobre as ondas do acesso à justiça que provocaram mudanças favoráveis à prática jurídica, para que, desse modo, sejam elucidados os métodos adequados de controvérsias.

3.1. As Ondas do acesso à justiça

O acesso à justiça, matéria de ordem pública, de origem constitucional, em razão de se lastrear em prol de cada pessoa humana, é pouco debatida nos centros acadêmicos. Nessa lógica, é muito louvável encontrar doutrina que trata desse tema minuciosamente.

É o caso dos doutrinadores Mauro Cappelletti e Bryant Garth que, em sua obra doutrinária de excelência, reproduz sobre a evolução do acesso à justiça, principalmente, quando destacam sobre as suas respectivas ondas.

Com efeito, os doutrinadores Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹¹⁸ afirmam que “a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”.

Nessa toada, os mencionados doutrinadores explicam com profundidade e riqueza sobre cada uma dessas ondas, do surgimento de cada mecanismo de solução, cada qual revestido do objetivo de fomentar o acesso à justiça.

O acesso à justiça na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 visa assegurar a qualquer pessoa, seja brasileira ou estrangeira, residente ou não no país, a jurisdição brasileira, nos limites de sua competência. Afirma-se que seja conferido o princípio da inafastabilidade jurisdicional, sendo vedado o seu afastamento por qualquer meio ilícito ou ilegal.

Por oportuno, é certo aduzir que quando se observa o acesso à justiça, não se tem a ideia de somente acessar o Judiciário, mas também de obter as garantias procedimentais e processuais asseguradas a um magistrado legalmente investido e competente.

Acessar o Judiciário, durante muitos anos, em busca de uma solução efetiva, foi eivado de muita dificuldade, especialmente, para aqueles que não detinham aquisição econômica suficiente para ingressar na esfera judicial, visto que o processo judicial sempre foi privado, devendo as partes arcar com as custas e despesas processuais. Em decorrência desse contexto, mecanismos necessários foram criados, inicialmente, para viabilizar o acesso à justiça.

Desse modo, os doutrinadores Bryant Garth e Mauro Cappelletti asseguram a evolução do acesso à justiça demonstrando a existência de três ondas inovadoras no sistema jurídico processual global com profundidade e riqueza de detalhes, conteúdos históricos que permeiam na evolução do direito civil-constitucional.

¹¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; et al. *Acesso à justiça*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002, p. 23.

3.1.1. A Primeira Onda

Com o fim de sedimentar o trabalho a ser analisado, é imperioso destacar cada onda evolutiva do acesso à justiça. Cada onda teve seu cerne específico. Desse modo, cabe elucidar, nesse momento, sobre a primeira onda do acesso à justiça.

Os doutrinadores Bryant Garth e Mauro Cappelletti¹¹⁹ elucidam que a primeira onda de acesso à justiça foi a assistência judiciária para os pobres.

Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais. Até muito recentemente, no entanto, os esquemas de assistência judiciária da maior parte dos países eram inadequados. Baseavam-se, em sua maior parte, em serviços prestados pelos advogados particulares, sem contraprestação (*munus honorificum*). O direito ao acesso foi, assim, reconhecido e se lhe deu algum suporte, mas o Estado não adotou qualquer atitude positiva para garanti-lo. De forma previsível, o resultado é que tais sistemas de assistência judiciária eram ineficientes.

A primeira onda, para os mencionados doutrinadores, proporcionou o surgimento de alguns sistemas que melhoram a perspectiva da assistência judiciária aos pobres. Dentre esses mecanismos, encontram-se o sistema *judicare*; o advogado remunerado pelos cofres públicos; modelos combinados; e, as possibilidades e limitações da assistência judiciária.

O sistema *judicare*, um dos mecanismos de acesso à justiça, segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹²⁰, trata-se de um sistema através do qual a assistência judiciária seria estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei.

A finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado. O ideal é fazer uma distinção apenas em relação ao endereçamento da nota de honorários: o Estado, mas não o cliente, é quem a recebe¹²¹.

Todavia, as críticas a esse sistema foram contundentes para determinar que, por si só, o sistema *judicare* não se bastaria, visto que não fomentaria uma reflexão dos direitos do cidadão litigante.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 32.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 25.

¹²¹ *Ibidem*.

O *judicare* desfaz a barreira de custo, mas faz pouco para atacar barreiras causadas por outros problemas encontrados pelos pobres. Isso porque ele confia aos pobres a tarefa de reconhecer as causas e procurar auxílio; não encoraja, nem permite que o profissional individual auxilie os pobres a compreender seus direitos e identificar as áreas em que se podem valer de remédios jurídicos¹²².

Nesse sentido, foi necessário implementar um segundo sistema que conferisse a assistência judiciária às pessoas pobres: o advogado remunerado pelos cofres públicos.

O motivo de inovação de sistemas correlatos ao acesso à justiça foi consagrado pela ideia de que no sistema *judicare*, a pessoa considerada pobre se sentisse intimidada em reivindicar seu interesse jurídico com um escritório particular, visto que existe barreiras geográficas e culturais entre ricos e pobres.

Desse modo, com o surgimento do segundo sistema, de acordo com Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹²³, esse sistema seria o diverso do sistema *judicare*, o que refletiria a vanguarda “guerra contra a pobreza”, em que os serviços jurídicos deveriam ser prestados por “escritórios de vizinhança”, atendidos por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses dos pobres, enquanto classe.

O sistema *judicare* inovou o sistema de acesso à justiça, pois as pessoas consideradas hipossuficientes economicamente poderiam se valer de acesso aos setores jurídicos localizados em comunidades, em que consistiam em atendimento especializado para o atendimento desses necessitados, sem intimidação.

O advogado ali designado teria plena ciência de que o seu atendimento se voltaria para um atendimento específico: determinado tema/área jurídica, comunidade carente, pessoa economicamente hipossuficiente, e condição social da pessoa nos aspectos culturais, políticos e sociais. Desse modo, conferiria um atendimento eficiente.

Ao mesmo tempo, a massa de advogados, por meio de *lobby*, também buscava soluções aos direitos das pessoas hipossuficientes, na mesma ponderação de interesses desse segundo sistema.

Pelo exposto, Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹²⁴ elucidam:

As vantagens dessa sistemática sobre a do *judicare* são óbvias. Ela ataca outras barreiras ao acesso individual, além dos custos, particularmente os problemas derivados da desinformação jurídica pessoal dos pobres. Ademais, ela pode apoiar os interesses difusos ou de classe das pessoas pobres. Esses escritórios, que reúnem advogados numa equipe, podem assegurar-se as vantagens dos litigantes

¹²² Ibidem, p. 26.

¹²³ Ibidem, p. 27.

¹²⁴ Ibidem, p. 40.

organizacionais, adquirindo conhecimento e experiência dos problemas típicos dos pobres.

Portanto, as vantagens desse sistema seriam ir ao encontro dessas pessoas hipossuficientes, e necessitadas, bem como a criação de categoria de advogados eficientes para atuação por essa classe.

Porém, Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹²⁵ abordam sobre as desvantagens desse sistema:

É evidente, em primeiro lugar, que a maior repercussão e melhor resultado aparente dos casos-testes e das iniciativas de reformas legais, podem na prática levar o advogado de equipe a negligenciar os interesses de clientes particulares. Sem dúvida, os advogados de equipe precisam diariamente decidir como alocar melhor seus recursos limitados entre casos importantes apenas para alguns indivíduos, e casos importantes numa perspectiva social. É possível que os indivíduos sejam ignorados ou recebam uma ajuda de segunda classe. [...] Provavelmente, um problema ainda mais sério desse sistema é que ele necessariamente depende de apoio governamental para atividade de natureza política, tantas vezes dirigidas contra o próprio governo.

Nessa concepção, essas desvantagens são sérias e complexas, tendo em vista a necessidade de apoio governamental para conferir à equipe de advogados remuneração adequada, e ambiente digno para realizar as tarefas do dia a dia, a fim de que seja proporcionado aquela pessoa hipossuficiente, atendimento jurídico, em tese, suficiente. Nem sempre as políticas públicas podem atender os diversos setores sociais por completo. Por essa razão, foi necessário inovar por modelos combinados.

Os modelos combinados são a combinação do primeiro sistema com o segundo, ou seja, o sistema *judicare* com o sistema de advogado remunerado pelos cofres públicos, em razão das limitações de cada um.

Cada país possui suas peculiaridades sobre esses modelos combinados. Expor cada modelo e o seu funcionamento, não é o objeto do tema em análise, mas permite assegurar que tanto o sistema *judicare* quanto o sistema de advogado remunerado por cofres públicos são falhos, e a combinação de ambos promoveram a esperança ardente de um direito considerado eficiente.

Com a utilização dos modelos combinados, foi necessária a melhora dos sistemas de assistência judiciária, fazendo com que as barreiras ao acesso à justiça cedessem à necessidade de um grande número de advogados, que exceda até a oferta do serviço a ser prestado; advogados disponíveis para auxiliar aqueles que não podem pagar o serviço; à atenção especial

¹²⁵ Ibidem, p. 41.

dos problemas das pequenas causas; à necessidade de reivindicar os interesses difusos dos hipossuficientes, enquanto classe, bem como aos dos consumidores e defensores do meio ambiente, sendo esses dois últimos ignorados.

Por conseguinte, essa melhora foi intensificada na segunda onda de acesso à justiça, a qual deu azo à representação dos interesses difusos, promovendo ao reconhecimento desses novos direitos aliados às ações governamentais para fomentar o acesso à justiça. A temática sobre a segunda onda será abordada abaixo.

3.1.2. A Segunda Onda

Apesar da inovação de diversos mecanismos para impedir a barreira ao acesso à justiça, como observado na primeira onda, igualmente, a segunda onda surge intensificando a representação dos interesses difusos.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹²⁶ explicam que:

Centrando seu foco de preocupação especificamente nos interesses difusos, esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. Sem dúvida, uma verdadeira “revolução” está-se desenvolvendo dentro do processo civil.

O processo civil, em espectro tradicional, era visualizado a proteger o interesse das partes ali delimitadas, com o fim de buscar uma solução do conflito judicial em si.

Contudo, no aspecto de direito de classe, de grupo, esse sistema processual não era adequado, em que pese a existência dos chamados litígios de “direito público”¹²⁷, com vinculação às pessoas que possuem envolvimento com questões de políticas públicas.

Para esse sistema se concretizar, foi necessária reforma política para a possibilidade dessa representação, bem como mudança no aspecto processual no que se refere à citação, o direito de ser ouvido, a coisa julgada. Dessa feita, a mudança no sistema processual civil foi de grande inovação, ampliando ainda mais o acesso à justiça, e conferindo maior proteção aos diversos segmentos pelos quais o direito fora violado.

¹²⁶ Ibidem, p. 49.

¹²⁷ Ibidem.

Nessa conjuntura, o papel da ação governamental se torna cada vez mais essencial. Contudo, Mauro Cappelletti e Bryant Garth analisam que os elementos da ação governamental, tais como Ministério Público e instituições análogas estariam sujeitas à pressão política.

Desse modo, passou a existir influência política também no aspecto técnico, pois o Ministério Público e as instituições análogas não possuíam qualificação técnica para o deslinde de lides envolvendo direitos difusos.

Nesse sentido, a ação governamental, como um dos meios de solução para a representação dos direitos difusos, sofre limitações, carecendo de outros mecanismos de solução para a inserção desses novos direitos no campo processual.

Para tanto, na segunda onda de acesso à justiça, aliada à ideia de representação dos direitos difusos com papel fundamental da ação governamental, buscando novo mecanismo de solução, em razão das limitações das políticas públicas, foi inserta a ideia de técnica do procurador-geral privado.

Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹²⁸, a técnica do procurador-geral privado ou demandantes ideológicos não tem o objetivo de nomear pessoa para representação de interesses privados; mas sim, que suplementem a ação do governo, admitindo-se ações propostas por cidadãos para impugnar e paralisar determinada ação de governo, como o caso da ação popular.

Porém essa técnica, também, não seria suficiente. Em razão desse cotejo, foi necessário o surgimento da técnica do advogado particular do interesse público, que contribuiu fortemente para a evolução da representação dos chamados novos direitos.

Essa técnica fomentou o reconhecimento de grupos, que sopesou o ideal de minorias nos aspectos processuais mais tênues, como mecanismos de controle, uma atuação efetiva do fiscal da ordem jurídica no que diz respeito a questões de ordem difusa em ação de determinada classe, incumbindo ao Ministério Público esse controle, bem como na hipótese do órgão ministerial não vindicar eficientemente determinada ação, reconhecendo grupos representativos, os quais poderiam demandar direitos coletivos.

Interessante ressaltar que cada país possui um aspecto desse reconhecimento de grupos quanto à ineficiência de determinado órgão. No caso da Austrália e Grã-Bretanha, que se valem do *common law*, existe o chamado *relation action* – ação delegada -, em que uma parte que não teria legitimidade para a causa, obtém permissão do procurador-geral para tanto, sendo supervisionada e controladas pelo procurador-geral.

¹²⁸ Ibidem, p. 55.

Outra reforma relevante que a segunda onda promoveu foi avançar além dos grupos existentes, as chamadas ações coletivas. Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹²⁹ explicam que “enquanto alguns interesses, tais como os trabalhistas, são geralmente bem organizados, outros, como os dos consumidores e dos preservacionistas, não são”.

Analisando esse aspecto de reforma, houve a necessidade de se criar grupos voltados para interesses difusos nos mais variados setores: consumidor, previdenciário, ambiental, minerário e entre outros. Contudo, a disponibilidade financeira, também, se tornou obstáculo para o fomento dessas entidades em prol dos diversos direitos difusos.

Com relação às ações coletivas, do direito norte-americano, *class action*, possibilita que um litigante represente toda uma classe de pessoas em determinada ação. Mauro Cappelletti e Bryant Garth informam¹³⁰ que “a *class action* portanto, ajuda a proporcionar as vantagens de litigantes organizacionais a causas de grupos ou de interesse público”.

Em que pese a ação coletiva ser um dos potenciais mecanismos de reforma do acesso à justiça, a economia é o argumento base de toda essa conjuntura, seja em razão de custos e honorários.

Aliada às ações de interesse público, essas ações exigem especialização, determinado conhecimento. Desse modo, não é qualquer assessoria de advogados que realiza serviços nesse nível de excelência, diante da potencialidade social e da repercussão das demandas e decisões.

Dessa lógica, Bryant Garth e Mauro Cappelletti¹³¹ mencionam que:

Muitos advogados de *class action* podem ser incapazes de prover a tal especialização pessoalmente, ou não contar com recursos suficientes para obtê-la com outros profissionais. Embora possam recuperar os honorários advocatícios, na hipótese de sucesso, o risco de perder é uma barreira considerável; para serem eficientes, precisam também se engajar em práticas de “lobby” e outras atividades extrajurídicas. Por muitas razões, grupos permanentes podem pressionar para obter decisões de governo com mais sucesso do que classes relativamente efêmeras. Esses problemas, juntamente como solução para muitos dos prejuízos sofridos pelos consumidores, tornam a *class action* um meio imperfeito de vindicação dos interesses difusos.

No que diz respeito ao advogado do interesse público, é certo inferir que agregam mais vantagens à representação dos direitos difusos, na medida que acreditam que os novos direitos também fazem parte da busca de uma efetividade jurídica, não somente as pessoas hipossuficientes.

¹²⁹ Ibidem, p. 59.

¹³⁰ Ibidem, p. 60.

¹³¹ Ibidem, p. 61.

Juntamente com a instituição do advogado do interesse público, ainda há a assessoria pública, sendo um subterfúgio para estimular a representação dos interesses difusos.

Quando se fala em assessoria jurídica, entende-se por um auxílio jurídico diante de circunstâncias problemáticas jurídicas, com o fim de investigar, auxiliar grupos, classes que vêm sendo representados, com capacidade eficiente de influência quanto à reparação aos direitos violados.

Desse modo, Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹³² indicam que:

Entre essa solução oficial (governamental) e a fórmula privada de advogados do interesse público existe uma nova e importante instituição norte-americana, que tem sido chamada de assessoria pública. A ideia consiste em usar recursos públicos, mas confiar na energia, interesse e fiscalização dos grupos particulares.

O último mecanismo potencial de reforma na segunda onda foi a solução pluralística (mista), em que haveria combinação de recursos, como as ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público, auxiliando à representação dos direitos difusos.

Para os doutrinadores Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹³³ “analisar cada mecanismo de reforma, por si só, não estimularia a uma eficiência ao acesso à justiça, devendo existir uma combinação de cada fator”.

Na segunda onda, o escopo é a representação dos novos direitos – consumidor e ambiental -, porém não se foi esquecida a primeira onda – direito a uma assistência judiciária às pessoas hipossuficientes. Portanto, restou certo que há a necessidade de ajuste entre a primeira e a segunda onda, as quais, ainda analisadas conjuntamente, desencadeou a necessidade de criação da terceira onda.

3.1.3. A Terceira Onda

Como observado anteriormente, analisar cada fator individualmente não fomenta a eficiência na solução de acesso a uma assistência judiciária adequada às pessoas hipossuficientes, tampouco promove o acesso à representação dos direitos difusos, ainda mais

¹³² Ibidem, p. 64.

¹³³ Ibidem.

quando pouco valorizados pelas políticas públicas governamentais. Em razão dessa análise, surgiu a necessidade de aprimorar mais esse acesso, no que se refere na atividade judicial e extrajudicial.

A terceira onda surgiu para abordar o acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça, como um novo enfoque de acesso à justiça.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹³⁴ ensinam que:

O fato de reconhecermos a importância dessas reformas não deve impedir-nos de enxergar os seus limites. Sua preocupação é basicamente encontrar representação efetiva para interesses antes não representados ou mal representado. O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.

A terceira onda foi o sistema de evolução do acesso à justiça de precípua importância, porque sedimentou, por tempo, a reflexão da atuação da advocacia e do judiciário¹³⁵, com profunda acentuação no poder.

A criação de uma norma visa tutelar um controle da ordem jurídica para um controle social. Do mesmo modo ocorre com a terceira onda, visa reequilibrar um sistema, em que o poder é tendencioso para um dos lados, como os hipossuficientes, os inquilinos, os consumidores e dentre outros.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹³⁶ indicam algumas vantagens sobre a terceira onda com relação ao novo enfoque de acesso à justiça:

O tipo de reflexão proporcionada por essa abordagem pode ser compreendida através de uma breve discussão de algumas das vantagens que podem ser obtidas através delas. Inicialmente, como já assinalamos, esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização

¹³⁴ Ibidem, p. 67.

¹³⁵ Ibidem. O progresso na obtenção de reformas da assistência jurídica e da busca de mecanismos para a representação de interesses “públicos” é essencial para proporcionar um significativo acesso à justiça. Essas reformas serão bem sucedidas –e, em parte, já o foram – no objetivo de alcançar proteção judicial para interesses que por muito tempo foram deixados ao desabrigo. Os programas de assistência judiciária estão finalmente tornando disponíveis advogados para muitos dos que não podem custear seus objetivos e estão cada vez mais tornando as pessoas conscientes de seus direitos. Tem havido progressos no sentido da reivindicação dos direitos, tanto tradicionais quanto novos, dos menos privilegiados. Um outro passo, também de importância capital, foi a criação de mecanismos para representar os interesses difusos não apenas dos pobres, mas também dos consumidores, preservacionistas e do público em geral, na reivindicação agressiva de seus novos direitos sociais.

¹³⁶ Ibidem, p 71.

de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.

A terceira onda também não é suficiente por si só, mas, sobremaneira, impulsionou o olhar do código de processo civil, uma vez que trouxe a ideia de inovação no sistema judicial ou extrajudicial, promovendo reformas legislativas que reconheciam novos direitos, e traziam legitimidade e possibilidade de harmonizar os poderes de provas entre os litigantes. Também, ponderou a criação de tribunais especializados que pudessem analisar melhor aquela causídica.

Todo esse arcabouço reformador adveio dessa inovação da terceira onda, aliados a uma análise da primeira e segunda, com o escopo de lastrear eficiência a cada circunstância litigiosa.

Enfim, abordar que as três ondas evolutivas do acesso à justiça influenciaram diversas Nações em seus textos normativos de aspecto processual, como o Brasil, sendo necessária elucidar essa temática.

3.2. Acesso à justiça no Brasil

No Brasil, o acesso à justiça não ocorreu igualmente ao dos países centrais. A preocupação se voltava para uma outra área, visto que o momento político que o país perpassava se tornou fonte de questionamentos para o advento dos direitos individuais.

Eliane Junqueira¹³⁷ afirma que “o tema sobre acesso à Justiça começou a despertar o interesse dos pesquisadores brasileiros nos anos 80, mas as motivações não eram as mesmas dos cientistas sociais europeus ou estadunidenses, já que esses vinculavam a questão do acesso à Justiça à expansão dos serviços do *welfare state* (em meio à crise desse modelo estatal que se iniciou nos anos 70); tampouco no que se refere à afirmação de novos direitos de cunho coletivo e difuso, como os do consumidor, meio ambiente, étnico ou sexual”.

Toda a sistemática de reforma das ondas evolutivas do acesso à justiça adveio paulatinamente no Brasil, haja vista que no território brasileiro se voltava para o ideal de resolução de conflitos nas comunidades, como a do Jacarezinho. Era necessária a estabilização

¹³⁷ JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. In: *Revista Estudos Históricos*. Rio de Janeiro: 1996, n. 18, p 389.

da cidadania; ao passo que, longe de imaginar-se, sobre a reforma evolutiva dos hipossuficientes, dos novos direitos e na representação legal.

Por essa razão, a doutrinadora Eliane Junqueira¹³⁸ elucida:

Ainda que durante os anos 80 o Brasil, tanto em termos da produção acadêmica como em termos das mudanças jurídicas também participe da discussão sobre os direitos coletivos e sobre a informalização das agências de resolução de conflitos, aqui estas discussões são provocadas não pela crise do Estado de bem-estar social, como acontecia então nos países centrais, mas sim pela exclusão da grande maioria da população de direitos sociais básicos, entre os quais o direito à moradia e à saúde.

Ressalta-se que, no Brasil, vivenciando período autoritarista, era forçoso o sentido de conferir proteção maior a uma boa parcela da sociedade residente em comunidades carentes à época com a criação de organizações protetivas, inclusive, a Ordem dos Advogados do Brasil incidiu nesse combate ao autoritarismo, pois havia restrição às prerrogativas de advogados.

Nessa lógica, a população brasileira possuía restrição aos seus direitos mais básicos, e por esse motivo, a reforma evolutiva das ondas não se apassivou. Contudo, assim como houve a intensa reflexão e surgimento de novos mecanismos combativos para fomentar o acesso à justiça, no Brasil houve impulso ao surgimento de novos atores provocando diversos movimentos sociais, com a defesa das minorias, negros, mulheres, crianças, portadores de deficiência.

É ousar comparação do sistema do Brasil com a reforma político-jurídica nos países centrais; porém, no aspecto político-social a reforma brasileira se intensificou, primeiramente, ao reconhecimento dos direitos individuais das minorias, enquanto no aspecto jurídico esse avanço foi intensificado por mudanças normativas urgentes. Nesse sentido, os apontamentos dos doutrinadores Mauro Cappelletti e Bryant Garth não se aplicaram no Brasil imediatamente.

Conforme enuncia Eliane Junqueira¹³⁹:

No entanto, a análise das primeiras produções brasileiras revela que a principal questão naquele momento, diferentemente do que ocorria nos demais países, sobretudo nos países centrais, não era a expansão do *welfare state* e a necessidade de se tornarem efetivos os novos direitos conquistados principalmente a partir dos anos 60 pelas “minorias” étnicas e sexuais, mas sim a própria necessidade de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso tanto em função da tradicional liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro, como em razão da histórica marginalização sócio-econômica dos setores subalternizados e da exclusão político-jurídica provocada pelo regime pós-64.

¹³⁸ Ibidem, p. 389.

¹³⁹ Ibidem, p. 390.

A restrição aos direitos mais básicos da população brasileira, e a censura ditatorial foi objeto de questionamentos sobre a dignidade de cada indivíduo, motivo pelo qual houve o fomento de movimentos sociais.

Cátia Aída Silva¹⁴⁰ infere que os movimentos sociais iniciados no Brasil “contribuíram para o debate em torno da necessidade de mudanças legislativas e institucionais que garantissem novos direitos individuais e coletivos, sobretudo direitos para a população marginalizada e para as minorias”.

Com efeito, esses movimentos não se voltaram apenas às pessoas mais humildes, às minorias, mas também houve um questionamento à estrutura organizacional da Justiça.

A doutrinadora Cátia Aída Silva¹⁴¹ indica que:

O tema da democratização do Poder Judiciário foi incorporado à pauta de advogados, juízes, promotores, acadêmicos e militantes de organizações de assistência jurídica e comitês de direitos humanos. A ampliação do acesso à Justiça das classes mais baixas, a racionalização e redução dos custos dos serviços judiciários, a simplificação e modificação do processo jurídico nas áreas cível, penal e trabalhista, a representação jurídica de causas coletivas e, finalmente, a mudança na formação e no papel do juiz e dos demais operadores jurídicos (advogados, promotores, defensores) foram questões exaustivamente discutidas por especialistas e por diversos grupos da sociedade civil organizada.

Em que pese a discussão jurídica à época restar por estranho às ondas evolutivas de acesso à justiça, o enfoque temático é que, durante o período da década de 70 a 80, havia a necessidade de combater o autoritarismo, promovendo o reconhecimento dos direitos individuais, principalmente, das minorias. Esse reconhecimento teria que se iniciar com mudanças legislativas e jurídicas, o que foi considerado o primeiro passo, ainda que tênue, para o acesso à justiça.

Na segunda fase evolutiva do acesso à justiça no Brasil, ou seja, na virada dos anos 70 para os anos 80, principalmente, na segunda metade dos anos 80, as três ondas evolutivas do acesso à justiça foram introduzidas no Brasil, mas sob o aspecto de discussão de como efetivá-las.

A análise das ondas passou a ser visualizada como direito social. José Murilo de Carvalho¹⁴² apontou que:

¹⁴⁰ SILVA, Cátia Aída. *Acesso à Justiça: uma leitura dos direitos e da cidadania no Brasil contemporâneo*. São Paulo: IFCH/UNICAMP, 2002, p. 4.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 5.

¹⁴² CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania na encruzilhada*. In Bignoto, N. (org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 108.

[...] a garantia da justiça exige a interferência do poder de Estado, assim como o exige a política de bem-estar. Ela não representa uma reação ao Estado, um direito negativo. Corresponde a um momento da sociedade liberal em que o Estado já foi convocado para garantir, pela intervenção, um direito inicialmente estendido a parcela limitada da população.

A necessidade demasiada de se perquirir um acesso ao Poder Judiciário às pessoas hipossuficientes, especialmente, aquelas residentes em comunidades carentes, foi refletida sob a influência da onda evolutiva do acesso à justiça.

Em razão dessa nova sistemática, os sinais das reformas evolutivas de acesso à justiça no Brasil em contexto ao apresentado pelos doutrinadores Bryant Garth e Mauro Cappelletti surgiram paulatinamente, iniciando-se pela criação dos Juizado de Pequenas Causas – Lei nº 7244¹⁴³ de 7 de novembro de 1984, revogada, posteriormente, pelo advento da Lei nº 9099/95¹⁴⁴.

Com efeito, pelos diversos questionamentos ao Poder Judiciário nos constantes movimentos sociais à época sobre a efetividade das decisões judiciais, das práticas, do sistema estrutural, em relação não somente às partes litigantes, mas a um conjunto de pessoas em prol de mesmo interesses, houve a necessidade do surgimento de leis que conferiam determinados procedimentos ao Ministério Público, tornando-o responsável pela representação dos interesses coletivos e difusos – Lei nº 6938/81¹⁴⁵ e Lei nº 7347/85¹⁴⁶.

As leis acima mencionadas são anteriores à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas corroboraram para a busca de mudanças normativas, e assegurar uma efetividade representativa ao reconhecimento de novos direitos.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, é evidente que por sua leitura, foi significativa a influência dos variados movimentos sociais, conferindo mandamentos constitucionais em prol da dignidade da pessoa humana, de cada indivíduo, seja brasileiro ou estrangeiro residentes no país.

O Estado Democrático de Direito se consolidou com o surgimento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 com os princípios mais fundamentais como cidadania, dignidade, soberania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político.

¹⁴³BRASIL. *Lei nº 7.244*, de 7 de novembro de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/1980-1988/L7244.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

¹⁴⁴ Idem. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L9099.htm#art97>. Acesso em: 19 mai. 2018.

¹⁴⁵ Idem. *Lei nº 6.938*, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

¹⁴⁶ Idem. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

Aliado a esses princípios fundamentais, era preciso demonstrar os objetivos da Carta Constituinte de 1988, em contexto nacional e internacional.

A assertiva acima demonstra que o acesso à justiça no Brasil foi assegurado na legislação, a partir da consolidação do Estado Democrático de Direito em seus preceitos e objetivos fundamentais.

Paulo Bonavides¹⁴⁷ leciona:

[...] se converte no valor mais alto de todo sistema constitucional, tornando-se o critério magno e imperativo de interpretação da Constituição em matéria de direitos sociais. Imprimindo assim, uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma substantividade nunca conhecida nas Constituições anteriores. Neste contexto, há uma sobrelevação dos direitos e garantias fundamentais, ampliando consideravelmente o acesso à justiça, sendo a assistência judiciária gratuita, apenas uma de suas formas.

Para tanto, não se pode olvidar sobre os direitos e garantias fundamentais que a Carta Política de 1988 acentuou como direitos coletivos e fundamentais, incluindo dentre eles, a assistência judiciária integral aos necessitados – artigo 5º, inciso LXXIV da CRFB/88; a criação dos juizados especiais – artigo 98, I da CRFB/88; o reconhecimento da Defensoria Pública – artigo 134 da CRFB/88; e, a reestruturação da instituição do Ministério Público – artigos 127 e 129 da CRFB/88.

Todavia, apesar da Carta Política de 1988 conferir influência social, reconhecer novos direitos, não se observa uma solução alternativa de conflitos de ordem constitucional.

Em que pese o Brasil adotar a sistemática estrutural fomentada por Bryant Garth e Mauro Cappelletti, houve uma falha de percurso: a morosidade nas decisões judicial. Portanto, houve a necessidade de se criar mecanismos de solução alternativa de conflitos, como aqueles projetados como novos enfoques de acesso à justiça por Bryant Garth e Mauro Cappelletti.

3.3. Os tipos alternativos de solução de controvérsias

As três ondas evolutivas ao acesso à justiça promovida por Bryant Garth e Mauro Cappelletti influenciaram o ordenamento jurídico brasileiro; porém, pela falha de percursos, a efetividade das decisões judiciais era comprometida.

¹⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 374.

A morosidade na prestação da tutela judicial é considerada exemplo contemporâneo, mas não é o principal. Essa demora é evitável, mas há uma infinidade de problemáticas que merecem ser corrigidas, como poucos funcionários, estrutura do ambiente, seja arquitetura e tecnológica, muita demanda, entre outros.

A elevação de processos judiciais potencializou a morosidade do Judiciário, seja em juizados especiais, seja em varas cíveis. Com a facilitação do acesso à informação, os cidadãos passaram a reivindicar os seus direitos, o que é correto. Contudo, a administração e a estrutura organizacional do Poder Judiciário não estavam prestando, efetivamente, a tutela jurisdicional digna, conforme assegura o ordenamento jurídico.

Joel Dias Figueira Junior¹⁴⁸ afirma que:

Se investigar as causas desta crise judiciária instaurada, constatar-se-á, sem maiores dificuldades, que ela se encontra intimamente ligada a fatores de profunda modificação nas órbitas social, política e econômica, assim como vinculada à crise jurídica. Queiramos ou não, a questão judiciária é, antes de tudo, uma complexa questão política.

Desse modo, a implementação de novos modelos alternativos de solução de conflitos foram buscados e inseridos para facilitar a promoção da justiça de configuração efetiva, como: a arbitragem, a mediação e a conciliação.

3.3.1. Da Arbitragem

Segundo Luiz Antonio Scavone Junior¹⁴⁹, a arbitragem “é um dos meios de composição de conflitos pela heterocomposição, ou seja, a solução do conflito por um terceiro imparcial”.

Nesse sentido, seria um método alternativo de conflito primando pela solução efetiva com justiça.

Não há inconstitucionalidade para a previsão legal da arbitragem, sendo considerada um dos métodos alternativos de conflito eficaz¹⁵⁰:

¹⁴⁸ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem jurisdição e execução*: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 107.

¹⁴⁹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem: Mediação e Conciliação*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1.

¹⁵⁰ DIDIER JR., op. cit., p. 170.

Não há qualquer vício de inconstitucionalidade na instituição da arbitragem, que não é compulsória; trata-se de opção conferida a pessoas capazes para solucionar problemas relacionados a direitos disponíveis. Não se admite arbitragem em causas penais. Ademais, a Emenda Constitucional n. 45/2004 consagra a arbitragem em nível constitucional, no âmbito trabalhista (art. 114, §§ 1º e 2º, CF/1988).

Para tanto, teve previsão no Código Civil de 1916 entre os meios indiretos de pagamento. Por conseguinte, doutrinadores como Scavone Junior¹⁵¹ entendia que “o Poder Judiciário se transformava em segundo grau de jurisdição”.

A arbitragem é regulamentada pela Lei nº 9.307/1996, tendo possibilidade de ser prevista por meio de negócios jurídicos denominado convenção de arbitragem a qual compreende a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Impende ressaltar que a cláusula compromissória, segundo Didier¹⁵², “é a convenção em que as partes decidem, prévia e abstratamente, que as divergências oriundas de certo negócio jurídico serão resolvidas pela arbitragem”; ao passo que, o compromisso arbitral é “o acordo de vontades para submeter uma controvérsia concreta, já existente, ao juízo arbitral, prescindindo do Poder judiciário”.

Nos moldes da legislação da arbitragem – Lei nº 9.307/1996¹⁵³ -, a cláusula compromissória para ser efetivada, o compromisso arbitral tem que ser realizado. Contudo, se restar com todos os elementos necessários para a instauração da arbitragem, o compromisso arbitral não será necessário.

Dessa lógica, comenta Carlos Alberto Carmona¹⁵⁴:

Muito embora o legislador brasileiro não tenha revolucionado a terminologia predominante, mudou por completo os conceitos: hoje, no Brasil, pode-se instituir arbitragem apenas e tão-somente com base em cláusula compromissória, dispensada a formalidade do compromisso. O compromisso será mera formalidade se a cláusula compromissória for completa: neste caso, por conta do disposto no art. 5º da Lei, bastará acionar os mecanismos predeterminados pelas partes na convenção de arbitragem para que se instaure o juízo arbitral, que se considera instituído com a aceitação, pelo árbitro, do encargo, independentemente de compromisso, repita-se.

A arbitragem possui características peculiares, tais como: a possibilidade de escolha da norma de direito material a ser aplicada – artigo 2º, §1º e §2º, Lei 9.307/1996¹⁵⁵; a pessoa do árbitro, em que deve ser pessoa física e capaz, apresentando, status de juiz de direito e de fato,

¹⁵¹ SCAVONE JUNIOR, op. cit., p. 2.

¹⁵² DIDIER JR., op. cit., p. 170.

¹⁵³ BRASIL, op. cit., nota 143.

¹⁵⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2004. p. 35.

¹⁵⁵ BRASIL, op. cit., nota 143.

sendo equiparados aos servidores públicos para efeitos penais – artigo 13 da Lei nº 9.307/1996¹⁵⁶; a desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral pois produz efeitos imediatamente – artigo 31 da Lei nº 9.307/1996¹⁵⁷; e, a sentença arbitral é título executivo judicial – artigo 31 da Lei nº 9.307/1996¹⁵⁸; há possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais produzidas no exterior – artigo 34 e seguintes da Lei nº 9.307/1996¹⁵⁹.

Para tanto, a sentença arbitral pode ser submetida ao controle judicial de validade, ou seja, será realizada uma análise do Poder Judiciário se a solução ali encontrada está de acordo com os parâmetros legais. Não se substitui a sentença arbitral nessa hipótese, mas é questão de anular a sentença, em razão de vícios formais - artigo 32¹⁶⁰ e artigo 33¹⁶¹ da Lei nº 9.307/1996.

Há, ainda discussão, pela possibilidade da arbitragem nos contratos administrativos, e também, aos que estão relacionados às atividades econômicas submetidas à regulação estatal e às parcerias público-privadas.

Sobre a coisa julgada, a decisão arbitral é imutável pela coisa julgada material; porém, pode ser invalidade. Essa invalidação tem que respeitar o período nonagesimal, pois, caso contrário, a coisa julgada torna-se soberana.

Quanto à natureza da arbitragem, é nítido que após dissertar brevemente sobre a coisa julgada é possível considerar a natureza jurisdicional.

Contudo, há doutrinadores que discordam quanto a essa natureza jurisdicional da arbitragem, como Luiz Guilherme Marinoni¹⁶², o qual entende que “a arbitragem é a manifestação da autonomia da vontade e a opção por árbitro implica renúncia à jurisdição, tanto que essa escolha só pode ser feita por pessoas capazes e para tutela de direitos patrimoniais disponíveis”.

Em que pese a caracterização da coisa julgada, outro argumento favorável ao entendimento do doutrinador Luiz Guilherme Marinoni¹⁶³ é no sentido de que “o árbitro pode decidir, mas não poderá executar a sua decisão, pois a competência é do Poder Judiciário, visto

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 147 e ss.

¹⁶³ Ibid.

que não há previsão legal permitindo essa circunstância processual ao árbitro”, bem como “a sentença arbitral é título executivo judicial”¹⁶⁴.

¹⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. *Conflito de Competência nº 111.230 - DF (2010/0058736-6)* Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior – Julgamento: 01/07/2010. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15451960/conflito-de-competencia-cc-111230>>. Acesso em: 19 mai. 2018. AUTOR : CENTRAIS ELÉTRICAS BELÉM S/A – CEBEL ADVOGADA : ANA TEREZA PALHARES BASÍLIO E OUTRO (S) RÉU : SCHAHIN ENGENHARIA LTDA E OUTROS SUSCITANTE : SCHAHIN ENGENHARIA LTDA ADVOGADO : LEONARDO RUFINO CAPISTRANO E OUTRO (S) SUSCITADO : TRIBUNAL ARBITRAL DO CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL – CANADÁ SUSCITADO : JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA EMPRESARIAL DO RIO DE JANEIRO – RJ DECISÃO Vistos. Cuida-se de alegado conflito positivo em que é suscitante Schahin Engenharia S/A e suscitados o Juízo de Direito da 2ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, RJ, e o Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, com sede em São Paulo, relativamente, o primeiro, ao Processo Cautelar n. 2009.001.216635-9 ajuizado por Centrais Elétrica Belém S/A - CEBEL e, o segundo, em razão da instauração do procedimento arbitral (processo n. 38/2009) para apurar responsabilidade pelo rompimento de barragem de PCH (Pequena Central Hidrelétrica) construída pela suscitante. Destaca a existência da cláusula arbitral e que, de qualquer modo, ainda foi eleito foro subsidiário para questões cuja solução não seja de competência do juizado arbitral, qual seja, o de São Paulo. Diz que a autora do processo cautelar intentou anteriormente ação no Distrito Federal sob a alegação de haver interesse da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) e que, diante da negativa pelo Juízo a quem distribuído o processo, foram os autos remetidos à Comarca de Vilhena, RO, onde construída a unidade de PCH, na qual houve oposição de exceção de incompetência, de sorte que ocorreu a remessa a São Paulo, capital, distribuídos ao Juízo da 3ª Vara Cível, que julgou extinto o processo sem resolução de mérito, "decisão essa que transitou em julgado" (e-STJ fl. 3). Alega que, posteriormente, ajuizou a Companhia de Energia Elétrica novas demandas cautelares no Estado do Rio de Janeiro, distribuídas ao Juízo de Direito da 2ª Vara Empresarial, a primeira de protesto e a segunda de inventário e arrolamento de bens, sendo que, nesta última, houve decisão liminar determinando-se a realização do inventário (e-STJ fl. 5). Assere que, mesmo alertado pela suscitante acerca do procedimento arbitral instaurado pela própria CEBEL, o Juízo Estadual suscitado indeferiu-lhe o pedido de reconsideração. Acrescenta que o contrato prevê o acesso ao Poder Judiciário para a obtenção de medidas preparatórias para a arbitragem, porém tal competência cessa com a instauração do procedimento arbitral. Assevera que submeteram à consulta do Tribunal Arbitral a necessidade de manutenção da medida cautelar, o qual "declarou possuir competência exclusiva para apreciar e julgar medidas cautelares e assegurar o resultado prático do juízo arbitral, inclusive para reexaminar, posto permitido pelo artigo 807 do Código de Processo Civil, a viabilidade da manutenção da medida de urgência deferida pelo Poder Judiciário em procedimento preparatório. Por consequência, após avaliar a petição inicial e documentos da ação principal proposta perante o Juízo arbitral (fato novo), suspendeu, ad cautelam, a diligência que havia sido determinada pelo MM. Juízo da 2ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, pois, naquele estágio da instrução processual, revelava-se desnecessária e extremamente onerosa à parte requerida, ora suscitante"(e-STJ fl.7), decisão esta que, segundo alega, foi desconsiderada por aquele Juízo. Alega que é incontroversa a existência de cláusula contratual compromissória e que o juízo arbitral, por força da Lei n. 9.307/1996, exerce jurisdição, de maneira que, "ao celebrar convenção de arbitragem, as partes, com base em sua autonomia contratual, entregam aos árbitros o poder de decidir eventuais controvérsias decorrentes do contrato entre elas celebrado"(e-STJ fl. 13), inclusive quanto à "adoção de medida liminar destinada a assegurar o resultado prático do litígio submetido ao árbitro" (e-STJ fl. 14). Reconhece que, mesmo diante da existência da cláusula compromissória, não se nega às partes o acesso ao Poder Judiciário, porém somente até que se constituam os árbitros, o que foi, inclusive, pactuado. Cita fartas doutrina e jurisprudência que entende corroborarem sua tese e pede, liminarmente, o sobrestamento da cautelar em curso no Juízo Estadual e a determinação de competência do Tribunal Arbitral para decidir as questões urgentes e, no mérito, que seja reconhecida a competência exclusiva desse Tribunal para julgar tanto a ação principal quanto quaisquer processos cautelares dependentes desta. Decido. De acordo com o art. 105, I, d da Constituição Federal, cabe ao STJ processar e julgar originariamente: "os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, 'o', bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos." Não se pode pretender que tal redação pressuponha que os órgãos judicantes referidos no Texto Magno pertençam necessariamente ao Poder Judiciário, seja porque lides como a exposta permaneceriam no vácuo ou sujeitas a jurisdição dupla e eventualmente conflitante, como supostamente aqui ocorre, seja porque o escopo da Lei de Arbitragem restaria esvaziado se os contratantes que aderissem a tal modalidade na solução das controvérsias resolvessem se utilizar do processo judicial. Também não pode estender o conceito de conflito de atribuições inserido na letra g do mencionado dispositivo constitucional para considerar que a expressão "autoridades administrativas" compreenda entes não judiciários. Acresça-se que eventual

Daniel Mitidiero¹⁶⁵ afirma que “a arbitragem não é jurisdição, pois a validade de suas decisões pode ser controlada pelo poder Judiciário”.

Ao analisar o instituto jurídico da arbitragem, verifica-se a autonomia das partes, em determinado negócio jurídico, possibilitar o deslinde de eventual lide em juízo arbitral, desde que se trata de direitos patrimoniais e disponíveis. Logicamente, seria direito potestativo fundamental do direito à liberdade, ao acesso à justiça sendo certo mencionar que é vedada a imposição de arbitragem compulsória em contratos de adesão.

3.3.2. A Mediação e a Conciliação

Além da arbitragem, a mediação e a conciliação são métodos alternativos de solução de conflitos.

Fredie Didier¹⁶⁶ enuncia:

Mediação e conciliação são formas de solução de conflito pelas quais um terceiro intervém em um processo negociai, com a função de auxiliar as partes a chegar à autocomposição. Ao terceiro não cabe resolver o problema, como acontece na arbitragem: o mediador/conciliador exerce um papel de catalisador da solução negociai do conflito. Não são, por isso, espécies de heterocomposição do conflito; trata-se de exemplos de autocomposição, com a participação de um terceiro.

declaração de incompetência por este Tribunal negaria às partes a definição do órgão responsável pelo julgamento, sem oferecer o instrumento para a pacificação do embate de interesses. De fato, o Juízo suscitado proferiu decisão liminar determinando o inventário de bens da suscitante e outra (e-STJ fls. 148/151), objeto de irrisignação via agravo de instrumento ao Tribunal, cuja decisão, proferida pelo relator a quem distribuído o recurso, não foi declarou a incompetência da Corte Arbitral, senão reafirmada a possibilidade, estabelecida na cláusula 23.8 do ajuste, de o Poder Judiciário prestar a jurisdição quanto "a medida cautelar ou qualquer outro remédio jurídico que não possa ser obtido segundo a lei de arbitragem brasileira"(e-STJ fl. 242). Isso porque são complementares as funções de ambos os entes julgadores, atuando no limite de suas competências, conforme previsto pelas partes no contrato. Como é cediço, ao Juízo Arbitral falta a coerção estatal para o cumprimento de seus julgados, tanto que formam título executivo exatamente para que à parte refratária, que concordou em se submeter ao julgamento, seja imposta, perante a justiça comum, a prestação a que foi condenada. Portanto, não está entre suas funções promover a execução de suas decisões. Todavia, o arrolamento previsto no artigo 855, do Código de Processo Civil, não constitui medida preparatória de caráter coercitivo a exigir seja necessariamente prestada perante o Poder Judiciário, comportando, na hipótese de existência de cláusula arbitral, o seu deferimento, eventualmente, pelo próprio Tribunal Arbitral, bem como o seu processamento. Ante o exposto, defiro o pedido liminar exclusivamente, por ora, para sobrestar o andamento da cautelar de arrolamento de bens até final julgamento deste conflito. Oficiem-se às autoridades apontadas para que prestem, em dez dias, informações pormenorizadas acerca do andamento dos processos mencionados. Recebida a resposta ou decorrido o prazo, dê-se vista ao douto Ministério Público Federal. Publique-se. Brasília (DF), 1º de julho de 2010. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR Relator.

¹⁶⁵ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005, p. 88.

¹⁶⁶ DIDIER JR., op. cit., p. 275.

Nessa lógica, com meios de solução alternativa de conflitos, a conciliação e a mediação deverão ser lastreadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, do autorregramento da vontade, da normalização do conflito, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Cada princípio colacionado pelo doutrinador Didier tem sua importância essencial para o fomento de solução alternativa de conflitos, proporcionando ao Judiciário mais efetividade nas tutelas judiciais.

A independência está relacionada ao papel do mediador e do conciliador, pois ambos possuem funções similares em campos de atuação diferentes; porém, poderão agir com liberdade, desde que pautado no ordenamento jurídico pátrio.

A imparcialidade, por sua vez, jamais poderá ser dispensável de qualquer processo judicial. Esse princípio não atinge somente aos magistrados, mas a qualquer sujeito processual, seja perito, assistentes sociais, psicólogas, magistrados, promotores, servidores – analistas e técnicos -, mediadores e conciliares. Com esse princípio evita-se qualquer influência para a decisão judicial, lastreando meios escusos de vantagem naquela decisão, parecer, acordo. Portanto, a impessoalidade tem que estar no início ao fim do processo.

O princípio do autorregramento está voltado para conferir uma liberdade relativa às partes durante o processo, seja na mediação ou na conciliação. As partes poderão fazer suas próprias regras procedimentais.

A confidencialidade está relacionada ao sigilo profissional, sendo um dever, não podendo divulgar ou depor acerca dos fatos ou elementos daquela conciliação ou mediação.

A oralidade e a informalidade são diretrizes da mediação ou conciliação. Por mais que o ato seja solene, é o momento oportuno para as partes transigirem, tentarem acordo ou até mesmo expor o ocorrido. A diferença nesse ponto é tênue entre conciliação e mediação.

A mediação é formada por uma equipe de profissionais que escutarão o ocorrido pelas partes, não havendo envolvimento substancial da parte técnica, ou seja, a participação dos advogados. Ademais, os mediadores não têm uma ciência inicial do processo. Diferentemente, do que ocorre na conciliação, em que um conciliador, já detentor de conhecimento prévio da problemática que envolve o processo.

Como técnicas distintas de autocomposição, Didier explica que “o conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio. A técnica da conciliação é mais indicada para os casos em que não havia vínculo anterior entre os envolvidos”; enquanto, “o mediador exerce um papel um tanto diverso. Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles,

auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Na técnica da mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados”.

Impende ressaltar que tanto a mediação quanto a conciliação podem ocorrer de forma extrajudicial ou judicial.

Na atual legislação, os interessados podem escolher, consensualmente, o mediador e o conciliador e a câmara privada para a realização da mediação ou conciliação, na forma do artigo 168 do Código de Processo Civil. Se a escolha recair em profissional não cadastrado perante o tribunal, será necessário providenciar esse cadastro, artigo 167, *caput* do Código de Processo Civil.

Fredie Didier¹⁶⁷ explica sobre a importância do cadastro:

O cadastro é importante, pois, os mediadores e conciliadores devem passar por um curso de capacitação, cujo programa é definido pelo mesmo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça, além de se submeterem a reciclagens periódicas (art. 167, §1º, CPC; art. 12, Resolução n. 125/2010 do CNJ).

Em que pese na prática do cotidiano, a autocomposição, de modo indireto, ser praticamente imposta aos jurisdicionados, para muitos doutrinadores e operadores do direito, não será considerada método eficaz que desafogue o Poder Judiciário. Yarshell¹⁶⁸ explica sucintamente:

A conciliação não pode e não deve ser prioritariamente vista como forma de desafogar o Poder judiciário. Ela é desejável essencialmente porque é mais construtiva. O desafogo vem como consequência, e não como a meta principal. Essa constatação é importante: um enfoque distorcido do problema pode levar a resultados indesejados. Vista como instrumento de administração da máquina judiciária, a conciliação passa a ser uma preocupação com estatísticas. Sua recusa pelas partes - direito mais do que legítimo - passa a ser vista como uma espécie de descumprimento de um dever cívico e, no processo, pode fazer com que se tome como inimigo do Estado aquele que não está disposto a abrir mão de parte do que entende ser seu direito. Daí a reputar a parte intransigente como litigante de má-fé vai um passo curto. Isso é a negação da garantia constitucional da ação e configura quebra do compromisso assumido pelo Estado de prestar justiça. Esse mesmo Estado proíbe que o cidadão, salvo raras exceções, faça justiça pelas próprias mãos.

Por esse motivo, confirma-se que as três ondas evolutivas do acesso à justiça, aliado ao novo enfoque com métodos alternativos de conflitos não são suficientes para evitar essa crise

¹⁶⁷ DIDIER JR., op. cit., p. 277.

¹⁶⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *Para pensar a Semana Nacional da Conciliação*. Folha de São Paulo, 08.12.2009, p. A3.

no Judiciário. Não serão a conciliação, a mediação, e até mesmo a arbitragem suficientes para fomentar a efetividade das tutelas jurisdicionais.

Nesse sentido, Fredie Didier¹⁶⁹ se posiciona:

É perigosa e ilícita a postura de alguns juízes que constroem as partes à realização de acordos judiciais. Não é recomendável, aliás, que o juiz da causa exerça as funções de mediador ou conciliador. Demais disso, convém sempre ficar atento, em um processo de mediação e conciliação, ao desequilíbrio de forças entre os envolvidos (disparidade de poder ou de recursos econômicos). Trata-se de fator que comumente leva um dos sujeitos a celebrar acordo lesivo a seu interesse.

O advento de leis infraconstitucionais lastreadas de preceitos fundamentais surgem com o escopo único de efetivar a tutela jurisdicional, a uma decisão justa, em tempo razoável, não calcadas, apenas, na autocomposição das partes. Desse modo Urbano Ruiz¹⁷⁰ afirma:

[...] não há dúvidas de que o renascer da conciliação é devido, em grande parte, à crise da Justiça, à sobrecarga dos tribunais, à morosidade dos processos, seu custo, à deficiência do patrocínio gratuito, tudo levando à insuperável obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais.

Nesse mesmo sentido, ocorreu a reforma processual civil, a qual adveio provocando mudanças fundamentais na sistemática alternativa de conflitos.

¹⁶⁹ DIDIER JR., op. cit., p. 280.

¹⁷⁰ RUIZ, Urbano. *A função do juiz na sociedade em mudança*. Texto apresentado na XI Conferência Nacional dos Advogados, Fortaleza, 1996, p. 17.

4. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO ELEMENTO FACILITADOR DE UMA QUARTA ONDA DE CAPPELLETTI

Ultrapassadas as questões referentes às ondas evolutivas e os meios alternativos de solução de conflitos, é de notar que o aspecto político-legislativo está inter-relacionado com o direito e a sociedade, sendo um dependente do outro.

As normas são erigidas para fins de ordem pública, jurídica-social. De acordo com a mudança da sociedade, a legislação tende a mudar; ou, muitas vezes, a legislação surge, mas a sociedade está em outro prisma, não atingindo, a lei, adequadamente, seu objetivo.

No entanto, nessa temática, o cerne é entender se todas as ondas evolutivas, todas as alternativas de solução de conflitos fomentaram a efetividade da tutela jurisdicional, porque se sabe que contribuíram para uma perspectiva de representação judicial e resolução de conflitos.

Porém, a educação das partes, o conceito de lealdade, um dever pautado na ética e na moralidade, no patamar de cooperação, jungidos a todas essas circunstâncias de solução e ondas evolutivas poderiam proporcionar maior efetividade da tutela jurisdicional.

Nesse limiar, as ondas de Cappelletti foram o primeiro passo para influências positivas no ordenamento jurídico; mas, por si só, não foram suficientes para decisões consideradas justas e efetivas.

Uma lei pautada em seu direito material sob uma perspectiva constitucional educativa, assegura a efetividade processual de uma decisão. Desse modo, alavancaria a segurança jurídica das partes, no que concerne os seus direitos, transcendendo efeitos jurídicos externos, em prol de uma ordem jurídica-social.

Em que pese haver várias teses sobre a quarta onda, sendo a mais conhecida como o acesso à justiça em prol de administração judiciária adequada atrelada ao profissionalismo dos advogados; contudo, também se mostra frágil diante do cenário atual de organização e representação judicial.

Nesse sentido, no aspecto temático processual civil, o Código de Processo Civil de 1973¹⁷¹, enigmático em muitos aspectos, foi recentemente reformado pelas Leis nº 13.105/2015¹⁷² e nº 13.256/2016¹⁷³. O motivo de sua reforma será analisado em breve; todavia,

¹⁷¹ BRASIL, op. cit., nota 100.

¹⁷² Idem, op. cit., nota 53.

¹⁷³ Idem. *Lei nº 13.256*, de 4 de fevereiro de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113256.htm. Acesso em: 19 mai. 2018.

não se pode olvidar que foi o primeiro passo para uma visão processual civil constitucional educativa, diante da crise do Judiciário que vem se alargando há bastante tempo.

4.1. Da crise judiciária pós-88

A Constituição da República Federativa do Brasil se pautou em prol do indivíduo, conferindo garantias individuais e coletivas, sob o prisma protetivo do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Nesse mesmo sentido, José Afonso da Silva¹⁷⁴:

[...] o termo vincula-se com o conceito de soberania popular (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essenciais do regime democrático. A cidadania, assim considerada, consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no processo do poder com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro, de contribuir para o aperfeiçoamento de todos.

José Afonso da Silva retrata a educação como sendo base essencial do regime democrático de direito, quando aliados à soberania popular, direitos políticos e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana; contudo, na prática cotidiana, não se vislumbra desse modo a intenção do constituinte.

É cediço que todo poder emana do povo, e esse se desenvolve por meio da cidadania. Desse modo, quando o cidadão se sente ameaçado em seu direito ou se lesiona, o Estado chama para si, por meio do que expressa a Constituição, o monopólio da jurisdição. Trata-se do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A jurisdição é exercida quando provocada por aquele que se sentiu lesionado ou ameaçado, até mesmo quando não há conflitos, mas convergência de interesses.

Edouard René Lefebvre de Laboulaye¹⁷⁵ explica que “o Poder Judiciário sempre foi visto por sua diligência e cuidado para com os direitos dos cidadãos”. Ao passo que, Ovídio Baptista¹⁷⁶ complementa:

¹⁷⁴ SILVA, José Afonso da. Acesso à Justiça e cidadania. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11.

¹⁷⁵ LABOULAYE, Edouard René Lefebvre de. *Do Poder Judiciário: O poder judiciário e a Constituição*. Coleção AJURIS: Porto Alegre, 1977, n. 4, p. 11.

¹⁷⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Participação e processo*, coord., Ada Pellegrini Grinover. RT: São Paulo, 1988, p. 98.

Passa hoje, de forma muito severa, por uma crise real e muito perigosa, que já trouxe problemas, e que sabidamente poderá trazer muito mais, o que poderá causar ainda mais prejuízos a toda a comunidade que depende das decisões dos magistrados para conseguir a efetividade de seus direitos e a solvência dos conflitos.

A evolutiva da sociedade não se quedou linear. Com a revolução industrial, com o soerguimento tecnológico, o mundo globalizado, o acesso às informações se tornou demasiadamente fácil, trazendo prosperidade de conteúdo positivo e negativo.

De certo ponto, a globalização influenciou não somente a sociedade, mas também o Poder Judiciário. Exemplificando, o processo eletrônico é um dos meios de solução alternativa de administração judiciária – Lei nº 11.419/2006, em que facilitou a diminuição ao acesso aos foros de cada juízo nos Protocolos Gerais das Varas – PROGER, bem como possibilitou a vista de todos os documentos que se encontram nos autos de modo virtual, uma gestão eficaz.

De toda sorte, essa eficácia do processo eletrônico, não foi suficiente para conferir melhoras na administração judiciária, tendo em vista que a problemática era a política educativa cultural da sociedade.

Diante de inúmeros processos recebidos por dia, e pela pouca quantidade de auxiliares, e juízes, em aspectos proporcionais, a tutela jurisdicional não vem sendo prestada adequadamente. Nesse sentido, Nalini¹⁷⁷ ressalta:

Íntima a vinculação entre o Judiciário e a democracia. O constituinte adotou a expressão Estado Democrático de Direito e ela denota a confluência de Estado de Direito e democracia. Se, historicamente, surgiram sob influências e em momentos diversos, hoje uma democracia representativa e pluralista (de tipo ocidental) não pode deixar de ser um Estado de Direito — por imperativo de racionalidade ou funcionalidade jurídica e de respeito dos direitos das pessoas. O povo detém o poder político, mas este se subordina à Constituição. E a verdadeira razão de ser da democracia está em que, nesta forma de regime político, o afrontamento entre a autonomia, a liberdade de indivíduo, e a heteronomia, quer dizer que, a coerção externa do poder político, do Direito, do Estado, é reduzido ao mínimo.

A crítica de Nalini se pondera na liberdade do cidadão quanto à resolução de conflitos, enquanto o cidadão deve se subordinar aos preceitos jurídicos.

Outro ponto de apoio sobre a crise judiciária é trazida por José Eduardo Faria¹⁷⁸ quanto à globalização propriamente dita, explicando:

¹⁷⁷ NALINI, José Renato. *A reforma do Estado: proposta concreta para um novo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, n. 85, v. 724, fev., p. 137.

¹⁷⁸ FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia da democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 7.

Por desconhecer limites de tempo e espaço, reduzir as fronteiras jurídicas e burocráticas entre as nações, tomar os capitais financeiros imunes a fiscalizações governamentais, fragmentar as atividades produtivas em distintos países, regiões e continentes e reduzir a sociedade a um conjunto de grupos e mercados unidos em rede, a globalização levou a política a ser substituída pelo mercado como instância máxima de regulação social, esvaziou os instrumentos de controle dos atores nacionais e tornou sua autonomia decisória vulnerável a opções feitas em outros lugares, sobre as quais tem escasso poder de influência e pressão. Acima de tudo, ao gerar formas de poder e influência novas e autônomas ela também pôs em xeque a centralidade e a exclusividade das estruturas jurídicas do Estado moderno, baseadas nos princípios da soberania e da territorialidade, no equilíbrio dos poderes, na distinção entre o público e o privado e na concepção do direito como um sistema lógico-formal de normas abstratas, genéricas, claras e precisas.

A globalização correspondeu para a crise judiciária, visto que o Poder Judiciário não somente chamou para si o monopólio jurisdicional de direitos fundamentais e individuais, passou também a conferir direitos sociais, determinando a execução pública, bem como diversas matérias passaram a ser consideradas de modo urgente.

José Eduardo Faria, numa visão econômica, traduz a perda da identidade do Poder Judiciário aliada às disputas territoriais, políticas públicas negadas, devendo moldar a atuação do próprio Estado. Jungido a esse entendimento, Fabiana Rodrigues Silveira¹⁷⁹ complementa:

A morosidade do Judiciário é considerada pelas empresas estrangeiras interessadas em investir no país a ponto de refrear investimentos. Considera-se que o Poder Judiciário, como instituição, não acompanhou a globalização econômica e as solicitações do mercado financeiro, apresentando-se ineficiente para oferecer a segurança jurídica necessária ao desenvolvimento. Antes da década de 80, discussões sobre mudanças no Judiciário restringiam-se aos operadores jurídicos (advogados, juízes e promotores), mas com a retomada do crescimento do país o setor econômico passou a participar da discussão de forma crítica e ativa, ao mesmo tempo em que aflorou a consciência de que o crescimento econômico também depende de adaptações e mudanças nas instituições. A capacidade em fazer com que a lei seja cumprida é o termômetro dos investidores e, nesse aspecto, o Judiciário brasileiro é considerado fraco. E esse é o terceiro problema que bloqueia investimentos, perdendo apenas para os quesitos carga tributária e encargos sociais.

Para tanto, essa crise ainda não se finda nessa visão econômica, mas há diversas visões da crise que assola o Poder Judiciário. Bistra Stefanova Apostolova¹⁸⁰ menciona:

[...] nas últimas duas décadas o sistema Judiciário tem sido alvo de inúmeras críticas dirigidas ao seu funcionamento tanto pela sociedade civil e pelos poderes Executivo e Legislativo, como pelo próprio corpo dos juízes, atingido por um certo descontentamento e frustração no que toca ao exercício das suas funções e a repercussão extrajudicial destas. O conteúdo das críticas varia em função da

¹⁷⁹ SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. *A morosidade no poder judiciário e seus reflexos econômicos*. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre: 2007, p.15.

¹⁸⁰ APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *O poder judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1998, p. 19.

diversidade de lugares que as produzem e reflete as várias facetas da assim chamada “crise do Judiciário”. Em consequência disso, não é possível identificar uma visão unitária e consensual em relação ao seu significado, sendo que para sua configuração concorre uma variedade de fatores atrás dos quais se encontram concepções de organização e funcionamento do sistema Judiciário que espelham projetos políticos divergentes.

A identificação dos problemas da crise judiciária é inúmeros, mas poucos são visíveis. Além da visão econômica, estrutural, da globalização, a questão cultural também contribui.

A sociedade contemporânea vivifica um período de beligerância demasiada doutrina pelo capitalismo e globalização frequentes. Desse modo, qualquer aspecto de conflitos, que poderia se resolver em um mecanismo alternativo de solução, se volta ao Judiciário. Por essa razão, o Judiciário fica inflado com demandas, muitas vezes desnecessárias, numa atuação morosa. Por esse motivo cultural da sociedade brasileira, há como consequência o pior de todos os problemas envolvendo o acesso à justiça: a morosidade nos processos judiciais.

A morosidade no judiciário ultrapassa a esfera do tolerável, desencadeando numa circunstância injusta ao jurisdicionado. Nessa linha de raciocínio, Cappelletti e Bryant Garth¹⁸¹ apontam:

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão executável. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de “um prazo razoável” é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.

Lourival de Jesus Serejo Souza¹⁸² explica outro aspecto sobre essa ineficiência do Poder Judiciário, indicando o seguinte entendimento:

Uma visão pelas manchetes dos jornais fornece, com realismo, essa ideia da crise. Temos, na verdade, dois momentos dessa situação: a) o aspecto externo, que são esses fatos notoriamente conhecidos, decorrentes das condições materiais das comarcas e varas, estrutura, etc., e que são verificados na relação da Justiça com o povo, Justiça e advogados, enfim, na sua função essencial de entrega da prestação jurisdicional; b) o aspecto interno, que se detecta na pessoa do juiz, do escrivão e dos serventuários, na capacidade de cada um e pelos serviços que oferecem ao público.

Posto que Serejo Souza¹⁸³ indica como ineficiência judiciária por aspecto interno a atuação do juiz, Nalini¹⁸⁴ complementa o entendimento apontando que o magistrado tem que ter a consciência da circunstância de crise estrutural e dotar medidas necessárias.

¹⁸¹ CAPPELLETTI; *et al*, op. cit., p. 20.

¹⁸² SOUZA, Lourival de Jesus Serejo. *Reengenharia do poder judiciário: para uma nova administração da justiça*. Revista de Doutrina e Jurisprudência, Brasília, n. 57, maio/ago., 1998, p.107.

¹⁸³ *Ibid*.

¹⁸⁴ NALINI, op. cit., p. 137.

A morosidade sem uma efetiva prestação de tutela jurisdicional afronta o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana combinando com a violação ao acesso à justiça, sendo considerada a principal problemática de todo o sistema construtivo ideológico e prático desse acesso.

Não haveria uma consequência pior ao Judiciário de ser considerado por todos os cidadãos como uma instituição fracassada, visto que não prioriza o ônus que lhe competia: assegurar os jurisdicionados, e conferir uma resposta efetiva aos conflitos. Por essa razão, Nalini¹⁸⁵ indica:

A lentidão do processo não é fenômeno brasileiro, mas admite tratamento apropriado, a partir da consciência do juiz. A despeito da falta de estrutura material e da multiplicação de demandas, pode conferir celeridade aos feitos, desde que se sirva adequadamente do raciocínio constitucional e confira ao processo a sua destinação instrumental. As Escolas precisam, mais do que nunca, enfatizar o aspecto ético da profissionalização, pois o juiz consciente se condói da situação dos excluídos da justiça e se preocupa com a técnica facilitadora da eficiência no desempenho. E com isso garantirá efetiva ampliação do acesso de todos ao Direito e à Justiça.

Em que pese Nalini apontar a conscientização do magistrado para a realidade caótica do judiciário, a questão problemática, indubitavelmente, se concentra na questão cultural beligerante da sociedade.

José Alcebíades Oliveira Júnior e Moacir Camargo Baggio¹⁸⁶ mencionam, eficazmente, sobre a reflexão acima:

[a] litigiosidade exacerbada é um fenômeno que deve ser compreendido desde suas origens, para que seja adequadamente enfrentando. Um fenômeno que não tem causa recente, mas múltiplas causas remotas que, inclusive, por novas formas, se renovam nos tempos que correm. Um fenômeno que nasce no seio da sociedade e na construção das relações de poder ao longo da história política das nações, que acaba se afirmando como experiência assentada culturalmente em determinado momento. Logo, um fenômeno que simplesmente não pode ser tratado de forma reducionista, como um problema estrito do Judiciário. A litigiosidade expandida é um problema da sociedade, com intrincados laços políticos, sociológicos, históricos e raízes para bem além do jurídico; não é, portanto, um problema do “Judiciário”, nem debate de natureza estritamente jurídica, que possa ser resolvido por panacéias normativas ou medidas unilaterais e arbitrárias do Estado, tendentes a simplesmente acelerar a prestação jurisdicional – a ponto de quicá anulá-la em sua essência e finalidade, nos termos do que identificado adiante – e justificar o Judiciário perante a corrente e crescente demanda (inclusive midiática) por soluções urgentes.

¹⁸⁵ Idem. *Direitos humanos: novas perspectivas no acesso à justiça*. *CJF*: Revista n. 3, 2016, p.11.

¹⁸⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades, BAGGIO, Moacir Camargo. *Jurisdição: da litigiosidade à mediação*. *Revista Direitos Culturais*. V.3.. n.5. Dez., p. 113.

Com a litigiosidade crescente nos dias atuais, os métodos alternativos de solução são esquecidos, promovendo um problema social que atinge, não somente as partes, mas também o Judiciário. Desse modo, há uma necessidade de propostas de solução com relação ao acesso à justiça a serem observadas sob padrão ético-educativo, pautando-se, inicialmente, pelos princípios infraconstitucionais do acesso à justiça.

4.2. Os princípios infraconstitucionais do acesso à justiça

Diante do cenário atual de litigiosidade, o acesso à justiça passou a ser uma questão de mobilização social.

Como retratado acima, a sociedade se esqueceu dos métodos alternativos, e passou a se valer, unicamente, do Judiciário. Por conseguinte, essa conjuntura fática provocou uma sobreposição de demandas no judiciário.

Ademais, não foi somente o cerne cultural a problemática, mas também se alia a este dilema, a globalização, a conscientização dos magistrados e auxiliares do juízo, dos advogados, das partes, das instituições públicas e privadas, e entre outros.

Com efeito, em determinadas vezes, algum conflito, por uma questão de estratégia ou técnica, se enquadra melhor se voltada para o judiciário. À vista disso, é importante observar se aquela demanda é necessária e adequada.

As demandas necessárias são aquelas que têm interesse jurídico de adequação, e merece uma análise mais complexa e cautelosa; ao passo que, quando determinado conflito não carece de relevante interesse jurídico, por ser questão de baixa complexidade, dependeria de um mecanismo operacional adequado para essa circunstância.

Na assertiva acima, é correto pensar que com relação às demandas de baixa complexidade existe diversas leis protetivas, após o advento da Constituição da República Federativa de 1988, qual seja: Lei nº 9.099/95¹⁸⁷; Lei nº 12.153/09¹⁸⁸. Porém, até mesmo os juizados especiais estão assoberbados de demandas, e práticas burocráticas que impedem uma operação condizente ao proposto pelas referidas leis.

¹⁸⁷ BRASIL, op. cit., nota 139.

¹⁸⁸Idem. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

Nesse sentido, deve atentar-se aos princípios fundamentais infraconstitucionais do acesso à justiça, como norteadores principiológicos que tangenciam à busca de um efetivo acesso à justiça.

O primeiro princípio é o princípio da acessibilidade, que já foi abordado no primeiro capítulo sob um viés constitucional. Essa acessibilidade correlaciona ao direito de informação de conteúdo positivo e negativo, bem como à liberdade de escolha de quais medidas efetivas é importante se valer para efetivar a prestação da tutela jurisdicional.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro¹⁸⁹ explica essa linha de entendimento, a saber:

Dessa premissa podemos extrair duas conclusões: uma positiva, ou seja, a legitimação da pessoa ou das pessoas mais adequadas para a defesa de um direito, tenha a natureza que tiver, possibilitará que ele possa efetivamente ser reclamado, da melhor forma e com o melhor desempenho; outra, negativa, no sentido de que a legitimação inadequada poderá impedir que a verificação de uma possível lesão de direito fique excluída do exame do poder Judiciário, ou que este exame não seja valioso pela falta do desempenho apropriado.

De fato, cabe ao cidadão procurar um profissional adequado para a sua causa. Consequentemente, a partir de uma análise pormenorizada do cerne de sua causídica, o profissional adotará as técnicas possíveis para o desembaraço jurídico de um conflito.

Para tanto, destaca-se sobre os custos de acesso à justiça, pois tem a ver com o acesso à justiça e com o acesso ao judiciário, os quais são premissas diferentes.

É cediço que, pela primeira onda trazida por Cappelletti, de fomentar profissionais e técnicas voltados para as pessoas hipossuficientes, no Brasil, o processo não é gratuito, há a necessidade de se adimplir taxa judiciária.

Com relação à contratação de profissional, como advogado ou árbitro, até mesmo mediador, um assistente técnico, o custo é elevado. O comparecimento a um dos cartórios extrajudiciais para a realização de determinado negócio jurídico e entre outros, também há custos e elevados.

Nessa perspectiva, o acesso se torna um obstáculo, e foi necessário a criação de leis voltadas para os hipossuficientes, como destacado por Cappelletti, um mecanismo de operacionalidade do acesso à justiça.

O segundo princípio é o princípio da operosidade, que corresponde aos princípios da imparcialidade, da moralidade. Nesse princípio se retrata o ideal de ética durante determinado

¹⁸⁹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 58.

processo ou procedimento. É um fundamento importante para assegurar o acesso à justiça, cabendo a sua observância a todas as partes, seja magistrado, advogado, partes e auxiliares.

O terceiro princípio é o da proporcionalidade, o qual consagra a ideia de ponderação de interesses que estão em conflito, sob uma análise do magistrado. Dessa lógica, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro¹⁹⁰ explica:

Em determinadas situações o magistrado deve escolher entre uma ou outra interpretação, em outras situações a opção não se coloca mais no campo da simples interpretação, mas alcança a disputa entre duas normas, entre dois princípios que se encontram em conflito. Para sair deste dilema, o julgador projeta e examina os possíveis resultados, as possíveis soluções, faz a comparação entre os interesses em jogo e, finalmente, a opção, a escolha daquele interesse mais valioso, o que se harmoniza com os princípios e os fins que informam este ou aquele ramo do Direito. Esta atividade retrata o princípio da proporcionalidade.

Esse princípio também é importante, pois possui influência nas mais variadas decisões judiciais, correlacionando-se com o princípio da razoabilidade.

O quarto princípio é o da utilidade. Quando se verifica o conceito desse princípio, consagra-se a concepção de conferir ao vencedor da causídica o que possui por direito, com menor sacrifício para o vencido.

Todavia, esse princípio não é somente conferir direitos ao vencedor, mas também se desmembra em assegurar a qualidade de uma prestação jurisdicional.

Essa qualidade se baseia na inter-relação entre princípios constitucionais e infraconstitucionais e ideologias do acesso à justiça. Analisa-se se a demanda foi necessária e adequada; o procedimento a ser adotado, se célere ou não; se há outros equivalentes jurisdicionais a serem empregados, para que a utilidade desses procedimentos se volte para o principal objetivo: distribuição de justiça qualitativa e efetiva.

Com esse entendimento, informa Paulo Cezar Pinheiro Carneiro¹⁹¹:

É possível afirmar-se que o processo passa, necessariamente, por um enfoque que tem como linhas principais a instrumentalidade do processo e a sua efetividade, trazendo como consequências necessárias a rapidez, a garantia do bem da vida, a execução específica, a abrangência da decisão do ponto de vista subjetivo e objetivo e, finalmente, o tratamento adequado do ato processual com uma nova sistematização das nulidades.

Por meio desses princípios, sopesados a toda dogmática jurídica tratada até esse momento, diante do cenário atual de morosidade, e a consideração, para alguns, do desprestígio

¹⁹⁰ CARNEIRO, op. cit., p. 95.

¹⁹¹ Ibidem, p. 93.

do Judiciário, com respeito às ondas evolutivas de Cappelletti, é necessário um aprimoramento nesses mecanismos, a fim de assegurar a política legislativa constitucional de primor ético-educativo de conscientização em prol do efetivo o acesso à justiça.

4.3. O acesso à justiça em uma proposta constitucional de conscientização ética-educativa

Diante do cenário de litigiosidade no Poder Judiciário, promovendo uma crise de morosidade em se assegurar uma tutela jurisdicional efetiva, aliados aos princípios constitucionais e infraconstitucionais do acesso à justiça, com observância das ondas evolutivas de Cappelletti, foi necessário o aprimoramento de novos mecanismos de solução que combatem as demandas beligerantes.

Com o advento da Constituição da República Federativa de 1988, fomentando o reconhecimento de novos direitos, e estabelecendo direitos e garantias individuais em prol da sociedade, sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, a sociedade passou a ser o titular do poder constituinte.

A sociedade, por sua vez, como titular desse poder, passou a buscar uma prestação jurisdicional efetiva, visto que diversas legislações foram surgindo, em razão da influência das ondas de Cappelletti, bem como pelo acesso ao conteúdo informacional vasto.

A cultura de se voltar para o judiciário como tutor das mazelas do dia a dia, sendo instituição destinada a chamar para si o direito de punir, e executar a ordem jurídica, se tornou cada vez mais procurada e acessível.

Em um primeiro momento, com a promulgação da CRFB/88, foi reconhecida o direito de acesso à justiça pelo artigo 5º, inciso XXXV da referida Carta Política¹⁹²:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

No mesmo período, foi verificada a mudança de atribuições do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica e instituição essencial à função jurisdicional do Estado, consoante o artigo 127 da CRFB/88¹⁹³.

¹⁹² BRASIL, op. cit., nota 53.

¹⁹³ Idem.

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º.

§ 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

§ 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.

A Carta Política ainda assegurou a criação dos Juizados Especiais, consoante o artigo 98, inciso I da CRFB/88¹⁹⁴, desencadeando o advento da Lei nº 9099/95¹⁹⁵ -, a qual dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no âmbito estadual, principalmente; Lei nº 10259/01¹⁹⁶-, a qual dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal; e, Lei nº 12153/09¹⁹⁷ -, a qual dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

Art. 98. 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 complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Como outra forma de incentivo ao acesso à justiça, é imperioso citar o reconhecimento da Defensoria Pública, como instituição essencial à função jurisdicional do

¹⁹⁴ Idem.

¹⁹⁵ Idem, op. cit., nota 139.

¹⁹⁶ Idem. Lei nº 10259, de 12 de julho de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm. Acesso em: 19 mai. 2018.

¹⁹⁷ Idem, op. cit., nota 180.

Estado. A inclusão da Defensoria Pública na CRFB/88 ocorreu por meio do artigo 134¹⁹⁸, por redação dada pela Emenda Constitucional 80/2014¹⁹⁹.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal.

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.

Com efeito, as inovações constitucionais provocaram o surgimento de leis que incentivaram sobremaneira o acesso à justiça, e vem ocorrendo até o momento. Algumas seria de bom alvitre assinalar, tendo em vista evolutiva social.

A Lei nº 1060/1950 que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados surgiu em 05 de fevereiro de 1950, e foi recepcionada pela CRFB/88, porque a proposta normativa abarcada estava nos moldes da Carta Política. Nesse sentido, houve diversas ações de inconstitucionalidade sobre a recepção de alguns dispositivos legais da mencionada lei; porém, os ministros relatores se mantiveram no escopo legislativo de conferir a constitucionalidade, em prol do acesso à justiça.

O Supremo Tribunal Federal²⁰⁰, em decisão plenária, conferiu a possibilidade de cobrança posterior, na forma do artigo 12 da Lei nº 1060/50, que foi considerado recepcionado pela CRFB/88, em razão de sua compatibilidade material.

¹⁹⁸ Idem, op. cit., nota 53.

¹⁹⁹ Idem.

²⁰⁰ Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE 249003 ED/RS*, rel. Min. Edson Fachin, 9.12.2015. (RE-249003) RE 249277 ED/RS, rel. Min. Edson Fachin, 9.12.2015. (RE-249277) RE 284729 AgR/MG, rel. Min. Edson Fachin, 9.12.2015. (RE-284729). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10923918>>. Acesso em: 19 mai. 2018. O art. 12 da Lei 1.060/1950 (“A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita”) foi recepcionado pela presente ordem constitucional. Com base nessa orientação, o Plenário, em julgamento conjunto, recebeu os

Outra circunstância envolvendo a Lei nº 1060/50, foi com relação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional às pessoas jurídicas, exarada no Superior Tribunal de Justiça que, por conseguinte, gerou a súmula 481: “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”.

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, essa súmula fomentou uma mudança normativa, a fim de conferir às pessoas jurídicas o direito à concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita regulada pela Lei nº 1.060/50, desde que comprovasse que não poderia arcar com os encargos processuais, sem prejuízo próprio, não importando se suas atividades possuísem finalidade lucrativa ou não.

Além dessa defesa de direito de conferir assistência gratuita aos hipossuficientes, houve outras leis que alavancaram a concepção de acesso à justiça, consoante os termos propostos pela CRFB/88, sendo uma conquista do constituinte. Nesse sentido, leciona Dirley da Cunha Júnior²⁰¹:

O direito de acesso à justiça traduz-se numa das maiores conquistas do Estado Democrático de Direito. Manifesta-se pela inafastável prerrogativa de provocar a atuação do Poder Judiciário para a defesa de um direito. Em conformidade com a Constituição, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV). Proclamou, com isso, a garantia da inafastabilidade da jurisdição, com o que proibiu qualquer lei ou ato limitar o acesso ao Judiciário.

Outra lei que incentivou o acesso à justiça foi a Lei nº 10.741/2003, a qual dispõe sobre o Estatuto do Idoso, conferindo prioridade na tramitação do processo em que participa a pessoa considerada idosa, consoante o artigo 69 e o artigo 70 da mencionada lei²⁰².

embargos de declaração como agravo regimental e a eles deu provimento para determinar aos juízos de liquidação e de execução que observem o benefício da assistência judiciária gratuita deferido no curso da fase cognitiva. Vencido o Ministro Marco Aurélio quanto à conversão. O Tribunal concluiu que o art.12 da mencionada lei seria materialmente compatível com o art. 5º, LXXIV, da CF (“O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”). Frisou que a taxa judiciária seria tributo da espécie taxa. Portanto, deveria guardar pertinência com a prestação do serviço público referente à Administração da Justiça, além de ser divisível. Ademais, não obstante estivesse topograficamente fora do Sistema Tributário Nacional, a doutrina e a jurisprudência em matéria tributária reconheceriam o art. 5º, LXXIV, da CF, como imunidade, por conseguinte assim deveria ser lido o termo “isenção” do art. 12 do diploma normativo impugnado. Contudo, impenderia observar que a norma imunizante seria condicionada por uma situação de fato, a ser comprovada em juízo, qual seja, a insuficiência de recursos econômicos para promover uma ação, sem colocar em risco o próprio sustento e do núcleo familiar. A fim de concretizar a imunidade nos estreitos limites em que justificada, a legislação exigiria do Estado-Juiz a emissão de um juízo de equidade tributária e forneceria para isso os meios processuais adequados, como, por exemplo, a modulação da gratuidade, a irretroatividade do benefício e a possibilidade de revogação do ato concessivo da benesse fiscal. Não seria justo privilegiar tributariamente jurisdicionado que recuperasse sua capacidade contributiva para adimplir obrigação relacionada à taxa, em detrimento de todo corpo social que pagaria impostos sobre as bases econômicas renda, patrimônio e consumo.

²⁰¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. Juspodvim: Salvador, 2010, p. 699.

²⁰² Idem. *Lei nº 10.741*, de 1 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

Art. 69. Aplica-se, subsidiariamente, às disposições deste Capítulo, o procedimento sumário previsto no Código de Processo Civil, naquilo que não contrarie os prazos previstos nesta Lei.

Art. 70. O Poder Público poderá criar varas especializadas e exclusivas do idoso.

Art. 71. É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.

§ 1º O interessado na obtenção da prioridade a que alude este artigo, fazendo prova de sua idade, requererá o benefício à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará as providências a serem cumpridas, anotando-se essa circunstância em local visível nos autos do processo.

§ 2º A prioridade não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, maior de 60 (sessenta) anos.

§ 3º A prioridade se estende aos processos e procedimentos na Administração Pública, empresas prestadoras de serviços públicos e instituições financeiras, ao atendimento preferencial junto à Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal em relação aos Serviços de Assistência Judiciária.

§ 4º Para o atendimento prioritário será garantido ao idoso o fácil acesso aos assentos e caixas, identificados com a destinação a idosos em local visível e caracteres legíveis.

§ 5º Dentre os processos de idosos, dar-se-á prioridade especial aos maiores de oitenta anos.

O Estatuto do Idoso trouxe em seu corpo normativo um capítulo referente ao acesso à justiça da pessoa idosa, sendo legislação posterior ao advento da CRFB/88. Desse modo, houve um respeito constitucional ao que preconiza, especialmente, o artigo 230 da Carta Política²⁰³, em que se observa o princípio da solidariedade:

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Diante do compilado normativo analisado sobre algumas legislações referentes ao acesso à justiça, é importante demonstrar que existem diversas leis que incentivam a inafastabilidade jurisdicional. Contudo, pouco dessas leis asseguram uma proeficiência de se realizar um processo ou procedimento, valendo-se de outros meios de solução de conflitos.

O cerne se envolve na política de educação. O Brasil é rico em legislações conferindo diversos direitos; porém, em questão de administração judiciária peca, em razão da cultura beligerante.

²⁰³ Idem.

Ultrapassada a identificação da crise, pergunta-se como resolvê-la. Primeiramente, há notar que, a proposta de solução se dará paulatinamente, de modo que será necessária a mudança de algumas legislações permitindo, conseqüentemente, uma visão constitucional pautada em um sistema de cooperação.

Ademais, a cooperação e a educação não são fins em si. Essas deverão estar aliadas com o princípio da solidariedade, da ética e da operabilidade, sendo o segundo passo para a eficácia de uma tutela jurisdicional.

O acesso à justiça, como se pode ver, é assegurado até mesmo por súmulas, conferindo representações judiciais de interesses, como o Ministério Público e a Defensoria, havendo ainda a inserção dos equivalentes jurisdicionais – mediação, conciliação e arbitragem; entretanto, a crise no Judiciário ainda permanece, sendo um significativo que não há suporte ao demasiado número de demandas.

Sobre a busca de uma solução rápida em torno da crise que cerca o Judiciário, Nalini²⁰⁴ informa:

[...] impõe-se otimização na produtividade de toda a Justiça, pois a lentidão na outorga abriga a potencialidade de injustiça ou de negação do justo concreto. Ao lado da multiplicação da capacidade produtiva, não deixou o estudo de se preocupar com a qualidade dos serviços judiciais. Também se introduziu como critério de aferição do merecimento, a frequência e aproveitamento do juiz a cursos de reciclagem. Não se admite que possa o juiz deixar de se manter atualizado, distanciando-se do estudo e de seu crescimento intelectual. A reciclagem pode servir à correção de falhas detectadas pelos órgãos correccionais com isso evitando-se a invocação ao sistema punitivo e mesmo a disponibilidade do magistrado.

Uma metodologia cooperativa, pautada no dogma constitucional, sob aspecto ético, atingindo a finalidade do panorama de solução à eficácia na prestação jurisdicional é necessária, a fim de assegurar o Estado Democrático de Direito, visto estar-se no cenário jurídico do neoconstitucionalismo.

4.4 O Neoconstitucionalismo como base ao acesso à justiça

Em se tratando de busca por medida eficaz de prestação de tutela jurisdicional, é necessário analisar o acesso à justiça sob a ótica neoconstitucional.

²⁰⁴ NALINI, José Renato. A reforma do Estado: proposta concreta para um novo judiciário. In: *Revista dos Tribunais*: São Paulo, ano 85, vol. 724, fev. 1996, p. 139.

O neoconstitucionalismo é um movimento teórico axiológico do direito constitucional, sendo uma nova abordagem do papel da constituição no sistema jurídica. Esse instituto ideológico adveio na metade do século XX, com o objetivo de desenvolver teoria dos direitos fundamentais aliado à força normativa da constitucional com novas premissas jurídicas.

Humberto Ávila²⁰⁵ explica as características imprescindíveis do neoconstitucionalismo:

Não se pode afirmar a existência de uma única teoria sobre esse fenômeno. As principais características desse movimento são: a partir da influência do direito constitucional em todas as áreas do direito, surgem as seguintes mudanças – valorização dos princípios, ao invés das regras, na interpretação e aplicação do direito; uso do método da ponderação ao invés do método da subsunção; justiça concreta e particular, no lugar de justiça em seu aspecto geral e abstrato; ativismo judicial; Constituição em substituição à lei.

Todas essas características se enquadram perfeitamente ao estudo dos princípios infraconstitucionais do acesso à justiça. Nesse sentido, depreende-se observar a sistematização do neoconstitucionalismo com os diversos ramos do direito.

A partir do surgimento do neoconstitucionalismo, o direito passou a ser revisto, passando a ter uma outra aparência, inclusive o Processo Civil.

Com relação ao acesso à justiça, o qual se encontra no corpo da Constituição Federal, é observado como direito fundamental; por conseguinte, por uma nova releitura neoconstitucional, merece ser ampliado, ou seja, o acesso à justiça deve ser assegurado a todos, sem distinção, em cada ramo do direito.

No tocante ao uso da ponderação de interesses ao invés do método da subsunção, Eduardo Cambi²⁰⁶ elucida:

Não há direitos fundamentais absolutos e, portanto, pode ser utilizada a técnica de ponderação, método esse em que, haverá um balanceamento entre os referidos direitos. Dependendo das circunstâncias concretas e dos bens jurídicos em colisão, os direitos fundamentais podem ter que ceder. Essa técnica não pode ser aplicada de toda forma, devendo haver uma racionalização e objetivação dos procedimentos judiciais de ponderação, evitando-se subjetivismos. Dessa forma, as decisões judiciais devem estar baseadas em fundamentações que apliquem, de forma coerente e consistente, as regras, princípios e valores do ordenamento jurídico, mas que também sejam suscetíveis de generalização e extensão a todas as situações que contenham as mesmas ou análogas circunstâncias fáticas. Com isso incrementa-se a previsibilidade e a igualdade na aplicação do direito e são reduzidas as margens de subjetivismos.

²⁰⁵ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

²⁰⁶ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, 2009, p.452.

Ao analisar a assertiva destacada acima, infere-se o princípio da proporcionalidade jungido ao princípio da operosidade. O magistrado deve se valer de técnica de ponderação de interesses; contudo, numa visão proporcional e razoável, para que, dessa forma, se evite a distribuição injusta de justiça.

Nessa toada, o acesso à justiça, em uma visão prospectiva, confere que o magistrado e seus auxiliares passem a entender o relevante valor de sua profissão, e do conflito apresentado, sendo princípio obrigatório, em qualquer conjuntura jurídica.

Com o advento da CRFB/88, e com o reconhecimento de novos direitos, as demandas jurídicas intensificaram no judiciário, sobrecarregando o sistema. Inclusive os direitos prestacionais e sociais foram vindicados nos variados tribunais de justiça, ante a omissão do Poder Executivo, como ressaltado.

Não se pode olvidar quanto à questão cultural beligerante da sociedade brasileira, em que qualquer problema poderá ser resolvido em demandas, talvez necessárias, havendo a percepção, primeiramente, que deve se voltar ao Judiciário.

Cabe ponderar que não se trata de tornar o Judiciário como instituição residual, mas torna-lo mais efetivo, bem como não se trata de afastar as demandas desnecessárias, e sim redirecionar para um outro mecanismo de solução. Não se pretende voltar ao Estado liberal.

É cediço que com o *Welfare State*, o Estado passou a ter atribuições, com diversas responsabilidades. Por conseguinte, a sociedade, mais consciente e informada, se volta ao judiciário para vindicar seus direitos, aumentando o número de demandas no Judiciário.

Esse aumento inflou a justiça, provocando morosidade e descrédito do Judiciário perante a sociedade, algumas com demandas desnecessárias, de cunho vingativo.

Quanto à circunstância de que a sociedade beligerante causa a morosidade do judiciário, bem como os juízes e seus auxiliares, há a questão da omissão do Poder Judiciário, a sua má administração. Nesse ponto, destaca-se a qualidade da gestão e dos serviços desempenhados no âmbito dos tribunais.

Por muitas vezes, uma má gestão e um má administração provoca o desestímulo ao seu quadro funcional que, por consequência, provoca uma morosidade em uma decisão prestada, em uma não escuta significativa das partes, do não atendimento aos advogados, do péssimo atendimento.

Na prática, em muitos cartórios, especialmente, nos do Rio de Janeiro, se vê bastante número de computadores, mesas, boa estrutura em um ambiente digno, mas pouquíssimo

funcionário. Essa conjuntura delimitada é violadora dos direitos humanos, porque provoca um efeito dominó, provocando crises internas e externas que influenciam a sociedade e o Judiciário.

Ludmilla Ribeiro²⁰⁷ se posiciona:

[...] qualquer reforma que tenha como objetivo tornar a prestação judicial mais efetiva por intermédio da instituição de um prazo mais razoável para o processamento das demandas deve, necessariamente, alterar esses problemas, quais sejam: o excesso de recursos protelatórios existentes, a ausência de proporcionalidade entre juízes e habitantes das diversas regiões e a carência de recursos materiais.

É cediço que, diante desse cenário avassalador de crise, houve a criação de órgãos de controle interno do Poder Judiciário, para que se evite essa morosidade desenfreada, como: Ouvidorias, Corregedoria, e o CNJ, como órgão de controle externo. Contudo, apesar dessas fiscalizações submetidas aos Tribunais, juízes e auxiliares, esses mecanismos de controle não foram suficientes para suportar a capacidade de esgotar as demandas que chegam diariamente no judiciário.

A questão não é perquirir tão somente uma celeridade nas sentenças e decisões judiciais, mas proporcionar uma razoável deliberação sobre determinado conflito com uma decisão justa, com um devido processo legal, com uma cooperação digna, pautada em uma ética-educativa.

Por outro lado, a influência que Cappelletti traz quanto ao novo enfoque do acesso à justiça com técnicas diferenciadas é de suma relevância, pois evidencia uma simplificação nos procedimentos judiciais, fomentando um acesso melhor à justiça com uma distribuição qualitativa de solução. Não haveria vencedores, haveria uma ponderação relativa, fazendo com que aquele autor entenda, porque em parte de seus pedidos foi sucumbente, do mesmo modo o réu.

José Luis Bolzan de Moraes²⁰⁸ menciona tendências contemporâneas sobre solução da crise no judiciário:

Reforma dos procedimentos judiciais em geral; a criação de novas alternativas para a solução de conflitos não implica a eliminação das formas tradicionais.
Causa de particular importância social e especialização das instituições e procedimentos; tratando da criação de tribunais especializados, como os de pequenas causas, tribunais de vizinhança, de consumidores, etc.
Mudanças nos métodos utilizados para a prestação de serviços jurídicos são maneiras de se reduzir o custo da representação por advogado, tornando-a acessível para todos, sem perder a qualidade necessária.

²⁰⁷ RIBEIRO, Ludmila. A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. *Revista. Direito GV*, vol.4 no.2 São Paulo July/Dec. 2008, p.15-16.

²⁰⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. O direito da cidadania à composição dos conflitos. O acesso à justiça como direito a uma resposta satisfatória e a atuação da advocacia pública. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, ano XXVI, n. 77, mar., 2000, p. 192.

Simplificar o Direito, de forma a não necessitar de grandes debates, grandes perícias, que encareçam e prolonguem demasiadamente os processos.
Métodos alternativos para decidir causas; cada vez mais se utilizam outros instrumentos/mecanismos para a solução dos litígios fora dos tribunais

Não se pode esquecer sobre o direito e a sociedade nesse aspecto temático. O direito não é um fim em si mesmo, tampouco a sociedade. Ambos têm que se amoldar, atuar em conjunto. Desse modo, se a sociedade evoluiu, o direito tem que evoluir, tem que estar lado a lado.

Nesse contexto, Boaventura de Souza Santos²⁰⁹ propõe:

Que as estruturas estatais sejam reformuladas a partir dos fatos ocorridos nesses últimos séculos e que influenciaram diretamente o modo-de-ser do Estado. Propõe que esses fatos não sejam negados, mas incorporados aos mecanismos de revisão e reestruturação da forma democrática contemporânea, a fim de que seja desenvolvida uma nova teoria democrática, a partir de novos pressupostos, dentre os quais, destaca, que na ampliação da participação popular encontra-se o grande desafio dessa nova ordem democrática.

Com efeito, a visão neoconstitucional adveio para impulsionar a ideologia de que cada ramo do direito não é um fim em si mesmo, devendo haver uma sistematização de determinado direito com a constituição, principalmente, sob o prisma do direito fundamental. Dessa forma, há a necessidade de reforma legislativa nessa análise, ou melhor, deve haver reforma processual, buscando uma restauração na justiça, como ocorreu com o Código de Processo Civil.

4.5. A reforma processual do Código de Processo Civil como uma das inovações da quarta onda do acesso à justiça

Com uma perspectiva neoconstitucional, o Código de Processo Civil – CPC foi reformado, haja vista o Código de Processo Civil de 1973²¹⁰ não acompanhar as necessidades da sociedade em se tratando de conflitos judiciais.

O Código de Processo Civil de 1973 – CPC/73 surgiu para permanecer em consonância com o progresso científico dos tempos à época. Pela leitura do Projeto do Código

²⁰⁹ SANTOS, Boaventura Souza. *Reinventar a democracia*. Fundação Mário Soares: Lisboa, 1998, p. 8.

²¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 100.

de Processo Civil de 1973, o plano inicial consistia em suprir supostas omissões, preenchendo lacunas, emendando o que fosse necessário, principalmente, o que retardavam o andamento dos feitos. Porém, foi percebido que era difícil corrigir o Código Velho a escrever um novo²¹¹.

[...] A emenda ao Código atual requeria um concerto de opiniões, precisamente nos pontos em que a fidelidade aos princípios não tolera transigências. E quando a dissensão é insuperável, a tendência é de resolvê-la mediante concessões, que não raro sacrificam a verdade científica a meras razões de oportunidade. O grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções. Dessas várias reformas tem experiência o País [...].

Em que pese a proposta inicial do projeto do CPC/73, a dificuldade quedava-se numa distribuição ordenada das matérias, na correlação da função do processo civil e na estrutura orgânica do Poder Judiciário. Nesses pontos problemáticos, decidiram refazer o CPC/73, no plano dos princípios, como em suas aplicações práticas.

Entram em jogo dois princípios antagônicos de técnica legislativa: o da conservação e o da inovação. Ambos se harmonizam, porque, se o primeiro torna menos perturbadora a mudança, o segundo remedeia os males observados durante a aplicação do Código. O reformador não deve olvidar que, por mais velho que seja um edifício, sempre se obtém, quando demolido, materiais para construções futuras²¹².

Ao considerarem o processo civil como instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar a justiça, a comissão do CPC/73 demonstra a reconstrução de um modelo antigo por um novo, ao entender como finalidade a dar a razão a quem efetivamente tem.

De certo ponto, o objetivo do processo civil também é conferir o direito a quem tem razão; porém, não termina nesse aspecto. O escopo processual civil vai além dessa perspectiva, pode-se dizer a finalidade do processo civil como um direito subjetivo com o propósito de se buscar uma efetiva tutela jurisdicional.

Essa busca da efetiva tutela jurisdicional pode ser distribuída entre autor e réu numa ponderação de interesses, ou até mesmo em momento de cooperação para a resolução de conflitos, quando juntos, por meio de uma ética-educativa, sem meios escusos, tentam resolver da melhor maneira possível. E essa prática-fim pode ser realizada fora do processo, como deveria ocorrer com vários casos concretos.

²¹¹ Idem. *Código de Processo Civil: histórico da lei*. V. 1, Tomo I. Brasília: Senado Federal, 1974, p. 9-22.

²¹² Idid.

É evidente que a finalidade do processo civil apontada no projeto do CPC/73 é insuficiente, visto que retrata o CPC longe da índole do povo.

Assim entendido, o processo civil é preordenado a assegurar a observância da lei; há de ter, pois, tantos atos quantos sejam necessários para alcançar essa finalidade. Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito. As duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça²¹³.

Por outro lado, o CPC/73 inovou sobre condutas escusas das partes durante o processo judicial, como a falta do dever da verdade, a deslealdade e o emprego de artifícios fraudulentos, sob o fundamento de que essas condutas não se compadecem com a dignidade de um instrumento que o Estado poria à disposição dos contendores para atuação do Direito e realização da Justiça. Contudo, consideraram atos atentatórios à dignidade da justiça, a saber:

a) que frauda a execução; b) que se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; c) que resiste injustificadamente às ordens judiciais, ao ponto de o juiz precisar requisitar a intervenção da força policial; d) que não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução (artigo 612). Se o executado, advertido pelo juiz, persevera na prática de qualquer desses atos, a sanção que o projeto lhe impõe é a de perder o direito de falar no processo (artigo 613)²¹⁴.

Com efeito, pode se considerar como o maior equívoco constante na exposição de motivos do CPC/73, a separação dos atos atentatórios à dignidade da justiça e as condutas escusas das partes durante o processo judicial. Pode-se acreditar que a diferença seria quanto aos lesados.

Entretanto, analisando a problemática, o processo é disposto à sociedade pelo Estado, e qualquer meio escuso provocado é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, não teria como separar os deveres das partes dos atos atentatórios à dignidade do judiciário.

Desse modo, com a evolução da sociedade, com o soerguimento processual, e o atual cenário de neoconstitucionalismo, foi necessária uma reforma processual urgente.

Sobre o atual CPC, a exposição de motivos do anteprojeto encaminhado ao Senado Federal, em 08 de junho de 2010, denota outra forma de se analisar uma reforma processual e a finalidade do processo civil, sendo um correlato ao Estado Democrático de Direito.

²¹³ Ibidem.

²¹⁴ Ibidem.

Dierle Nunes²¹⁵ explica que quando se aborda sobre um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, não há harmonia com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito, a saber:

Essencial que se faça menção a efetiva satisfação, pois, a partir da dita terceira fase metodológica do direito processual civil, o processo passou a ser visto como instrumento, que deve ser idôneo para o reconhecimento e a adequada concretização de direitos. Isto é, aquelas que regem, eminentemente, as relações das partes entre si, entre elas e o juiz e, também, entre elas e terceiros, de que são exemplos a imparcialidade do juiz, o contraditório, a demanda, como ensinam CAPPELLETTI e VIGORITI.

Verifica-se a diferença sobre a finalidade do processo constante na exposição de motivos do CPC/73 e a do atual CPC, configurando que a ausência de um processo com viés constitucional se torna ineficiente. Dierle Nunes²¹⁶, nessa linha de entendimento comenta:

Os princípios e garantias processuais inseridos no ordenamento constitucional, por conta desse movimento de “constitucionalização do processo”, não se limitam, no dizer de LUIGI PAOLO COMOGLIO, a “reforçar do exterior uma mera ‘reserva legislativa’ para a regulamentação desse método [em referência ao processo como método institucional de resolução de conflitos sociais], mas impõem a esse último, e à sua disciplina, algumas condições mínimas de legalidade e retidão, cuja eficácia é potencialmente operante em qualquer fase (ou momento nevrálgico) do processo” (Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali Studi in onore di Luigi Montesano, v II, p 87-127, Padova, Cedam, 1997, p 92).

O panorama do atual CPC é voltar-se a um sistema de justiça social, ou seja, para Dierle Nunes e Ludmila Teixeira²¹⁷, “o movimento tentava equacionar as relações entre o processo civil e uma justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica, partindo da concepção de Estado Protetivo e de Bem-Estar Social”.

Em relação a essa reforma processual, sob o contexto de justiça social, baseou-se em acompanhar o nível da sociedade, não se olvidando da cultura beligerante da sociedade, em profunda análise sobre o papel do judiciário, em prol do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos²¹⁸ explica:

Os protagonistas dessas lutas não são as classes sociais, ao contrário do que se deu com o *duo marxiano* cidadania-classe social no período do capitalismo organizado; são grupos sociais, ora maiores, ora menores que classes, com contornos

²¹⁵ NUNES, Dierle. *CPC Referenciado Lei 13.105/2015*. Empório do Direito: Florianópolis, 2015, p. 19.

²¹⁶ Ibid, p. 19.

²¹⁷ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Por um acesso à justiça democrático*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013, p. 77.

²¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2005, p. 261.

mais ou menos definidos em vista de interesses coletivos por vezes muito localizados, mas, potencialmente, universalizáveis. As formas de opressão e de exclusão contra as quais lutam não podem, em geral, ser abolidas com a mera concessão de direitos, como é típico da cidadania; exigem uma reconversão global dos processos de socialização, ou exigem transformações concretas imediatas e locais (por exemplo, o encerramento de uma central nuclear, a construção de uma creche ou escola, a proibição de publicidade televisiva violenta), exigências que, em ambos os casos, extravasam da mera concessão de direitos abstratos e universais.

Nessa perspectiva, o legislador sobre o atual CPC se preocupou com a funcionalidade do Judiciário frente à reforma processual, não significando uma ruptura com o CPC/73, mas um passo à frente. Por esse ponto, Sálvio de Figueiredo Teixeira²¹⁹ menciona que “nenhum texto constitucional valorizou tanto a ‘Justiça’, [...], mas como conjunto de instituições voltadas para a realização da paz social”.

A elaboração do atual CPC teve por escopo resolver problemas, visto que foi observada a insatisfação dos operadores do Direito e jurisdicionados, assim como o CPC/73 era considerado sem compromisso com a natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual deveriam ser realizados valores constitucionais.

Inovação jurídica surgiu quando o legislador assegurou, a coerência substancial do atual CPC com a CRFB/88 como meio absoluto, pois “é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais”²²⁰.

Dessa forma, pautada numa ótica constitucional, o atual CPC desempenha relevante instrumento procedimental com o escopo de potencializar um processo célere, justo, premente às necessidades sociais, sem muita complexidade, permitindo ao magistrado centrar sua atenção ao mérito da causa.

Na acepção do processo não ser muito complexo, Dierle Nunes²²¹ explica que “trata-se, portanto, de mais um passo decisivo para afastar os obstáculos para o acesso à Justiça, a que comumente se alude, isto é, a duração do processo, seu alto custo e a excessiva formalidade”.

Em razão dos fatores que foram mencionados na delimitação do estudo, verifica-se que o atual CPC se preocupa com o acesso à justiça em uma conjuntura sistemática de elementos necessários para o fim especial de fomentar a efetividade da tutela jurisdicional por meio de um processo qualitativo e justo.

²¹⁹ TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. *O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania*. As garantias do cidadão na Justiça. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 80.

²²⁰ NUNES, op. cit., p. 21.

²²¹ *Ibidem*.

A comissão do projeto do atual CPC se desempenhou em cinco funções de análise para a reforma, a um passo à frente ao CPC/73, em busca de um sentido de eficácia de resolução de problemas mediante ao cenário atual de crise no judiciário²²².

O atual CPC reforça a ideologia de democracia durante o processo judicial voltada para uma cooperação efetiva das partes, sob um padrão comportamental ético-educativo, em um viés constitucional.

Maria Alice Rezende Carvalho²²³ elucida:

No ponto de entrelaçamento entre direitos fundamentais e democracia participativa, ter acesso à justiça não corresponde a ter acesso como bens ou como liberdades apenas, é possuir garantias (claro, materiais, mas, sobretudo institucionais) de não “estar à margem das dinâmicas propiciadoras de reconhecimento social”.

A problemática cinge que, diante de uma perspectiva neoconstitucionalista, assegurar as minorias igualando-as à maioria, por meio das ondas evolutivas de Cappelletti, não são suficientes para fazer valer o processo justo e eficaz.

As ondas de Cappelletti, as técnicas contemporâneas de Moraes, a ética, a moral, o neoconstitucionalismo e a cooperação também não impulsionariam uma mudança nesse quadro de crise. Deverá haver um conjunto de fatores aliados à educação, à conscientização, iniciando-se por uma reforma processual, o que ocorreu com o atual CPC. Dessa lógica, esse seria mais um passo, ainda que paulatino, para a ruptura da crise no judiciário.

Nessa análise, poder-se-ia conferir que se trata da quarta onda do acesso à justiça, uma vez que, respeitosamente, as ondas de Cappelletti apenas foram influências iniciais de um

²²² Ibidem. É importante destacar, as funções desempenhadas pela comissão do projeto do atual CPC: com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão. Esta Exposição de Motivos obedece à ordem dos objetivos acima alistados. [...] Assim procedeu a Comissão de Juristas que reformou o sistema processual: criou saudável equilíbrio entre conservação e inovação, sem que tenha havido drástica ruptura com o presente ou com o passado. Foram criados institutos inspirados no direito estrangeiro, como se mencionou ao longo desta Exposição de Motivos, já que, a época em que vivemos é de interpenetração das civilizações. O Novo CPC é fruto de reflexões da Comissão que o elaborou, que culminaram em escolhas racionais de caminhos considerados adequados, à luz dos cinco critérios acima referidos, à obtenção de uma sentença que resolva o conflito, com respeito aos direitos fundamentais e no menor tempo possível, realizando o interesse público da atuação da lei material.

²²³ CARVALHO, Maria Alice Rezende. Cultura política, capital social e a questão do déficit democrático no Brasil. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ, 2002, p. 320.

sistema estrangeiro que não foi bem administrado pelo Poder Judiciário brasileiro. O atual CPC é uma das inovações dessa quarta onda evolutiva, em um preceito ético-educativo, cooperativo.

Nessa linha de raciocínio, Kim Economides, discípulo de Cappelletti, propõe, diferentemente, uma quarta onda renovatória, deslocando-se aos destinatários da prestação jurisdicional para os prestadores de serviço.

Por sua vez, verificou, em seu estudo, sobre a distribuição e o trabalho de advogados, principalmente, em comunidades rurais. Posteriormente, se volta a um olhar ético pelo lado da oferta, pois elucidou que “o acesso dos cidadãos à justiça é inútil sem o acesso dos operadores do direito à justiça”²²⁴.

Economides²²⁵ se preocupa com a ética profissional, em que se posiciona em relação às demais ondas de Cappelletti:

[...] é hora de examinar também, no nível micro, as compreensões particulares de justiça alcançadas por membros individuais da profissão jurídica: o movimento contemporâneo de acesso à justiça precisa voltar sua atenção para o novo tema da ética profissional. Isso não significa que devemos optar entre estas abordagens, mas que, ao contrário, de algum modo precisamos criar, sustentar e equilibrar em nossa análise do acesso à justiça uma nova síntese entre os níveis macro e micro.

Nesse limiar, a perspectiva constitucional ética-educativa voltada para uma cooperação entre todas as partes envolvidas em um determinado conflito, seja autor ou réu, seja magistrado, membro do Ministério Público, seja advogado ou Defensor Público, deve ser refletida em normas, ora processuais ou materiais.

Para tanto, Economides²²⁶ desmembra o acesso à justiça em três dimensões simultâneas. A primeira é com relação à natureza da demanda, no que se refere aos serviços jurídicos – verificando as necessidades jurídicas não atendidas e a atitude do público sobre o conhecimento da justiça; a segunda dimensão é a natureza da oferta desses serviços jurídicos, pois advogados não prestariam serviço a todo e qualquer tipo de causa, servindo preferencialmente às corporações e organizações grandes; e, a terceira tem a ver com a natureza do problema jurídico, o qual possa desejar levar ao judiciário, como: meio ambiente, ou, os metaindividuais que transcendem a esfera individual.

²²⁴ ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do movimento de acesso à justiça: Epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce; et al. *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 62.

²²⁵ *Ibidem*, p. 63.

²²⁶ *Ibidem*, p. 64-69.

Desse modo, Economides²²⁷ acentua que a ética profissional, como quarta onda renovatória, estaria pautada sobre o acesso dos cidadãos ao ensino do direito e ao ingresso nas profissões jurídicas; ao passo que, quando investidos na carreira, como assegurariam o acesso à justiça, se estariam preparados ou não. Nessa ótica, é nítido deparar-se com uma perspectiva constitucional ética-educativa voltada a um panorama de cooperação.

Em vez de nos concentrarmos no lado da demanda, devemos considerar mais cuidadosamente o acesso dos cidadãos à justiça do lado da oferta, analisando níveis distintos: primeiro, o acesso dos cidadãos ao ensino do direito e ao ingresso nas profissões jurídicas; segundo, uma vez qualificados, o acesso dos operadores do direito à justiça. Tendo vencido as barreiras para admissão aos tribunais e às carreiras jurídicas, como o cidadão pode se assegurar de que tantos juízes quanto advogados estejam equipados para fazer justiça²²⁸.

A primeira visão sobre ética profissional correlata ao acesso dos cidadãos ao ensino de direito se resvala quanto ao acesso das minorias ao curso de ensino superior, especialmente, na área do direito. Para Economides²²⁹, essa ideologia supriria o déficit de representação judiciária e promoveria o acesso à justiça.

Na segunda visão, o cidadão estaria investido em sua carreira, sendo analisada, dessa forma, a responsabilidade, o caráter, a atuação, nos moldes da legislação profissional, não se olvidando do padrão comportamental durante um processo ou procedimento, seja judicial ou extrajudicial²³⁰.

Essa contextualização de Economides é relevante; porém, apenas é elementar de extensão de onda renovatória, pois, não se enquadraria, por si só, no cenário brasileiro de morosidade processual. Haveria necessidade de uma reforma normativa impulsionando a realização de outros mecanismos de solução de conflitos, como ocorreu com o atual CPC, possibilitando a usucapião extrajudicial; a possibilidade de mediação a qualquer tempo no processo; a mediação extrajudicial, ainda que haja processo, dependendo apenas de eventual acordo, haver a homologação no juízo competente; a revogação de determinados dispositivos legais da Lei 1060/50; e, entre outros meios.

Todos esses fatores impulsionam uma mudança na crise no judiciário, mas em um aspecto da prática jurídica, deve ser intensificado no corpo legislativo. Nessa lógica, define

²²⁷ Ibidem, p. 73.

²²⁸ Ibidem.

²²⁹ Ibidem.

²³⁰ Ibidem

Habermas²³¹ que “um paradigma delinea um modelo de sociedade contemporânea para explicar como direitos constitucionais e princípios devem ser concebidos e implementados para que cumpram naquele dado contexto as funções a eles normativamente atribuídas”.

A cultura é o mecanismo inicial de importância para análise desse contexto do atual CPC para com o enfoque da quarta onda do acesso à justiça. A cultura de uma sociedade, de uma nação delinea as normas ali inseridas como controle social e jurídico. Se uma norma não for real, efetiva, a implementação de direitos seria árdua.

Nesse interim, a quarta onda do acesso à justiça se baseia contra a morosidade judicial, com o objetivo de efetivar normas, sejam materiais ou processuais, que prescrevem preceitos constitucionais éticos-educativos de conscientização de que a sociedade para atingir uma decisão considerada justa, sem a necessidade de litigar.

O Código de Processo Civil é um dos enfoques para ascensão e efetivação de se afastar a crise Judiciária, sendo um dos pilares da quarta onda do acesso à Justiça. Com o seu advento, as partes possuem uma atuação além do instrumento, podendo realizar mecanismos necessários para se buscar uma solução para aquele conflito.

O Código de Processo Civil se preocupou em se desvencilhar de sistemas engessados, trazendo à baila formas mais práticas que solidifiquem o direito pleiteado. Não adianta um profissional com teor de conhecimento máximo, ficar restrito a uma formalidade morosa, em que se pode resolver determinado conflito de forma além do processo, convidando as partes a uma conversa e reflexão, ainda que haja processo.

Com um papel inicial de se pautar em normas constitucionais, o Código de Processo Civil, com uma nova visão, adveio para que o Judiciário deixe de ser considerado como o local de resolução de conflitos, mas cria-se uma autonomia das partes durante um processo, respeitando-se valores como a moralidade, a lealdade e a ética, numa cooperação voltada para o que é o justo. O Judiciário passa a ter o papel de somente efetivar o direito, e com a diminuição de demandas desnecessárias, em razão dessa prática autônoma das partes, a crise Judiciária se neutraliza.

Importante ressaltar que, não é somente o Código de Processo Civil seria considerado o enfoque da quarta onda do acesso à justiça, mas todo o conjunto de normas existentes, como determinados assuntos no Direito Penal, no Direito Tributário, e entre outras searas. Esse enfoque se resvala numa perspectiva constitucional ética educativa de todas as partes envolvidas.

²³¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre a Facticidade e a Validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 194-195.

CONCLUSÃO

A questão evidenciada é complexa e relevante, estando a exigir profunda reflexão de todos os setores que estarão diante das circunstâncias traçadas nessa dissertação que buscou evidenciar que de temas já constituídos, frente a nova ordem social, há clara necessidade de se reestruturar conceitos e paradigmas norteados como vinculantes e imutáveis.

É cediço que todas as grandes aquisições da história do direito, enquanto instituição pública, bem como de acesso a todos, só puderam ser consolidadas através de séculos de lutas, quer corpóreas, quer intelectuais de grupo ou de classes.

O homem, a partir de sua singularidade, tem consciência de sua limitação frente a algumas batalhas que socialmente lhe são impostas; por sua vez, enquanto ser social, que vive em sociedade, deve estar em relação de igualdade frente aos demais indivíduos. Contudo, seus valores, costumes e atitudes se modificam e alteram ante a comunidade que está inserido.

Todavia, o regramento desses valores e costumes, a fim de que o homem tenha uma conduta unívoca, previamente estabelecida, adequa seu modo de agir e pensar.

Observa-se, nesse cenário, que quando esse indivíduo, este ser social se encontra frente a um poder arbitrário, que lhe parece cerceador de seus direitos, pede justiça. E, para tal, o cumprimento de regras/leis a fim de promover vivência harmônica social ficou a cargo do Poder Judiciário dirimir os conflitos existentes.

Com a evolução dos tempos, foi se verificando que o cidadão brasileiro, mesmo vivendo em um Estado que se afirma Democrático de Direito, não dispunha da mesma igualdade de direitos, em particular, no acesso ao Judiciário, fato esse que se consubstanciou em novos desdobramentos legais constitucionais e infraconstitucionais, de forma que seu acesso à justiça ocorreu de forma paulatina.

Corroborando com o acima assinalado, o presente trabalho refletiu as “Três Ondas” de acesso à justiça e a garantia de seus direitos pela via judicial, vindo em socorro na tentativa de inserir de forma igualitária os desiguais.

Todavia, com o desenvolvimento social, o acesso à rede de informação global e a compilação de nova leis que asseguram a igualdade frente às desigualdades social, a cultura criada foi a de que o litígio venha a ser uma forma simplista de resolver conflitos/controvérsias, levando-o ao crivo do Judiciário a quem o Estado conferiu sua inafastabilidade.

Por sua vez o homem, integrado ao mundo moderno, ao mundo da disputa e competição, passou a ver, a relação com seus “desafetos”, através da via processual, dando ensejo a cultura

hoje estabelecida, que é a beligerante, donde para se levar vantagem, em muitos casos, a boa-fé, e a cooperação ética-educativa deixou de ser levada em conta.

Em decorrência dessa situação o acesso à justiça, através das “três Ondas”, se tornou insustentável já que se mostrou ineficaz e inoperante por seu “inchaço” de pleitos, somado ao fato da precariedade de mão-de-obra nessa Instância.

Por conta dessa situação, novas Leis e medidas surgiam a fim de se “tentar” atender de maneira mais célere o acesso à justiça; todavia, o problema não está na simplicidade de impetrar ou não um processo, seja numa ou outra esfera judicial. O problema centra juntamente num *modus operandi* do cidadão brasileiro que passou a consolidar a relação processual, como meio de conquista de seu direito – e essa cultura vem sendo disseminada.

Atrelada à cultura beligerante, o cidadão tem consciência de que o Judiciário não consegue dar conta de seus anseios e necessidades, pois se tornou “pesado”, suas repostas são demoradas, e às vezes, não se traduzem naquilo que era esperado.

Desse fato, surgiram de um lado, o descrédito no Judiciário, mas por ainda ser o gestor/tutor do poder jurisdicional, a ele se recorre; e, por outro, órgãos fiscalizadores no sentido de acompanhar o trâmite processual fixando prazo e metas para sua realização – vê-se que em tempos modernos, a quantidade supera a qualidade, ainda que não se diga que não houve perda nesse sentido.

Mas, ainda assim, nada foi alterado, pois a cada segundo, várias e várias ações são propostas e os juízos – quer varas, quer juizado – encontram-se abarrotados.

A globalização impõe mudanças que otimizem não só a produtividade, mas a qualidade de toda a justiça, visto que sua morosidade gera não somente implicações negativas, no sentido de se estar perpetuando injustiças, mas também, o descrédito da máquina judiciária.

Nesse sentido, sob a ótica do neoconstitucionalismo, o uso da ponderação é externado no balanceamento objetivo através da observância nos dados concretos frente aos bens jurídicos colidentes, promovendo a observação análoga e fática que contemplem a mesma situação, reduzindo decisões de cunho subjetivo.

Não se trata de tornar o Judiciário como instituição residual, mas dar-lhe projeção de sua criação, no sentido de tratar demandas necessárias que têm a ver com a ordem pública, respostas que serão dadas, e alcançarão o patamar societário desejado e esperado.

Na atual conjuntura, tem se observado cenário de crise e descrédito, impondo ao Judiciário, órgãos que controlem o seu desempenho. Contudo, a questão perpassa o controle, tampouco a quantificação de decisões que pareçam estar-se prestando uma justiça célere, mas

sim, em observar que a situação impõe novo reordenamento de acesso à justiça pautada numa perspectiva constitucional ética educativa, sob o prisma da cooperação das partes.

A ética educativa dentro do atual cenário poderá proporcionar mecanismos, não só para os magistrados, no sentido de sentenciar sobre conflitos necessários por serem de relevância a sua intervenção, conferindo-lhe decisão justa, a partir do devido processo legal; mas também, para os jurisdicionados, que ao entenderem, seu posicionamento de cooperação digna na engrenagem processual.

Se por lei foram criados meios que contemplaram o acesso à justiça que em determinado corte político da sociedade se fizeram necessário, há pensar se possível pelo mesmo caminho se criar novas alternativas para solução de controvérsias. Necessário se faz verificar que se está no momento de criar meios de se incluir o cidadão no processo pedagógico de seu acesso à justiça, assim todos de mãos dadas, e com seus papéis definidos, promoverão de fato a acessibilidade sonhada a esse acesso.

Percebe-se que a nova ordem societária, em que as informações são passadas a seu interlocutor em segundos, clama por processo inovador ao acesso à justiça, que se traduz no objeto do presente trabalho – Quarta Onda – que é uma perspectiva constitucional ética educativa, sob o prisma da cooperação das partes, desmistificando a cultura beligerante; ao mesmo tempo, oferecendo à sociedade novos métodos e meios, para que a prestação judicial aos seus pleitos tornem-se eficazes e acessíveis para todos, com mais rapidez e menos custo.

Pela ética educativa, a sociedade civil, como todo, entenderá seu papel na conjuntura sócio-política, passando a buscar o direito como um meio, e não como um fim em si mesmo. Entenderá que sua participação, e cooperação efetiva e digna contribuirá na restauração de uma justiça que se objetiva.

A inovação só poderá ser implementada quando a sociedade tiver entendimento e conhecimento de que o novo restaura os alicerces arcaicos de uma justiça que não dá conta de tantas demandas, em muitos casos, poderiam ser resolvidas na seara administrativa, ou mesmo, de forma privada. Não se trata de limitar as funções do Judiciário do controle judicial de dizer o direito, mas pela ética educativa construir canais viabilizadores de resolução de conflitos de pequena monta.

Há pensar o que seria pequena monta? E se o vulnerável na relação desigual não considerará injusto o decidido fora do judiciário e, então, voltaria com outra demanda? Não se teria, dessa maneira, a criação de mais ações? A resposta estaria justamente na resposta apresentada no presente trabalho, ou seja, um processo gradual de mudança de conduta pela ética educativa.

A interiorização de uma conduta na busca “pela vantagem”, vem nortear a conduta da sociedade, onde as ações são interpostas, com a finalidade pecuniária, sem qualquer controle social sob o prisma da dignidade da pessoa humana, consagrada na nossa *lex mater*.

Ética pressupõe moralidade; educação, conhecimento e reconhecimento. Dessa feita, somente por essas vias, o acesso à justiça ocorrerá pela modificação de um modelo, cuja finalidade efetiva transcende a busca simplista de se conferir o direito a quem de fato tem; sim, esse é o certo, mas pode-se ir além, ou seja, tendo-se uma ponderação de interesses por meio da cooperação mútua na resolução de controvérsias.

De observar que a implementação da quarta onda, não será um processo fácil; mas nenhuma das três outras foram, todas encontraram barreiras e dificuldades; porém, os entraves foram aprimorados, ajustados ao tempo presente, dando azo para que novos pensamentos se formassem na busca da consolidação da dignidade da justiça de acesso a todos.

A ética educativa além de ser um avanço no acesso à justiça fomentará a auto validade no sentido de se analisar que a resolução de uma controvérsia não está centrada no processo, mas na capacidade das partes autocomporem uma justa solução. Agindo de forma digna e leal, é que se promoverá a igualdade jurídica formal num contexto que clama por justiça e paz social.

A quarta onda proposta não busca o simples esvaziamento do Judiciário, em relação a processos que poderiam ser resolvidos a nível administrativo ou em outra via, tampouco anula a importância da intervenção de assistência patronal por um advogado, se assim for interesse do usuário de uma determinada causa. Busca sim, a inclusão e acessibilidade do jurisdicionado na autocomposição de seu litígio, na busca pela justiça, sem revesti-lo em procedimento judicial, resolvendo-o pela autocomposição e solidariedade entre as partes.

Certo é que a natureza da demanda, a oferta de serviços jurídicos, bem como, a natureza do problema jurídico, acabam por se constituírem, em alguns casos, entraves que dificultam o acesso à justiça, em análise ao caso concreto. Dessa forma, através da perspectiva constitucional ética educativa, externada pela cooperação das partes, é que o acesso à justiça se mostrará eficaz.

Depreende-se do contexto, objeto de estudo, que a educação é fundamental para aquilo que é obscuro; nesse sentido, saber sobre direitos e conhecer os seus deveres dentro de um cenário é importante para formação da cidadania. Quisera ser possível acesso a tal conhecimento em curso de nível superior, e que cada ser humano pudesse ser o intelectual orgânico de sua comunidade.

Todavia, o conhecimento do Direito é direito de todo e qualquer cidadão, e na mais tenra idade. Seu conhecimento se faz jus e necessário como a proposta de criação de medidas

alternativas do acesso à justiça de forma justa, célere, sem as exigências formais do modelo atual que, em muitos casos, esvazia os reais interesses pessoais e sociais do cidadão. E somente pela ética educativa é que tal possibilidade se mostra de forma viável a transpor o atual sistema, que se mostra carente em prestar a jurisdição de forma indistinta, como é seu objetivo.

REFERÊNCIAS

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *O poder judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1998.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

BIITAR; Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas 2010.

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Brasília: UNB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. *Código de Processo Civil: histórico da lei*. Volume 1, Tomo I. Brasília: Senado Federal, 1974

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

_____. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impresao.htm>. Acesso em 19 mai. 2018.

_____. *Lei nº 6938, de 31 de agosto de 1981*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

_____. *Lei nº 7244, de 7 de novembro de 1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/1980-1988/L7244.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

_____. *Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

_____. *Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L9099.htm#art97>. Acesso em: 19 mai. 2018.

_____. *Lei nº 10259, de 12 de julho de 2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

_____. *Lei nº 10741, de 1 de outubro de 2003*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

_____. *Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

_____. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

_____. *Lei nº 13.256*, de 4 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113256.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 249003 ED/RS*, rel. Min. Edson Fachin, 9.12.2015. (RE-249003) RE 249277 ED/RS, rel. Min. Edson Fachin, 9.12.2015. (RE-249277) RE 284729 AgR/MG, rel. Min. Edson Fachin, 9.12.2015. (RE-284729). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10923918>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1382169 MS 2013/0105030-0*. Relator: Min. Sérgio Kukina. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178410299/agravo-regimental-no-recursospecial-agrg-no-resp-1382169-ms-2013-0105030-0>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. *Conflito de Competência nº 111.230 - DF (2010/0058736-6)* Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior – Julgamento: 01/07/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15451960/conflito-de-competencia-cc-111230>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1329048. REsp 1329048 / SC RECURSO ESPECIAL 2012/0123908-0*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23334281/recurso-especial-resp-1329048-sc-2012-0123908-0-stj/inteiro-teor-23334282>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial – REsp 1192678/PR*. Rel.: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22831131/recurso-especial-resp-1192678-pr-2010-0083602-0-stj/inteiro-teor-22831132?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC 137.549/RJ*. Rel.: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23057951/habeas-corpus-hc-137549-rj-2009-0102575-1-stj/inteiro-teor-23057952>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível 0020719-62.2014.8.19.0210*. Relator: Antônio Carlos dos Santos Bitencourt - Julgamento: 28/03/2017 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR APELAÇÃO CÍVEL. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FA369174A1179AE65E261292BC8FEB98C50617425937&USER=>>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo 0098997-11.2003.8.19.0001 – Apelação Des(a). Reinaldo Pinto Alberto Filho – Julgamento: 18/10/2017 – Quarta Câmara Cível. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00044074288782E98AD5AFB85784226AB186C5071133521F&USER=>>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AI 0039611-62.2017.8.19.0000*. Relator: Maria Regina Fonseca Nova Alves – Julgamento: 23/08/2017. Décima Quinta Câmara Cível. Disponível em: < <https://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/516856369/agravo-de-instrumento-ai396116220178190000-rio-de-janeiro-teresopolis-2-vara-civel> >. Acesso em: 19 mai. 2018.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; et al. *Acesso à justiça*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania na encruzilhada*. In Bignoto, N. (org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

CARVALHO, Maria Alice Rezende. *Cultura política, capital social e a questão do déficit democrático no Brasil*. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ, 2002.

CASTRO FILHO, José Olímpio. *O abuso do direito no processo civil*. São Paulo: Forense, 1960.

CINTRA, Antonio Carlos; et al. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2010

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder judiciário: autonomia e justiça. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 30, jan./mar. 1993.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Juspodvim: Salvador, 2010.

DESCARTES, Renne. *Princípios da Filosofia*. São Paulo: Rideel, 2007.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodvim, 2015, Volume 1.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodvim, 2009.

PIETRO, Maria Sylvia di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do movimento de acesso à justiça: Epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce; et al. *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1999.

FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia da democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FREITAS, Alexandre Câmara. *O Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre a Facticidade e a Validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. In: *Revista Estudos Históricos*. Rio de Janeiro, ano 1996, n.18.

LABOULAYE, Edouard René Lefebvre de. *Do Poder Judiciário: O poder judiciário e a Constituição*. Coleção AJURIS: Porto Alegre, 1977, n. 4.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.

_____. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, 2015.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de. O direito da cidadania à composição dos conflitos. O acesso à justiça como direito a uma resposta satisfatória e a atuação da advocacia pública. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, ano XXVI, n. 77, mar., 2000.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NALINI, José Renato. A reforma do Estado: proposta concreta para um novo judiciário. In: *Revista dos Tribunais*: São Paulo, ano 85, v. 724, fev. 1996.

_____. *Direitos humanos: novas perspectivas no acesso à justiça*. CJF: Revista n. 3, 2016

NERY JUNIOR, Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2014, Volume único.

NUNES, Dierle. *CPC Referenciado Lei 13.105/2015*. Empório do Direito: Florianópolis, 2015.

_____. Por um acesso à justiça democrático. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, 2013.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades, BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição: da litigiosidade à mediação. *Revista Direitos Culturais*. Volume 3. n.5. Dez.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Ludmila. A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. *Rev. Direito GV*, vol.4 no.2 São Paulo July/Dec. 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. V.1. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RUIZ, Urbano. *A função do juiz na sociedade em mudança*. Texto apresentado na XI Conferência Nacional dos Advogados, Fortaleza, 1996.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. São Paulo: RT, 2002.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem: Mediação e Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SECCO, Orlando Almeida. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Cátia Aída. *Acesso à Justiça: uma leitura dos direitos e da cidadania no Brasil contemporâneo*. São Paulo: IFCH/UNICAMP, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Acesso à Justiça e cidadania*. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Participação e processo*, coord., Ada Pellegrini Grinover. RT: São Paulo, 1988.

SOUZA, Lourival de Jesus Serejo. *Reengenharia do poder judiciário: para uma nova administração da justiça*. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, n. 57, maio/ago., 1998.

SANTOS, Boaventura Souza. *Reinventar a democracia*. Fundação Mário Soares: Lisboa, 1998.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2005.

SPAGNOL, Antonio Sergio. *Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

TARTUCE, Fernanda Menezes. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. *O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania. As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JR., Humberto. *Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WEFFORT, Francisco Correia. *Os clássicos da política Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "o Federalista"*. São Paulo: Ática, 2011, V. 1.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Para pensar a Semana Nacional da Conciliação*. Folha de São Paulo, 08.12.2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Participação e processo*, coord., Ada Pellegrini Grinover. RT: São Paulo, 1988.

Silveira, Fabiana Rodrigues. *A morosidade no poder judiciário e seus reflexos econômicos*. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre: 2007.