

ALEXANDRE LUÍS CESAR

O MOVIMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL COMO
INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA:
AVANÇOS E LIMITAÇÕES



Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do título de Mestre em Direito.



0.299.540-1

UFSC-BU

FLORIANÓPOLIS
1998

ALEXANDRE LUÍS CESAR

**O MOVIMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL COMO
INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA:
AVANÇOS E LIMITAÇÕES**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer

Co-orientador: Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues

**FLORIANÓPOLIS
1998**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A dissertação O MOVIMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL
COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA: AVANÇOS E
LIMITAÇÕES**

elaborada por **ALEXANDRE LUÍS CESAR**

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada
adequada para obtenção do título de **MESTRE EM DIREITO**.

Florianópolis – SC, 16 de dezembro de 1998.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer – Presidente

Prof. Dr. Moacyr Mota da Silva

Prof. Msc. Sidney Francisco Reis dos Santos

Professor Orientador: Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer

Coordenador do Curso: Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar



Agradecimentos

À Alessandra, presença de amor e companheira nessa surpreendente jornada em busca do conhecimento e da felicidade.

Às minhas filhas Gabriela e Luíza, tão diferentes e tão presentes nesse ideal de um futuro com cidadania para todos.

À minha mãe, por dar-me a vida e ensinar-me como saber o pouco que sei.

Ao meu pai, *in memoriam*, por seu exemplo como operador jurídico e, principalmente, pela sua lição de bem viver.

Aos meus irmãos, pela amizade e incentivo constante.

Ao Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer, meu orientador, pela compreensão e vocação acadêmica, exemplos sem os quais esta dissertação não seria produzida.

Ao Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues, meu co-orientador, pelo apoio institucional e pelas imprescindíveis indicações bibliográficas.

Ao Prof. Dr. Edmundo Lima de Arruda Júnior, por todo o incentivo e por ter feito chegar-me às mãos, pela primeira vez, os escritos do "Movimento Universal de Acesso à Justiça".

À CAPES e à Universidade Federal de Mato Grosso, pelo apoio financeiro.

Ao CPGD/UFSC e ao seu pessoal técnico-administrativo – Rosângela, Gilvana, Melissa e Ivonete – pela atenção e camaradagem.

Ao amigo Ney Alves de Arruda, pela acolhida e pelo longo compartilhar do saber.

Aos amigos conquistados durante a realização do mestrado, Daniel Cerqueira, Antônio Graça, Carlos André, José Carlos, Sérgio, Everton, Marcelo e Otávio, pelos momentos divertidos de lazer e aprendizado.

À Ana Maria Detoni de Moraes, pelo versão inglesa do resumo, e Moema Sodrê Felix Andrade, pela revisão.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	5
RESUMO	7
ABSTRACT	8
INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I	
Qual Cidadania?	13
1.1. Cidadania: um conceito em construção.	13
1.1.1 – A cidadania clássica	13
1.1.2 – A cidadania liberal	15
1.1.3 – A cidadania social.....	16
1.2. A construção da “Nova Cidadania”: o papel dos novos movimentos sociais e a ação das Organizações não-Governamentais.	20
1.3. O conceito de cidadania para o Direito.....	33
1.4. Direitos Humanos, cidadania e acesso à Justiça.....	39
CAPÍTULO II	
O Movimento Universal de Acesso à Justiça.....	44
2.1. Há um conceito de acesso à justiça?	44
2.2. Escorço histórico.....	47
2.2.1 – Os primórdios	47
2.2.2 – A assistência liberal.....	50
2.2.3 – A ‘Primeira Onda’: assistência jurídica aos pobres	52
2.2.4 – A ‘Segunda Onda’: tutela dos direitos coletivos e difusos	57
2.2.5 – A ‘Terceira Onda’: o enfoque do acesso à justiça.....	60
2.3. A atuação orgânica do “Movimento Universal de Acesso à Justiça”..	61
2.4. Os principais instrumentos institucionais de acesso à Justiça no Brasil.	65
2.4.1. A Ação Popular	67
2.4.2. Os Juizados Especiais.....	68
2.4.3. A Ação Civil Pública	69
2.4.4. A Constituição da República de 05 de outubro de 1988.	70
2.4.4.1. A Assistência Jurídica aos pobres	70
2.4.4.2. A ampliação da legitimidade para agir	72
2.4.4.2. O Mandado de Segurança Coletivo.....	73
2.4.4.3. O Mandado de Injunção	74
2.4.4.4. O <i>Habeas Data</i>	74
2.4.4.5. A Ação Direta de Inconstitucionalidade	75
2.4.4.6. A Justiça de Paz.....	76
2.4.4.7. Juízos de Questões Agrárias.....	76
2.4.5. Outros instrumentos	77
2.4.6. As Reformas dos Códigos de Processo	79

CAPÍTULO III

Acesso à Justiça e Cidadania	81
3.1. Utilização, Insuficiência e Ineficácia dos Instrumentos Formais de Acesso à Justiça.	81
3.1.1. A Ação Popular	81
3.1.2. Os Juizados Especiais.....	82
3.1.3. Assistência Jurídica aos pobres	85
3.1.4 – Outros instrumentos.	87
3.2. As muitas limitações ainda existentes: há como superá-las?	88
3.2.1 - Restrições Econômicas	88
3.2.2 - Restrições Sócio-culturais	93
3.2.3 - Restrições Psicológicas.....	96
3.2.4 - Restrições Jurídicas e Judiciárias	97
3.2.5 – Proposições para a superação de obstáculos ao acesso	103
3.3. Métodos alternativos para resolução de conflitos e garantia de direitos.	110
3.3.1 – Métodos alternativos no Brasil.....	113
3.3.1.1 – Breve Histórico	113
3.3.1.2 – A crise da administração formal da justiça.....	119
3.3.1.3 – Arbitragem.....	121
3.3.1.4 – Conciliação.....	122
3.3.1.5 – Outras alternativas	126
CONSIDERAÇÕES FINAIS	128
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	131

RESUMO

A presente dissertação de mestrado tem por objetivo analisar os diversos conceitos de cidadania e sua interação com o denominado “Movimento Universal de Acesso à Justiça”, avaliando sua eficácia como efetivador de uma nova e dinâmica concepção de cidadania. A pesquisa está estruturada em três capítulos, assim se desenvolvendo:

O primeiro capítulo, denominado ‘Qual cidadania?’, procura traçar um esboço das concepções e práticas históricas de direitos humanos e cidadania, analisando a contribuição dos ‘novos movimentos sociais’ - e de sua manifestação mais evidente na contemporaneidade, as Organizações não-Governamentais – ONGs – para a construção de um novo conceito – a ‘Nova Cidadania’ - explicitando, por fim, o reducionismo e as contradições presentes em seu conceito jurídico.

Voltado a apresentar o “Movimento Universal de Acesso à Justiça”, o segundo capítulo pretende mostrar os variados conceitos que são atribuídos à temática, realizando um esboço de sua atuação histórica nas concepções teóricas voltadas ao estudo dos fenômenos jurídico-processuais e também sua ação militante orgânica, contribuindo para a humanização e aperfeiçoamento dos mecanismos de acesso à justiça e resolução de conflitos, no Brasil e no mundo.

O terceiro e último capítulo, buscará analisar as inúmeras limitações presentes nos instrumentos formais de resolução de conflitos, limitadores da eficácia de direitos e interesses e, portanto, inibidores do exercício efetivo da cidadania, propondo modificações. Ao final, apreciará os chamados “meios alternativos de resolução de conflitos”, principalmente seu desenvolvimento histórico, utilização e perspectivas em nosso país.

Finalmente, conclui-se que, apesar do muito já realizado objetivando estender o acesso à justiça à toda sociedade, muitos obstáculos ainda resistem e muito a de ser feito no intuito de garantir o acesso a uma ordem jurídica justa e ao integral exercício da cidadania.

ABSTRACT

The present work has as its main goal the analysis of the several concepts of citizenship, and its interaction with the so called "Universal Movement of Access to Justice". It also estimates its efficacy as an accomplishment to a new and dynamic conception of citizenship.

The first part, the one we call "Which sort of Citizenship" is about historical conceptions and practices of human rights and citizenship through the analysis of the new social movements and of its clearest manifestation nowadays which are the Non Governmental Organizations to the construction of a new concept – the new citizenship. It also shows the contradictions which are present in its juridical concept.

The second part is about the Universal Movement of Access to Justice. It intends to show the many and different ideas which are given to the theme, and the extent of its contribution to a better way of making possible the access to justice, and to the solution of conflicts not only in Brazil, but in all the world, as well.

The latest chapter is an analysis of the great number of limitations present in the formal ways of solving conflict which act as elements of limitation in the efficacy of a process, hindering the effective exercise of citizenship.

At the end of this chapter there is the presentation of the so called "Alternative Dispute Resolutions", specially its historical process and usage in our country. As a conclusion, it is perfectly possible to say the though much has been done to given society access to justice, the is also too much to do in order to remove all the resistant obstacles to permit the access to a free and real exercise of citizenship.

INTRODUÇÃO

Ao longo dos tempos, muitos foram os conceitos e conteúdos atribuídos à cidadania: em suas origens na antigüidade clássica, de caráter eminentemente público e político, seu declínio medieval, seu ressurgimento nas cidades-Estado da península itálica, a reação liberal-individualista das Revoluções Burguesas, a cidadania social do **Welfare State** e seu desmonte, o surgimento dos novos movimentos sociais - sujeitos de uma nova cidadania - e com o nascimento e positivação dos direitos coletivos e difusos.

Na busca de aferir quais as efetivas contribuições do chamado Movimento Universal de Acesso à Justiça à consolidação desta nova cidadania - objeto da presente dissertação - faz-se necessário um resgate, se é que isto é possível, dos diversos conceitos e *locus* da cidadania, partindo de suas raízes na civilização greco-romana até a profusão de perspectivas dos tempos atuais, inclusive na aferição do que, na esfera jurídica, se entende por cidadania.

A concepção do acesso à justiça como direito humano básico, estreitamente ligado a um novo e dinâmico conceito de cidadania, foi tomada como premissa. Destarte, inconcebível falar-se em exercício e concretização de uma cidadania plena, fundada na efetivação dos direitos individuais e coletivos normatizados ou em construção sem assegurar a mulheres e homens acesso a uma ordem jurídica justa.

Essa busca de cidadania realizada pelo Movimento Universal de Acesso à Justiça origina-se da ruptura da confiança em nossas instituições jurídicas e baseia-se no busca de efetivar os direitos do cidadão, através de reformas de amplo e criativo alcance, recusando-se a aceitar a imutabilidade de quaisquer institutos caracterizadores do nosso ordenamento jurídico.

O acesso é, acima de tudo, uma questão de cidadania, pois a participação na gestão do bem comum através dos instrumentos processuais institui uma cidadania responsável, onde o cidadão torna-se responsável não somente por sua história, como também a de seu país e de toda coletividade.

Assim, essa atuação orgânica com a interposição de ações visando assegurar os interesses dos cidadãos, acaba por levar à transformação do próprio Poder Judiciário, que se torna também um instrumento de ampliação da cidadania, eis que lhe é exigida uma atuação até então fora de sua clássica atividade, o que acaba por tornar suas decisões um espaço emancipatório de participação.

Contudo, devemos ressaltar que o acesso à justiça tomado aqui como objeto não está restrito ao acesso aos meios formais e institucionais, materializados na jurisdição, processo e seus atos normatizados, no interior e como manifestação do poder do Estado. A efetiva concretização da cidadania somente será possível se reconhecidos também meios alternativos de produção normativa e conseqüente resolução de conflitos, não-estatais, informais, plurais e comunitários.

Assim, objetiva esta dissertação de mestrado analisar os diversos conceitos de cidadania no mundo ocidental, desde a antigüidade clássica até os dias presentes, e sua interação com o denominado "Movimento Universal de Acesso à Justiça"- manifestação sócio-jurídica global neste século, avaliando sua eficácia como instrumental de efetivação de uma nova e dinâmica concepção de cidadania.

O tema ganha importância como possibilidade de pesquisa das diversas concepções, inclusive a jurídica tradicional, acerca da cidadania, conhecimento imprescindível ao efetivo exercício de direitos, bem como o reconhecimento dos vários instrumentos formais de resolução de conflitos, referencial indispensável à docência da Teoria Geral do Processo e à atuação como operador jurídico em busca da transformação da realidade social, seja nos tribunais ou fora deles.

Esse reconhecimento evidencia a insuficiência dos mecanismos estatais de pacificação jurídica dos litígios dados em sociedade, seja pela forma de pensar conservadora e formalista dos operadores do direito, seja pela ineficácia intrínseca de apreensão pelo Estado de toda produção normativa e administração da justiça, o que leva ao reconhecimento da imprescindibilidade de novas e profundas modificações nessa estrutura e da utilização, crescente e democrática, de instrumentos alternativos de resolução de conflitos.

Tomou-se como referenciais teóricos para produção da presente pesquisa as análises sociológicas acerca dos novos movimentos sociais, sujeitos e precursores de um novo conceito de cidadania, as concepções sócio-jurídicas que norteiam a ação do Movimento Universal de Acesso à Justiça e, diante de sua contribuição em apresentar soluções alternativas à crise da administração estatal de justiça, o Pluralismo Jurídico.

Considerando todos esses aspectos, a dissertação foi estruturada em três capítulos. Primeiramente, traça-se um esboço das concepções e práticas históricas de direitos humanos e cidadania, analisando a contribuição dos novos movimentos sociais - e de sua manifestação mais evidente na contemporaneidade, as Organizações não-Governamentais – ONGs – para a construção de um novo conceito – a Nova Cidadania - explicitando, por fim, o reducionismo e as contradições presentes no conceito jurídico de cidadania.

Voltado a apresentar o Movimento Universal de Acesso à Justiça, o segundo capítulo pretende mostrar os variados conceitos que são atribuídos à temática, realizando um esboço de sua atuação histórica nas concepções teóricas voltadas ao estudo dos fenômenos jurídico-processuais e também sua ação militante orgânica, contribuindo para a humanização e aperfeiçoamento dos mecanismos de acesso à justiça e resolução de conflitos, no Brasil e no mundo.

O terceiro e último capítulo, buscará analisar as inúmeras limitações presentes nos instrumentos formais de resolução de conflitos, limitadores da eficácia de direitos e interesses e, portanto, inibidores do exercício efetivo da

cidadania, propondo modificações. Ao final, apreciará os chamados meios alternativos de resolução de conflitos, principalmente seu desenvolvimento histórico, utilização e perspectivas em nosso país.

Finalmente, conclui-se que, apesar do muito já realizado objetivando estender o acesso à justiça à toda sociedade, muitos obstáculos ainda resistem e muito há de ser feito no intuito de garantir o acesso a uma ordem jurídica justa e ao integral exercício da cidadania.

CAPÍTULO I

Qual Cidadania?

1.1. Cidadania: um conceito em construção.

1.1.1 – A cidadania clássica

Etimologicamente, o termo cidadão tem origem na expressão latina *civis*, traduzido do grego *polites*, que significa o sócio da *polis* ou *civitas*, ou seja, da cidade-Estado da antiguidade greco-romana. São cidadãos somente aqueles homens que participam da gestão da cidade através do exercício direto de direitos políticos, sem a intervenção de representantes. Essa participação direta na vida política consistia basicamente “na votação das leis e no exercício de funções públicas, especialmente a judiciária”¹.

Deve-se ressaltar, que o *status* de cidadão, através do exercício dessas atividades políticas de gestão dos negócios da *polis* ou *civitas* não era atribuído, por óbvio, a todos os seus moradores. Assim, escravos, mulheres, estrangeiros, artesãos e comerciantes não eram cidadãos, já que não tinham tempo para se dedicar aos negócios públicos². Como enfatiza Dalmo de Abreu Dallari, “Na Grécia antiga a expressão cidadão indicava apenas o membro ativo da sociedade política, isto é, aquele que podia participar das decisões políticas”³.

Em Atenas tal *status* se materializava, por exemplo, na isogoria, ou seja, igualdade de liberdade do uso da palavra nas assembleias dos cidadãos e no instituto do *grafè paranomon* onde qualquer cidadão poderia

¹ COMPARATO, Fábio Konder. “A Nova Cidadania”. In: *Revista Lua Nova*. nº 28/29. São Paulo: CEDEC, 1993. p. 85-6.

² Idem, *ibidem*. p. 86.

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p.82.

citar outro perante um tribunal por haver proposto lei que tenha se revelado inconveniente ou inútil.

Já em Roma, apesar da menor participação dos cidadãos na atividade política, esta também se deu de forma bastante marcante. Fábio Konder Comparato cita, na esfera legislativa, as *leges datae* e *leges rogatae* que, propostas por um magistrado, eram votadas pelo povo reunido em comícios curiais e, no âmbito judiciário, o fato de que, durante o período republicano, os juízes eram escolhidos dentre qualquer do povo, além de se propiciar ao acusado condenado a penas graves recurso a tribunais populares, através do instituto denominado *provocatio ad populum*⁴.

Por outro lado, em contraposição a esta publicização da administração estatal, praticamente não havia vida privada. Segundo Fustel de Coulanges, em sua clássica obra *A Cidade Antiga*, “o cidadão estava em todas as coisas submetido, sem reserva alguma, à cidade; pertencia-lhe inteiramente”, seja na guerra como na paz⁵. Assim, todos os aspectos da vida nas cidades – educação, religião, família, moda, saúde - eram assuntos de competência dos Poderes Públicos, pois “tratava-se de moldar o caráter dos cidadãos para o serviço da *polis*”⁶.

Extinta a civilização greco-romana, durante a Idade Média o *status civitatis* foi substituído por um complexo de relações hierárquicas privadas, caracterizadoras das relações sócio-políticas do feudalismo, que fez suprimir a cidadania como elemento de liberdade entre iguais.

Esse quadro somente se alterou com o ressurgimento das cidades-estado na península itálica, a partir do século XI, onde a cidadania voltou a ser exercida em moldes similares aos da antigüidade:

“o grupo dos que tinham direitos políticos era composto por uma minoria burguesa (isto é, etimologicamente, dos habitantes dos burgos, tornados independentes dos domínios feudais), sob a qual labutava toda uma população de

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. op. cit. p. 86.

⁵ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. 10 ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1980. p. 325.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. op. cit. p. 87.

servos e trabalhadores manuais, destituídos de cidadania”⁷.

O avanço territorial e político do absolutismo monárquico, centralizador do poder político, acabou, porém, por suprimir esses pequenos espaços de liberdade, somente resgatados, através da via revolucionária, pelo pensamento liberal-burguês.

1.1.2 – A cidadania liberal

Vitorioso o pensamento liberal através das revoluções burgueses que marcaram o cenário político europeu no século XVIII, novamente a cidadania política volta à baila. Entretanto, diante do reconhecimento pelo pensamento iluminista de o ser humano - seja ele homem ou mulher, adulto ou criança, nacional ou estrangeiro - ser titular de direitos naturais (vida, credo, liberdade etc.), que o Estado deve tutelar e respeitar, e, por outro lado, pelo fato de que somente alguns detinham, por força de lei, o direito de participar das decisões políticas, é que surge, pela primeira vez, a distinção entre direitos civis (do homem) e direitos políticos (do cidadão).

Por esta razão, a Declaração de Direitos emanada da Revolução Francesa de 1789 foi denominada *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*⁸, donde se depreende que a nova ordem da cidadania comportava duas dimensões: “uma universal e outra nacional. Todo homem é, doravante, protegido em seus direitos naturais, independentemente de sua nacionalidade; mas somente os nacionais são titulares de direitos políticos”⁹. Essa concepção distingue espaços públicos e privados da vida do indivíduo, tornando o homem

“um indivíduo atomizado, que deve exercer seus direitos individualmente (direito à vida, à liberdade, à propriedade, a contratar, etc.), no

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. op. cit. p. 87-8.

⁸ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. op. cit. p. 89.

espaço privado da vida: a sociedade civil. O cidadão, o 'status' de cidadania, vincula o homem ao espaço público. O homem, transformado periodicamente em cidadão, transforma-se em fonte e objeto último do estado de direito, através de cujo 'status' registra sua presença no espaço público - ao mesmo tempo que o legitima - para, em seguida, despindo-se do 'status', retornar à condição de homem, restrito ao espaço privado da vida"¹⁰.

Muda também o conceito de liberdade, o pilar da acepção moderna de cidadania: enquanto na antigüidade eram livres aqueles que participavam diretamente da gestão da *res publica*, submetendo-se aos comandos estatais em sua vida privada, na modernidade, a participação na gerência do Estado é indireta, através da representação política¹¹, e a liberdade consiste em que não haja intervenção abusiva do Estado na vida privada dos cidadãos¹².

1.1.3 – A cidadania social

Tomando como ponto de partida as análises sociológicas de T. H. Marshall, em sua obra - clássico acerca do tema - *Cidadania, classe social e status*, verifica-se que, desde as concepções de Alfred Marshall, o conceito de cidadania é consideravelmente ampliado: "espécie de igualdade humana básica associada com o conceito de participação integral na comunidade"¹³.

¹⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. "Cidadania e Democracia: Repensando as condições de possibilidade da democracia no Brasil a partir da cidadania". In: *Revista Jurídica Unoesc*. nº 01. Chapecó: UNOESC, 1990. p. 11.

¹¹ A representação política liberal, distinguindo o mandato político do mandato privado - já que aquele, contrariamente a este, seria exercido em nome da nação e não dos mandantes - repudia qualquer possibilidade de admissão do mandato imperativo ou da revogação popular de mandatos (*recall*), além de estipular, em seus primórdios (a Constituição Francesa de 1791 e as que a seguiram, como a brasileira de 1824), a existência de "colégios eleitorais" para eleição dos parlamentos, ou seja, duas instâncias eleitorais.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. op. cit. p. 89. Interessante análise das interrelações entre a cidadania e a democracia representativa encontra-se em BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. "Cidadania e Democracia". In: *Lua Nova - Revista de cultura e política*. nº 33. São Paulo: CEDEC, 1994. p. 5-16.

¹³ MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 62.

Para T. H. Marshall, que realiza suas análises no período de *boom* do **Welfare State** inglês, a cidadania não abrange somente os direitos e deveres políticos, mas também direitos civis e, principalmente, direitos sociais e econômicos, normatizados não exclusivamente por concessão estatal, mas igualmente oriundos de conquistas populares e efetivados através de um dinâmico processo social.

Assim, dividindo o conceito moderno de cidadania em três partes (civil, político e social), o sociólogo inglês a diferencia daquele *status* existente durante a antiguidade e o período feudal, onde estas partes estavam fundidas em uma só, como decorrência do amalgamento das instituições naqueles velhos tempos e era o que configurava a “marca distintiva de classe e medida de desigualdade”¹⁴. Essa moderna concepção de cidadania seria, então, produto histórico da modificação das relações sociais e políticas das sociedades que, com a consolidação dos Estados nacionais e a conseqüente separação funcional das instituições anteriormente fundidas, propiciou a emergência dos direitos civis, em um primeiro momento, e os direitos políticos e sociais, posteriormente.

Marshall constata, então, uma separação tão profunda entre os três elementos da cidadania que seria possível atribuir períodos distintos de sua formação. No século XVIII, os direitos civis, caracterizados como aqueles necessários às liberdades individuais como o direito de ir e vir, a liberdade de imprensa, de pensamento e de fé religiosa, o direito à propriedade e de contratar e o direito à justiça, sendo este diferenciado por ser o direito de pleitear todos os outros direitos em condições de igualdade com a parte contrária e devido processo legal.

Os direitos políticos, entendidos como os direitos de votar e ser votado, ou seja, de “participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo”¹⁵, teriam sua consolidação no século XIX, enquanto no século XX materializaram-se os direitos sociais, caracterizados como todos aqueles que vão “desde o direito a um mínimo de

¹⁴ MARSHALL, T. H. op. cit. p. 64.

bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade”¹⁶.

Este último elemento da cidadania, que tem como referência social as classes trabalhadoras, adquire sua plenitude após a Segunda Guerra Mundial através das instituições do Estado-Providência. Para o sociólogo inglês, então, o desenvolvimento e ampliação temporal da cidadania vêm causando alterações no padrão de desigualdade social - produto inerente das sociedades capitalistas - modificando as relações e diferenciações entre as classes sociais.

Apesar de construir seu pensamento dentro da tradição liberal¹⁷, Marshall supera as concepções daquela teoria política que, em seus primórdios (Hobbes, Locke etc.), teoriza uma sociedade onde a maioria dos indivíduos livres e autônomos que se interrelacionam na sociedade civil não são cidadãos, já que não podem participar politicamente das atividades do Estado, nem através do voto. Quando admitido, é o voto elemento reducionista da cidadania civil e política, sendo quaisquer outras formas de participação política, se não completamente excluídas, francamente desencorajadas através de inúmeras elaborações teóricas acerca da representação e instrumentos de limitação da democracia¹⁸.

Essa articulação que realiza entre cidadania e classe social e as conseqüências que dela retira para caracterizar as tensas relações entre capitalismo e cidadania são, para Boaventura de Souza Santos, um dos principais méritos da análise realizada por Marshall¹⁹.

Daí a profícua discussão acerca da natureza da cidadania social como conquista do movimento operário ou como concessão do Estado

¹⁵ MARSHALL, T. H. op. cit. p. 63.

¹⁶ Idem, ibidem. p. 63-4.

¹⁷ Segundo Boaventura de Souza Santos, para Marshall, “a cidadania é o conteúdo da pertença igualitária a uma dada comunidade política e afere-se pelos direitos e deveres que o constituem e pelas instituições a que dá azo para ser social e politicamente eficaz”, não sendo, em razão disso, “monolítica: é constituída por diferentes tipos de direitos e instituições; é produto de histórias sociais diferenciadas protagonizadas por grupos sociais diferentes”. SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995. p. 243-4.

¹⁸ Idem, ibidem. p. 238.

capitalista. Enquanto para Marshall a normatização de tais direitos sociais seria fruto de um misto de concessões estatais e conquistas populares decorrentes de um dinâmico processo social, o sociólogo português conclui que, independentemente do caráter discutível do tema, “não parece restar dúvida de que, pelo menos, sem as lutas sociais do movimento operário, tais concessões não seriam feitas”²⁰. Para ele, esse processo histórico de profunda transformação do Estado capitalista, que politicamente significou a integração das classes trabalhadoras em suas estruturas, resultou, na verdade, em sua maior legitimação.

Se, em meados do século, não só o conceito de cidadania, mas também os direitos a ele inerentes, estão em franco desenvolvimento, a partir do final dos anos sessenta, esse processo histórico sofre, diante da crise do *Welfare State*, uma transformação que vai ser sentida profundamente nas décadas seguintes. Decorrência da crise do regime ‘fordista’ de acumulação do capital, característica do período denominado “capitalismo organizado”²¹, essa transformação alterou e continua alterando as concessões/conquistas do Estado-Providência. Exemplos podem ser extraídos da degradação geral da relação salarial, cortes orçamentários nos programas sociais, privatização de setores dos serviços públicos de saúde, educação, habitação, transportes e previdência social etc.

Essas retrações do Estado de Bem-Estar Social, por outro lado, levaram a uma grande movimentação social tendo como conseqüências a formulação de alternativas ao novel modelo de desenvolvimento econômico adotado (“capitalismo desorganizado”²²) e o surgimento de outros sujeitos

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. op. cit. p. 244.

²⁰ Idem, ibidem. p. 244-5.

²¹ Boaventura de Souza Santos assim caracteriza este modelo de acumulação: “uma organização taylorista da produção (total separação entre concepção e execução no processo de trabalho) acoplada à integração maciça dos trabalhadores na sociedade de consumo através de certa indexação dos aumentos de salários aos ganhos de produtividade”, que são obtidos “pelos aumentos dos salários directos e pela criação e expansão de salários indirectos, ou seja, os benefícios sociais em que se traduz a cidadania social e, em última instância, o Estado-Providência. SANTOS, Boaventura de Souza. op. cit. p. 248.

²² O “capitalismo desorganizado”, denominação atual das relações econômicas, é caracterizado pela globalização da economia, com a circulação cada vez mais dinâmica dos capitais internacionais, pelo neo-liberalismo político, que apregoa a vitória total do modelo de organização social capitalista (Estado Mínimo, individualismo extremado etc.).

sociais, simbolizados pelos novos movimentos sociais e populares²³, sujeitos, em grande parte, da construção de um novo conceito de cidadania.

1.2. A construção da “Nova Cidadania”: o papel dos novos movimentos sociais e a ação das Organizações não-Governamentais.

Acesso à educação, saúde e alimentação dignas, participação real nas decisões políticas, meio ambiente equilibrado, pleno emprego, ausência de qualquer tipo de discriminação, dentre muitos outros, são atualmente elementos fundantes de um amplo e dinâmico conceito de cidadania, em constante construção. Como enfatiza Elizabeth Jelin,

“Tanto a cidadania como os direitos estão sempre em processo de construção e mudança. Mais que uma lista de direitos específica, que é mutável e historicamente específica, essa perspectiva implica que o direito básico é o ‘direito aos direitos’ (...). Também implica conceber a ação cidadã em termos de suas qualidades de auto-manutenção e expansão: ‘as ações próprias dos cidadãos são só aquelas que tendem a manter, e se possível incrementar, o exercício futuro da cidadania’”²⁴

Esse novo conceito de cidadania, superando dialeticamente²⁵ a cidadania social do **Welfare State**, tem como sujeito determinante os chamados Novos Movimentos Sociais, conceituados por Antonio Carlos Wolkmer como

“sujeitos coletivos transformadores, advindos de diversos espaços sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com reduzido grau de ‘institucionalização’, imbuídos de princípios

²³ SANTOS, Boaventura de Souza. op. cit. p. 250.

²⁴ JELIN, Elizabeth. “Construir a cidadania: uma visão desde baixo”. In: *Lua Nova - Revista de cultura e política*. nº 33. São Paulo: CEDEC, 1994. p. 45.

²⁵ Na acepção hegeliana (*Aufhebung*), a superação se dá com “uma conservação dos elementos positivos, acompanhada de uma substituição dos negativos, sem que haja, portanto, negação pura e simples do passado”. COMPARATO, Fábio Konder. op. cit. p. 92.

valorativos comuns e objetivando a realização das necessidades humanas fundamentais”²⁶.

Essa vocação dinâmica e transformadora dos novos movimentos sociais também é enfatizada por João Batista Moreira Pinto ao defini-los como sendo

“espaços de organização social onde se estabelecem relações que possibilitam uma revalorização cultural e pessoal, se constitui uma nova cultura e práxis política, orientados por um projeto de sociedade libertário, que os torna sujeitos coletivos que criam bases de autonomia numa sociedade em construção”²⁷.

Os novos movimentos sociais emergem, a partir dos anos sessenta, trazendo consigo novas práticas de mobilização e organização social, produto da desocultação promovida pela difusão social da produção presente no ‘capitalismo desorganizado’ de diversas formas de opressão até então relegadas a segundo plano ou mesmo negadas pelos movimentos sociais tradicionais, como por exemplo o movimento operário, isolado politicamente pelo arrefecimento da cidadania social.

Essas ‘novas’ formas de opressão trazidas ao debate pelos novos movimentos sociais, extrapolam as relações de produção, sendo, portanto, muitas vezes mais amplas que estas, como ocorre, por exemplo, com fenômenos como “a guerra, a poluição, o machismo, o racismo ou o produtivismo”²⁸. Rompendo com a estreita vinculação existente entre o conceito de cidadania social e o Estado - já que é este o provedor de tais direitos - os novos movimentos sociais, sem perder a noção da importância do Estado para o efetivo exercício da cidadania (com este também interação), desenvolvem-se entretanto junto à sociedade civil, optando por práticas de democracia participativa, em detrimento da opção anterior,

²⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994. p. 125.

²⁷ PINTO, João Batista Moreira. *Direito e Novos Movimentos Sociais*. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 41.

²⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. op. cit. p. 258.

privilegiadora da democracia representativa e que tinha, portanto, o Estado como elemento central.

Assim, esses novos atores sociais não recusam a política, mas buscam ampliá-la “para além do marco liberal da distinção entre Estado e sociedade civil”²⁹. Para Boaventura de Souza Santos, aí reside a grande novidade destes movimentos³⁰. Por conta disto, eles são caracterizados como ‘ímpuros’ pois, normalmente, não se restringem a somente um campo de atuação, fazendo interagir diversas energias emancipatórias na busca de seus objetivos.

O sociólogo lusitano apresenta ainda as seguintes características dos novos movimentos sociais: preferência por estruturas descentralizadas, não hierárquicas e fluidas; ação política não institucional, dirigida à opinião pública, com forte utilização dos meios de comunicação de massa e realização de protestos que lhes proporcionam os recursos para sua manutenção. Tais novidades, evidenciadoras de um novo modo de se organizar e agir, são, para ele, o elo que liga os novos aos velhos movimentos sociais na luta pela continuidade e aprofundamento da busca da cidadania³¹.

A separação entre os “tradicionais” e os “novos” movimentos sociais é, para Ilse Scherer-Warren, “uma construção que atende fins heurísticos. Os movimentos sociais concretos expressam de forma variada, e em maior ou menor grau, a continuidade ou descontinuidade em relação à cultura política tradicional”³². Dentre os elementos e características que aproximam tais movimentos se encontram, segundo Tilmam Evers:

“um número relativamente baixo de participantes; estruturas não burocráticas e até informais; formas coletivas de tomada de decisões; distanciamento social relativamente pequeno entre liderança e demais participantes; modos

²⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. op. cit. p. 262.

³⁰ Idem, ibidem.

³¹ Id., ibid. p. 264.

³² SCHERER-WARREN, Ilse. “O caráter dos novos movimentos sociais. In: SCHARER-WARREN, Ilse e KRISCHKE, Paulo J. (orgs.). *Uma revolução no cotidiano? Os novos movimentos sociais na América Latina*. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 41.

pouco teóricos e imediatos de perceber e colocar os objetivos do movimento, etc.”³³.

Já para Ana Maria Doimo, são os seguintes os elementos de articulação entre esses atores sociais:

“1) manutenção da autonomia e independência dos movimentos sociais em relação aos partidos políticos e ao Estado. (...); 2) mobilização e respeito às suas decisões; 3) estruturação horizontalizada das entidades (...); 4) estímulo ao exercício da democracia direta e participativa (...); 5) interligação, solidariedade e cooperação entre o movimento operário/sindical com os demais movimentos populares”³⁴.

Como características mais amplas dos “novos” movimentos sociais, diferenciadoras dos “tradicionais”, João Batista Moreira Pinto aponta os seguintes: “a) revalorização cultural e pessoal; b) constituição de uma ‘nova cultura de base’; c) uma ação política libertária; e, d) um projeto de sociedade socialista e democrática”³⁵. Já Ilse Scherer-Warren aponta como características desses movimentos a “democracia de base, autogestão, livre organização, direito à diversidade e respeito à individualidade, à identidade local e regional, e noção de liberdade individual associada à liberdade coletiva”³⁶.

Há, também, elementos de diferenciação entre as ocorrências desses movimentos nos ‘países centrais’ e na América Latina. Entre os primeiros, predomina a utilização de mecanismos de democracia representativa (partidos políticos, *lobby* etc.) com valores ou reivindicações pós-materialistas (pacifismo, ambientalismo, combate ao consumismo, feminismo etc.). Já entre nós, ocorre a combinação de instrumentos de democracia representativa com valores ou reivindicações de necessidades básicas

³³ EVERS, Tilman. “Identidade: a face oculta dos novos movimentos sociais”. In: *Revista Novos Estudos* n. 4. v.1. São Paulo: CEBRAP, 1984. p. 14.

³⁴ DOIMO, Ana Maria. “Os rumos dos movimentos sociais nos caminhos da religiosidade”. In: KRISCHKE, Paulo J. e MAINWARING, Scott (orgs.). *A igreja nas bases em tempo de transição (1974-1985)*. Porto Alegre: LP & M e CEDEC, 1986. p. 114.

³⁵ PINTO, João Batista Moreira. op. cit. p. 33

(moradia, emprego, saneamento, acesso à terra etc.). No Brasil, porém, estas duas vertentes de novos movimentos sociais se combinam, provavelmente como decorrência do caráter periférico de nossa sociedade³⁷.

Outro aspecto a considerar acerca desses movimentos em nosso país diz respeito à sua origem. Por mais paradoxal que possa parecer, é exatamente durante a última ditadura militar que a sociedade civil, praticamente sufocada por sua ação repressora e autoritária, reage lutando pelo respeito aos Direitos Humanos, o que leva Paulo Sérgio Pinheiro a acreditar que, talvez, a maior lição decorrente deste aspecto dos movimentos sociais no Brasil é constatar que “a vigência de um regime tendencialmente democratizante não é condição automática para o alastramento e consolidação”³⁸ dos direitos sociais. Até porque, uma coisa é realizar “a defesa de direitos individuais e sociais de um pequeno grupo de oprimidos (politicamente) na ditadura; outra é promover a defesa desses direitos para a esmagadora maioria da população”³⁹.

Esses movimentos, que de início não possuíam um caráter nitidamente popular - já que realizados pelas classes médias buscando proteger seus filhos e a si própria (profissionais liberais, universitários, alguns líderes populares) - passam, durante os anos setenta, à “defesa de interesses populares (moradia, terra, sindicalização, resistência à violência policial cotidiana etc.)” sendo que “as vítimas das violações de direitos humanos são procedentes das classes populares e marginais: quer como indivíduos, quer como organizações”⁴⁰. Por conta disso, a luta travada em vários níveis por esses movimentos

“criou novas arenas políticas e novos atores: envolveu o Judiciário, que parecia pairar acima de tudo, confrontou o Executivo ao reivindicar verbas públicas para os chamados bens de consumo

³⁶ SCHERER-WARREN, Ilse. op. cit. p. 39-40.

³⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. op. cit. p. 265.

³⁸ PINHEIRO, Paulo Sérgio. “Dialética dos direitos humanos”. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *O direito achado na rua*. Brasília: EdUnB, 1987, p. 84.

³⁹ Idem, ibidem.

⁴⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. “Direito, Justiça e Utopia”. In: IAJUP/FASE. *Coleção “Seminários”*. nº 09. Rio de Janeiro: IAJUP/FASE, fevereiro de 1988. p.01.

coletivo (escolas, creches, postos de saúde etc.)⁴¹.

Por isso, Eunice Durham afirma que vivemos “um processo de construção coletiva de uma nova cidadania, definida por um conjunto de direitos, tomados como autoevidentes, que é pressuposto da atuação política e fundamento da legitimidade do poder”⁴² que se dá através dos novos movimentos sociais, por ela caracterizados “pela sua tentativa de criar um espaço de iguais, comunitário, pouco institucionalizado muitas vezes, onde se faz experiência concreta de igualdade abstrata”, de caráter apartidário (seu limite, porque dificulta sua generalização mas “também seu mérito maior, porque significará o exercício de uma participação direta de iguais e a criação de um novo cenário”⁴³).

Os novos movimentos sociais têm atuado de três maneiras, mediante três ‘posturas’: reivindicatória, contestatória e participativa. A primeira delas, busca obter melhores condições de vida e direitos básicos que não são atendidos, através de pressão sobre o Estado; a outra, apontando as carências e privações de ordem material, tenta mobilizar as grandes massas no intuito de opor-se de maneira sistemática ao poder estatal instituído; e, a terceira, sem abandonar a luta pela melhoria da qualidade de vida, busca “assegurar formas de controle do Estado e canais de participação popular descentralizadores do poder”⁴⁴. Enquanto a primeira e a segunda posturas tendem a desviar-se para o corporativismo, clientelismo e populismo ou ‘denuncismo’ sem propostas e sem participação, respectivamente, a postura participativa delineia uma nova perspectiva para os movimentos sociais, como agentes de construção da própria cidadania⁴⁵.

Essa participação, fazendo com que o povo se torne parte principal no processo de desenvolvimento da cidadania é tida por Fábio Konder Comparato como a idéia-mestra da ‘nova cidadania’, que deve se instaurar

⁴¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. op. cit. p.02.

⁴² DURHAM, Eunice. Apud LOPES, José Reinaldo de Lima. op. cit. p. 15-6.

⁴³ LOPES, José Reinaldo de Lima. op. cit. p. 15-6.

⁴⁴ VÉRAS, Maura P.B. & BONDUKI, Nabil G. Apud WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. p. 121.

⁴⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. p. 120-1.

nos seguintes níveis: “a) na distribuição dos bens, materiais e imateriais, indispensáveis a uma existência socialmente digna”, através da implementação dos direitos sociais constitucionalmente garantidos; “b) na proteção dos interesses difusos e transindividuais”, aplicando-se os instrumentos processuais atinentes a essas matérias e ampliando-se ainda mais sua legitimação ativa; “c) no controle do poder político”, através da implantação e utilização dos instrumentos de democracia direta (referendo, plebiscito e iniciativa legislativa popular), de correção dos abusos da representação política (*recall* e mandato imperativo) e censura dos Poderes Públicos (ação popular e *impeachment*); “d) na administração da coisa pública”, com a criação de órgãos de gestão e fiscalização, inclusive na segurança pública; e, “e) na proteção dos interesses transnacionais”, através da legitimação substitutiva das pessoas privadas no plano do direito internacional para atuar junto aos organismos internacionais (OIT, Comissão Interamericana de Direitos do Homem etc)⁴⁶.

Aquela caracterização dos novos movimentos sociais, entretanto, principalmente após os anos setenta, toma novos contornos com a entrada na cena sócio-política das chamadas Organizações não-Governamentais, as ONGs, entes privados, formalmente constituídos, que têm como objetivos gerais os mesmos que pautam esse novo conceito de cidadania, ou seja, defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural, combate à discriminação racial e sexual, defesa do direito de minorias, luta por qualidade de vida (moradia, saúde, educação etc.).

O termo Organizações não-Governamentais – ONGs é, todavia, mais antigo. Durante os primórdios da Organização das Nações Unidas - ONU, em 1945, grupos e entidades diversas assessoravam, com influência decisiva, a delegação americana à Conferência Internacional de São Francisco, onde foram formulados os princípios protetores dos direitos fundamentais. Estes grupos e entidades foram então chamados *Non-Governmental Organizations* em oposição à expressão *Intergovernmental*

⁴⁶COMPARATO, Fábio Konder. op. cit. p. 92-103.

Organizations, que denominava, no princípio da vida institucional da ONU, os organismos internacionais⁴⁷.

Originariamente, a designação ONG foi atribuída pelas agências internacionais de financiamento - as ONGs do 'primeiro mundo' - para denominar as entidades que realizavam a intermediação entre aquelas e as organizações de base na implementação dos projetos financiados. Estas organizações intermediárias eram chamadas pelo 'primeiro mundo' de ONGDs - Organizações Não-Governamentais de Desenvolvimento, mas ficaram conhecidas entre nós como Centros Populares de educação, serviços jurídicos, informação, documentação etc.⁴⁸

Todavia, outras denominações também são atribuídas a estas entidades:

“associações privadas de desenvolvimento (APD); organizações voluntárias privadas dedicadas ao desenvolvimento (OVPDD); *non profit organizations* (NPO); centros de promoção, associações voluntárias, entidades de animação, na África; ou, ainda, organizações voluntárias, na Ásia”⁴⁹.

Diferentemente do certo espontaneísmo e inorganicidade que caracterizam os novos movimentos sociais, tais organizações buscam institucionalizar-se, tendo personalidade jurídica própria, e executam suas ações através de financiamento de projetos por outras organizações destinadas a este fim ou mesmo por Estados, inclusive estrangeiros. Enquadram-se no denominado 3º Setor⁵⁰ das sociedades modernas, a sociedade civil organizada, em contraposição aos dois outros setores tradicionalmente considerados relevantes, o Estado e o Mercado.

Contudo, sendo demasiado genérica uma denominação que tome por referencial uma exclusão, ou seja, a expressão 'não-governamental', é

⁴⁷ ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. *Considerações sobre o Exercício da Cidadania através de Organizações Não-Governamentais*. Mimeo, 1998, p.4.

⁴⁸ SCHERER-WARREN, Ilse. "Organizações Não-Governamentais na América Latina: seu papel na construção da sociedade civil". In: *Cadernos de Pesquisa*. nº 1. Florianópolis: UFSC/PPGSP, 1994. p. 5.

⁴⁹ MONTENEGRO, Thereza. *O que é ONG*. São Paulo: Brasiliense, 1994. p.13.

⁵⁰ Importante estudo sobre o assunto em FERNANDES, Rubem Cesar. *Privado porém*

preciso adjetivar – quiçá como fez Thereza Montenegro, acrescentando um 'P' (de progressista) à sigla ONG⁵¹ - o conceito dessas organizações quando instrumentos de construção e consolidação da cidadania. Ilse Scherer-Warren conceitua ONGs como

“organizações formais, privadas porém com fins públicos, sem fins lucrativos, auto-governadas e com participação de parte dos seus membros como voluntários, objetivando realizar mediações de caráter educacional, político, de assessoria técnica, prestação de serviços e apoio material e logístico para populações alvo específicas ou para segmentos da sociedade civil, tendo em vista expandir o poder de participação destas com o objetivo último de desencadear transformações sociais ao nível micro (do cotidiano e/ou local) ou ao nível macro (sistêmico e/ou global)”⁵².

Outra definição é apresentada por Thereza Montenegro, onde ressalta o caráter não estatal, sem fins lucrativos e voltado à efetivação da cidadania dessas organizações:

“ONGs são ‘um tipo particular de organizações que não dependem nem econômica nem institucionalmente do Estado, que se dedicam a tarefas de promoção social, educação, comunicação e investigação/experimentação, sem fins de lucro, e cujo objetivo final é a melhoria da qualidade de vida dos setores mais oprimidos’”⁵³.

Segundo Eugênio José Guilherme de Aragão, são três as formas básicas de atuação das ONGs: organização, informação e ação. Quanto à organização as ONGs seguem três modelos: a) organização formada e controlada por um grupo de indivíduos, com disposições estatutárias de auto-renovação, como a Cruz Vermelha, por exemplo; b) confederação de

Público: o terceiro setor na América Latina. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

⁵¹ MONTENEGRO, Thereza. op. cit.

⁵² SCHERER-WARREN, Ilse. *ONGs na América Latina: Trajetória e Perfil*. Florianópolis: Mimeo, 1993. p. 5 - 6.

⁵³ MONTENEGRO, Thereza. op. cit. p.10-1.

organizações independentes buscando combinar suas atividades, cujo modelo é utilizado pela Federação Internacional de Direitos Humanos; e, c) entidade com estrutura central 'democrática', com unidades constituintes controlando a organização e executando suas atividades, como a Anistia Internacional, e atuam nas mais diversas áreas de especialização.

No que concerne à informação, é esta a atividade mais importante realizada pelas ONGs hoje. Através de elaboração de pesquisas, relatórios técnicos, ou simples veiculação de notícias, esta forma de atuar visa informar e provocar órgãos governamentais para a proteção dos bens e direitos a que se destinam, como também não se furtam em, através de denúncias públicas, levar à população informações sobre ações e omissões estatais, bem como disseminar mecanismos de proteção.

Por fim, na esfera da ação propriamente dita, buscam estas entidades intervir diretamente nos fenômenos que são objeto de seus interesses através de instrumentos legais como ações judiciais, protestos públicos etc., como também através da desobediência civil, como faz, por exemplo, o **Greenpeace**⁵⁴.

No Brasil, com história um pouco mais recente, tais organizações têm acentuada proliferação após o final da ditadura militar com a busca de espaço político fora das instituições já estabelecidas sob o jugo do autoritarismo. As organizações precursoras, criadas ainda durante os 'anos de chumbo', têm como nascedouro, por conta disto, os movimentos sociais de luta pelos Direitos Humanos, completamente vilipendiados durante aquele período de nossa história. Exemplo deste tipo de ONGs pode ser encontrado nos diversos Centros de Defesa dos Direitos Humanos instituídos por todo país e do Comitê Brasileiro pela Anistia, criados nos últimos anos do regime de 64.

Todavia, entidades civis não-governamentais já existiam anteriormente, entretanto com caracterização distinta das ONGs, como por exemplo o Conselho Indigenista Missionário – CIMI, ligado à Igreja Católica

⁵⁴ ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. op. cit. p. 5 -7.

e a UNE e as UEEs, com estreitas relações partidárias⁵⁵. João Batista Moreira Pinto também cita inúmeras entidades surgidas antes e durante a Ditadura, como, por exemplo, o Instituto Brasileiro de Ação Democrática - IBAD, no final dos anos 50, de inspiração direitista, e as Comissões Pastorais da Terra e Operária - CPT e CPO, em meados dos anos 70, ligadas também à Igreja Católica⁵⁶. O termo ONG, porém, só popularizou-se entre nós recentemente, após a ECO Rio-92⁵⁷.

Com a abertura política e a 'redemocratização' do país, os atores da política oficial não foram substituídos. Pelo contrário, uma vez no governo, a oposição, ao invés de transformar criticamente as relações de poder, uniu-se à base de sustentação do regime militar, implementando as mesmas políticas sociais e econômicas excludentes da maioria da população. Esta verdadeira traição ao ideário democrático-social pregado pela oposição, quando ainda era oposição, acabou por propiciar a organização da sociedade civil fora do esquema partidário, o que conduziu à criação de grupos de pressão alternativos sobre parlamentos e governos, desvinculados dos partidos políticos tradicionais.

Esse fenômeno social se evidenciou durante a Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988, onde a atuação destas entidades foi determinante para assegurar que direitos humanos fundamentais fossem inscritos em nossa Carta Magna. Dão mostra dessa importante atuação das ONGs nacionais os capítulos destinados aos Direitos e Garantias Individuais, produto das pressões dos Centros de Direitos Humanos, aos Direitos Indígenas, fruto da atuação do Conselho Indigenista Missionário - CIMI e do Núcleo de Direitos Indígenas – NDI, entre outros.

Algumas destas entidades especializaram-se na defesa, inclusive através dos meios judiciais, dos fenômenos que são objeto de seus interesses. O Instituto de Apoio Jurídico Popular – IAJUP do Rio de Janeiro, além de intentar inúmeras ações em defesa de direitos populares, possuía

⁵⁵ ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. op. cit. p. 4..

⁵⁶ PINTO, João Batista Moreira. op. cit. p. 23 - 25.

⁵⁷ SCHERER-WARREN, Ilse. "Organizações Não-Governamentais na América Latina: seu papel na construção da sociedade civil". In: *Cadernos de Pesquisa*. op. cit. p. 5, e MONTENEGRO, Thereza. op. cit. p.7.

também programas de formação de operadores jurídicos populares, que disseminavam as informações e práticas recebidas em diversos movimentos e organizações por todo país. O Grupo de Apoio Jurídico às Organizações Populares – GAJOP de Recife, voltava-se ao assessoramento jurídico de entidades e movimentos populares e hoje, atua na área de Direitos Humanos, buscando a proteção de testemunhas e vítimas de violência. O Núcleo de Direitos Indígenas – NDI de Brasília voltado à tutela dos interesses das populações indígenas, hoje, após sua fusão com o Centro Ecumênico de Documentação e Informação – CEDI no Instituto Sócio-Ambiental - ISA, ocupa-se também da proteção do meio ambiente.

Apesar dessa atuação dirigida aos interesses coletivos e populares, alguma discussão essas organizações têm gerado acerca de sua legitimidade, já que, sendo instituições privadas (associações, institutos, fundações etc.), não devem satisfação a ninguém, a não ser a si próprias. Chega-se a falar, inclusive, na privatização dos movimentos populares, na institucionalização das lutas do povo e na cooptação das lideranças populares ao projeto liberal-individualista de organização da sociedade.

Tem se denunciado, também, a atuação de oligopólios disfarçados em fachadas de ONGs, como ocorre com associações de importadores de pneus usados que, alegando defesa dos direitos do consumidor em ter acesso a produtos mais baratos e de melhor qualidade, nos atulham com o lixo industrial proveniente dos países de origem dos mesmos.

Outro aspecto bastante discutido é o que se refere ao destino dos recursos arrecadados por essas instituições, vez que não estão vinculados a nenhuma prestação pública de contas. Patrocinadores e doadores, inclusive estrangeiros, surpreende-se com a destinação dada às verbas enviadas, que algumas vezes não cumprem os objetivos traçados no projeto original. A má gestão também é alvo de críticas, cite-se, como exemplo, as denúncias de irregularidades recentemente apontadas no uso dos recursos da ONG 'Anjos do Asfalto', voltada ao atendimento de vítimas do trânsito.

A 'flexibilidade' destas organizações, elogiada por significar ausência de burocracia e barateamento de custos, também é alvo de críticas eis que podem ainda significar possibilidade de

"desrespeito à legislação vigente, nem sempre ética e politicamente adequada, gerando conflitos e tensões, como, por exemplo, a troca de moeda estrangeira ou o desrespeito à legislação trabalhista. Como ocorre em várias ONGs que atendem/educam crianças, contando com o trabalho de alguns profissionais que não se beneficiam de carteira assinada"⁵⁸.

Por fim, os críticos atacam as posturas que muitas Organizações Não-Governamentais assumem de oposição sistemática a iniciativas estatais que, com colaboração e diálogo, poderiam ser aperfeiçoadas a partir do conhecimento técnico e sensibilidade social dessas entidades. Assim, elas alimentar-se-iam do fracasso do Estado e de suas políticas, sem os quais elas próprias deixariam de existir, uma vez que se configuram hoje uma "atividade econômica de prestação de serviço muito rentável, mesmo que as entidades incluam em seus estatutos cláusulas de não-lucratividade"⁵⁹.

Todavia, mesmo reconhecendo-se certos 'desvios' existentes nesse setor – ademais presentes em quaisquer organizações humanas – é imperioso ressaltar a importância decisiva das ONGs das mais variadas especialidades na integração da sociedade civil, através de projetos de defesa e valorização de interesses coletivos e de minorias excluídas, como também na fiscalização diuturna das ações e omissões estatais e do chamado 'setor produtivo', propondo, e muitas vezes executando, políticas públicas de construção e efetivação da cidadania.

⁵⁸ MONTENEGRO, Thereza. op. cit. p.16-7.

⁵⁹ ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. op. cit. p. 8-9.

1.3. O conceito de cidadania para o Direito.

Pode-se dizer, de plano, que a limitada concepção de cidadania dominante no discurso jurídico contemporâneo não é suficiente às pretensões de estudo da presente dissertação, entretanto faz-se necessário explicitá-la como forma de demonstrar seu reducionismo e, até certo ponto, denunciar a desarmonia entre os conceitos jurídicos, mesmo que constitucionalizados, e a dinâmica da sociedade. A teoria jurídica dominante no Brasil tem relegado a cidadania a uma categoria “estática e cristalizada”, tendo por conteúdo “a soma da nacionalidade mais direitos políticos, concebidos basicamente como direitos eleitorais (votar e ser votado)”⁶⁰.

Neste sentido, a obra da Prof^a. Dr^a. Vera Regina Pereira de Andrade, *Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos*, serve-nos como guia por entre os meandros da Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional do Brasil na atualidade, desvendando o caráter “fragmentário e residual”, disperso em temáticas como nacionalidade, direitos políticos e povo, porém,

“apesar de sua aparente inconsistência, insuficiência e assistematização, o discurso jurídico da cidadania sugere tratar-se de um discurso consistente e sistêmico, que se torna suficiente precisamente pelo que silencia, revelando uma profunda lógica interna”⁶¹.

Algumas passagens da teoria constitucional e do Estado hodiernas podem ilustrar estas constatações. No pensamento de Dalmo de Abreu Dallari há uma certa confusão entre os conceitos de cidadania e nacionalidade. Apesar de tentar deslindá-lo, acaba por tornar uma (a cidadania) parte da outra (a nacionalidade), atribuindo a esta uma característica física, ou seja, determinada pelo local de nascimento, sendo

⁶⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 13.

⁶¹ Idem, *ibidem*. p. 17.

assim imutável, e àquela uma condição de “vínculo jurídico com o Estado”⁶², passível de modificação. Desdobra então sua conceituação utilizando-se como base o exercício dos direitos políticos. Assim existiriam duas ‘categorias’ de cidadãos: os “cidadãos simples”, aqueles que possuem a cidadania, mas desprovidos dos requisitos legais para o exercício dos direitos políticos; e, os “cidadãos ativos”, que podem exercer os direitos políticos⁶³.

Por esse entendimento então existiriam cidadãos de primeira e segunda classe. Crianças, analfabetos, estrangeiros estariam dentre os “cidadãos simples”, de segunda categoria. Somente os brasileiros natos ou naturalizados e maiores de 16 anos seriam “cidadãos ativos”, de primeira classe, porque aptos a participar da gestão do Estado. Seguindo esta perspectiva analítica, poderíamos dizer que hoje, face às disposições da Constituição da República de 1.988, existiriam no Brasil cidadãos de primeiríssima categoria, os brasileiros natos, alfabetizados, maiores de 35 anos, alistados eleitoralmente e filiados a partido político, condições básicas para ser eleito a qualquer posto de gerência do Estado.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por seu turno, também apresenta sua diferenciação, com base no ordenamento jurídico pátrio, entre nacionalidade e cidadania, já que para ele “a cidadania (em sentido estrito) é o status de nacional acrescido dos direitos políticos (*stricto sensu*), isto é, poder participar do processo governamental, sobretudo pelo voto”⁶⁴. Assim, nem sempre o nacional é cidadão, posto que a cidadania tem por conteúdo a nacionalidade mais o gozo dos direitos políticos. Os cidadãos estariam então subdivididos em “ativos” e “passivos”, os primeiros com poder de escolher os governantes e os segundos com possibilidade também de serem escolhidos para governar. Existiria destarte no direito brasileiro um “escalonamento” da cidadania “passiva” em três graus diferenciados: um mínimo, ou seja, daqueles brasileiros entre 18 e 21 anos, eleitores, elegíveis para cargos

⁶² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos*. op. cit. p. 20.

⁶³ DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p. 85.

⁶⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 105.

municipais e com possibilidade de acesso a cargos públicos em geral; outro médio, dos brasileiros natos (exceções aos naturalizados estipuladas constitucionalmente), entre 21 e 35 anos, eleitores, elegíveis para a quase totalidade dos cargos, exceto para o Senado e para a Presidência da República; e, por fim, o grau máximo, composto por aqueles brasileiros natos, maiores de 35 anos, eleitores, com acesso pleno a quaisquer cargos públicos ⁶⁵.

O constitucionalista Paulino Jacques, também citado por Vera Regina Pereira de Andrade, analisando os institutos da nacionalidade, naturalidade e cidadania, estabelece, sob a ótica dos direitos políticos, a seguinte distinção:

“A nacionalidade é fenômeno político: exprime a vinculação do indivíduo para com a nação de que é súdito. A naturalidade, fenômeno sociológico, traduz o liame do indivíduo à terra em que nasceu e adotou. A cidadania, fenômeno jurídico, revela o status do indivíduo no Estado em que vive. Todavia, todos esses fenômenos têm seu conteúdo político, sua origem sociológica e sua expressão jurídica, como manifestações que são da vida dos indivíduos em sociedade. Constituem os vínculos que os prendem irrevogavelmente ao estado. Por isso, diz-se que o cidadão é o nacional titular de direitos políticos (eleger e ser eleito, exercício de função ou múnus público, etc.); nacional, o vinculado politicamente à nação, o qual pode não ser cidadão (os menores, os loucos, os clérigos isentos do serviço público, os condenados durante os efeitos da condenação, etc.). O conceito de nacionalidade é mais amplo que o de cidadania, da mesma forma que o conceito de naturalidade o é mais do que o de nacionalidade” ⁶⁶.

Na mesma vertente dos supracitados publicistas, o Professor José Afonso da Silva, em título de sua obra *Curso de Direito Constitucional*

⁶⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit. p. 105-6.

⁶⁶ JACQUES, Paulino Apud ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos*. op. cit. p. 25-6.

Positivo destinado aos Direitos políticos, nacionalidade e cidadania, busca distinguir nacionalidade e cidadania:

“Aquele é vínculo ao território estatal por nascimento ou naturalização; esta é um *status* ligado ao regime político. Cidadania (...) qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política. Cidadão, no direito brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas conseqüências. Nacionalidade é conceito mais amplo do que cidadania, e é pressuposto desta, uma vez que só o titular da nacionalidade brasileira pode ser cidadão”. (...) “Os direitos de cidadania adquirem-se mediante alistamento eleitoral na forma da lei”⁶⁷.

A Constituição da República vigente, promulgada em 05 de outubro de 1988, denominada “Constituição Cidadã”⁶⁸, dando-lhe *locus* constitucional, alça a cidadania a princípio fundamental da República Brasileira (artigo 1º, II), além de normatizar e institucionalizar muitas das reivindicações relacionadas à construção da cidadania, fenômeno que não encontra similariedade em nenhuma das cartas anteriores⁶⁹. Contudo, mantém em seu corpo, assim como fizeram todas as constituições nacionais desde o Império, um conceito de cidadania vinculado/subordinado aos conceitos de direitos políticos, nacionalidade e naturalidade. Vejamos:

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união insolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 330 -1.

⁶⁸ Expressão cunhada pelo Deputado Ulisses Guimarães, presidente da Assembléia Nacional Constituinte, em seu discurso quando da promulgação da Carta Magna.

⁶⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. “Cidadania e Democracia: Repensando as condições de possibilidade da democracia no Brasil a partir da cidadania”. In: *Revista Jurídica Unoesc*. nº 01. op. cit. p. 13.

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

Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

.....
Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

.....
XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização;

.....
Art. 68

§ 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

.....
II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;
....." (grifei).

Destas concepções podemos concluir que permanece na teoria jurídica dominante no Brasil o conceito de cidadania oriundo das revoluções burguesas, reduzido ao exercício dos direitos políticos dos indivíduos. Tais concepções, presentes no discurso jurídico dominante no Brasil, além de explicitarem uma abordagem superficial, quase um "epifenômeno, cujos temas centrais envolvidos são a nacionalidade, o povo e os direitos políticos"⁷⁰, desnudam também seu caráter eminentemente normativista, calcado numa abordagem pretensamente científica, que acaba por reduzir o conceito de cidadania a uma elaboração meramente jurídica, decorrente dos preceitos constitucionais.

⁷⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos. op. cit.* p. 27.

Assim, sendo a cidadania mera decorrência do ordenamento normativo, ou seja, um “*status legal*”, seu nascedouro é sempre o Estado, ‘pai’ de toda normatividade, que concede ao indivíduo nacional a cidadania. A cidadania, para a teoria jurídica dominante, passa a ser, portanto, uma ligação jurídica entre o cidadão e o Estado, onde se delimita seus direitos e deveres, normalmente políticos⁷¹.

Essa leitura limitada, e porque não dizer autoritária, da cidadania, elaborada pelo jurídico, não pode ser utilizada, salvo como demonstração do que cidadania não é, para as análises da presente dissertação. Para podermos aferir as contribuições do “Movimento Universal de Acesso à Justiça” para a efetivação da cidadania, o conceito desta tem de ser muito mais amplo. Como enfatiza Vera Andrade, concebendo cidadania

“apenas como instrumento de regulação e participação política dos indivíduos na sociedade, delimitando seu lugar social, o discurso da cidadania além de monológico - já que não abre diálogo algum com o jurídico - é autoritário. Ao aprisionar conceitualmente a cidadania como categoria estática e cristalizada - tal qual sua inscrição nas Cartas constitucionais - dogmatiza seu significado, reduzindo-o a um sentido unívoco. Nessa perspectiva, esvazia-se sua historicidade, neutraliza-se sua dimensão política em sentido amplo e sua natureza de processo social dinâmico e instituinte. Promove-se, enfim, uma forçosa redução de sua complexidade significativa, de modo a impedir a tematização dos componentes democrático-plurais do discurso da cidadania, reduzindo-o a um sentido autoritário”⁷².

Portanto, faz-se imprescindível conceber

“a cidadania como dimensão ampla de participação social e política e através da qual a reivindicação, o reconhecimento e o exercício dos

⁷¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos*. op. cit. p. 28.

⁷² Idem, *ibidem*. p. 29.

direitos humanos, instituídos e instituintes, se exterioriza enquanto processo histórico, busca-se romper com a dicotomia liberal homem/cidadão, através de uma unificação de temáticas que permita pensar os direitos humanos como o núcleo da dimensão da cidadania e o problema de sua (ir)realização como problema relativo à construção da cidadania, numa perspectiva política em sentido amplo”⁷³.

1.4. Direitos Humanos, cidadania e acesso à Justiça.

Assim, abandonando como referencial o restrito conceito jurídico, falar em cidadania é falar também em Direitos Humanos⁷⁴, não só aqueles proclamados pelas Declarações de direitos desde meados deste milênio, mas também todos aqueles cotidianamente conquistados e/ou ainda em disputa nas relações em sociedade, tendo essa noção contemporânea de cidadania, mais abrangente e dinâmica, sua raiz histórica nos Direitos do Homem⁷⁵.

José Reinaldo de Lima Lopes afirma que “a expressão ‘direitos humanos’ diz respeito à cidadania, isto é, à possibilidade de viver em sociedade desde que as forças organizadas desta sociedade não possam dispor sobre os indivíduos de um poder de vida e de morte”⁷⁶. Para ele, a trajetória da luta pelos direitos humanos no Brasil segue uma trajetória crescente de ampliação de seu objeto, primeiramente “através da defesa da integridade física dos presos políticos”, depois pela

⁷³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. “Cidadania e Democracia: Repensando as condições de possibilidade da democracia no Brasil a partir da cidadania”. In: *Revista Jurídica Unoesc*. nº 01. op. cit. p. 12.

⁷⁴ Mesmo que não dispostos historicamente de forma linear, têm-se convencionado dispor os diferentes níveis de direitos humanos em ‘gerações’: “os direitos humanos civis e políticos são a ‘primeira geração’; os sociais e econômicos, a ‘segunda’; os direitos coletivos, a ‘terceira’; os direitos dos povos, a ‘quarta geração’”. Cf. JELIN, Elizabeth. op. cit. p. 44.

⁷⁵ VIEIRA, José Ribas. “Estado de Direito e o acesso à Justiça: uma contribuição para o debate dos Direitos Humanos no Brasil”. In: FESTER, Antonio Carlos Ribeiro (org.). *Direitos Humanos: um debate necessário*. São Paulo: Brasiliense, 1989 p. 134.

“defesa dos direitos de participação política (campanha pela anistia, pela liberdade sindical etc.) e defesa dos interesses gerais das periferias urbanas (consumo coletivo de serviços públicos, reivindicações de verbas públicas, direito à participação no planejamento econômico da vida urbana etc.) e rurais (reforma agrária, luta por direitos trabalhistas nas áreas em que a produção foi submetida ao modo capitalista, luta contra a exploração e a concentração da propriedade da terra etc.)”⁷⁷.

Por isso mesmo é que, quando falamos em deveres do Estado e do poder econômico temos aí sim uma questão de direitos humanos, “uma questão política, de cidadania”⁷⁸, pois, segundo ele, esses direitos

“são um instrumento forjado para defender a pessoa humana não de um indivíduo qualquer, (para isso existem os direitos regulares protegidos na órbita da lei ordinária) mas do exercício abusivo do poder, das instituições do poder político (nos séculos XVIII e XIX) e do poder econômico (a partir do século XX e, especialmente, nesta segunda metade do século XX)”⁷⁹.

A história dos direitos humanos confunde-se com a história das lutas de libertação do homem, através de sua mobilização coletiva na busca da superação de todas as formas de opressão. Porém, somente com o surgimento das Declarações de Direitos provenientes das Revoluções Burguesas na modernidade, é que tomam a forma e o conteúdo sistemático que hoje possuem. Realçando esse caráter de conflituosidade e conquista que circundam essa temática o Núcleo de Estudos para a Paz e Direitos Humanos da Universidade de Brasília, entende a história das declarações de direitos humanos não como “a história de idéias filosóficas, de valores morais universais ou das instituições”, mas sim

⁷⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. op. cit. p. 14

⁷⁷ Idem, ibidem. p. 13.

⁷⁸ Id., ibid. p. 14.

⁷⁹ Id., ibid.

“a história das lutas sociais, do confronto de interesses contraditórios. É o ensaio de positivação da liberdade conscientizada e conquistada no processo de criação de uma sociedade em que cessem a exploração e opressão do homem pelo homem”⁸⁰.

A luta pelos direitos humanos, um dos elementos caracterizadores dos novos movimentos sociais na América Latina, como anteriormente explicitado,

“engloba e unifica em um mesmo momento histórico, atual, a reivindicação de direitos pessoais, sociais e políticos tradicionais herdados da tradição liberal, dos direitos dos trabalhadores, conquistados pelo socialismo, mas envolve, também, o direito de reorganização da ordem econômica nacional e internacional, contra as opressões, as marginalidades, o endividamento, a ameaça de aniquilamento e a ausência de uma paz justa”⁸¹,

Assim sendo, referencia-se tanto pela “reivindicação de velhos direitos, de efetividade nula ou relativa (sejam civis, políticos, econômico-sociais, culturais) quanto” pelos “novos direitos e reivindicações”⁸². Esse caráter pluralista da construção de um novo conceito de cidadania, pautado na efetivação dos direitos humanos, encontra na sociedade contemporânea, mormente na brasileira, quiçá por seu caráter semi-periférico, materialização através de inúmeras formas de organizações, mobilização e luta política. Daí a presença no cenário político de inúmeras modalidades de organizações e movimentos que, buscando conquistar e ampliar coletivamente a cidadania, atuam tanto perante o Estado e suas tradicionais instituições de mediação, como também fora dele⁸³.

⁸⁰ NEP/UnB. “Caminhos para a construção de uma sociedade de plena realização dos direitos humanos na América Latina (NEP)”. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *O direito achado na rua*. op. cit. p. 89.

⁸¹ NEP/UnB. op. cit. p. 90.

⁸² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. “Cidadania e Democracia: Repensando as condições de possibilidade da democracia no Brasil a partir da cidadania”. In: *Revista Jurídica Unoesc*. nº 01. op. cit. p. 13.

⁸³ Idem, *ibidem*. p. 13.

Ganham tais organizações maior importância ainda diante do autoritarismo que tem caracterizado os Estados latinoamericanos, violadores sistemáticos dos direitos humanos. Apesar do recente reconhecimento por parte dos governantes nacionais das graves violações ao exercício da cidadania por estas plagas e o estabelecimento de um 'Programa Nacional de Direitos Humanos'⁸⁴, os movimentos sociais e organizações não-governamentais de defesa de uma cidadania plena, ainda é bastante temerário acreditar que o Estado brasileiro seja responsável e comprometido com essa temática. Por isso mesmo é que José Reinaldo de Lima Lopes afirma: "Ninguém sensato pede hoje informações ou opiniões ao Estado ou às classes privilegiadas do Terceiro Mundo sobre o respeito à dignidade humana em seus domínios"⁸⁵. Vide os inúmeros relatórios da Anistia Internacional denunciando graves ataques aos Direitos Humanos no Brasil e a omissão dos entes estatais em coibi-los.

A garantia de efetivo acesso à Justiça também constitui um Direito Humano e, mais do que isto, um elemento essencial ao exercício integral da cidadania, já que, indo além do simples acesso à tutela jurisdicional, não se limita ao mero acesso ao Poder Judiciário. Por conta disto é que José Alfredo de Oliveira Baracho afirma que ele "é primordial à efetividade dos direitos humanos, tanto na ordem jurídica interna como na internacional. O cidadão tem necessidade de mecanismos próprios e adequados para que possa efetivar seus direitos"⁸⁶.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral da Nações Unidas em 1948, como também o artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, reconhece o direito à justiça a todos os indivíduos nos seguintes termos:

"Artigo 10. Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal"

⁸⁴ BRASIL. *Programa Nacional de Direitos Humanos*. Brasília: Presidência da República/ Secretaria de Comunicação Social/ Ministério da Justiça, 1996.

⁸⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. op. cit. p.11.

⁸⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p.25.

independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”.

Esse acesso, entretanto, que tem na questão do oferecimento às populações carentes a devida assistência jurídica e judiciária um aspecto determinante, envolve outros aspectos de natureza mais abrangente. O questionamento realizado pelo jurista francês René David é emblemático:

”O segundo problema, no qual a palavra ‘justiça’ é vista num sentido diferente, isto é, se nas condições novas que criam o capitalismo das grandes empresas e o desenvolvimento das atividades do Estado, a franquia a todos do acesso aos tribunais é um meio suficiente para assegurar o respeito do direito e fazer reinar a justiça; a tarefa mesmo confiada aos tribunais não deve ela da outra parte ser repensada, para alcançar uma melhor humanização dos interesses em conflito?”⁸⁷

Considerando esses aspectos é que se realizará no próximo capítulo uma análise do conceito de acesso à justiça e atuação do denominado “Movimento Universal de Acesso à Justiça” e dos instrumentos institucionais criados, no Brasil e no mundo, buscando assegurar um acesso mais amplo e uma efetiva resolução de conflitos intersubjetivos.

⁸⁷ DAVID, René. Apud VIEIRA, José Ribas. op. cit. p. 143.

CAPÍTULO II

O Movimento Universal de Acesso à Justiça.

2.1. Há um conceito de acesso à justiça?

Quando se fala em acesso à justiça, a imagem do senso comum que nos vem imediatamente à cabeça é a de acesso aos meandros dos Fóruns e dos Tribunais, aos processos buscando assegurar direitos e exigir deveres; o acesso à tutela jurisdicional da função estatal competente, o Poder Judiciário; 'dar às barras da Justiça'. Acesso à justiça também é isto, desta vez o senso comum não está equivocado, porém não é, de forma alguma, somente isto.

Dentro de uma concepção axiológica de justiça, o acesso a ela não fica reduzido a sinônimo de acesso ao Judiciário e suas instituições, mas sim a "uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano"⁸⁸, não restritos ao ordenamento jurídico processual.

Para Kazuo Watanabe, emérito professor da Universidade de São Paulo e grande estudioso da temática em nosso país,

"A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à *ordem jurídica justa*"⁸⁹.

⁸⁸ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 28.

⁸⁹ WATANABE, Kazuo. "Acesso à justiça e sociedade moderna". In: GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

No mesmo diapasão a lição de Leonardo Greco, para quem não basta ao Estado assegurar o acesso ao judiciário, colocando-se em primeiro plano o efetivo acesso à educação, à saúde, à segurança e ao trabalho lícito, já que

“antes de assegurar o acesso à proteção judiciária dos direitos fundamentais, deve o Estado investir o cidadão diretamente no gozo de seus direitos, ficando a proteção judiciária através dos tribunais, como instrumento sancionatório, no segundo plano, acionáveis apenas quando ocorrer alguma lesão ou ameaça a um desses direitos”⁹⁰.

Entretanto, estando o conceito do senso comum inserido neste conceito mais amplo, e sendo a garantia de acesso efetivo ao aparato jurídico e judiciário quicá o maior instrumento formal de luta para realização da ordem jurídica justa, torna-se imprescindível a análise do acesso à justiça também, e principalmente, sob a ótica do acesso ao Judiciário. Cândido Rangel Dinamarco entende que o “acesso à Justiça é, mais do que ingresso no processo e aos meios que ele oferece, modo de buscar eficientemente, na medida da razão de cada um, situações e bens da vida que por outro caminho não se poderia obter”⁹¹. Nessa mesma linha de pensamento, Joel Dias Figueira Júnior entende que, além da previsão normativa constitucional e principiológica do acesso,

“faz-se mister a existência de mecanismos geradores da efetividade do processo, cuja realização verifica-se por intermédio de instrumentos que possibilitem a consecução dos objetivos pelo autor, com rapidez, isto é, dentro de um período de tempo razoável e compatível com a complexidade do litígio, proporcionando ao beneficiário da medida a concreta satisfação do escopo perseguido”⁹².

⁹⁰ GRECO, Leonardo. “Acesso à Justiça no Brasil”. In: *Revista do Curso de Direito da UNIVALE - Universidade do Vale do Rio Doce*. nº 01. Governador Valadares: UNIVALE, jan/jun 98. p. 70.

⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 283.

⁹² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. “Acesso à Justiça e tutelas de urgência: o pleno acesso à ordem jurídica justa e a efetividade do processo”. In: *Jurisprudência Catarinense*. n. 73.

Para Mauro Cappelletti, professor das Universidades de Florença (Itália) e Stanford (EUA) e uma das maiores autoridades em acesso à justiça da atualidade, essa expressão

“serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”⁹³.

Por outro lado, não se pode deixar de ressaltar que o acesso à justiça, dentro de uma mais ampla perspectiva, deve também ser visto como instrumento político, como movimento transformador; e mais, como uma nova forma de conceber o jurídico. Kazuo Watanabe o entende como uma nova postura mental que deve “pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela *perspectiva do consumidor*, ou seja do destinatário das normas jurídicas, que é o povo...”⁹⁴, não o restringindo somente a um programa de reforma mas também adotando-o como método de pensamento (***Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero***⁹⁵).

Esse aspecto é enfatizado por Cappelletti, para quem o caráter didático-educativo do movimento de acesso à Justiça muda radicalmente o enfoque tradicionalmente adotado nos estudos jurídicos das escolas de direito, o enfoque dos “produtores do direito” – “a lei dos legisladores, o direito administrativo do ponto de vista dos administradores, e o direito judiciário da ótica dos juízes” – pelo enfoque dos “consumidores do direito e da Justiça”⁹⁶.

Florianópolis, 1994. p.30.

⁹³ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 08.

⁹⁴ WATANABE, Kazuo. op. cit. p. 128.

⁹⁵ “Acesso à Justiça como programa de reforma e como método de pensamento”.

⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. “Acesso à Justiça”. In: *Revista do Ministério Público*. nova Fase. v.1. nº 18. Porto Alegre: 1985. p. 14.

Dentro desta perspectiva o “Movimento Universal de Acesso à Justiça” atua igualmente como crítica ao positivismo dogmático-formalista ainda arraigado nos aparelhos judiciários, inclusive e, quem sabe prioritariamente, no ensino jurídico, que busca identificar o direito e os fenômenos jurídicos somente na norma estatal, simplificando irrealisticamente o Direito. Para o jurista italiano, então,

“o direito é visto não como um sistema separado, autônomo, auto-suficiente, ‘autopoiético’, mas como parte integrante de um mais complexo ordenamento social, onde isto (o direito) não se pode fazer artificialmente isolado da economia, da moral, da política”⁹⁷.

Por derradeiro, esse movimento – atuante na construção da ‘Nova Cidadania’ – pode ser caracterizado como um Movimento de Mobilização Popular⁹⁸, pois apesar de possuir algumas características de Movimento Social, como uma ação grupal para transformação social (práxis), voltada para realização dos mesmos objetivos (projeto), lhe falta a orientação mais ou menos consciente de princípios valorativos comuns (ideologia), sob organização diretiva mais ou menos definida (organização e sua direção)⁹⁹.

2.2. Escorço histórico.

2.2.1 – Os primórdios

Mesmo que de forma bastante restrita, limitada apenas à garantia de defensor aos pobres, os temas relacionados ao acesso à Justiça estão presentes desde a Antigüidade Clássica. Em Atenas, nomeava-se

⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. “O acesso à Justiça e a função do jurista de nossa época”. In: Conferência Nacional da OAB, XII, 1990, Belo Horizonte. *Anais...* Brasília: OAB, 1991. p. 126.

⁹⁸ GOHN, Maria da Glória. *História dos Movimentos e Lutas Sociais. A construção da cidadania dos Brasileiros*. São Paulo: Loyola, 1995.

anualmente 10 advogados incumbidos de realizar a defesa dos despossuídos e em Roma, primeiro por obra do Imperador Constantino (288-337) e depois inserida na legislação de Justiniano (483-565), o Estado era incumbido de “*dar advogado a quem não possuísse meios para constituir patrono*”¹⁰⁰.

Durante a Idade Média, inspirados pela caridade presente da doutrina cristã, diversos países mantiveram sistemas de assistência legal aos pobres, onde aos advogados era imposto o dever de defesa, sem a cobrança de honorários, e aos juízes o de julgar, sem cobrança das custas. Humberto Peña de Moraes conta que, na França do século XIII, durante o reinado de Luiz IX (1214-1270), canonizado pela Igreja Católica (São Luiz), foi determinado o “patrocínio gratuito dos desafortunados”; no século seguinte, Carlos IV (1316-1378) ordenou que “todos os advogados e procuradores, na sede dos tribunais, ajudassem, gratuitamente, com seus ministérios, os pobres que tivessem, aí, qualquer processo”¹⁰¹.

Naquele mesmo século, os Estados Sardos (Sardenha, Piemonte, Sabóia, Saluces, Montferrato, Nice e Gênova) instituíram uma organização oficial de prestação de assistência judiciária, que foi regulamentada por Amadeu VIII, em 1477, para “instituir-se, junto a cada jurisdição, um advogado e um solicitador dos pobres, incumbido de defendê-los e fiscalizar as prisões, sendo pagos pelo Estado e considerados funcionários públicos”. Na Espanha, a partir do reinado dos católicos Fernando e Isabel os prisioneiros pobres eram assistidos por advogados que percebiam honorários dos cofres públicos. Em Portugal, com a desvinculação do antigo Condado Portucalense da Espanha em 1440, continuou a vigorar o direito castelhano, sendo adotadas as ***Siete Partidas***, que foram traduzidas para o português por ordem de D. Diniz, e que serviram de base para as Ordenações do Reino (Afonsinas – 1446, Manuelinas – 1521 e Filipinas –

⁹⁹ SCHERER-WARREN, Ilse. *Movimentos Sociais*. 2 ed. Florianópolis: UFSC, 1987.

¹⁰⁰ MORAES, Humberto Peña de. “A Assistência Judiciária Pública e os mecanismos de acesso à Justiça no Estado Democrático”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). op. cit. p. 229.

¹⁰¹ MORAES, Humberto Peña de. & SILVA, José Fontenelle Teixeira da. *Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado*. 2 ed. Rio de Janeiro:

1603). A Lei V do Título III da terceira Partida estabelecia que respondiam perante o próprio rei “**o pleyto que demandasse huerfano, o one muy cuytado, contra algud poderoso, de que no podiesse também alcançar derecho por el fuero de tierra**”¹⁰².

As Ordenações Filipinas, em vigor no Brasil até o final de 1916, estabeleciam também, de certa forma, mecanismos a propiciar acesso aos Tribunais a quem fosse pobre. Como exemplo, cite-se o § 10 do Título 84 do Livro III do mencionado *codex*:

“Em sendo o agravante tão pobre que jure não ter bens móveis, nem de raiz, nem por onde pagua o agravo, e dizendo na audiência uma vez o Pater Noster pela alma de del Rey Don Diniz, ser-lhe-á havido, como que pagasse os novecentos réis, contanto que tire de tudo certidão dentro no tempo, em que havia de pagar o agravo”¹⁰³.

Fundadas nos princípios da caridade cristã, foram estabelecidas na Inglaterra, durante o reinado de Henrique VII (1457 – 1509), as *acciones in forma pauperis*, pelas quais

“toda pessoa pobre que tiver motivo de ação judicial poderá, de acordo com a natureza de seu caso, gozar do favor de não pagar o selo e escrita da mesma; e aos juizes cumpre então nomear o advogado e o procurador que, conjuntamente com os demais oficiais do Juízo, funcionarão gratuitamente”.

Sistema similar foi instituído na França durante o reinado de Henrique IV (1553 – 1610), onde o Conselho de Estado decretou

Liber Juris, 1984. p. 65.

¹⁰² “o pleito em que demandasse órfão ou alguém muito pobre, contra algum poderoso, de que não pudesse também alcançar direito pelo foro de terra”. MORAES, Humberto Peña de. & SILVA, José Fontenelle Teixeira da. op. cit. p. 66.

¹⁰³ MORAES, Humberto Peña de. “A Assistência Judiciária Pública e os mecanismos de acesso à Justiça no Estado Democrático”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO,

“que em todos os Tribunais fossem instituídos advogados e procuradores para os pobres, viúvas e órfãos, os quais seriam escolhidos entre os mais capazes e honestos, e exerceriam suas funções sem retribuição alguma, não podendo mesmo receber qualquer coisa de seus constituintes, sob pena de concussão, tendo de contentar-se apenas, com os salários, dons e prerrogativas que Sua Majestade achasse por bem conceder-lhes”¹⁰⁴.

Nos primórdios da nação norte-americana, o Livro das Leis e Liberdades Gerais do Estado de Massachussets, publicado em 1648, estabeleceu também um plano de assistência judiciária aos pobres, nos moldes do sistema inglês vigente à época¹⁰⁵.

2.2.2 – A assistência liberal

Foi entretanto com as revoluções burguesas do século XVIII que positivou-se, através da Declaração de Direitos do Estado de Virgínia (EUA), em 1776, e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França), em 1789, “o princípio de Direito Natural de que ‘todos são iguais perante a lei’, fundamento da assistência judiciária pública, erigida como dever do Estado”¹⁰⁶, o que levou países como Holanda, Áustria e Bélgica, em 1814, 1815 e 1824, respectivamente, a editar normas instrumentais de assistência judiciária aos pobres, sistema denominado *Pro Deo*. Todavia, foi a França, em 1851, ao editar o *Code de L’Assistance Judiciaire*, que acabou legando o termo a outros ordenamentos jurídicos.

Tais sistemas de Assistência Judiciária, além de insuficientes, eram altamente ineficientes já que os serviços eram prestados, na maioria dos casos, por advogados particulares, sem remuneração, de forma caritativa

Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e Processo*. op. cit. p. 233.

¹⁰⁴ MORAES, Humberto Peña de. & SILVA, José Fontenelle Teixeira da. op. cit. p. 68.

¹⁰⁵ Idem, ibidem. p. 70

¹⁰⁶ MORAES, Humberto Peña de. “A Assistência Judiciária Pública e os mecanismos de acesso à Justiça no Estado Democrático”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). op. cit. p. 230.

(*munus honorificum*). Reconheceu-se o direito ao acesso à justiça mas não foi criado nenhum instrumento que garantisse efetivamente este acesso.

Também não se pode dizer que existisse nem mesmo uma tendência de ampliação do acesso à Justiça a todos os cidadãos. A filosofia liberal e individualista que marca os séculos XVIII e XIX é também a tônica dos procedimentos adotados para resolução de litígios civis. Só formalmente os indivíduos possuíam direito ao acesso à Justiça. Como a maioria dos bens dentro do sistema do *laissez-faire, laissez-passez*, somente aqueles que pudessem arcar com as despesas de uma demanda poderiam buscar a Justiça.

Segundo Mauro Cappelletti,

“Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. (...) O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva”¹⁰⁷.

A assistência judiciária a título de *munus honorificum*¹⁰⁸, segundo Boaventura de Souza Santos, vigorava ainda no imediato pós-guerra na maioria dos países. Prestada gratuitamente e organizada pelas ordens de advogados, muitos eram os inconvenientes deste sistema:

“A qualidade dos serviços jurídicos era baixíssima, uma vez que, ausente a motivação económica, a distribuição acabava por recair em advogados sem experiência e por vezes ainda não plenamente profissionalizados, em geral sem qualquer dedicação à causa. Os critérios de elegibilidade eram em geral estritos e, muito importante, a assistência limitava-se aos actos em

¹⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p.09.

¹⁰⁸ Segundo Mauro Cappelletti, a Áustria ainda mantinha tal sistema em 1973, quando sua Corte Constitucional declarou inconstitucional a lei austríaca de assistência judiciária afirmando que “pretender que os advogados representem os pobres, sem compensação, significa uma forma de trabalho forçado” e que “é tarefa do Estado social compensar os advogados que trabalham para os pobres”. CAPPELLETTI, Mauro. “Acesso à Justiça”. In: *Revista do Ministério Público*. op. cit. p. 10.

juízo, estando excluída a consulta jurídica, a informação sobre os direitos”¹⁰⁹.

Esse programa assistencialista caritativo, sem qualquer atitude positiva do Estado no intuito de garantir com efetividade o direito de acesso, é de gritante ineficiência, como também enfatiza Cappelletti:

“Em economias de mercado, os advogados, particularmente os mais experientes e altamente competentes, tendem mais a devotar seu tempo a trabalho remunerado que à assistência judiciária gratuita. Ademais, para evitarem incorrer em excessos de caridade, os adeptos do programa geralmente fixaram estritos limites de habilitação para quem desejasse gozar do benefício”¹¹⁰.

Como resultado prático desse sistema temos que na França, esse dever honorífico era atribuído normalmente aos jovens praticantes da advocacia, os estagiários, que acabavam usando as partes não abastadas como cobaias em seu treinamento profissional. Já na Itália, as estatísticas demonstraram que o ‘benefício’ do patrocínio gratuito e honorífico não atingia, em média, mais de 1% das partes¹¹¹.

2.2.3 – A ‘Primeira Onda’: assistência jurídica aos pobres

Entretanto, a partir do início deste século, com o surpreendente crescimento das sociedades capitalistas em tamanho e complexidade, a perspectiva individualista perde força e emergem reivindicações coletivas de novos direitos, denominados “novos direitos humanos”, que são aqueles que vão tornar realmente efetivos os direitos anteriormente reconhecidos pelas “declarações de direitos do homem”. É através do direito ao efetivo acesso à justiça que isso se dá.

¹⁰⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. op. cit. p. 171.

¹¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 32.

¹¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. “O acesso à Justiça e a função do jurista de nossa época”. In: Conferência Nacional da OAB, XII, 1990, Belo Horizonte. *Anais...* op. cit. p.129-30.

Direito este que no dizer do sociólogo Boaventura de Souza Santos é um “direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais”¹¹². Para Cappelletti

“o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - **o mais básico dos direitos humanos** - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”¹¹³.

É dentro do *Welfare State*, do Estado de Bem Estar, que estes direitos ganham materialidade, buscando-se a transformação do dever honorífico dos advogados de prestar assistência judiciária aos pobres em dever público em propiciar esses meios. Já em 1919, na Alemanha¹¹⁴ da República de *Weimar*, governo dos social-democratas, foi criado um programa de remuneração, pelo Estado, de advogados que prestassem assistência jurídica a quem necessitasse.

Sistema similar (o *Legal Aid and Advice Scheme*), confiado à *Law Society*, associação nacional dos advogados, foi criado na Inglaterra em 1949, durante um governo trabalhista, através dos *Legal Aid Acts*, com a ampliação da assistência também ao aconselhamento jurídico prévio. Nos anos que se sucederam a Holanda, em 1956, e a França, em 1972, através da lei sobre *aide judiciaire*, também realizaram modificações em seus ordenamentos jurídicos buscando garantir assistência jurídica aos pobres. Importante desenvolvimento nessa esfera ocorreu nos Estados Unidos, em 1965, com a chamada *War on Poverty*, luta contra a pobreza, durante o governo do Presidente Johnson, através das ações do *Office of Economic Opportunity* - OEO.

¹¹² SANTOS, Boaventura de Souza. op. cit. p. 167.

¹¹³ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 12.

¹¹⁴ Arruda Alvim, afirma que “a consciência da imprescindibilidade de que os pobres também tenham acesso à Justiça já era idéia corrente na Alemanha, no limiar deste século. Dizia-se que a falta de ‘funcionamento’ da justiça comprometia a própria sobrevivência da ordem jurídica. Diz-se mais, que cada cidadão tem o direito de conhecer o direito do Estado e de receber a respectiva proteção quando tenha tido sua esfera lesada”. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel. Tratado de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 140.

Para Marshall, entusiasta do *Welfare State* inglês, aquele sistema configura uma tentativa de “remover as barreiras entre os direitos civis e seus remédios jurídicos” dando “prova de uma nova atitude para com o problema da igualdade”. Além de configurar “um serviço social destinado a fortalecer o direito civil do cidadão de decidir seus litígios num tribunal de justiça”, busca outrossim “a possibilidade de combinar num sistema os dois princípios da justiça social e do preço do mercado”, eis que o “Estado não está preparado para tornar a administração da justiça grátis para todos.”¹¹⁵

Mas é a partir dos anos sessenta que a busca ao acesso efetivo à justiça passa a se consolidar como um movimento de caráter global, na ‘esteira’ dos movimentos contestatórios que sacudiram aquela década, sendo alçado ao cume das propostas de reestruturação e reformas judiciárias. Num primeiro momento, denominado de “primeira onda”, os esforços “concentraram-se, (...), em proporcionar serviços jurídicos aos pobres”¹¹⁶. Tais reformas realizaram-se adotando dois sistemas básicos de atuação: através do sistema *Judicare* e de advogados remunerados pelos cofres públicos. Alguns países, mais recentemente, adotaram os dois modelos combinados.

O sistema *Judicare*, adotado por Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha, é caracterizado por Mauro Cappelletti como

“um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei. *Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado.* 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 recebe”¹¹⁷.

¹¹⁵ MARSHALL, T. H. op. cit. p. 89.

¹¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 31.

¹¹⁷ Idem, ibidem. p. 35.

Tal sistema, apesar de configurar expressivo avanço em relação ao sistema anterior, quando devidamente posto em prática apresentou também grandes limitações. Partindo dos estudos sociológicos realizados tomando tal sistema como objeto, o sociólogo luso Boaventura de Souza Santos aponta as seguintes limitações do sistema *Judicare*: 1 - apesar de previsão da possibilidade de assistência jurídica prévia, isto é, antes e mesmo que não houvesse litígio judicial, na prática, se concentra na assistência judiciária, ou seja, somente perante o Estado-juiz; 2 - voltado a superar as limitações econômicas ao acesso ao Judiciário, não leva em consideração as limitações sócio-culturais, não se prestando, portanto, à “educação jurídica dos cidadãos”, conscientização sobre os novos direitos sociais de trabalhadores, inquilinos, jovens, consumidores, mulheres etc.; e, 3 - de natureza individualista, a assistência judiciária é prestada aos cidadãos pobres considerados individualmente, excluindo, de início, “a concepção dos problemas desses cidadãos enquanto problemas colectivos das classes sociais subordinadas”¹¹⁸.

Mauro Cappelletti aponta como desvantagem neste sistema o fato de “o profissional liberal tem seu escritório no centro, nunca nos bairros mais pobres. Está, portanto, distante daqueles que precisam de atendimento e informação”¹¹⁹. Além disso, apesar de dirimir a barreira dos custos, pouco, ou quase nada, consegue atingir outras limitações decorrentes da hipossuficiência dos pobres: em primeiro lugar, não propicia que o profissional liberal os auxilie na compreensão de seus direitos, nem reconheçam em quais áreas podem utilizar-se de remédios jurídicos¹²⁰, por outro lado, mesmo que consiga reconhecer seus direitos, eles podem sentir-se intimidados em reivindicá-los diante da perspectiva de comparecer em um escritório de advocacia e discuti-los com um advogado, por fim, esse sistema trata os pobres como indivíduos, deixando de lado sua situação

¹¹⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. op. cit. p. 171.

¹¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. “Acesso à Justiça”. In: *Revista do Ministério Público*. op. cit. p. 11.

¹²⁰ Pesquisas realizadas no sistema *judicare* inglês demonstraram que cerca de 60% dos casos por ele atendidos são causas de família e 15% causas criminais. Cf. CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 38.

como classe, estando limitado, portanto, às causas individuais, negligenciando a tutela dos interesses coletivos ou difusos, já que “não estão aparelhados para transcender os remédios individuais”¹²¹.

Em razão dessas limitações, algumas modificações passaram a ser feitas nos serviços jurídicos gratuitos, chegando-se, inclusive, a adotar um sistema fulcrado na contratação de advogados pelo próprio Estado. Tal sistema de assistência judiciária com advogados remunerados pelos cofres públicos (*salaried staff lawyers*) foi implantado em primeiro lugar nos Estados Unidos da América (*Legal Services Corporation*), tendo origem no Programa de Serviços Jurídicos do *Office of Economic Opportunity* – *OEO* e caracteriza-se por prestar a assistência não só judiciária, mas também a jurídica, prévia e informativa, aos pobres, realizando “grandes esforços no sentido de fazer as pessoas pobres conscientes de seus novos direitos e desejosas de utilizar advogados para obtê-los”¹²².

Tal modelo, com advogados “trabalhando em escritórios de advocacia localizados nos bairros mais pobres das cidades” – os chamados ‘escritórios de vizinhança’ - funcionando em horários e dias que permitem o fácil acesso dos trabalhadores e optando por uma atuação voltada para os problemas jurídicos dos pobres enquanto problemas coletivos, de classe, acaba por privilegiar ações coletivas, buscando não só a criação de novas correntes jurisprudenciais sobre as questões comuns das classes populares, como também a “transformação ou reforma do direito substantivo”¹²³. Assim, além de encaminhar demandas individuais dos pobres, esse modelo busca, primordialmente, auxiliá-los a reivindicar seus direitos, criando “uma categoria de advogados eficientes para atuar pelos pobres, enquanto classe”¹²⁴.

Como limitação a esse sistema, apontam-se a excessiva ênfase aos direitos coletivos e difusos, relegando as causas de cunho individual a uma posição de menor importância, não atendendo aos anseios de resolução de

¹²¹ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 38-9.

¹²² CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 40.

¹²³ SANTOS, Boaventura de Souza. op. cit. p. 172.

¹²⁴ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 41.

litígios intersubjetivos cotidianos e a burocratização dos advogados oficiais, que se transformam simplesmente em novos funcionários. Por outro lado, o mais sério problema desse sistema é que ele necessariamente depende de apoio governamental, seja institucional, seja financeiro, para realizar atividades eminentemente políticas, muitas vezes dirigidas contra o próprio governo, tantas vezes omissas na efetivação das promessas e políticas de natureza social voltadas ao combate e erradicação da pobreza.

Suécia e a província canadense de Quebec, verificando a insuficiência de cada um dos modelos básicos em separado, foram os primeiros ordenamentos jurídicos a adotar um sistema misto, combinando o *Judicare* com advogados servidores públicos, isto é, dando dupla opção aos necessitados para constituir um profissional jurídico na defesa de seus interesses. A elas seguiram-se a Austrália, a Holanda e a Grã-Bretanha.

Em razão dessa perspectiva de garantia de adequada representação legal aos pobres, erigida à categoria de dever público, de obrigação do Estado social, a Corte Européia para os Direitos do Homem condenou a Irlanda (Eire X Irlanda, 1979) e a Itália (Ártico X Itália, 1980), por violação à Convenção Européia dos Direitos do Homem, “porque seu sistema de assistência aos pobres não garantia correto patrocínio judicial e porque a compensação ao advogado não estava suficientemente assegurada pelo Estado”¹²⁵.

2.2.4 – A ‘Segunda Onda’: tutela dos direitos coletivos e difusos

Após a reformulação dos serviços de assistência judiciária, o “Movimento Universal de Acesso à Justiça” enfrenta um outro obstáculo, agora de caráter organizacional. A “segunda onda” busca solucionar a representação dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos¹²⁶,

¹²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. “Acesso à Justiça”. In: *Revista do Ministério Público*. op. cit. p. 11.

¹²⁶ Esses interesses estão conceituados em nosso ordenamento através do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). São direitos e interesses **difusos** “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato” – artigo 81, I, **coletivos**, “os

direitos emergentes, novíssimos, e que restavam já com sua eficácia comprometida por ausência de aparato procedimental e de uma nova concepção do processo que os fizesse valer.

A intervenção do 'movimento' tem se dado, além da ampliação da legitimação para agir, também na busca da modificação de conceitos básicos do processo civil, como a citação e a coisa julgada, já que nem todos os titulares de um direito transindividual podem comparecer a juízo, sendo necessário "que haja um 'representante adequado' para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam 'citados' individualmente"¹²⁷. O mesmo diga-se da noção de coisa julgada, tradicionalmente voltada a "fazer lei entre as partes litigantes", que tem sido modificada no intuito de contemplar a proteção dos interesses difusos e coletivos, passando a obrigar todos os membros de um grupo, mesmo que não tenham sido ouvidos no curso da demanda.

Mauro Cappelletti afirma uma maior amplitude desta 'onda' eis que

"pode mesmo dizer-se que este movimento transborda dos interesses jurídicos das classes mais baixas e estende-se já aos interesses jurídicos das classes médias, sobretudo aos chamados interesses difusos, interesses protagonizados por grupos sociais pouco organizados ou protegidos por direitos sociais emergentes cuja titularidade individual é problemática"¹²⁸.

Com relação a ampliação da legitimação ativa, de longa tradição individualista nos ordenamentos jurídicos ocidentais¹²⁹, em um primeiro momento atribuiu-se ao Ministério Público a tutela destes direitos, mas sendo o *parquet* "representante natural em juízo dos interesses públicos tradicionais - por exemplo, do interesse do Estado em perseguir a

transindividuais de natureza indivisível de seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com parte contrária por uma relação jurídica base" - artigo 81, II e **individuais homogêneos**, "os decorrentes de origem comum" - artigo 81, III.

¹²⁷ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 50.

¹²⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. op. cit. p. 172.

¹²⁹ O Código de Processo Civil brasileiro, por exemplo, estampa logo em seu artigo 6º que

criminalidade”¹³⁰, esta solução não prosperou, vez que tais direitos, apesar de eminentemente públicos, possuem tamanho grau de novidade e especialização técnica que na maioria das vezes inviabiliza a ação daquele órgão estatal.

Daí o surgimento de agências públicas especializadas, como por exemplo a *Environmental Protection Agency* (EDA) nos Estados Unidos, o *Ombudsman* público dos consumidores na Suécia e a *Director General Protection Agency*, na Inglaterra. Essa solução, entretanto, não se configura de todo adequada, em primeiro lugar, por fazer inchar o Estado de novos órgãos públicos, ampliando os gastos, depois em razão da natureza coletiva dos interesses que visam a tutelar, faltando-lhes aquele zelo que é estimulado por interesses pessoais. Como enfatiza Mauro Cappelletti citando Pietro Verri, “os últimos que vêem claros os interesses da sociedade são por ordinário aqueles que são pagos para vê-los”¹³¹.

Além dessas instituições, as legislações passaram a ampliar a possibilidade de participação no polo ativo das ações para defesa desses direitos. Foram gradualmente admitidas inúmeras organizações não-estatais (associações, sindicatos, partidos políticos etc.) como legitimadas para tutela de direitos coletivos e difusos, além da criação de novas ações, como, por exemplo, as *class action*¹³² ou ações coletivas nos EUA, as *Popularklage*, do Estado alemão da Bavária, as *Verbandswklagen*, ações de associações na Alemanha e na Áustria, e as ações populares e ações civis públicas, no Brasil.

Na verdade, constatou-se a importância da busca de soluções mistas para a representação dos interesses coletivos e difusos, que não pode ser

“ninguém poderá pleitear, em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

¹³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. “O acesso à Justiça e a função do jurista de nossa época”. In: Conferência Nacional da OAB, XII, 1990, Belo Horizonte. *Anais...* op. cit. p.132.

¹³¹ Idem, ibidem. p.133.

¹³² Essa modalidade de ação, segundo Cândido Rangel Dinamarco, “permite ‘cuidar de situações em que as pessoas interessadas em determinada controvérsia são tão numerosas que se torna praticamente impossível tê-las todas representadas na corte. Um, dois ou alguns representantes da classe, então, podem demandar ou ser demandados em prol de si próprios e de todos os outros que se encontrem na mesma situação’”.¹³²
DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. op. cit. p.279.

incorporada em uma única proposta de reforma, razão pela qual é imprescindível a

“combinação de recursos, tais como as ações coletivas, as sociedades de advogados de interesses públicos, a assessoria pública e o advogado público podem auxiliar a superar este problema e conduzir à reivindicação eficiente dos interesses difusos”¹³³.

2.2.5 – A ‘Terceira Onda’: o enfoque do acesso à justiça

Mas o ‘movimento’ não parou por aí. Uma “Terceira Onda” formou-se e ainda não se esgotou, na busca de novas alternativas para resolução de conflitos, que não restritas ao ordenamento processual, normalmente exasperador de paixões e conflitos. Isso ocorre, diante da constatação de que somente os mecanismos já citados eram ainda insuficientes ao efetivo acesso à justiça, uma vez que

“a solução processual - o processo ordinário contencioso - mesmo quando são superados os problemas de patrocínio e de organização dos interesses, pode não ser a solução mais eficaz, nem no plano de interesses das partes, nem naquele dos interesses mais gerais da sociedade”¹³⁴.

Essa última ‘onda’ ocupa-se principalmente do “conjunto geral das instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”¹³⁵, reconhecendo a influência da natureza do litígio na determinação dos instrumentos que tornem efetiva a proteção aos direitos emergentes, adaptando o processo ao litígio que busca resolver.

¹³³ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 67.

¹³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. “O acesso à Justiça e a função do jurista de nossa época”. In: Conferência Nacional da OAB, XII, 1990, Belo Horizonte. *Anais...* op. cit. p. 134.

¹³⁵ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op.cit. p. 67-8.

Dentre as possibilidades de reformas apontadas pelo 'enfoque do acesso à justiça' – como vem sendo chamada essa fase - incluem-se

“alterações nas formas de procedimento, mudanças nas estruturas dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios”¹³⁶.

Assim, essa nova forma de pensar os fenômenos jurídico-processuais não receia em apresentar inovações radicais e incompreensivas, que ultrapassam em muito a esfera da representação e intervenção judicial na resolução de disputas. Algumas destas alternativas, contempladas no plano do pluralismo jurídico¹³⁷, já estão sendo aceitas como instrumental procedimental competente para dirimir litigiosidades, como por exemplo a mediação, a conciliação informal e a arbitragem, entre outros, dos quais trataremos em item específico desta dissertação.

2.3. A atuação orgânica do “Movimento Universal de Acesso à Justiça”.

Como já enfatizado anteriormente, o Movimento de Acesso à Justiça vem atuando organicamente aos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, como também através da elaboração de uma concepção teórica dos fenômenos jurídicos que supere, por meio de uma crítica realística, o formalismo e o dogmatismo jurídico e suas pretensões puristas que não dão conta da complexidade da sociedade humana, ou seja, busca

“contestar radicalmente um método de estudo tipicamente escolástico, dogmático e formalista,

¹³⁶ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 71.

¹³⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. op. cit.

endereçado à busca de uma ciência 'pura' e ideologicamente neutra, método que no entanto foi e, em certa medida, ainda é predominante na doutrina jurídica de nosso país"¹³⁸.

Sem, contudo, renegar a normatividade do direito, busca contextualizá-lo às pessoas, processos e instituições em que o direito se forma, se desenvolve e se impõe, razão pela qual, o direito, em especial o direito processual, não pode ser estudado, concebido ou ensinado exclusivamente por seus aspectos normativos, já que estes vão integrar a visão de seus operadores e atores, "das instituições e dos procedimentos, examinados sob os aspectos sociais, éticos, culturais, econômicos, a acessabilidade, em suma, do fenômeno processual ao indivíduo, aos grupos, à sociedade"¹³⁹. Essa nova ótica de análise dos fenômenos processuais é tida por Cândido Dinamarco como a

"grande guinada metodológica da ciência processual" deste século, que "é representada pela tomada de consciência da necessidade de observar todo o sistema a partir de perspectivas externas, sendo insuficiente o exame introspectivo, pelo ângulo externo"¹⁴⁰.

Para efetivar esse enfoque dos fenômenos jurídicos Mauro Cappelletti propõe uma concepção tridimensional do direito e de sua análise, tomando como método de pensamento o método comparativo ou fenomenológico-comparativo, que acaba por caracterizar também três 'ondas' de atuação do movimento: a primeira dimensão é

"aquela que se baseia na premissa, ou problema, da necessidade, carência, ou instância social que um dado setor do direito entende resolver; a

¹³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Apud DINAMARCO, Cândido Rangel. "Escopos Políticos do Processo". In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 115.

¹³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. "O acesso à Justiça e a função do jurista de nossa época". In: Conferência Nacional da OAB, XII, 1990, Belo Horizonte. *Anais...* op. cit. p. 126.

¹⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. "Escopos Políticos do Processo". In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). op. cit. p. 114.

segunda examina a resposta, a solução, no plano normativo, mas também institucional e processual, empenhada em resolver aquele problema ou carência, ou instância social; (...) a terceira é aquela que examina criticamente os resultados, no plano *lato sensu* social (econômico, político etc.) que de tais respostas derivam concretamente, no âmbito da sociedade”¹⁴¹.

Essa nova concepção leva o jurista a análises muito mais complexas e realísticas, não limitadas ao formalismo unidimensional da dogmática jurídica, voltadas à avaliação de outros aspectos que garantam a efetividade de direitos materiais, a partir da superação de limitações temporais, psicológicas e formais do ordenamento jurisdicional. Daí a constatação de três ‘obstáculos’ que devem ser superados para a efetividade dos direitos substanciais: o obstáculo econômico, decorrente da ausência de condições de grande parte das pessoas de ter acesso aos tribunais por conta de sua pobreza, trazendo consigo o risco de seus direitos serem meramente aparentes; o obstáculo organizacional, que se caracteriza pela existência de direitos e interesses de natureza coletiva ou difusa que não são tutelados eficazmente pela ausência de uma organização das regras e instituições de direito processual voltadas para isso; e, o obstáculo processual propriamente dito, onde se verifica que “certos tipos tradicionais de procedimentos são inadequados aos seus deveres de tutela”¹⁴².

Na busca da superação desses ‘obstáculos’ muitas têm sido as formas de atuação do “Movimento Universal de Acesso à Justiça”. Além dos aspectos já explicitados no tópico anterior, também pode ser apresentado como resultado prático de sua atuação a Resolução do Conselho da Europa de 1983 acerca do tema, como afirma Cappelletti:

“O direito de acesso é um fator essencial de todas as sociedades democráticas’. E partindo dessa premissa, o Conselho da Europa, em sua deliberação afirma ‘o dever de cada Estado de

¹⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro. “O acesso à Justiça e a função do jurista de nossa época”. In: Conferência Nacional da OAB, XII, 1990, Belo Horizonte. *Anais...* op. cit. p. 127.

¹⁴² Idem, *ibidem*. p. 129.

patrocinar sistemas efetivos de patrocínio legal, judicial e extrajudicial, aos que se encontram em inferioridade econômica e social'. Também o dever de simplificação dos procedimentos e de aceleração, nos casos em que complexidade e demora constituem prejuízo sobretudo às partes mais fracas. E, ainda, o dever de criação de medidas adequadas de informação jurídica aos pobres”¹⁴³.

O relatório do Projeto de Florença, pesquisa coordenada pelo jurista italiano voltada a analisar as modificações ocorridas em todo mundo com o aporte dos enfoques do “Movimento Universal de Acesso à Justiça”, cuja síntese está materializada em sua obra “Acesso à Justiça”, indica ainda inúmeros outros campos de atuação e reforma na busca da efetiva ‘acessabilidade’, como reformas dos procedimentos judiciais em geral, com eliminação de custas judiciais (como ocorreu na França, a partir de 1978) e modificação dos métodos de decisão dos magistrados (o Modelo de Stuttgart, na Alemanha, por exemplo); aplicação de métodos alternativos de solução de litígios, com incentivo à utilização do juízo arbitral e aplicação, em alguns casos até obrigatória, da conciliação (cite-se o sistema japonês, os *conciliateurs* franceses e os centros de justiça de vizinhança nos Estados Unidos) com concessão de incentivos econômicos aos que se conciliam, bem como dando ênfase fundamental aos chamados “Procedimentos Especiais para Pequenas Causas”¹⁴⁴.

No Brasil, aspecto a ser considerado nas questões mais abrangentes de acesso à justiça, extrapolando os limites do mero acesso aos tribunais e atuando junto aos operadores e aplicadores jurídicos, diz respeito à doutrina instrumentalista do direito processual, conceituada como a “conscientização de que a importância do processo está em seus resultados”, ou seja, a concepção de que seus institutos devem estar voltados à tutela jurisdicional do direito material em conflito, buscando mais justiça e menos tecnicismo¹⁴⁵.

¹⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. “Acesso à Justiça”. In: *Revista do Ministério Público*. op. cit. p.8-9.

¹⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 75-113.

¹⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 14-6.

Para isso adota uma postura metodológica de cunho acentuadamente teleológico, que leva à preocupação em considerar os objetivos “que norteiam o moderno direito processual, constituindo também fator de um perene e dinâmico inconformismo, germe de iniciativas pelo *aprimoramento funcional do sistema*”¹⁴⁶.

Por esta perspectiva, também não basta somente assegurar o acesso ao direito de demandar ao Poder Judiciário, já que o consumidor do serviço jurisdicional - a parte - deve obter a satisfação integral dos interesses que legitimamente postula, pois somente esse resultado realmente atende à promessa do Estado-juiz de proteção aos direitos. Para Cândido Rangel Dinamarco, um dos propagadores da leitura instrumentalista do processo no Brasil, àqueles que litigam em juízo devem ser garantidos “resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis. Tal é a idéia de efetividade da tutela jurisdicional, coincidente com a da plenitude do acesso à justiça”¹⁴⁷.

2.4. Os principais instrumentos institucionais de acesso à Justiça no Brasil.

Entre nós a questão do acesso à justiça somente toma contornos transformadores após o final da ditadura militar, nos primórdios dos anos oitenta. Foi com o retorno do Estado de Direito, e, sobretudo com a Constituição de 05 de outubro de 1988, que se conferiu ao jurisdicionado as garantias de pleno acesso à justiça, como também outras garantias fundamentais - devido processo legal, juiz natural, contraditório e ampla defesa, publicidade dos atos judiciais, fundamentação obrigatória das decisões - que apesar de previstas na Carta anterior, caracterizam na vigente, como preleciona Joel Dias Figueira Júnior,

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. op. cit. p.267.

¹⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit. p. 26.

“a preocupação do constituinte com o tão decantado direito processual constitucional e com a socialização do processo, como instrumentos inafastáveis de obtenção da tutela dos direitos subjetivos e a ampliação dos mecanismos de acesso à Justiça, assim como da legitimidade ativa *ad causam* às ações que envolvem direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos”¹⁴⁸.

Apesar de bastante recente, a discussão já produziu muitas modificações em nosso ordenamento processual. Dentre elas, podemos citar a Ação Popular, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, as reformas dos Códigos de Processo Penal e Civil, além das inúmeras contribuições da Constituição da República de 1988 na criação das Defensorias Públicas, na ampliação da *legitimatío ad causam* do Ministério Público, associações e sindicatos, na criação de novas modalidades de remédios constitucionais, como o *Habeas Data*, o Mandado de Injunção, o Mandado de Segurança Coletivo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Instrumentos de participação popular através do acesso à justiça, voltados a atender as exigências contemporâneas de “endereço social e politicamente o sistema processual”, muitos deles, com destaque para os juizados especiais e a ação civil pública originaram-se, como ressalta Dinamarco, do próprio Poder Judiciário, através de

“magistrados paulistas que, sentindo a necessidade de abertura do processo a novas causas e a maior número de pessoas, cuidaram de propor os seus anteprojetos de lei para a possível abertura (sem omitir a iniciativa pioneira dos juízes gaúchos, nos seus conselhos de conciliação e arbitramento)”¹⁴⁹.

¹⁴⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. op. cit. p. 27.

¹⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. “Escopos Políticos do Processo”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e Processo*. op. cit. p. 116.

Sem apresentar, por enquanto, juízo de valor acerca desses instrumentos de acesso à justiça (o que será realizado no terceiro capítulo deste trabalho), passamos a apresentar, sucintamente, alguns deles.

2.4.1. A Ação Popular

A Ação Popular, presente em nosso ordenamento desde a Constituição de 1934, está regulada pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, tendo hoje seu alcance ampliado pelas disposições do artigo 5º, LXXIII, da Constituição da República de 1988. Como se depreende desse dispositivo, a ação popular é o meio constitucional de que dispõe o cidadão para buscar “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”.

Evidencia-se do próprio conceito desse remédio constitucional que a mesma está voltada à defesa de interesses da coletividade, através da provocação de qualquer de seus membros. Assim, ela não se presta a amparar

“direitos individuais próprios, mas sim interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto. O cidadão a promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição da República lhe outorga”¹⁵⁰.

Como já se explicitou anteriormente, a denominação ‘cidadão’ que realiza o texto constitucional é específica em nosso ordenamento jurídico para o nacional detentor de direitos políticos, *in casu*, o eleitor, o portador do título eleitoral, sendo esta é a condição de titularidade dessa modalidade de ação. Como prerrogativa do autor da *actio popularis* em defender interesse da coletividade, a própria Carta Magna estabelece a isenção de custas

¹⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 86.

judiciais e demais ônus de sucumbência, na Ação Popular, salvo comprovada má-fé da parte em ajuizá-la.

2.4.2. Os Juizados Especiais.

Gestacionado nas experiências dos Conselhos de Conciliação e Arbitramento, denominados “Tribunais de Pequenas Causas”, do Rio Grande do Sul¹⁵¹, tais órgãos jurisdicionais foram introduzidos em nosso ordenamento através da Lei nº 7.244, de 07 de novembro de 1994, que dispôs sobre a criação e funcionamento dos Juizados Especiais de Pequenas Causas.

Aqueles juizados atuavam, segundo disponha o mencionado diploma legal, orientados pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (artigo 2º), ampliado-se a utilização da equidade nos julgamentos (artigo 5º), atribuindo às próprias partes capacidade postulatória, já que dispensava a presença de advogado (artigo 9º). Previa também a Lei dos Juizados de Pequenas Causas a instalação junto a eles de órgão especial de assistência judiciária (artigo 9º, § 1º), a possibilidade de funcionamento noturno (artigo 13), simplificação dos atos processuais, estabelecimento de tentativa de conciliação obrigatória e possibilidade de estabelecimento de juízo arbitral, redução dos prazos processuais, isenção de custas, taxas e despesas em primeira instância, dentre outros avanços significativos na busca da simplificação e celeridade na resolução de litígios.

Tal norma, recentemente revogada, foi substituída pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, denominada Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que, recepcionando a maioria dos avanços já positivados na lei anterior, amplia sua competência em causas cíveis de menor complexidade

¹⁵¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. “Juizado de Pequenas Causas”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e Processo*. op. cit. p. 335-6.

(artigo 3º) e inclui a competência para julgamento e execução de infrações penais de menor poder ofensivo (artigo 60).

Para Kazuo Watanabe, este instrumento de acesso

“atende, em suma, ao justo anseio de todo cidadão em ser ouvido em seus problemas jurídicos. É a Justiça do cidadão comum, que é lesado nas compras que faz, nos serviços que contrata, nos acidentes que sofre, enfim do cidadão que se vê envolvido em conflitos de pequena expressão econômica, que ocorrem diariamente aos milhares, sem que saiba a quem recorrer para solucioná-los de forma pronta, eficaz e sem muito gasto”¹⁵².

2.4.3. A Ação Civil Pública

Outro instrumento processual de enorme relevância na concretização de um efetivo acesso à justiça é a Ação Civil Pública, instituída pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e reconhecida como ação constitucional pela Carta de 1988 (artigo 129, inciso III). Atua como ação de tutela do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos direitos do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico e qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Além de órgãos e instituições públicas, como o Ministério Público, pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, fundações, autarquias e sociedades de economia mista, também possuem legitimidade ativa *ad causam* as associações que estejam civilmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre suas finalidades institucionais a proteção aos bens que a lei busca proteger.

A participação popular pode dar-se também através da provocação do Ministério Público para a propositura da Ação, que pode ser antecedida de

¹⁵² WATANABE, Kazuo. Apud MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.45.

Inquérito Civil Público, sob a presidência de órgão do **parquet**, visando a colher provas necessárias ao ajuizamento da ação. Ressalte-se, ainda, que o agente público está obrigado a realizar esta provocação.

Aspecto relevante de garantia de acesso à justiça na defesa de interesses coletivos e difusos é a previsão legal de não adiantamento de despesas judiciais nem a condenação da associação autora ao seu pagamento, salvo se comprovada a sua má-fé. A mais importante inovação, porém, é a que estabelece que a sentença civil fará coisa julgada **erga omnes**¹⁵³, salvo sendo julgada improcedente a ação por deficiência de provas, caso em que, se valendo de nova prova, a ação poderá ser intentada novamente com mesmo fundamento.

2.4.4. A Constituição da República de 05 de outubro de 1988.

A Constituição da República de 05 de outubro de 1988 foi, indiscutivelmente, o mais proficiente instrumento legal pátrio de ampliação das garantias de efetivo acesso à justiça. Além de atribuir **status** constitucional aos instrumentos já explicitados, também o fez à Defensoria Pública, obrigação estatal e direito do cidadão, como ampliou e inseriu diversos institutos de tutela de direitos.

2.4.4.1. A Assistência Jurídica aos pobres

Presente em nosso ordenamento constitucional desde a Carta de 1934, a assistência judiciária aos desprovidos de recursos financeiros é garantia formal estipulada em quase todas as Constituições brasileiras¹⁵⁴,

¹⁵³ Este aspecto da Ação Civil Pública foi recentemente limitado através da Medida Provisória nº 1.570-5/97, recentemente convertida em lei (Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997) de constitucionalidade duvidosa. Cf. SILVA, Julier Sebastião da. "Uma simples inovação". In: TOURINHO NETO, Fernando da Costa (coord.). *Comunicação em Artigos Jurídicos*, vol. 1, nº 1. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 1998, p.19-25.

¹⁵⁴ Dispunha a Constituição de 1934 acerca da matéria em seu artigo 113, n. 32 ("A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos"); a Carta de 1946, tratava do tema em seu artigo 141, § 35 ("O Poder Público, na forma que a

salvo a de 1937. A atual, contudo, impõe transformação radical ao instituto, já que em seu artigo 5º, inciso LXXIV, dispõe: "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

Quando diz "assistência jurídica integral" a Carta Magna de 1988 amplia a ação dos serviços de assistência para uma prestação mais eficaz e completa, extrapolando o assistencialismo do mero acesso ao juízo para garantir também a assessoria jurídica preventiva e extraprocessual, afinal, como assevera Leonardo Greco, "o acesso ao Direito não estará concretamente assegurado se o Estado não oferecer a todos a possibilidade de receber aconselhamento jurídico a respeito de seus direitos"¹⁵⁵. Ou, como afirma abrangentemente Watanabe,

"assistência jurídica em juízo e fora dele, com ou sem conflito específico, abrangendo inclusive serviço de informação e orientação, e até mesmo de estudo crítico, por especialistas de várias áreas do saber humano, do ordenamento jurídico existente, buscando soluções para sua aplicação mais justa e, eventualmente, sua modificação e inclusive revogação"¹⁵⁶.

O adjetivo gratuito isenta o carente de quaisquer despesas que forem necessárias ao efetivo acesso à justiça, dentre elas custas judiciais, taxas e emolumentos. Além disso, prevê em seu artigo 134 a criação da Defensoria Pública, "instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV".

Em 12 de janeiro de 1994, foi publicada a Lei Complementar nº 80, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para organização das Defensorias dos

lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados") e a Constituição de 1967, no artigo 150, § 32, reproduzido pelo artigo 153, § 32 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969 ("Será concedida assistência aos necessitados, na forma da lei"). Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "O Direito à Assistência Jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo". In: *Revista de Processo*. nº 67, julho-setembro de 1992, p. 124-6.

¹⁵⁵ GRECO, Leonardo. op. cit. p. 74.

¹⁵⁶ WATANABE, Kazuo. Apud MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 46.

Estados-Membros. Muitos Estados Federados, porém, ainda não instalaram as Defensorias Públicas em seu âmbito, mesmo já possuindo legislação estadual neste sentido¹⁵⁷.

2.4.2.2. A ampliação da legitimidade para agir

Ampliou também a Carta Magna de 1988 a legitimidade para agir de inúmeras organizações e do Ministério Público, prioritariamente no âmbito da defesa dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Podemos citar, nesse sentido: a) as associações têm legitimidade, quando expressamente autorizadas, para a representação judicial e extrajudicial de seus filiados (artigo 5º, inciso XXI); b) o Estado passa a ter legitimidade para promover a defesa do consumidor (artigo 5º, inciso XXXII); c) passam a ter legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo o partido político com representação no Congresso Nacional e as organizações sindicais, entidades de classe e associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa de interesses de seus membros ou associados (artigo 5º, inciso LXX); d) os sindicatos passam a ter legitimidade para defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria em questões judiciais e administrativas (artigo 8º, inciso III); e) o Ministério Público tem legitimidade para promover o inquérito civil e a ação civil pública, a ação de inconstitucionalidade e defender os interesses e direitos dos indígenas (artigo 129, incisos III, IV e V); e, f) as comunidades e organizações indígenas passam a poder demandar em juízo na defesa de seus interesses e direitos (artigo 232).

¹⁵⁷ O Estado de Mato Grosso, por exemplo, apesar de possuir legislação regulando a matéria desde 1990 (Lei Complementar nº 07, de 28 de dezembro de 1990), somente agora

2.4.4.2. O Mandado de Segurança Coletivo

O mandado de segurança coletivo, prescrito na Constituição da República de 1988 em seu artigo 5º, inciso LXIX, não configura nova garantia constitucional, mas sim uma ampliação da legitimação para a propositura do mandado de segurança tradicional, incluindo-se a possibilidade de substituição processual por parte de associações, sindicatos, entidades de classe e partidos políticos com representação no Congresso Nacional.

Seu conceito deriva das próprias disposições da Carta Magna:

“uma ação constitucional destinada à proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, sempre que haja interesse coletivo, comum a um determinado grupo de indivíduos filiados ou associados a um partido político com representação no Congresso Nacional, ou organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano”¹⁵⁸.

Aspecto que deve ser ressaltado neste instrumento constitucional de acesso à justiça é sua aplicabilidade na tutela de direitos coletivos. Entretanto, estes direitos estão necessariamente relacionados na esfera de atividade legal das pessoas jurídicas legitimadas para sua utilização, ou seja, somente aqueles direitos coletivos relacionados às atividades dos associados, sindicalizados ou filiados a cada uma delas. Como ensina Hely Lopes Meirelles,

“o mandado de segurança coletivo não se presta à defesa de direito individual de um ou de alguns filiados de partido político, de sindicato ou de associação, mas da categoria, da totalidade de

deve instalar sua Defensoria Pública.

¹⁵⁸ MOREIRA NETTO, Diogo Figueiredo de. *Direito da Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p.145.

seus filiados, que tenham um direito ou prerrogativa a defender em juízo”¹⁵⁹.

2.4.4.3. O Mandado de Injunção

Inserido em nosso ordenamento jurídico pelo inciso LXXI do artigo 5º da Constituição da República, o mandado de injunção é conceituado como

“o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora, que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”¹⁶⁰

Ou seja, inerte o Poder Público na expedição de normas regulamentadoras que efetivem tais direitos ou prerrogativas, possível a impetração do *writ of injunction* visando corrigir tal omissão.

2.4.4.4. O Habeas Data

Como conceitua Hely Lopes Meirelles, o *Habeas Data*, consoante dispõe o artigo 5º, inciso LXXII da Constituição da República,

“é o meio constitucional posto à disposição de pessoa física ou jurídica para lhe assegurar o conhecimento de registros concernentes ao postulante e constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, para retificação de seus dados pessoais”¹⁶¹.

Assim, este *writ*, além de configurar nova modalidade de provocação da tutela jurisdicional estatal, institui também novo instrumento de defesa das liberdades públicas, através do “acesso da pessoa física ou jurídica aos

¹⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p. 19.

¹⁶⁰ Idem, ibidem. p. 169.

¹⁶¹ Id., ibid. p. 183.

registros de informações concernentes à pessoa e suas atividades, para possibilitar a retificação de tais informações”¹⁶², o que se torna cada vez mais importante, diante da vulgarização das informações, inclusive íntimas, através de bancos de dados, sistemas de mala direta etc.

2.4.4.5. A Ação Direta de Inconstitucionalidade

Outra modificação importante introduzida pelo novo ordenamento constitucional foi a realizada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN). Prevista na Constituição de 1969 para a realização do controle concentrado da constitucionalidade de norma legal ou ato normativo em tese, tinha exclusivamente como titular o Procurador-Geral da República (artigo 129, inciso I, '1'). A nova carta, além de manter essa modalidade (artigo 103, § 3º), porém com titularidade bastante ampliada, introduziu também a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (artigo 103, § 2º), voltada a corrigir inércia do Poder Público que deixa de realizar “medida ou providência, regulamento, decreto, portaria, aviso, ato administrativo, etc., necessários para que a norma constitucional prevaleça em toda sua pujança”¹⁶³.

Hoje, além do Procurador-Geral da República, estão legitimados também para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, em tese ou por omissão, o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou das Assembléias Legislativas, o Governador de Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional, a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p. 184.

¹⁶³ PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 314.

2.4.4.6. A Justiça de Paz

Prevista desde o Império em nosso ordenamento jurídico, a Justiça de Paz foi recepcionada expressamente pelo artigo 98, inciso II, da Constituição da República, e será remunerada e composta

“de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação”.

Como assevera Hermann Assis Baeta, a Justiça de Paz

”é de sentido e alcance extraordinários, uma vez que possibilita o acesso à justiça de forma simples e no local onde reside o cidadão, ou seja, no distrito municipal. (...) Este instituto é de grande relevo pela legitimidade dos cidadãos que o compõe, visto que ‘eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos’, pela comunidade onde devem funcionar como juízes. Não se perpetuam no poder, uma vez que não são vitalícios, nem tampouco são impostos aos seus jurisdicionados. Ao contrário, estes poderão, periodicamente, avaliar e julgar se os juízes de paz estão administrando a justiça de forma honesta e imparcial”¹⁶⁴.

2.4.4.7. Juízes de Questões Agrárias

Estes, inovação em nosso ordenamento constitucional, estão previstos no artigo 126, visando a dirimir conflitos fundiários, através da designação, pelos Tribunais de Justiça dos Estados, de juízes de entrância

¹⁶⁴ BAETA, Hermann Assis. “Esgotamento de resposta do Estado às demandas populares de justiça”. In: Conferência Nacional da OAB, XV, 1995, Belo Horizonte. *Anais...* Brasília: OAB, 1995. p. 228-9.

especial com competência exclusiva para questões agrárias, devendo o mesmo fazer-se presente no local do litígio, sempre que necessário à prestação jurisdicional eficaz.

2.4.5. Outros instrumentos

Após a Constituição de 1988 outras normas foram editadas no intuito de regulamentar disposições constitucionais e ampliar o acesso à justiça. Pode-se citar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) que traz, entre outras inovações, as conceituações jurídicas, já explicitadas, de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Esse instrumento, voltado, segundo Ada Pellegrini Grinover, à garantia de efetividade do processo destinado à proteção ao consumidor e à facilitação de seu acesso à justiça, busca fortalecer a posição do consumidor em juízo, “exigindo um novo enfoque da *par conditio* e do equilíbrio das partes que não fossem garantidos no plano meramente formal”, como também cria novas técnicas processuais, sem relevar o *due process of law*, inserindo no ordenamento processual novos procedimentos e ações coletivas, realmente representando “a desobstrução do acesso à justiça e o tratamento coletivo de pretensões individuais que isolada e fragmentariamente poucas condições teriam de adequada condução”¹⁶⁵.

Dentre as principais transformações introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor na esfera das ações individuais encontram-se, pois,

“a possibilidade de determinação da competência pelo domicílio do consumidor autor (art. 101, I); a vedação de denunciação da lide e um novo tipo de chamamento ao processo, em determinadas hipóteses (arts. 88 e 101, II); a previsão de adequada e efetiva tutela

¹⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. “O Novo Processo do Consumidor”. In: *Revista de Processo*. nº 62, abril-junho de 1991, p. 141.

jurisdicional por intermédio de todo e qualquer tipo de ação (art. 83); a nova configuração da tutela específica, nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 84); o aproveitamento da coisa julgada do processo coletivo, para beneficiar as pretensões individuais (art. 103, §§ 1º e 3º). (...) a inversão, *ope judicis*, do ônus da prova em favor do consumidor (art. 6º, VIII), com a implementação dos juizados de pequenas causas (art. 5º, IV), com a assistência jurídica integral e gratuita ao consumidor carente (art. 5º, I), com o habeas data em favor do consumidor (art. 43, § 4º)¹⁶⁶.

Já no âmbito das ações coletivas, além dos conceitos já mencionados, ocorre uma considerável ampliação e especificação na tutela aos bens dos consumidores, com a criação de

"uma nova ação, para o tratamento coletivo da reparação dos danos pessoalmente sofridos (art. 81, III e Cap. II do Título III), sem prejuízo da eventual *fluid recovery* (art. 100); aperfeiçoando-se as regras de legitimação e dispensa de custas e de honorários advocatícios da lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 - a denominada lei da ação civil pública - (art. 87); dá-se novo tratamento à coisa julgada, quer no que diz com seus limites subjetivos, quer no que tange à ampliação do objeto do processo coletivo, para favorecer as pretensões individuais (art. 103); regulam-se litispendência e, indiretamente, a continência (art. 104); amplia-se, enfim - fora do Título III - a abrangência da referida Lei n. 7.347/85, para que a tutela desta se harmonize e se inteire com a do Código de Defesa do Consumidor (arts. 109 *usque* 117)"¹⁶⁷.

¹⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. "O Novo Processo do Consumidor". In: *Revista de Processo*. op. cit. p. 141-2.

¹⁶⁷ Idem, *ibidem*. p. 142.

2.4.6. As Reformas dos Códigos de Processo

No início desta década, buscando realizar adequações nas leis processuais, o Ministério da Justiça deu início, com a colaboração da Escola Nacional da Magistratura e do Instituto Brasileiro de Direito Processual, sob a coordenação do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça, ao programa de reforma da legislação processual brasileira. A metodologia adotada foi de localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional, através da busca do consenso dos diversos setores de operadores jurídicos nas alterações propostas, encaminhando as sugestões através de vários anteprojetos de lei distintos¹⁶⁸.

Foram elaborados então dezesseis anteprojetos para alteração do Código de Processo Penal, em vigor desde 1942, e onze voltados a promover adequações no conteúdo do Código de Processo Civil. Daqueles, somente um foi transformado em lei (Lei nº 9.271, de 18.04.96), que altera as disposições dos artigos 366 e 368 daquele diploma legal (suspensão do processo e do curso dos prazos prescricionais no caso de revelia do acusado citado por edital e citação por carta rogatória).

Na esfera processual civil, entretanto, dez dos onze anteprojetos foram convertidos em lei, modificando substancialmente o Código de Processo Civil, buscando garantir-lhe agilidade e eficiência, ou seja, efetividade de suas disposições. Assim, a partir de 1992, foram aprovadas as seguintes leis modificadoras: nº 8.455 (perícias); nº 8.710/93 (citações e intimações por via postal); nº 8.898 (liquidação), nº 8.950 (recursos), nº 8.951 (ação de consignação em pagamento e usucapião), nº 8.952 (processos de conhecimento e cautelar) e nº 8.953 (processo de execução) em 1994; nº 9.079 (ação monitória), nº 9.139 (agravo) e nº 9.245 (procedimento sumário) em 1995.

Essas leis introduziram em nosso ordenamento novos institutos voltados à garantia de efetividade de acesso à justiça, seja pela maior

¹⁶⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "A nova etapa da reforma processual". In: *Revista da*

rapidez na solução de litígios apresentados ao Poder Judiciário, seja pela efetiva e instrumental tutela do direito material invocado. São exemplos a ação monitória, as novas regras do recurso de agravo, a tutela antecipada etc. Interessante aspecto das reformas do Código de Processo Civil diz respeito à modificação introduzida no § 4º do artigo 162, que obriga o serventário da justiça em praticar os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, retirando do magistrado a incumbência de impulsionar o andamento processual, o que lhe resulta em mais tempo para a realização de sua função constitucional precípua, qual seja, “dizer e exercer o direito, solucionar o conflito através da justa composição da lide”, através da “realização de audiências, prolação de decisões interlocutórias e sentenças”¹⁶⁹.

Todavia, apesar das recentes transformações, já se fala na necessidade de ampliar as reformas, alterando outros dispositivos legais e, também, reformando-se a própria reforma.¹⁷⁰

Partindo-se, então, dos aspectos apresentados no presente capítulo, passaremos a verificar no capítulo que segue, o último, as efetivas contribuições do “Movimento Universal de Acesso à Justiça” à construção e consolidação de um novo conceito de cidadania, explicitando as inúmeras limitações dos mecanismos formais de acesso e resolução de conflitos e apresentado novas práticas efetivas e possíveis de acessibilidade a direitos.

Associação dos Juizes Federais do Brasil. nº 52. Nov/dez, 1996. p.07.

¹⁶⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. op. cit. p.34.

¹⁷⁰ DANTAS, Francisco Wildo L. “Necessidades de novas mudanças na legislação processual e no CPC”. In: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE*. nº 52. nov/dez –96. p.16-9.

CAPÍTULO III

Acesso à Justiça e Cidadania

3.1. Utilização, Insuficiência e Ineficácia dos Instrumentos Formais de Acesso à Justiça.

Apesar dos grandes avanços proporcionados ao nosso ordenamento processual, os diversos instrumentos formais de acesso à justiça visando à satisfação de interesses anteriormente citados não estão imunes a uma análise crítica. Por essa razão, este terceiro e último capítulo principia analisando algumas das limitações, por insuficiência, ineficácia ou pouca utilização desses instrumentos.

3.1.1. A Ação Popular

Presente no ordenamento legal nacional desde os primórdios deste século, esta modalidade de ação, voltada a “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”, tem como aspecto limitador sua titularidade, restrita ao ‘cidadão’, ou seja, aquele nacional portador do direito de votar. Somente o indivíduo, cidadão brasileiro pode provocar o Poder Judiciário a fim de anular o ato lesivo.

Essa legitimação restrita impede a utilização da *actio popularis* por outros atores sociais, inclusive estatais. Assim, Ministério Público, partidos políticos, organizações populares e sindicais não estão habilitados a promovê-la. Fruto de uma concepção individualista da tutela de direitos, essa limitação impõe grandes obstáculos ao seu exercício: sendo voltada à proteção de interesses notadamente transindividuais, impõe ao autor,

mesmo isentando-o de despesas processuais diretas (custas e ônus de sucumbência), a contratação de um advogado, já que não possui capacidade postulatória; por outro lado, os sujeitos passivos nesta modalidade de ação são, normalmente, altas autoridades ou empreendedores, com poder político e econômico, suficientes, por si só para 'desequilibrar a balança', impondo todo tipo de receio ao demante.

3.1.2. Os Juizados Especiais.

Apesar de configurarem, reconhecidamente, grande contribuição ao acesso à justiça das populações pobres, propiciando uma resolução mais célere e barata dos litígios, os Juizados Especiais, regulados pela Lei nº 9.099/95, apresentam ainda sérios problemas estruturais e legais, que lhes têm ensejado a aplicação do vaticínio de Richard L. Abel de ofertar "*poor justice for the poor*"¹⁷¹.

As críticas de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, apesar de endereçadas genericamente aos juizados de pequenas causas, servem para explicitar alguns aspectos bastante presentes nos Juizados Especiais do Brasil:

"Primeiro, muitos tribunais de pequenas causas tornaram-se quase tão complexos, dispendiosos e lentos quanto os juízos regulares (devido, particularmente, à presença dos advogados e à resistência dos juízes em abandonar seu estilo de comportamento tradicional, formal e reservado). Em segundo lugar, onde os tribunais de pequenas causas se tornaram eficientes, eles têm servido mais freqüentemente para os credores cobrarem dívidas do que para os indivíduos comuns reivindicarem direitos. Alega-se que procedimentos mais rápidos, informais e modernos facilitam principalmente a lesão em larga escala dos direitos de devedores

¹⁷¹ ABEL, Richard L. Apud CAPPELLETTI, Mauro. "Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça". In: *Revista Forense*. v. 326. Abr./jun. 1994. São Paulo: Forense, 1994. p.125.

individuais. Pequenas causas, afinal, não são necessariamente simples ou desimportantes; elas podem envolver leis complexas em casos de vital importância para litigantes de nível econômico baixo ou médio. A questão, portanto, é saber por que elas devem ser apreciadas através de procedimentos supostamente de segunda classe”¹⁷².

Outro aspecto extremamente precário nessas esferas jurisdicionais diz respeito à informação e orientação jurídica. Apesar de expressamente estipulado na legislação a obrigatoriedade de funcionamento de um órgão de assistência judiciária no local dos juizados, a praticamente inexistência de defensorias públicas instaladas nos Estados brasileiros tem tornado ausente, nesses locais, qualquer assistência judiciária, e ainda mais quanto à informação ou orientação jurídica à população. Para Watanabe, instrumentos dessa natureza “que não tenham o serviço de informação e orientação, além do serviço de assistência judiciária, não estão completos e não cumprirão o relevante papel que lhes é destinado”¹⁷³.

Limitadores da eficácia dos Juizados Especiais decorrem também da própria norma regulamentadora desse instrumento constitucional de acesso à justiça. A Constituição da República de 1988 dispõe, no inciso I de seu artigo 98, que serão criados

“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 poder ofensivo, mediante procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

A lei ordinária (lei 9.099/95), por seu turno, estabeleceu os critérios de fixação de competência desses órgãos jurisdicionais (artigo 3º), estipulando,

¹⁷² CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 96-7.

¹⁷³ WATANABE, Kazuo. “Acesso à Justiça e Sociedade Moderna”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & Watanabe, Kazuo (coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 134.

além de outras, que são causas de menor complexidade aquelas “cujo valor não exceda quarenta vezes o salário mínimo”. Assim, o legislador ordinário confundiu “pequenas causas” com “causas de menor complexidade”, situações diversas explicitadas no próprio texto constitucional (artigos 24, X e 91, I).

Como enfatiza Horácio Wanderlei Rodrigues,

“as causas de pequeno valor econômico podem ser extremamente complexas, não permitindo, dessa forma, a sumarização do rito. Em contrapartida, a menor complexidade não está ligada ao valor da causa, mas sim ao seu objeto, permitindo a sumarização independente do valor. Uma causa pode ser de elevado valor e de menor complexidade, bem como pode ser de pequeno valor e extrema complexidade”¹⁷⁴.

Por outro lado, o conceito de ‘juiz leigo’ que traz a lei dos Juizados Especiais em seu artigo 7º é, no mínimo, estranho: “os juízes leigos são auxiliares da justiça recrutados (...) entre advogados com mais de cinco anos de experiência”. A instituição da participação de juízes leigos na resolução de disputas, que em tese deveria assegurar uma maior participação da sociedade na distribuição de justiça, quiçá com a atuação dos legítimos representantes das comunidades (líderes comunitários, ministros religiosos etc.), ficou reduzida, diante do conceito legal, a letra morta. Não se pode entender como leigo aquele que possui cinco anos ou mais de experiência profissional como operador jurídico, ao contrário do juiz togado, agente indispensável nos Juizados, que pode receber a investidura jurisdicional sem nenhuma experiência prática, bastando ser aprovado, nomeado e empossado na magistratura. Por essas razões que Horácio W. Rodrigues indaga: “será leigo o juiz designado na forma da lei nº 9.099/95 ou o legislador ordinário que regulamentou o preceito constitucional?”¹⁷⁵

¹⁷⁴ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. “As pequenas causas”. In: *Folha de São Paulo*. 23.03.96. caderno 2 – cotidiano. p. 3 - 2.

¹⁷⁵ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. “Leigo: o juiz ou o legislador?”. In: *Folha de São Paulo*. 20.01.96. caderno 2 – cotidiano. p.3 - 2.

Chegamos quase a concordar com o epíteto de “Lei hedionda dos Juizados Especiais” atribuído por J. J. Calmon de Passos à citada norma!

Por fim, faz-se imprescindível a modificação da mentalidade dos operadores jurídicos quando atuam perante estas esferas jurisdicionais. É preciso que tomem consciência que são princípios orientadores dos Juizados Especiais a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade. Como lembra Carmona

“é de suma importância que os juízes compreendam o espírito do Juizado, afastando de pronto práticas formalistas e excesso de tecnicismo. Não poderá ser relegada para o dia seguinte a decisão que deve ser tomada imediatamente: o dinamismo do magistrado é a própria alma do Juizado, não havendo outro órgão do Poder Judiciário cuja sobrevivência e sucesso dependa tanto da qualidade dos juízes que o integrarem!”¹⁷⁶.

3.1.3. Assistência Jurídica aos pobres

Essa garantia individual estampada no inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição que completou recentemente 10 anos, temos que concordar com Dinamarco, “não passa de solene promessa constitucional”¹⁷⁷, de efetividade ainda bastante limitada. Instituída em janeiro de 1994 pela Lei Complementar nº 80, a Defensoria Pública da União conta hoje com somente 32 defensores para todo o território nacional.¹⁷⁸ Nos entes federados a situação ainda é pior, já que a maioria não possui defensoria instalada. São Paulo, por exemplo, o mais populoso estado brasileiro, continua prestando assistência judiciária através da Procuradoria-Geral do Estado, em completo desvio de atribuições.

Como explicitam Cappelletti e Garth,

¹⁷⁶ CARMONA, Carlos Alberto. “A crise do processo e os meios alternativos para solução de controvérsias”. In: *Revista de Processo*. nº 56. outubro-dezembro de 1989. p. 96.

¹⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. op. cit. p.276.

¹⁷⁸ “Defensorias Públicas: Ficção brasileira”. In: *OAB Nacional*. nº 63. jun/jul de 1998. p. 07.

“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”¹⁷⁹.

Por isso mesmo, sonegar aos que não possuem recursos financeiros para a contratação de um advogado o acesso à assistência jurídica é o mesmo que inviabilizar o efetivo exercício de direitos, mormente o direito de provocar o Estado para a resolução de conflitos.

Entretanto, não basta, como fez a União Federal, instalar a Defensoria Pública,

“é imprescindível que exista número suficiente de advogados para atender as mais variadas situações carentes, o que adiciona uma questão complicadora, em especial aos países em desenvolvimento, pois é inevitável uma boa dotação orçamentária para que os advogados sejam devidamente remunerados”¹⁸⁰. “Em economia de mercado, como já assinalamos, a realidade diz que, sem remuneração adequada, os serviços jurídicos para os pobres tendem a ser pobres, também. Poucos advogados se interessam em assumi-los, e aqueles que o fazem tendem a desempenhá-los em níveis menos rigorosos”¹⁸¹.

Por outro lado, não se pode esquecer que o Estado brasileiro é um grande gerador de conflitos, pois não assegura a efetivação de direitos sociais básicos como habitação, emprego, instrução, reforma agrária, previdência social etc., além de provocar inúmeros outros “em vários campos de atuação, principalmente nas áreas fiscal e administrativa”¹⁸².

¹⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 32.

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p.48.

¹⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 47-8.

¹⁸² WATANABE, Kazuo. “Acesso à Justiça e Sociedade Moderna”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e*

Talvez seja esta uma das razões pelas quais o Estado brasileiro nega também aos seus cidadãos o direito humano básico de acesso à justiça: os maus governantes, gestores omissos, evitam materializar uma instituição, mesmo que constitucionalmente prevista, que seja instrumento de cobrança e efetivação de direitos sonegados.

Os advogados, entretanto, preocupados com a sua fatia de mercado e, é claro, com a própria subsistência, já manifestaram-se contrariamente ao patrocínio compulsório da Lei nº 1.060/50 e à utilização das defensorias públicas, na 9ª Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em Florianópolis de 3 a 6.5.81, decidindo por esmagadora maioria

“ser o problema de responsabilidade do Estado, que deve preferencialmente resolvê-lo mediante a remuneração dos advogados livremente escolhidos pelos assistidos ou que lhes forem designados pelos juízes. A criação de quadros de defensores públicos ou sua ampliação, onde existirem, também foi aceita, embora em segunda prioridade. Alegou-se contra essa solução a má qualidade da assistência oferecida por tais servidores, quando não foram eles acusados de usar o cargo para aliciamento de clientela”¹⁸³.

3.1.4 – Outros instrumentos.

Dois instrumentos criados pela Carta Magna de 1988 de grande importância para a efetivação do acesso à Justiça, mas ainda carentes de regulamentação são a “Justiça de Paz” e os “Juízos para questões agrárias”, previstos respectivamente nos artigos 98, inciso II e 126 da Constituição da República.

Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 130.

¹⁸³ CALMON DE PASSOS, J. J. “O Problema do Acesso à Justiça no Brasil”. In: *Revista de Processo*. nº 39. julho-setembro de 1985. p. 84.

3.2. As muitas limitações ainda existentes: há como superá-las?

Como já visto, apesar dos avanços já conquistados no âmbito do acesso à justiça, muitos entraves específicos e genéricos ainda existem à efetividade deste direito de cidadania básico. Passando prioritariamente pela esfera sócio-econômica, tais restrições também possuem aspectos culturais, psicológicos e, na esfera do Direito, jurídicas e procedimentais, que devem ser explicitadas a fim de que, identificando obstáculos ao acesso à justiça, possa-se apresentar alternativas de sua efetiva superação.

J. J. Calmon de Passos assevera que os obstáculos impeditivos do acesso da maioria da população brasileira à Justiça podem ser caracterizados pela “deficiência de instrução, baixo índice de politização, estado de miséria absoluta ou hipossuficiência econômica grave, mínimo poder de mobilização e nenhuma organização”¹⁸⁴.

Já Carlos Alberto Carmona, entende que os mais graves problemas se encontram na

“inadequação dos instrumentos colocados à disposição daqueles que se dispõem a iniciar uma peleja judiciária: o processo é lento e caro, o rito é inadequado, os poderes do juiz são insuficientes ou, o que é pior, não são utilizados pelo magistrado de forma dinâmica (como seria desejável). Por outro lado, os próprios cidadãos não estão devidamente conscientes a respeito de seus direitos: muitos relutam em propor demandas por ignorância, por comodismo ou por motivos econômicos”¹⁸⁵.

3.2.1 - Restrições Econômicas

Sendo o Brasil um dos primeiros países no *ranking* mundial de pior distribuição de renda (assustadores índices atestam que os 10% mais ricos ‘abocanham’ quase 50% da renda nacional), não existe nenhuma dificuldade

¹⁸⁴ CALMON DE PASSOS, J. J. op. cit. p. 83.

¹⁸⁵ CARMONA, Carlos Alberto. op. cit. p. 91.

em visualizar o quão limitador ao efetivo acesso à justiça é a desigualdade econômica: custas judiciais, honorários advocatícios, longa duração dos processos etc., são aspectos que limitam diretamente o acesso da maioria de nossa população dos instrumentos formais de resolução de litígios.

Na maioria dos países, a maior parte dos procedimentos judiciais possui custos normalmente altos e que são cobrados aos demandantes: num primeiro momento os honorários advocatícios ao advogado contratado para exercer o *jus postulandi* em juízo, depois custas de distribuição e quaisquer atos realizados a requerimento da parte, a instrução do processo com a produção de provas (perícias, diligências etc.), preparo de recursos eventualmente interpostos, e por fim, para aquele que teve improvidas suas alegações, os ônus da sucumbência, arcando com as despesas realizadas pela parte *ex adversa*, inclusive os honorários advocatícios de seus advogados.

No final da Segunda Guerra Mundial esse aspecto limitador ao exercício da cidadania já era analisado por T. H. Marshall, que via nos altos custos das ações judiciais um dos entraves à consolidação do exercício pleno dos chamados 'direitos civis', para ele em situação de inferioridade em relação aos direitos políticos, pois "a ação processual, ao contrário do voto, é muito cara. As custas do processo não são altas, mas os honorários de advogado e as taxas cobradas pelo escrivão podem representar quantias significativas."¹⁸⁶

Para o sociólogo britânico, o fato de achar-se, com uma certa dose de verdade, que a contratação de um advogado melhor - por conseguinte, mais caro - do que o contratado pela outra parte aumentariam as possibilidades de vitória em uma demanda, também é aspecto relevante na oneração dos custos dos litígios judiciais. Por essas razões, Cappelletti afirma que qualquer "tentativa realística de enfrentar os problemas de acesso deve começar por reconhecer esta situação: os advogados e seus serviços são muito caros"¹⁸⁷.

¹⁸⁶ MARSHALL, T. H. op. cit. p. 82.

¹⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 18.

Outro aspecto a aumentar riscos e incertezas é o sistema de ônus de sucumbência adotado pela maioria dos países, inclusive no Brasil¹⁸⁸, pelo qual a parte derrotada está obrigada a arcar com as custas processuais e honorários advocatícios da parte vencedora¹⁸⁹. Segundo Marshall,

“Um indivíduo de recursos limitados sabedor de que, no caso de perder a ação, terá de pagar as custas de seu oponente bem como as suas, pode, facilmente, ser levado a aceitar um acordo não-satisfatório, principalmente se seu oponente é suficientemente rico para não se preocupar com esses aspectos. E mesmo no caso de ter ganho de causa, aquilo que recebe, deduzidos os impostos, será, em geral, inferior a seu gasto real. Assim sendo, se foi induzido a levar seu caso adiante com gastos consideráveis, isto poderá representar uma vitória de Pirro”¹⁹⁰.

Assim, “torna-se claro que os altos custos, na medida que uma ou ambas as partes devam suportá-los, constituem uma importante barreira ao acesso à justiça”¹⁹¹. Pesquisas realizadas pelo Projeto de Florença, coordenado por Mauro Cappelletti e voltado a apresentar um quadro geral da questão do acesso à justiça no mundo, demonstram também que quanto menor o valor da causa ajuizada, proporcionalmente maiores serão as despesas aos litigantes, chegando ao absurdo de, na Alemanha, pela justiça comum, uma pequena causa de valor não superior a US\$ 100 (cem dólares), mesmo que somente utilizada a primeira instância, custar US\$ 150 (cento e cinquenta dólares), enquanto uma ação de US\$ 5,000 (cinco mil dólares),

¹⁸⁸ O sistema brasileiro, contudo, tem suas especificidades, já que os honorários advocatícios pagos ao final pelo vencido são destinados diretamente ao advogado da parte vencedora, não sendo utilizado para amortizar as despesas por ela efetuada com a remuneração do profissional. Assim, costuma-se dizer que o advogado do vencedor ganha duas vezes: os honorários pagos por seu cliente, no curso da ação e aqueles estipulados pelo magistrado na decisão final e pagos pelo derrotado.

¹⁸⁹ Nos Estados Unidos e Japão não se opera tal sistema, não se obrigando “o vencido a reembolsar ao vencedor os honorários despendidos com seu advogado”. CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 16.

¹⁹⁰ MARSHALL, T. H. op. cit. p. 82.

¹⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 18.

em duas instâncias, teria custos de US\$ 4,200 (quatro mil e duzentos dólares)¹⁹².

Na Inglaterra, por sua vez, em cerca de um terço das causas em que houve contestação se verificou que os custos totais foram superiores aos do valor da causa. Já na Itália, “os custos da litigação podem atingir 8,4% do valor da causa nas causas com valor elevado, enquanto nas causas com valor diminuto essa percentagem pode elevar-se a 170%”¹⁹³. Isto leva à constatação, como afirma Boaventura de Souza Santos, de que “a justiça civil é cara para os cidadãos em geral mas revelam sobretudo que a justiça civil proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis”, já que são eles os protagonistas das ações judiciais de menor valor onde a justiça é proporcionalmente mais cara¹⁹⁴.

Em razão disso é que Dinamarco afirma que

“o custo do processo e a miserabilidade das pessoas ocupam, apesar de não preencherem todo o espaço, lugar de muito destaque nas preocupações acerca da universalidade da tutela jurisdicional. A justiça é cara e da brasileira pode-se dizer o que com sarcástico humor britânico fora dito: ‘is open to all, like the Ritz Hotel’”¹⁹⁵,

Carece, portanto, de acentuada revisão e aperfeiçoamento as despesas processuais perante o Poder Judiciário e seus critérios de fixação, já que, quando

“o investimento no processo aparece aos olhos da pessoa como desproporcional ao proveito a postular e em face do risco assumido, ele constitui freio inibitório ao exercício da ação e possivelmente será mais um fator de permanência de insatisfações”¹⁹⁶.

¹⁹² CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 19.

¹⁹³ SANTOS, Boaventura de Souza. op. cit. p. 168.

¹⁹⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. “Introdução à sociologia da administração da justiça”. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 46.

¹⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. op. cit. p. 275.

¹⁹⁶ Idem, ibidem. p.277.

A duração do trâmite das ações é outro fator econômico limitante ao acesso à justiça. Em muitos países as causas levam em média mais de três anos para tomarem-se exeqüíveis, o que acaba por elevar consideravelmente as despesas das partes, além de desvalorizar o montante a ser percebido. Ademais, os adiamentos de atos processuais por ineficiência dos órgãos judiciários são extremamente freqüentes, obrigando as pessoas a repetidos comparecimentos. E também, como afirma Dinamarca:

“Os serviços de infra-estrutura cartorária são muito burocráticos e desatualizados (a informática nos serviços do processo ainda constitui pouco mais que uma esperança, no Brasil; sabe-se somente de sua implantação em Porto Alegre)”¹⁹⁷.

Por óbvio que tal demora é também fonte de injustiça social, como explicita Cappelletti, já que “*el grado de resistencia del pobre es menor que el grado de resistencia del rico; este último, y no el primero, puede normalmente esperar sin daño grave una justicia lenta*”¹⁹⁸. Esses fatores pressionam aqueles menos abastados a aceitar acordos em valores inferiores a que teriam direito ou até mesmo abandonar a causa antes de seu final. Luiz Guilherme Marinoni aponta tal disfunção na justiça trabalhista, hipoteticamente protecionista dos ‘hiposuficientes’:

“O que ocorre na Justiça do Trabalho é extremamente expressivo, já que não raro o trabalhador, por não poder suportar a espera daquilo que lhe é devido, aceita conciliar em condições favoráveis a parte reclamada. Não estaria aí a duração do processo brindando o economicamente mais forte? A resposta é intuitiva”¹⁹⁹.

¹⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. op. cit. p.278.

¹⁹⁸ “o grau de resistência do pobre é menor que o grau de resistência do rico; este último, e não o primeiro, pode normalmente esperar sem dano grave uma justiça lenta”.

CAPPELLETTI, Mauro. Apud MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 32.

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 33.

Em razão disso a Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais , em seu artigo 6º, parágrafo 1º, estabelece “que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”²⁰⁰. Nesse sentido, já lecionava Rui Barbosa, em sua inesquecível Oração aos Moços: “A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

A esta conjunção de fatores econômicos a limitar o efetivo acesso à justiça Boaventura de Souza Santos denomina de “tripla vitimização” dos despossuídos face à administração da justiça²⁰¹.

Esse elemento de crise do acesso à justiça é também faceta determinante da crise da advocacia no Brasil já que, segundo Roberto Aguiar,

“o advogado, que se diz indispensável para prestação da justiça, torna-se ausente das contendas em que uma das partes seja proletária. É de se ressaltar que essa faixa social não consegue obter nem os serviços jurídicos das defensorias públicas, em virtude da precariedade dessas instituições constitucionais no Brasil. Assim, a justiça não é para os pobres, nem os pobres são para os advogados. Essa é uma crise evidente e de alta periculosidade para a própria inteireza social, que pode ser atingida por uma pulverização libanizada de interesses, ou por um *apartheid* social, conforme os analistas políticos. Nessa voragem, os advogados desaparecem, melhor dizendo, a função social do advogado perde sua significação”²⁰².

3.2.2 - Restrições Sócio-culturais

Outro aspecto a ser considerado é o decorrente das limitações ao acesso à justiça causadas em razão do estrato social a que pertence o cidadão. Apesar de decorrência lógica da desigualdade econômica, tais

²⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 20-1.

²⁰¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. op. cit. p. 168.

²⁰² AGUIAR, Roberto A. R. de. *A crise da advocacia no Brasil: diagnóstico e perspectivas*.

limitações possuem também aspectos sociais, educacionais e culturais, que são igualmente apontados por Donaldo Armelin:

“outras barreiras existem quanto ao acesso à justiça. Não apenas econômicas e sociais, mas também culturais. É verdadeiro truísmo afirmar que este país apresenta diferentes estágios de desenvolvimento, conforme as suas variadas regiões. O subdesenvolvimento com as suas seqüelas, como o analfabetismo e ignorância e outras, campeia com maior ou menor intensidade nos variados quadrantes do Brasil. Isso implica reconhecer que em certas regiões o acesso à justiça não chega sequer a ser reclamado por desconhecimento de direitos individuais e coletivos”²⁰³.

Quanto menor o poder aquisitivo do cidadão menor o seu conhecimento acerca de seus direitos e menor a sua capacidade de identificar um direito violado e passível de reparação judicial, além disto é menos provável que conheça um advogado ou saiba como encontrar um serviço de assistência judiciária. São barreiras pessoais que necessitam ser superadas para garantir a acessibilidade à justiça. Mauro Cappelletti enfatiza que o reconhecimento da existência de um direito juridicamente exigível, apesar de barreira especialmente séria para os despossuídos, não atinge apenas os pobres, vez que mesmo

“consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta que sua assinatura em um contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção”²⁰⁴.

São Paulo: Alfa-Omega, 1991. p.20.

²⁰³ ARMELIN, Donaldo. “Acesso à Justiça”. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. v. 31. p. 181.

Prova dessa quase completa desinformação acerca de assuntos legais e do próprio papel do Judiciário é o resultado de pesquisa realizada entre julho e agosto do corrente ano e recentemente divulgada pelo periódico Folha de São Paulo, segundo a qual 28% das pessoas entrevistadas disseram não saber para que serve a Justiça no Brasil, 26% afirmaram não servir para nada e somente 46% apresentaram alguma noção acerca do papel que exerce.²⁰⁵

Para Horácio Wanderlei Rodrigues são três os pontos principais de estrangulamento sócio-cultural ao acesso presentes no Brasil. Em primeiro lugar a falência da educação nacional; pelos dados oficiais do IBGE, em 1990 o percentual de analfabetismo atingia mais de 18% da população acima de 10 anos; além disto, quando prestado, o ensino é de baixa qualidade e sem nenhuma ênfase para a cidadania.

Outro aspecto é o descompromisso dos 'meios de comunicação' com a informação: a televisão, tida como uma das melhores do mundo e que atinge grande parte de nossa população, apesar de ser uma concessão estatal, presta um 'desserviço ao país', impondo opiniões e valores locais, sem nenhum controle da sociedade. Por fim, a quase inexistência de instituições oficiais encarregadas de prestar assistência jurídica prévia ou extraprocessual, que atuariam informando e educando a população sempre que surgissem dúvidas jurídicas sobre situações concretas²⁰⁶.

Ressalte-se também o fato de que quanto mais excluída a camada social a que pertence o cidadão, tanto mais distante ele reside dos bairros onde funcionam os escritórios de advocacia e os fóruns e tribunais. Além disto, estes locais funcionam quase que exclusivamente nos mesmos horários em que estas pessoas estão trabalhando, inviabilizando-lhes a utilização desses serviços.

²⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 23.

²⁰⁵ "População desconhece papel da Justiça, afirma pesquisa". *Folha de São Paulo*. 05.09.98. caderno 2 - cotidiano. p. 3 - 2.

²⁰⁶ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. op. cit. p. 37.

3.2.3 - Restrições Psicológicas

Outro aspecto a ser considerado é o psicológico. A maioria das pessoas tem algum receio de estar em juízo, seja por decepção com o resultado de alguma ação em que estivesse envolvida ou tivesse interesse, ou por “uma situação geral de dependência e de insegurança que produz o temor de represálias se se recorrer aos tribunais”²⁰⁷. Como ressalta Cappelletti, “Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho”²⁰⁸.

No senso comum do brasileiro o Poder Judiciário, assim como a maioria das instituições, é inacessível, não é confiável e não faz justiça; o magistrado é visto como um ser superior, diferente do restante dos mortais e os advogados são vistos como ‘pessoas em quem se deve confiar, desconfiando’. Mesmo na ‘civilizada’ Inglaterra, estudos empíricos realizados no início dos anos setenta, davam conta de que 11% das pessoas entrevistadas “disseram que jamais iriam a um advogado”²⁰⁹.

É certo que os mais pobres se sentem intimidados diante de algumas manifestações de poder e que o *locus* do Judiciário corporifica, através de seus ‘palácios de justiça’, seus trajes medievais, seu linguajar rebuscado e inacessível, um desses espaços. Para Luiz Guilherme Marinoni,

“O pobre tem dificuldade em procurar um advogado, pois presume que o advogado, e até mesmo o seu escritório, como relíquias distantes. As pessoas de renda mais baixa relutam em procurar até mesmo os PROCONS. Para não se falar que alguns não confiam na figura do advogado, desconfiança esta que é comum nas camadas de baixa renda. Anteriores experiências negativas com a justiça, onde ficaram evidenciadas discriminações, também influem

²⁰⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. op. cit. p. 170.

²⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 24.

²⁰⁹ Idem, *ibidem*.

negativamente. Não pode ser esquecido, ainda, que os mais humildes sempre temem represálias quando pensam em recorrer à justiça. Temem sanções até mesmo da parte adversária”²¹⁰.

A demora na prestação jurisdicional também tem sua faceta de restrição psicológica ao acesso. A notória morosidade do aparelho judiciário, notadamente quando adotadas as vias processuais ordinárias, causa completa desesperança a quem busca o Judiciário, normalmente em uma atitude extrema e desesperada, já que esgotadas todas as tentativas de resolução extrajudicial do litígio. Ocorre, então, uma completa inversão do papel dessa função estatal, que nesse momento extremo deveria rapidamente apresentar a solução aos demandantes, mas na verdade impõe a eles uma angustiante e longa espera, de vários anos até, para que dê uma resposta final. Pode-se dizer, face a esse quadro, que os demandantes, quando mais precisam da intervenção estatal, têm que se conformar em buscá-la e aguardar por ela.

3.2.4 - Restrições Jurídicas e Judiciárias

Estruturados de acordo com os preceitos individualistas decorrentes do liberalismo burguês consolidado nos séculos XVIII e XIX, os ordenamentos jurídicos ocidentais, apesar dos grandes avanços já conquistados, ainda mantêm limitações no que concerne à legitimação para agir, principalmente na esfera dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, direitos supra-individuais só passíveis de efetiva aplicabilidade com a maior amplitude possível de titulares para sua tutela.

Muitos países ainda adotam a vedação da utilização de qualquer ação privada voltada a proteger interesses coletivos e difusos, confiando tal tutela somente a agentes estatais, como o Ministério Público. Tal limitação de titularidade, consoante já acentuado anteriormente, mostra-se bastante inadequada, sendo necessário, apesar de “reconhecidamente difícil,

²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p.37.

mobilizar energia privada para superar a fraqueza da máquina governamental”²¹¹.

A inacessibilidade a alguns instrumentos processuais, bem como a procrastinação dos feitos em razão de brechas da legislação processual constituem também graves entraves à consolidação de uma ordem jurídica justa. Algumas das principais questões neste âmbito são elencadas por Horácio W. Rodrigues:

“(a) a existência, em determinadas situações, de excessivas espécies de recursos (em especial os agravos), procrastinando demasiadamente a resolução da lide; (b) a forma adotada para o procedimento sumaríssimo, que na prática não tem atingido suas finalidades; (c) a necessidade de simplificação do processo de execução; (d) o tratamento inadequado dado, em determinadas situações, ao processo cautelar, em especial no que se refere às denominadas cautelares satisfativas; (e) o exagerado número de procedimentos especiais, (...); e (f) questões diversas, ligadas às exigências de formalidades excessivas, à forma de produção de provas e ao modo de efetivação das citações e intimações”²¹².

Têm contribuído para o aumento das restrições de grandes parcelas da sociedade à acessibilidade da justiça, a crise econômica e de legitimidade enfrentada pelo Poder Judiciário, consubstanciada em constantes denúncias de corrupção e nepotismo, como também

”a carência de recursos materiais e humanos; a ausência de autonomia efetiva em relação ao Executivo e ao Legislativo; a centralização geográfica de suas instalações, dificultando o acesso de quem mora nas periferias; o corporativismo de seus membros; e a inexistência de instrumentos de controle externo por parte da sociedade”²¹³.

²¹¹ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 28.

²¹² RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. op. cit. p. 45.

²¹³ Idem, ibidem. p. 46.

Dentro das restrições de caráter eminentemente judiciário, há que se destacar a polêmica acerca da limitação da capacidade postulatória, que tantos debates vem gerando entre os operadores jurídicos. Esta exigência da presença de advogado em todo e qualquer processo, que tem sido vista por um lado como elemento castrador da efetividade ao acesso e por outro como garantia a ele, tem sua origem nos “tecnicismos do direito e de seu processo que fez com que o cidadão ordinário tivesse que lançar mão de especialistas para orientá-lo quanto à natureza de seus direitos e para auxiliá-lo a obtê-los”²¹⁴.

O artigo 133 da Constituição da República estatui que: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” Muitos autores e operadores jurídicos, capitaneados pela Associação dos Magistrados Brasileiros, têm entendido que esta disposição constitucional não condiciona a validade de toda atividade processual à representação do advogado. Em artigo do jornal Folha de São Paulo, Joaquim Falcão questiona esta imprescindibilidade:

“Os advogados são indispensáveis à administração da Justiça. É óbvio. Mas não se pode confundir ‘administração da Justiça’ com o cumprimento de dispensáveis exigências processuais, fruto de um formalismo antipopular. (...) para esta ‘administração da Justiça’ os advogados deveriam ser dispensáveis”²¹⁵.

Não é esta, porém, a opinião da Ordem dos Advogados do Brasil, compartilhada também por muitos doutrinadores, dentre eles Ada Pellegrini Grinover, que enfatiza: “É anticientífica a atribuição da capacidade postulatória a quem não esteja devidamente habilitado para o desempenho do exercício da advocacia”²¹⁶.

²¹⁴ MARSHALL, T. H. op. cit. p. 65.

²¹⁵ FALCÃO, Joaquim. Apud RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. op. cit. p. 41-2.

²¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 262.

A mentalidade tradicional e burocrática, ainda impregnada no senso comum dos operadores jurídicos, conservadores em sua maioria, ainda configura barreira de difícil superação na esfera jurídica, como assevera Cândido Dinamarco:

“O maior óbice, nesse campo, é representado pela mentalidade tradicional, voltada ao imobilismo no processo e preguiçoso imobilismo ante as novas tendências. A burocracia processual, como toda burocracia, é irmã do espírito de rotina e filha da preguiça, do medo de errar e da pobreza de inteligência”²¹⁷.

O tempo de duração dos feitos, já elencado como fator econômico limitante ao acesso, também se apresenta como limitação estatal ao acesso. Joel Figueira Júnior aponta os fatores principais que, talvez, retardem uma decisão de mérito:

“a) o número elevado e sempre crescente de causas em desproporção assustadora com os órgãos da justiça e seus auxiliares; b) o desajuste da legislação processual e da organização judiciária à realidade social; c) recursos tecnológicos insuficientes”²¹⁸.

Já Donaldo Armelin entende que

“a questão da morosidade da prestação da tutela jurisdicional está vinculada também e precipuamente à estrutura e composição do judiciário, bem assim como às verbas que lhe são atribuídas. Com efeito, considerando-se que o processo é a única via de acesso à tutela jurisdicional e que o Juiz é o sujeito fundamental do processo, impende verificar qual a correlação existente entre o número de processos e o número de juízes, para aferir uma elementar

²¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. “Escopos Políticos do Processo”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e Processo*. op. cit. p. 114.

²¹⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. op. cit. p. 33.

condição para a celeridade da prestação daquela tutela. Isto porque a adequação da carga de trabalho à capacidade laborativa daquela a quem foi ela atribuída é pressuposto inarredável de um desempenho célere e perfeito desse mesmo trabalho”²¹⁹.

Apesar de os jurisdicionados serem os que de forma direta mais anseiam por uma rápida solução do litígio, eles não são os únicos interessados, como aparentemente podem fazer crer. Como entende Figueira Júnior:

“Numa outra intensidade e em nível diferenciado, ao Estado interessa também proporcionar essa tutela com agilidade, presteza, rapidez e efetividade, porquanto lhe é imprescindível à manutenção do equilíbrio das relações fácticas e jurídicas, sob pena de correr o risco indesejável de originar-se um clima de instabilidade tal que possa vir a representar, em último estágio, até mesmo uma convulsão sócio-política”²²⁰

Apesar de denunciado à exaustão, o bacharelismo, verdadeira epidemia nacional, é responsável por boa parte da descrença dos brasileiros no sistema judiciário:

“O apego excessivo à forma, ao minute dos ritos e do casuísmo, às canseiras e aos custos das instâncias, é sempre mais relevante do que a objetividade dos fatos ou a premência da decisão. Para a população esses excessos bacharelescos chegam às raias da crueldade: os direitos essenciais de milhares de brasileiros não são considerados por uma camada letrada e culta que, com a arrogância de seus privilégios, agrava o desespero e a descrença da imensa maioria na possibilidade de justiça neste mundo, ainda que tardia”²²¹.

²¹⁹ Dados do Tribunal de Justiça de São Paulo de agosto de 88 apontam 2.448.152 processos em andamento, para 945 juizes de primeiro grau e 262 de segundo grau, cabendo 1.882 por juiz. Cf. ARMELIN, Donaldo. op. cit. p. 173.

²²⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. op. cit. p.30.

²²¹ LACERDA, Sérgio. Apud GARCIA, Ailton Stropa. “Desburocratização do Poder Judiciário”. In: *Revista de Processo*. nº 60. outubro-dezembro de 1990. p. 89.

Esse bacharelismo, reproduzido pelo juiz, tem como base nossa

“velha tradição normativista-formalista da dogmática jurídica, que se expressa por meio de proposições hipotéticas de dever-ser e cuja preocupação central é a subsunção dos fatos à prescrição legal, valorizando apenas os aspectos lógico-formais do direito positivo e enfatizando somente as questões de validade da norma, da determinação do significado das regras, da integração das lacunas e da eliminação das antinomias”²²².

Por fim, outro aspecto limitante ao acesso é o hermetismo do discurso jurídico e a profusão de normas que atulham a sociedade²²³, e que atualmente contam com a contribuição nada sutil dos juristas/legisladores de plantão junto ao Palácio do Planalto. Assim, mesmo as pessoas dotadas de maiores recursos têm dificuldade em entender normas jurídicas, além do que a rapidez com que se sucedem as legislações colocam em xeque o próprio operador profissional do direito que nunca sabe se a norma em vigor ontem é a vigente hoje. Por outro lado, essas mesmas normas, ao invés de tornarem os comandos legais mais acessíveis e eficazes, através de uma linguagem coloquial, tornam-se cada vez mais rebuscadas e enigmáticas.

Para Marinoni, “Esse hermetismo pode ser fruto de uma intenção de impedir que muitos tenham acesso crítico à legislação, o que faz com que normas fiquem muitas vezes distantes da realidade social”²²⁴. Mesmo assim, ainda é comum ouvir-se como resposta nos tribunais e nos bancos das Faculdades de Direito: “é assim porque a lei determina, manda!”, como se ela possuísse vida própria, independente da vontade dos homens.

²²² FARIA, José Eduardo. “Ordem legal X Mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado”. In: *Direito e Justiça: A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 96.

²²³ Divulgou-se recentemente a existência de 1.000.000 de normas em vigor no Brasil.

²²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 36.

3.2.5 – Proposições para a superação de obstáculos ao acesso

Deve-se ressaltar, antes de mais nada, a impossibilidade de se eliminar as restrições apontadas de forma pontual, uma a uma. É que a maior parte dos problemas afetos ao acesso à justiça estão inter-relacionados e sua eliminação individualizada pode até exacerbar barreiras ao invés de eliminá-las. Vejamos o exemplo apresentado por Mauro Cappelletti:

“uma tentativa de reduzir custos é simplesmente eliminar a representação por advogado em certos procedimentos. Com certeza, no entanto, uma vez que os litigantes de baixo nível econômico e educacional provavelmente não terão a capacidade de apresentar seus próprios casos, de modo eficiente, eles serão mais prejudicados que beneficiados por tal ‘reforma’²²⁵ .

Marinoni, citando Piero Calamandrei, afirma que

“não basta que perante o juiz haja duas partes em contraditório, de modo que o juiz possa ouvir as razões das duas; mas é preciso além disso que essas duas partes se encontrem em condições de igualdade não meramente jurídica (que pode querer dizer meramente teórica), mas que haja entre elas uma efetiva igualdade prática, que quer dizer igualdade técnica e também igualdade econômica”²²⁶ .

Daí porque imprescindível uma busca de soluções de natureza mais genérica para as barreiras ao acesso à justiça, tomando-se como referencial seu inter-relacionamento, assentado na apreciação da ineficácia ou insuficiência dos instrumentos já existentes e na constatação de limitações que ultrapassam o fenômeno estritamente jurisdicional.

²²⁵ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 29.

²²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p.29.

Na esfera judiciária, a efetivação do acesso à justiça somente dar-se-ia num contexto em que as partes possuíssem

“completa ‘igualdade de armas’ - a garantia de que a conclusão final dependa apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos²²⁷”.

Evidentemente que tal “paridade de armas”²²⁸ tem caráter utópico, vez que jamais as multifacetárias diferenças entre as partes poderão ser integralmente erradicadas, razão pela qual devemos buscar meios, cada vez mais radicais, para alcançá-la. Sem a pretensão de completude, apresentamos algumas proposições para buscar minimizar as restrições já apontadas.

Em primeiro lugar, deve-se assegurar a participação popular na distribuição da justiça, rompendo-se o isolamento dos órgãos judiciais²²⁹. Essa participação da população pode se dar diretamente, “com a participação dos chamados juízes leigos (ou mesmo, em teoria, com a eleição do juiz) como também de forma indireta, através dos princípios que permitem o controle da função jurisdicional”²³⁰.

Outras possíveis formas de participação comunitária na administração da Justiça, no intuito de democratizar o acesso, são também citadas por Wolkmer, como “criação de tribunais distritais de habitação e consumidores, centros de justiça de bairro, comissões de apelação e arbitragem, comitês de conciliação e mediação, juízes eleitos e juízes assessores etc.”²³¹

Para isso, a modificação do conceito de juiz ‘leigo’ previsto pela Lei 9.099/95 (Juizados Especiais) torna-se imperiosa, a fim de propiciar a

²²⁷ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. p. 15.

²²⁸ WATANABE, Kazuo. Apud RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. op. cit. p. 35.

²²⁹ O Poder Judiciário, dentre as funções estatais, é o único isento de mecanismos de controle externo e aferição de legitimidade, já que se autoadministra e seus membros são vitalícios.

²³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p.43.

²³¹ WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. p. 229-30.

participação de representantes legítimos das comunidades na solução dos litígios, aos invés da forma atual, através de advogados com, no mínimo, cinco anos de experiência. Esses juízes leigos poderiam ser escolhidos democraticamente pelos cidadãos da base territorial de competência dos Juizados Especiais para cumprir relevante função social pacificadora.

A participação dos leigos na distribuição de justiça tem se dado de forma eficaz em vários países do mundo. Mauro Cappelletti noticia que recente lei italiana “prevê a criação de mais de 4.000 juízes de paz, conferindo-lhes poder limitado, mas nem por isso menos substancial, de decidir causas com base mais na equidade do que no direito estrito”²³². Na Inglaterra, a maior parte da administração da justiça é atribuída a mais de “25.000 juízes leigos, competentes para julgar, além de causas criminais, litígios civis, inclusive de família”²³³. No Brasil, todavia, a regulamentação da “Justiça de Paz”, prevista no artigo 98, inciso II, da Constituição da República é ainda esperada.

Depois, apesar da resistência corporativa realizada por membros do Poder Judiciário, a efetivação de mecanismos de controle externo, como há tempos, desde a Assembléia Nacional Constituinte, clama a sociedade organizada. O magistrado Dyrceu Cintra assim idealiza esse instrumento de participação popular na gestão do Judiciário:

“Um controle feito pela sociedade civil, que não ficasse a cargo exclusivo dos operadores jurídicos, ou seja, do juiz, do promotor, do advogado, mas que abranja toda a sociedade, através de órgãos representativos. Porque a questão da Justiça interessa a todo mundo, não só ao juiz. Eu vejo o controle sob dois aspectos. O primeiro, de administração da justiça: um órgão de controle do Judiciário como estrutura de poder, que pudesse imprimir políticas públicas de acesso à justiça, que pudesse verificar onde está faltando vara, quais as prioridades para aplicação de verbas, construção de prédio, toda essa coisa. O

²³² CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça”. In: *Revista Forense*. op. cit. p.125.

²³³ Idem, *ibidem*.

outro aspecto seria a criação de uma espécie de *ombudsman* do Judiciário: um órgão que tivesse livre acesso aos dados internos dos tribunais e que pudesse revelar isso com a maior transparência a toda população (...) para evitar as duas coisas – a perseguição ou a proteção corporativista”²³⁴.

Quanto aos Juizados Especiais, além da viabilização da participação popular, é imprescindível sejam localizados nas periferias das grandes cidades, próximos às populações carentes, a fim de propiciar acesso facilitado,

“inclusive pelo rompimento de barreiras culturais e psicológicas, e fortalecidas, ainda, a orientação e a educação para o exercício de direitos. Sem falar que os próprios juízes, árbitros, conciliadores, membros do Ministério Público e advogados, poderão sentir de perto as questões sociais que atormentam as populações, o que certamente propiciará soluções mais eficientes”²³⁵.

Por outro lado, os advogados devem estar próximos e presentes às áreas de conflituosidade, no intuito de

“investir contra os elementos da crise social, contra as raízes da pobreza. A forma é a da *law communes* do Direito norte-americano: a criação de escritórios de assistência jurídica, com aconselhamentos e interposições e ações, também visando a modificação da jurisprudência (*leading case*)”²³⁶.

Para isso, a luta pela instituição de fato e de direito das Defensorias Públicas, com autonomia administrativa e financeira e número suficiente de advogados, com remuneração condigna, deve ser sem trégua.

Outro mecanismo constitucional de grande importância a carecer de regulamentação é o previsto no artigo 126, os ‘juízos de questões agrárias’

²³⁴ CINTRA, Dyrceu. *Revista Caros Amigos*, n. 05, ago 197. p. 27.

²³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p.45-6.

²³⁶ LAGRASTA NETO, Caetano. “Meios alternativos de solução de litígios”. In: *Revista dos*

que seriam, face à crescente conflituosidade no campo - se voltados à pacificação e justa distribuição da terra em nosso país - de contribuição expressiva ao real acesso à justiça de posseiros, trabalhadores rurais sem-terra e pequenos proprietários. Sua não regulamentação configura descaso e irresponsabilidade dos órgãos de cúpula dos Judiciários estaduais, reduzindo a norma supracitada a "uma simples ornamentação constitucional"²³⁷.

No mesmo sentido, seria de grande eficácia a ampliação da titularidade para a interposição da ação popular, inserindo-se também como legitimados para atuar em seu pólo ativo aqueles contemplados pela Ação Civil Pública (Ministério Público, associações civis etc.). A regulamentação do Mandado de Injunção também urge, no intuito de realmente viabilizar esta ação constitucional, relegada a mero aviso de inadimplência, pelo Judiciário, ao Legislativo.

Quanto aos altos custos da produção de provas, principalmente aquelas de natureza pericial, não é possível se contar com a caridade de profissionais e entes privados não vinculados ao Poder Judiciário. Sugestão de Cândido Rangel Dinamarco vem no sentido da instituição, pelo Estado, de um fundo a ser mantido por parcela das próprias custas processuais que são recolhidas em todos os processos²³⁸.

Visando a garantir informação e orientação jurídica aos necessitados devem atuar ainda, além das defensorias, os órgãos e associações de classe, como Ordem dos Advogados do Brasil, Associação dos Magistrados Brasileiros etc., as Universidades, através de seus Núcleos de Prática Jurídica²³⁹ (campo de estágio obrigatório para graduação no curso de Direito), assim como "os veículos de comunicação de massa e os mais diversos setores da vida privada, devem oferecer meios de informação e

Tribunais, v. 639, p. 50.

²³⁷ BAETA, Hermann Assis. op. cit. p. 229.

²³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. op. cit. p.126

²³⁹ A experiência do "Fórum da UFSC" dá conta da possibilidade de unificação do ensino jurídico de qualidade e a prestação de relevantes serviços sociais à população, cumprindo a tão esquecida "função social da Universidade". Vide RODRIGUES, Horácio Wanderlei. "Fórum da UFSC: Experiência Alternativa de Concretização da Garantia de Assistência Jurídica Integral e Gratuita". In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Lições Alternativas de*

orientação aos cidadãos acerca dos seus direitos e de como exercê-los²⁴⁰. O exemplo do Poder Judiciário paranaense, “que fez imprimir e divulgar uma espécie de cartilha, sob a orientação do Assessor do Juizado Especial de Pequenas Causas, onde o cidadão passa a perceber que o acesso à justiça não é difícil, oneroso e incômodo²⁴¹, pode e deve ser seguido.

No intuito de tornar mais célere e, quem sabe, mais efetiva a prestação jurisdicional, é imperiosa a informatização dos serviços judiciais. De presença quase imperceptível nos órgãos do Judiciário, o computador, quando utilizado, tem servido praticamente aos “aspectos periféricos da administração da Justiça, como a distribuição e o controle das anotações sobre andamento dos feitos. Quase nada se tem investido na sistematização da produção de atos judiciais com a utilização do computador²⁴². É óbvio que não estamos propondo com isso a robotização das decisões, mas sim a utilização da tecnologia já produzida pela humanidade no sentido de garantir maior rapidez nos feitos e maior eficácia das decisões.

Outro aspecto de fundamental importância para garantia do acesso à ordem jurídica justa diz respeito ao papel do magistrado na sociedade e às formas com que são selecionados e qualificados para o exercício da jurisdição, pois

“O acesso à ordem jurídica justa supõe, ainda, um corpo adequado de juízes, com sensibilidade bastante para captar não somente a realidade social vigente, como também as transformações sociais a que, em velocidade jamais vista, está submetida a sociedade moderna, e isso evidentemente requer cuidados com o recrutamento e com o aperfeiçoamento constante dos juízes ao longo de sua carreira²⁴³”.

Daí porque é de grande responsabilidade a aplicação de cursos

Direito Processual. São Paulo: Acadêmica, 1995. p. 67-78.

²⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. op.cit. p.49.

²⁴¹ CARMONA, Carlos Alberto. op. cit. p. 96.

²⁴² GUIMARÃES, José Lázaro Alfrêdo. Apud DELGADO, José Augusto. “Acesso à Justiça e Informatização do Poder Judiciário”. In: Conferência Nacional da OAB, XV, 1995, Belo Horizonte. *Anais...* Brasília: OAB, 1995. p. 815.

²⁴³ WATANABE, Kazuo. “Acesso à Justiça e Sociedade Moderna”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e*

“preparatórios para o ingresso na carreira da magistratura, que devem fornecer não só formação jurídica, mas também conhecimentos extrajurídicos e preparação psicológica adequada, firmando a convicção de que toda decisão judicial é um compromisso político e ético, já que o juiz, como detentor do poder político, tem as responsabilidades a ele inerentes”²⁴⁴.

Ou como, como enfatiza o magistrado Dyrceu Cintra, presidente da Associação Juízes para a Democracia, “É preciso tirar o juiz do pedestal”²⁴⁵.

Por derradeiro, é necessário compreender que, apesar da importância da atuação do Estado na solução de litígios e na distribuição de Justiça,

“os tribunais apenas resolvem uma ínfima parte de todos os conflitos cuja resolução lhes é pedida. É preciso dar-se conta, também, que esses próprios conflitos apenas constituem uma ínfima parte de todos os conflitos de interesses cuja resolução se possa conceber pedir ao tribunal e uma parte ainda menor do conjunto dos litígios que se produzem na sociedade”²⁴⁶.

Isso se dá, em primeiro lugar, por atuação dos já mencionados obstáculos internos ao fenômeno processual estatal, que impedem a resolução eficaz e justa da demanda, seja pela desistência da pretensão trazida a juízo, seja pela celebração de um acordo desigual para uma das partes ou pelo próprio abandono da causa pelo réu, configurando sua revelia. De outra feita - apesar da pretensão de completude do ordenamento e da inafastabilidade da tutela estatal que ainda prepondera na mentalidade e na ação dos operadores jurídicos - pela real impossibilidade, ilegitimidade e desnecessidade da utilização dos mecanismos estatais e formais de resolução de disputas.

Processo. op. cit. p. 134.

²⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p.51.

²⁴⁵ CINTRA, Dyrceu. op. cit. p. 27.

²⁴⁶ GALANTER, Marc. “A justiça não se encontra apenas das decisões dos Tribunais”. In: HESPANHA, Antonio Manuel Botelho (org.). *Justiça e Litigiosidade: História e Perspectiva*.

Daí a existência necessária de outras formas, não estatais e informais, de pacificação dos conflitos decorrentes da vida em sociedade. Esses instrumentos, apresentados como alternativas ao clássico processo jurisdicional contencioso, estão presentes também nos ordenamentos legais (conciliação, arbitragem etc.), mas têm sua maior expressão no seio da sociedade, junto às comunidades e aos grupos de interesses, sem contudo negar o papel daqueles.

Contudo, a reflexão de José Reinaldo de Lima Lopes quando trata do chamado 'uso alternativo do direito' em nosso país, também não pode ser esquecida:

“No Brasil o uso alternativo não é tão alternativo assim. Na verdade a grande alternativa é os pobres se valerem do direito vigente. O movimento de direitos humanos não tem, em geral, reivindicado positivamente situações novas. Ele tem, por meio de uma espécie de assistência judiciária, levado os pobres a bater com mais frequência e mais interesse nas portas dos tribunais e dos gabinetes. Esta é a alternativa: pedir o cumprimento de leis que já existem”. (...) “Com o tempo este uso ‘alternativo’ do direito revela as dificuldades estruturais do Poder Judiciário : falta de cultura jurídica apropriada (cultura jurídica liberal, individualista), falta de canais de comunicação entre a sociedade civil e o Judiciário (a presença de público nas audiências é temida como pressão indevida etc.). (...) A verdadeira alternativa apresentada, pois, não está tanto no que se pede aos tribunais ou autoridades, mas no próprio fato de se pedir”.²⁴⁷

3.3. Métodos alternativos para resolução de conflitos e garantia de direitos.

Os estudos realizados pela antropologia social acerca das sociedades africanas, em meados deste século, apresentaram à sociologia jurídica

Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 67.

²⁴⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. op. cit. p.9-10.

novos padrões de vida jurídica e de Direito que diferiam totalmente dos moldes das sociedades 'civilizadas':

“direitos com baixo grau de abstração, discerníveis apenas na solução concreta de litígios particulares; direitos com pouca ou nula especialização em relação às restantes actividades sociais; mecanismos de resolução de litígios caracterizados pela informalidade, rapidez, participação activa da comunidade, conciliação ou mediação entre as partes através de um discurso retórico, persuasivo, assente na linguagem comum”²⁴⁸.

Tais características desnudaram a existência, dentro de uma mesma sociedade, de uma pluralidade de direitos em convivência e interação através de diferentes formas. Essas análises levaram à verificação, através da Sociologia do Direito, da existência de fenômenos de juridicidade semelhante nas sociedades 'centrais' contemporâneas, com a utilização de mecanismos de resolução de litígios informais que atuam à margem do ordenamento jurídico estatal e de seus órgãos de aplicação jurisdicional.

Do resultado destes estudos concluiu-se que, pela ótica da Sociologia, o Estado contemporâneo não tem o monopólio da produção e distribuição do direito, e, apesar de ser o direito estatal o modo de juridicidade dominante, ele coexiste com outros que com ele se articulam e interagem de diversas formas. Outra conclusão decorrente dos mencionados estudos aponta no sentido de que o declínio da litigiosidade civil nos tribunais oficiais não denota a diminuição dos conflitos jurídicos e sociais, mas sim a utilização crescente de outras formas de resolução de litígios existentes na sociedade, de natureza informal, mais baratas e céleres, fora da esfera de atuação estatal.²⁴⁹

Para Boaventura de Souza Santos, estas conclusões chegaram a influenciar algumas das reformas promovidas na administração da justiça, na

²⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. op. cit. p. 175.

²⁴⁹ Idem, *ibidem*. p. 176.

Europa e na América do Norte, durante as décadas de setenta e oitenta, sejam no interior do aparato jurisdicional ou através de criação de alternativas a ele. Dentre as primeiras, o sociólogo português salienta:

“o reforço dos poderes do juiz na apreciação da prova e na condução do processo segundo os princípios da oralidade, da concentração e da imediação (...); a criação de um novo tipo de relacionamento entre os vários participantes do processo, mais informal, mais horizontal, visando um processamento mais inteligível e uma participação mais activa das partes e das testemunhas (...); as reformas no sentido de ampliar o âmbito e incentivar o uso da conciliação entre as partes sob o controle do juiz”²⁵⁰.

Cita, então, como exemplos destes tipos de reforma as ocorridas na Alemanha, com o chamado *Stuttgart Modell*, e na França, através da criação em 1967 dos tribunais de grande instância nos departamentos periféricos da região parisiense.

No que concerne ao segundo tipo de reformas - criação de alternativas aos instrumentos estatais de resolução de conflitos - que são conhecidos, em geral, por *Alternative Dispute Resolution* (ADR), esta hoje constitui a maior área de inovação na política judiciária. Partindo-se da constatação de que “em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal – o tradicional processo litigioso em juízo – pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos”²⁵¹, surgem, em paralelo aos meios convencionais de administração da justiça, instituições que buscam ser

“leves, relativa ou totalmente desprofissionalizadas, por vezes impedindo mesmo a presença de advogados, de utilização barata, se não mesmo gratuita, localizados de modo a maximizar o acesso aos seus serviços, operando por via expedita e pouco regulada, com

²⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. op. cit. p. 176.

²⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça”. In: *Revista Forense*. op. cit. p.124.

vista à obtenção de soluções mediadas entre as partes”²⁵².

Como exemplos destes meios alternativos de resolução de disputas são citados, então, a criação experimental dos centros de Justiça de bairro nos Estados Unidos da América e os *conciliateurs* na França, entre muitos outros²⁵³.

3.3.1 – Métodos alternativos no Brasil

3.3.1.1 – Breve Histórico

Na história da cultura jurídica brasileira preponderou, mesmo que retoricamente, o direito estatal, oficial e formal na resolução dos conflitos, em detrimento às formas plurais e não-estatais aqui existentes antes mesmo da colonização. Entretanto, e em razão da grande pretensão retórica deste ‘oficialismo estatal’, produtor de um direito inadequado às demandas da sociedade, seja da grande maioria do povo desprovido dos direitos civis e de cidadania básicos, como em alguns momentos também dos interesses oligárquicos e corporativistas das elites, insurgem outras normatividades no curso de nossa história e outros meios de solução de controvérsias, fora do âmbito do direito estatal posto.

O antropólogo Robert Weaver Shirley, analisando a cultura jurídica brasileira dos séculos XVI a XX, aponta a existência de três níveis de legalidade convivendo no Brasil:

“1º) As leis formais das escolas de Direito e do governo - as leis da elite urbana ; 2º) As leis dos coronéis, os grandes proprietários de terra e a elite comercialmente ativa, que são muitas vezes

²⁵² SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. op. cit. p. 176.

²⁵³ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. op. cit. e também CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça”. In: *Revista Forense*. op. cit. p. 125-30.

soberanos absolutos de suas propriedades e; 3º) A lei popular, as leis consuetudinárias dos pequenos agricultores, agregados, camponeses, caipiras e dos pobres das zonas urbanas”²⁵⁴.

Durante o período colonial, fica evidenciado a inexistência no projeto da Metrópole nenhuma predisposição à prestação de serviços ao povo, muito menos de trazer-lhe justiça. Com precisão caracteriza Robert W. Shirley a sociedade colonial brasileira:

“A estrutura do Estado era fundamentalmente neofeudal e patrimonial, com o poder de fato nas mãos das grandes famílias de fazendeiros. A maior parte da população não tinha voz no governo nem direitos pessoais. Eram escravos, objetos de comércio. Havia um sistema de repressão constante que somente podia ser sustentado porque a classe dominante, através de seus vínculos comerciais com a Europa, podia manter a força militar e comprar as armas necessárias para controlar a população. No Brasil, ocorreram numerosas rebeliões de escravos, porém o Estado pôde sempre eliminá-las, ao menos nas cidades e nas áreas de plantação. Entretanto, o que realmente ocorreu foi uma fuga constante de escravos das fazendas para o interior, onde criaram pequenas comunidades africanas - os quilombos, ou se misturaram aos indígenas, ou mesmo aos mulatos, descendentes de portugueses e escravos africanos. Ao longo dos séculos, grandes áreas do Brasil Central foram povoadas por estas pequenas comunidades rurais, em grande parte excluídas das leis das cidades e da economia nacional e internacional”²⁵⁵.

Além do negro e do índio, alijados da e pela legalidade colonial em razão da escravidão, outros setores da sociedade também tinham o mesmo destino: judeus, muçulmanos, europeus miseráveis perseguidos por dívidas, hereges e todos aqueles excluídos da empresa colonial não compartilhavam

²⁵⁴ SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 89-90.

de mínimos direitos e prerrogativas. Decorre daí uma distinção entre o Direito do Estado Colonial e o Direito do povo excluído da Colônia, por sinal ampla maioria, assim entendido por Jacques T. Alfonsin: "(...)'direito do Estado', a 'lei oficial', queridos e mantidos por oligarquias economicamente poderosas, e o 'direito do povo' refugiado em comunidades 'excluídas'... pelo ordenamento jurídico formal"²⁵⁶.

Mesmo sem estudos conclusivos, a experiência do Quilombo dos Palmares é a mais rica no sentido de apontar a existência de um "direito insurgente, eficaz, não-estatal"²⁵⁷. Pesquisas recentes indicam uma pluralidade social e cultural que autorizam afirmar a existência de vários ordenamentos legais distintos entre si e antagônicos ao estatal e oficial, convivendo num mesmo espaço geopolítico. O Professor Pedro Paulo Funari, arqueólogo do Departamento de História da Universidade de Campinas - UNICAMP, pesquisador de Palmares afirma que : "a cultura de Palmares era o resultado da interação dos mais variados grupos étnicos que compunham o quilombo"²⁵⁸. Tal posição corrobora a postulada por Décio Freitas:

"Os negros não apenas se misturavam entre si - misturavam-se também com índios, mulatos e mesmo brancos. A massa palmarina, portanto, longe de constituir um todo compacto e homogêneo, formava um complexo composto étnico"²⁵⁹.

Assim, configura-se nos quilombos e também nas reduções jesuíticas - já que nelas, apesar da influência da Igreja, vivia-se com uma legalidade própria, comunitária - uma legalidade paralela, alternativa ao modelo imposto pela Metrópole e pelos grandes proprietários de terras, implementadores do projeto colonial. É essa também a posição de Antonio Carlos Wolkmer quando afirma que "os traços reais de um pluralismo subjacente envolvendo

²⁵⁵ ALFONSIN, Jacques Távora et alli. *Negros e Índios no cativo da terra*. Rio de Janeiro: AJUP/FASE, 1989. p.18.

²⁵⁶ Idem, *ibidem*.

²⁵⁷ Id., *ibid.* p.20.

²⁵⁸ "Pequeno Brasil de Palmares, O". *Folha de São Paulo*, 04.06.95, p. 5 - 16.

práticas jurídicas informais não-oficiais podem ser encontrados nas remotas comunidades socializadas de índios e negros do Brasil colonial"²⁶⁰.

Com a independência do Brasil e a instauração do Império, apesar da implantação de uma "estrutura jurídica oficializada, unitária e formal"²⁶¹, contando inclusive com a instalação das Escolas de Direito de Recife e de São Paulo, muito pouco mudou no que concerne à "tradição elitista e segregadora" do nosso ordenamento jurídico, baseado ainda, em grande parte, nas Ordenações Portuguesas. Tal legislação, distante das práticas comunitárias locais, agia como inibidora de ações alternativas e plurais de resolução de conflitos e reguladoras de comportamento.

A estrutura sócio-econômica do país continuava assentada no latifúndio monocultor e na mão-de-obra escrava, assim, não havia, por parte das elites nacionais, interesse algum em estabelecer Direitos Sociais e de Cidadania. O maior reflexo desse Estado agrário e escravocrata, calcado ainda na lógica da exclusão, é que durante todo o Império somente os Códigos Penal, Processual Penal e Comercial foram aprovados, sendo a Consolidação das Leis Civis de 1.857, elaborada por Teixeira de Freitas, rejeitada por não incluir o "Código Negro"- conjunto de normas concernentes à escravidão.

Entretanto, tendo sido a religião católica legalmente declarada religião oficial, o Direito Canônico passa a ter vigência paralela ao Direito do Estado. Alguns institutos da legislação canônica ocuparam papel de destaque na história de nossas instituições jurídicas: o Registro Paroquial - substitutivo do Registro Imobiliário, tornado obrigatório pela Lei de Terras de 1.850 - e a Celebração do Matrimônio - este mais importante e significativo perante a Igreja do que como ato civil.

Tal convivência de ordenamentos, diferentemente do que ocorria durante o período colonial, não configura qualquer avanço no sentido de

²⁵⁹ FREITAS, Décio. *Palmares - A guerra dos escravos*. 5. ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1984. p. 41.

²⁶⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. "Instituições e Pluralismo na Formação do Direito Brasileiro". In: ROCHA, Leonel Severo. *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 12.

²⁶¹ Idem, *ibidem*. p. 13.

ampliar os meios de solução de controvérsias e recepção de práticas jurídicas comunitárias. Para Wolkmer

"O pluralismo jurídico do Império que foi reconhecido e igualmente permitido limitadamente pela estrutura oficial do poder monárquico, entretanto, não refletiu qualquer avanço de práticas extra-legais ou informais de cunho comunitário ou popular. Tratava-se de um pluralismo jurídico ideologicamente conservador e elitista que reproduzia tão-somente a convivência das forças dominantes, ou seja, entre o Direito do Estado e o Direito da Igreja"²⁶².

As alterações políticas (a República) e econômicas (preponderância das oligarquias cafeeiras) na passagem do século XIX para o século XX, acabaram por modificar a formação sócio-política do país, sem contudo alterar as enormes desigualdades existentes entre as elites econômicas e a grande maioria da população. Tais alterações levaram a "instauração de uma ordem claramente liberal-burguesa" que "propiciou a solidificação definitiva de uma cultura jurídica positivista (...)essencialmente monista, estatal e dogmática"²⁶³. Esse positivismo jurídico atinge seu ápice com a aprovação das grandes codificações, firmadas numa retórica liberal e de formalismo de procedimentos, porém ocultando a extrema estratificação de classes existente no Brasil.

A afirmação do paradigma positivista alcança extremos de mitificação do Princípio da Legalidade, de grande fecundidade entre os doutrinadores penalistas pátrios. Caracterizando isto, a redução do Direito à lei, um dos autores do nosso Código Penal, Nelson Hungria nos legou esta 'pérola' do monismo pseudo-positivista:

"(...)não há outro Direito senão o que se encerra na lei do Estado. A fórmula de Kelsen e

²⁶² WOLKMER, Antonio Carlos. "Instituições e Pluralismo na Formação do Direito Brasileiro". In: ROCHA, Leonel Severo. *Teoria do Direito e do Estado*. op. cit. p. 13.

²⁶³ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico - Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. op. cit. p.77.

incontestável: 'o Estado é o Direito'. Não há Direito errando fora das leis. Não é Direito, mas simples aspiração a Direito, com maior ou menor probabilidade de êxito, o que não se insere no mandamento coativo do Estado.(...) Se não há poder algum acima da soberania do Estado, a vontade deste é a lei e a única matriz do Direito"²⁶⁴.

Porém, apesar da pretensa exclusividade do Estado para dizer o Direito e resolver os conflitos, a prática das comunidades no interior do país era bem diferente. Decorrência do patrimonialismo que sempre marcou o trato público no Brasil, o 'Coronelismo', definido por Victor Nunes Leal como "um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente os senhores de terras"²⁶⁵, configura a negação daquele monismo jurídico imposto pelas elites centrais. O 'Coronel', chefe local ou regional, é quem, nos longínquos rincões do país, diz o Direito, soluciona demandas, 'manda prender e manda soltar', ele

"exerce, por exemplo, uma ampla jurisdição sobre seus dependentes, compondo rixas e desavenças e proferindo, às vezes, verdadeiros arbitramentos, que os interessados respeitam. Também se enfeixam em suas mãos, com ou sem caráter oficial, extensas funções policiais, de que freqüentemente se desincumbe com a sua pura ascendência social, mas que eventualmente pode tornar efetivas com o auxílio de empregados, agregados ou capangas"²⁶⁶.

Edgar Carone, tratando também das instituições da República Velha, caracteriza o 'Coronel' como "o juiz, pois obrigatoriamente é ouvido a

²⁶⁴ HUNGRIA, Nelson. Apud WOLKMER, Antonio Carlos. "Instituições e Pluralismo na Formação do Direito Brasileiro". In: ROCHA, Leonel Severo. *Teoria do Direito e do Estado*. op. cit. p. 15.

²⁶⁵ NUNES LEAL, Victor. *Coronelismo, enxada e voto*. 4 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1978. p. 20.

²⁶⁶ Idem, *ibidem*. p. 23.

respeito de questões de terras e até de casos de fugas de moças solteiras"²⁶⁷.

Evidencia-se assim que, mesmo com cunho eminentemente conservador e mantenedor de uma estrutura social opressora e estratificada, ocorriam neste período práticas jurídicas plurais e não estatais, apesar da existência de um rígido ordenamento jurídico estatal, monista e calcado fortemente no paradigma positivista.

3.3.1.2 – A crise da administração formal da justiça

É indiscutível, na atualidade, o esgotamento do Poder Judiciário como instância exclusiva para resolução de conflitos, mormente os que envolvem interesses e Direitos coletivos. A morosidade dos procedimentos, a ineficácia das decisões, os altos custos das ações acabam por afugentar o grosso da população dos tribunais, privando-os, na maioria das vezes, de seus direitos mais fundamentais, muitos dos quais normatizados programaticamente nas cartas federal e estaduais e nas legislações codificadas.

Mesmo com a introdução em nosso ordenamento jurídico de todas as inovações e alterações anteriormente citadas ainda persistem inúmeras limitações que impedem um efetivo acesso à justiça. Para Ada Pellegrini Grinover existe uma verdadeira crise da administração da justiça já que o aparelho judiciário e a administração da Justiça não acompanharam o extraordinário progresso científico do direito processual:

“sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito,

²⁶⁷ CARONE, Edgar. *A República Velha (Instituições e Classes Sociais)*. São Paulo: Difel, 1970. p. 251.

tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários"²⁶⁸.

Apontando também este quadro crítico, Antonio Carlos Wolkmer caracteriza-a como sintoma da bancarrota do paradigma positivista neste termos

:

“A crise vivenciada pela Justiça oficial, refletida em sua inoperacionalidade, lentidão, ritualização burocrática, comprometimento com os ‘donos do poder’ e falta de meios materiais e humanos, não deixa de ser sintoma indiscutível de um fenômeno mais abrangente, que é a própria falência da ordem jurídica estatal”²⁶⁹.

Enquanto nas sociedades centrais (Europa, EUA e Japão) o Judiciário tem acompanhado a crescente "ruptura com as formas tradicionais de representação política, a dinâmica expansão da cidadania coletiva e a implementação de políticas reformistas(...) tornando-o um 'novo centro de produção de Direitos'", nos países de capitalismo periférico como o Brasil permanece preso "às antigas e limitadas funções dogmáticas de resolução de conflitos individuais e patrimoniais"²⁷⁰.

Diante dessa situação, o surgimento de instâncias alternativas para resolução de conflitos torna-se inevitável. Estas instâncias articulam-se através das chamadas "instâncias judiciais informais", normalmente junto a setores da sociedade civil organizada (Juizados de Conciliação, Arbitragem etc.).

²⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. "A conciliação extrajudicial no quadro participativo". In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e Processo*. op. cit. p. 278.

²⁶⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. op. cit. p. 89.

²⁷⁰ Idem, *ibidem*. p. 88.

3.3.1.3 – Arbitragem

Face à crescente asfixia do Poder Judiciário, oneroso e lento, setores do empresariado nacional, mais especificamente nos Estados de maior industrialização (São Paulo e Minas Gerais), vêm criando Câmaras de Arbitragem para solução de conflitos comerciais. Segundo a diretora da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, órgão da CIESP - Centro da Indústrias do Estado de São Paulo, Selma M. Ferreira Lemes "o objetivo é viabilizar uma alternativa à Justiça oficial, que resolva os litígios rapidamente e a um custo mais baixo"²⁷¹.

A arbitragem, método de solução de controvérsias presente em nosso ordenamento desde a Colônia, toma contemporaneamente contornos diferenciados face às modificações introduzidas pela nova lei de arbitragem (Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996). É que a regulamentação anterior do instituto trazia, segundo estudiosos do tema, limitações que praticamente o inviabilizavam, como a insuficiência para sua instituição da cláusula compromissória, sendo necessário para tanto o compromisso arbitral e também a obrigatoriedade de homologação judicial do laudo arbitral para que produza os mesmos efeitos da decisão judicial, o que lhe retira várias vantagens como solução alternativa de litígios, como, por exemplo, o segredo do procedimento, sua rapidez e economia²⁷².

Todavia, diante dessa nova regulamentação, que transforma o produto final da atividade arbitral em "sentença"(artigo 23 e seguintes, principalmente o artigo 31), configurando título executivo judicial, somente passível de reapreciação judicial em razão de alguma nulidade de natureza formal (artigo 32), algumas discussões têm se dado quanto a constitucionalidade desta modalidade não-jurisdicional de dicção do direito, face ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estampado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República.

²⁷¹ "Câmara de arbitragem agiliza solução de litígios comerciais". *Folha de São Paulo*, 03.06.95. Caderno Cotidiano, p. 3 - 2.

²⁷² CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 91.

A utilização de tal instrumento, já comum nos países centrais - o Brasil só possuía, em 1995, outras três instituições similares (Comissão de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio de Brasil, em Belo Horizonte-MG, Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá e Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem, ambos em São Paulo-SP) , demonstra como as grandes corporações, diante da ineficácia da distribuição da tutela jurisdicional estatal, buscam meios alternativos para solucionar as suas demandas, como historicamente tem feito.

A maior parte da população, aquele contingente que mais necessita de meios mais acessíveis e rápidos, fica entretanto, na maioria das vezes, impossibilitada para a utilização deste instrumento, em razão de seus altos custos.

3.3.1.4 – Conciliação

Instrumento de resolução de conflitos mais acessível, caracterizada como “prática judicial (instaurada a partir do processo) ou extrajudicial (alternativa para evitar o processo estatal) capaz de mediar partes antagônicas, conflitos de interesses e litigiosidades provenientes de relações de consumo”²⁷³, a conciliação tem tornado-se prática cotidiana em razão de sua menor formalidade, celeridade e eficácia. Adotada atualmente como corolário do Processo Civil e Trabalhista, a conciliação endoprocessual – dever de tentar compor as partes - atribuída na maior parte das vezes ao próprio magistrado da causa, deve ocorrer prévia e obrigatoriamente (sua ausência é causa de nulidade) em todos os procedimentos da jurisdição civil e trabalhista.

O Código de Processo Civil estabelece a obrigatoriedade da tentativa de conciliação prévia, através de audiência específica para tanto (artigos 277 - procedimento sumário e 331 - procedimento ordinário) e no início da audiência de instrução e julgamento (artigos 447-8), como também

²⁷³ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. op. cit. p. 267.

prescreve ser dever do magistrado "tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes" (artigo 125, inciso IV) Também nos Juizados Especiais (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995) a busca da conciliação faz parte de seus critérios orientadores (artigo 2º), devendo-se buscar a conciliação prévia das partes (artigos 21-3), somente se passando ao procedimento judicial se tal tentativa restar infrutífera (artigo 27). Por fim, na esfera trabalhista, onde a conciliação integra a própria denominação das cortes de primeira instância - as Juntas de Conciliação e Julgamento - as tentativas de composição entre reclamante e reclamado devem acontecer, ao menos duas vezes, consoante preceituam os artigos 847 e 850 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Todavia, o fato de configurar essa tentativa de conciliação obrigação do juiz, apresentada quando as partes já se encontram em litigiosidade aberta e completamente caracterizado o acirramento de ânimos, tem tornado tal tentativa de harmonização penosa e pouco produtiva. Para Carlos Alberto Carmona isso se dá pelas seguintes razões:

“em primeiro, as partes já terão desenvolvido atividade probatória no processo; e não estarão dispostas a relegá-la ao esquecimento, até porque o custo envolvido poderá ser considerável; os advogados, diante do material probatório já acostado aos autos, nem sempre serão simpáticos à solução de meio, conciliativa, que tornará inútil o trabalho até então desenvolvido; o magistrado, que no mais das vezes já terá condições de intuir a razão do autor ou do réu, precisará manter a todo custo sua posição de imparcialidade, o que limitará drasticamente sua atividade de conciliador”²⁷⁴.

Assim, muitos magistrados restringem-se, nesse ato processual, a formular o questionamento acerca da eventual possibilidade das partes realizarem um acordo.

Outrossim, quando devidamente realizadas as tentativas de conciliação, como tem ocorrido nos Juizados Especiais e nas Juntas de

²⁷⁴ CARMONA, Carlos Alberto. op. cit. p. 93.

Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho, alguns desvios provocados por uma 'quase coação' realizada pelos conciliadores²⁷⁵, juízes leigos, classistas e togados que, no afã de dirimir os inúmeros litígios que lhes são apresentados, no intuito de minimizar a excessiva carga de trabalho a que estão submetidos, acabam por impor acordos que nem sempre harmonizam realmente as pretensões a eles apresentadas. Afinal, se meu direito corresponde a 1.000, um acordo firmado em 500 faz justiça ou beneficia o devedor? É possível restaurar o equilíbrio social alterado pelo litígio sem o real convencimento dos contendores e a efetiva satisfação dos interesses?

Extrajudicialmente, contudo, a conciliação tem imenso potencial para dirimir controvérsias. Para Ada Pellegrini Grinover é a racionalização na distribuição da Justiça o principal objetivo para o renascimento desta modalidade alternativa de conciliação. Diz a eminente professora:

"A crise da Justiça, representada principalmente por sua inacessibilidade, morosidade e custo, põe imediatamente em realce o primeiro objetivo almejado pelo renascer da conciliação extrajudicial: a racionalização na distribuição da Justiça, com a conseqüente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados de mediação, ainda que facultativos"²⁷⁶.

Para ela, é inadequada a técnica processual jurisdicional para o deslinde de pequenos litígios, como por exemplo os que versam sobre relações comunitárias e de vizinhança, direitos do consumidor, acidentes de trânsito etc.. O "critério informativo" da conciliação não seria necessariamente o da legalidade, mais sim o da eqüidade.

²⁷⁵ A Lei nº 9.099/95, estabelece em seu artigo 21 que os "Aberta a sessão, o juiz togado ou leigo esclarecerá aos presentes as vantagens da conciliação, mostrando-lhes **os riscos e as conseqüências do litígio (...)**".

²⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. "A conciliação extrajudicial no quadro participativo". In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e Processo*. op. cit. p. 282

Para ilustrar a viabilidade de organismos voltados à conciliação extrajudicial, cita a já mencionada pensadora do Direito a experiência bem sucedida dos Juizados Informais de Conciliação de São Paulo. Fazendo coro, Carlos Carmona reconhece o sucesso na implantação dessas instâncias de solução informais de controvérsias, apresentando como seus fatores a desburocratização da Justiça, o que proporciona que o cidadão comum se sinta

“menos apavorado ao entrar no recinto forense, onde é recebido por funcionários aptos a orientarem suas reclamação; a linguagem forense perdeu parte de seu mistério, tornando-se acessível ao leigo, até porque o conciliador procurará explicar de modo singelo qual o tipo de problema jurídico em discussão, analisando as soluções viáveis; a participação ativa do Ministério Público como órgão de orientação conscientiza o cidadão de seus direitos, incentivando-o a defendê-los; a celeridade e a informalidade do procedimento fazem cair por terra pouco a pouco o preconceito de que a Justiça é lenta; e, finalmente, a gratuidade e a desnecessidade de fazer-se acompanhar a parte por advogado estimula o hipossuficiente a procurar no Juizado a solução de seus litígios”²⁷⁷.

Porém, essa modalidade de resolução de litígios foi infelizmente suprimida com o advento dos Juizados de Pequenas Causas e, posteriormente, dos Juizados Especiais.

Por fim, cabe registrar a competência para "funções conciliatórias, sem caráter jurisdicional" dos "Juízes de Paz", contemplados pela Constituição de 1.988, em seu artigo 98, II, mas que para real efetivação dependem da iniciativa dos poderes públicos estaduais e ainda hoje são pouco utilizados.

É de se ressaltar, todavia,

“que nem todas as controvérsias são idôneas a ser solucionadas pelas vias conciliativas

²⁷⁷ CARMONA, Carlos Alberto. op. cit. p. 94.

extrajudiciais, sendo a esse propósito de grande importância as pesquisas empíricas de caráter sociológico, destinadas a destacar os litígios cuja natureza melhor se coaduna com os equivalentes jurisdicionais e para cuja solução o processo não configura instrumento necessário nem o mais adequado”²⁷⁸.

3.3.1.5 – Outras alternativas

Para Watanabe, é incumbência do Estado organizar, ao lado dos mecanismos tradicionais e formais já existentes, todos esses meios alternativos de solução de conflitos, não necessariamente no interior do Poder Judiciário, podendo também

“ficar a cargo de entidades públicas não pertencentes ao Judiciário (v.g., Ministério Público, Ordem dos Advogados, PROCON, Defensoria Pública, Procuradoria de Assistência Judiciária, Prefeituras Municipais) e até de entidades privadas (v.g., sindicatos, comunidades de bairro, associações civis), estimulando sua criação e controlando-os, pois o perfeito desempenho da Justiça dependerá, doravante, da correta estruturação desses meios alternativos e informais de solução de conflitos de interesses”²⁷⁹.

Quanto aos denominados PROCONS, órgãos de proteção e defesa dos consumidores, importante papel podem exercer através da celebração de acordos, resolvendo litígios relacionados a relações de consumo. Como leciona Luiz Guilherme Marinoni, de acordo com

“o art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/86, os PROCONS (na verdade qualquer órgão legitimado à tutela

²⁷⁸ WATANABE, Kazuo. “Acesso à Justiça e Sociedade Moderna”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e Processo*. op. cit. p. 133.

²⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. “A conciliação extrajudicial no quadro participativo”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e Processo*. op. cit. p. 281.

dos interesses protegidos pela Lei que regula a ação civil pública) poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”²⁸⁰.

Outro espaço alternativo de solução de controvérsias tem sido o dos movimentos populares e suas organizações. Manifestação cristalina de que o Estado não detém a exclusividade na produção do direito e distribuição da justiça, as Associações de Moradores das favelas do Rio de Janeiro, aplicando um direito inoficial, têm funcionado como instâncias de resolução de conflitos entre vizinhos²⁸¹.

Por derradeiro, Antonio Carlos Wolkmer destaca como alternativas de resolução de conflitos,

“os seguintes procedimentos auto-reguláveis que podem emergir e ser aplicados por uma pluralidade de atores sociais, associações comunitárias e demais corpos intermediários, subsistindo espontaneamente com relativa autonomia frente à vontade estatal e independente do Direito Positivo oficial: (...) novas modalidades não-institucionais de mediação, conciliação, juízos arbitrais e júri popular; formas não-convencionais, ampliadas e socializadas de juizados especiais de pequenas causas; extensão e fragmentação de comitês ou conselhos populares de justiça; criação de tribunais de bairro, de vizinhança e justiça distrital”²⁸².

Muitos são, pois, os caminhos alternativos a trilhar na efetivação da ordem jurídica justa, seja na instrumentalização de meios de resolução de controvérsias ainda inertes, seja na produção criativa de novos direitos e novos mecanismos de pacificação e harmonização social, transcendendo os limites da administração da justiça estatal e exercitando integralmente a cidadania dos sujeitos individuais, coletivos e comunitários.

²⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p.45.

²⁸¹ SANTOS, Boaventura de Souza. Apud MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 46.

²⁸² WOLKMER, Antonio Carlos. “Pluralismo Jurídico”. In: Conferência Nacional da OAB, XV, 1995, Belo Horizonte. *Anais...* Brasília: OAB, 1995. p. 571.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tarefa de sistematizar e apresentar o desenvolvimento, na história, da cidadania e da luta por acesso à justiça, seu requisito contemporâneo indispensável, não é das mais tranquilas. Os temas, se tomados individualmente, são passíveis de longas e profundas análises que, aliás, já foram realizadas nos mais diversos ramos do conhecimento humano. As aproximações aqui efetuadas, mais um exercício de pesquisa, uma iniciação no instrumental científico, que a busca de conclusões definitivas, nos colocam a questão: valeu a pena? A melhor resposta, como sempre, é dada pelo poeta: “Tudo vale a pena, se a alma não é pequena!”

Dessa experimentação, contudo, algumas conclusões podem ser apresentadas. Em primeiro lugar, restou evidenciado que não há um conceito único e eterno de cidadania, pelo contrário, no desenrolar da história várias foram as acepções dadas a este *status* humano, até a pluralidade de concepções da atualidade. Adotamos como paradigma um conceito dinâmico de cidadania, em constante modificação e aprimoramento através da inserção e reelaboração de novos direitos, que busca assegurar o exercício da utópica plenitude humana.

Por essa razão, o conceito jurídico, elaborado e reelaborado com primor técnico e cientificista, não nos serve para aferir a atuação do “Movimento Universal de Acesso à Justiça. Essa concepção de cidadania, reducionista e autoritária, formaliza o exercício de direitos. Assim, para o pensamento jurídico clássico e, infelizmente, ainda dominante, o acesso aos mecanismos formais de solução de controvérsias está aberto para todos os que cumpram os requisitos legais de cidadania. Sabemos, todavia, que as barreiras que separam os indivíduos do integral gozo de seus direitos não estão restritas à certidão de nascimento e ao título de eleitor.

A análise do denominado "Movimento Universal de Acesso à Justiça" demonstra seu 'crescimento' no curso do tempo, das lutas por garantia de patrocínio profissional aos necessitados, passou-se à busca do reconhecimento e efetivação dos direitos coletivos e difusos, chegando-se, na atualidade, à constatação de seu caráter utópico, através da chamada 'ótica do acesso', ou seja, muito foi feito, mas há ainda muito mais por fazer. Todos os fenômenos estatais ou informais voltados à produção e dicção do direito devem ser revisitados, no intuito de se garantir o máximo de eficácia e legitimidade às relações em sociedade.

Foi essa leitura que permitiu concluir pela existência de uma crise do sistema estatal de resolução de litígios, estatal e formal, que se manifesta desde óbvias limitações de natureza econômica, até constatar barreiras estruturais, decorrentes da própria racionalidade que impera nessa esfera.

É possível resolver algumas dessas restrições, bem como minimizar outras, todavia há uma conclusão inexorável: a cidadania plena, integral, não é passível de ser alcançada sem a garantia de uma 'ordem jurídica justa', onde os direitos possam ser reivindicados e atendidos de forma célere e eficaz, seja através do Estado ou não.

Para isso, o reconhecimento da existência e imprescindibilidade de mecanismos alternativos de produção e aplicação de direitos fora do âmbito estatal faz-se necessária. A arbitragem, a conciliação, a participação popular na administração 'da' e 'de' justiça, entre outros, são prova da importância e inafastabilidade destes meios alternativos.

Os estudiosos e, por que não dizer, os militantes do "Movimento Universal de Acesso à Justiça", que apesar de não estarem ligados por nenhuma organização ou entidade comum, estão equalizados buscando construir um sistema jurídico e procedimental mais humano, continuam estudando, pesquisando e propondo novos instrumentos de acessibilidade da justiça, visando a superar obstáculos das mais diversas naturezas.

Nesse sentido, existe ainda a necessidade de reformar os procedimentos em geral a fim de garantir maior simplificação dos feitos com a aplicação dos princípios da oralidade, da livre apreciação da prova, da

concentração do procedimento e o contato imediato entre juízes, partes e testemunhas. Necessário também imaginar métodos alternativos para decidir as causas judiciais, como o juízo arbitral, a conciliação e incentivos econômicos para que ela ocorra, tribunais de 'vizinhança' ou 'sociais' para solucionar divergências na comunidade, tribunais especiais para demandas de consumidores, entre muitos outros.

As conquistas contabilizadas pelo "Movimento Universal de Acesso à Justiça", assim como por muitos outros movimentos, na construção de uma ordem social justa e cidadã não podem ser, de forma alguma, menosprezadas. Entretanto, face à dinâmica do processo social, novos direitos surgem a todo instante, além do que muitos daqueles proclamados pela modernidade e suas Declarações de Direitos ainda estão sem efetivação. Somente a normatização de procedimentos, a criação de espaços 'alternativos' para resolução de conflitos, o incremento de escritórios de assessoria jurídica popular, entre tantas outras conquistas, não superam, apesar de minorá-las, as abissais limitações econômicas, culturais e psicológicas a que está subjulgada a grande maioria da população.

A luta pelo efetivo acesso aos Direitos Humanos extrapola, e muito, o âmbito do jurídico. Somente uma ação conjunta e progressiva, pautada pela pluralidade e pela dialética, poderá enfrentar, e quem sabe vencer, os desafios cada vez maiores e mais complexos que se colocam ao exercício da cidadania na atualidade e no futuro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Roberto A. R. de. *A crise da advocacia no Brasil: diagnóstico e perspectivas*. São Paulo: Alfa-Omega, 1991
- ALFONSIN, Jacques Távora et alli. *Negros e Índios no cativeiro da terra*. Rio de Janeiro: AJUP/FASE, 1989. p. 17-37.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- _____. "Cidadania e Democracia: Repensando as condições de possibilidade da democracia no Brasil a partir da cidadania". In: *Revista Jurídica Unoesc*. nº 01. Chapecó: UNOESC, 1990. p. 10-14
- ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. *Considerações sobre o Exercício da Cidadania através de Organizações Não-Governamentais*. Mimeo, 1998. 9p.
- ARMELIN, Donaldo. "Acesso à Justiça". In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. v. 31.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel. *Tratado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- BAETA, Hermann Assis. "Esgotamento de resposta do Estado às demandas populares de justiça". In: Conferência Nacional da OAB, XV, 1995, Belo Horizonte. *Anais...* Brasília: OAB, 1995. p. 223-32.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "O Direito à Assistência Jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo". In: *Revista de Processo*. nº 67, julho-setembro de 1992, p. 124-34.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. "Cidadania e Democracia". In: *Lua Nova - Revista de cultura e política*. nº 33. São Paulo: CEDEC, 1994. p. 5-16.

BRASIL. *Programa Nacional de Direitos Humanos*. Brasília: Presidência da República/ Secretaria de Comunicação Social/ Ministério da Justiça, 1996.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Leis etc. Código de Processo Civil e Legislação Complementar, Especial e Súmulas*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CALMON DE PASSOS, J. J. "O Problema do Acesso à Justiça no Brasil". In: *Revista de Processo*. nº 39. julho-setembro de 1985. p. 78-88.

"CÂMARA de arbitragem agiliza solução de litígios comerciais". *Folha de São Paulo*, 03.06.95. Caderno Cotidiano, p. 3 - 2.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. "Acesso à Justiça". In: *Revista do Ministério Público*. nova Fase. v.1. nº 18. Porto Alegre: 1985. p. 8-14.

_____. "O acesso à Justiça e a função do jurista de nossa época". In: Conferência Nacional da OAB, XII, 1990, Belo Horizonte. *Anais...* Brasília: OAB, 1991. p. 123-40.

_____. "Os métodos alternativos de resolução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça". In: *Revista Forense*. v. 326. abr./jun. 1994. São Paulo: Forense, 1994. p. 121-30.

CARMONA, Carlos Alberto. "A crise do processo e os meios alternativos para solução de controvérsias". In: *Revista de Processo*. nº 56. outubro-dezembro de 1989. p. 91-99.

CARNEIRO, Athos Gusmão. "Juizado de Pequenas Causas". In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 333-45.

CARONE, Edgar. *A República Velha (Instituições e Classes Sociais)*. São Paulo: Difel, 1970.

CINTRA, Dyrceu. "É preciso tirar o juiz do pedestal". In: *Revista Caros Amigos*. nº 05. agosto 1997. p. 26-32.

COMPARATO, Fábio Konder. "A Nova Cidadania". In: *Revista Lua Nova*. nº 28/29. São Paulo: CEDEC, 1993. p. 85-106.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. 10 ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1980.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DANTAS, Francisco Wildo L. "Necessidades de novas mudanças na legislação processual e no CPC". In: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE*. nº 52. nov/dez –96. p.16-9.

"DEFENSORIAS Públicas: Ficção brasileira". In: *OAB Nacional*. nº 63. junho/julho de 1998. p. 07.

DELGADO, José Augusto. "Acesso à Justiça e Informatização do Poder Judiciário". In: Conferência Nacional da OAB, XV, 1995, Belo Horizonte. *Anais...* Brasília: OAB, 1995. p. 810-9.

DINAMARCO, Cândido Rangel. "Escopos Políticos do Processo". In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 114-27.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DOIMO, Ana Maria. "Os rumos dos movimentos sociais nos caminhos da religiosidade". In: KRISCHKE, Paulo J. e MAINWARING, Scott (orgs.). *A igreja nas bases em tempo de transição (1974-1985)*. Porto Alegre: LP & M e CEDEC, 1986.

EVERS, Tilman. "Identidade: a face oculta dos novos movimentos sociais". In: *Revista Novos Estudos* n. 4. v.1. São Paulo: CEBRAP, 1984. p. 11-23.

FARIA, José Eduardo. "Ordem legal X Mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado". In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 95-110.

FERNANDES, Rubem Cesar. *Privado porém Público: o terceiro setor na América Latina*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1983.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. "Acesso à Justiça e tutelas de urgência: o pleno acesso à ordem jurídica justa e a efetividade do processo". In: *Jurisprudência Catarinense*. n. 73. Florianópolis, 1994. p.27-37.

- FREITAS, Décio. *Palmares - A guerra dos escravos*. 5. ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1984.
- GALANTER, Marc. "A justiça não se encontra apenas das decisões dos Tribunais". In: HESPANHA, Antonio Manuel Botelho (org.). *Justiça e Litigiosidade: História e Perspectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 59-117.
- GARCIA, Ailton Stropa. "Desburocratização do Poder Judiciário". In: *Revista de Processo*. nº 60. outubro-dezembro de 1990. p. 89-107.
- GOHN, Maria da Glória. *História dos Movimentos e Lutas Sociais. A construção da cidadania dos Brasileiros*. São Paulo: Loyola, 1995.
- GRECO, Leonardo. "Acesso à Justiça no Brasil". In: *Revista do Curso de Direito da UNIVALE - Universidade do Vale do Rio Doce*. nº 01. Governador Valadares: UNIVALE, jan/jun 98. p. 69-87.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. "A conciliação extrajudicial no quadro participativo". In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e Processo. Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 275-95.
- _____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- _____. "O Novo Processo do Consumidor". In: *Revista de Processo*. nº 62, abril-junho de 1991, p. 141-52.
- JELIN, Elizabeth. "Construir a cidadania: uma visão desde baixo". In: *Lua Nova - Revista de cultura e política*. nº 33. São Paulo: CEDEC, 1994. p. 39-57.
- LAGRASTA NETO, Caetano. "Meios alternativos de solução de litígios". In: *Revista dos Tribunais*. v. 639.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. "Direito, Justiça e Utopia". In: IAJUP/FASE. *Coleção "Seminários"*. nº 09. Rio de Janeiro: IAJUP/FASE, fevereiro de 1988. p.01-12.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

- MATO GROSSO. Leis etc. *Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado*. Lei Complementar nº 07, de 28 de dezembro de 1990.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MONTENEGRO, Thereza. *O que é ONG*. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- MORAES, Humberto Peña de. & SILVA, José Fontenelle Teixeira da. *Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.
- MORAES, Humberto Peña de. "A Assistência Judiciária Pública e os mecanismos de acesso à Justiça no Estado Democrático". In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 227-42.
- MOREIRA NETTO, Diogo Figueiredo de. "Institutos de Participação Judicial". In: *Direito da Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p.143-58.
- NEP/UnB. "Caminhos para a construção de uma sociedade de plena realização dos direitos humanos na América Latina (NEP)". In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *O direito achado na rua. O direito achado na rua*. Brasília: EdUnB, 1987. p. 89-90.
- NUNES LEAL, Victor. *Coronelismo, enxada e voto*. 4 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1978.
- PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- "PEQUENO Brasil de Palmares, O". *Folha de São Paulo*, 04.06.95, Cacerno Ciência. p. 5-16.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. "Dialética dos direitos humanos". In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *O direito achado na rua*. Brasília: EdUnB, 1987, p. 83-4.
- PINTO, João Batista Moreira. *Direito e Novos Movimentos Sociais*. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- "POPULAÇÃO desconhece papel da Justiça, afirma pesquisa". *Folha de São Paulo*. 05.09.98. caderno 2 - cotidiano. p. 3 - 2.

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

_____. "Fórum da UFSC: Experiência Alternativa de Concretização da Garantia de Assistência Jurídica Integral e Gratuita". In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). *Lições Alternativas de Direito Processual*. São Paulo: Acadêmica, 1995. p. 67-78.

_____. "Leigo: o juiz ou o legislador?". In: *Folha de São Paulo*. 20.01.96. caderno 2 – cotidiano. p.3 - 2.

_____. "As pequenas causas". In: *Folha de São Paulo*. 23.03.96. caderno 2 – cotidiano. p. 3 - 2.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.

_____. "Introdução à sociologia da administração da justiça". In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 39-65.

SCHERER-WARREN, Ilse e KRISCHKE, Paulo J. (orgs.). *Uma revolução no cotidiano? Os novos movimentos sociais na América Latina*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

SCHERER-WARREN, Ilse. *Movimentos Sociais*. 2 ed. Florianópolis: UFSC, 1987.

_____. *ONGs na América Latina: Trajetória e Perfil*. Florianópolis: mimeo, 1993. 24p.

_____. "Organizações Não-Governamentais na América Latina: seu papel na construção da sociedade civil". In: *Cadernos de Pesquisa*. nº 1. Florianópolis: UFSC/PPGSP, 1994.

SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 89-90.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Julier Sebastião da. "Uma simples inovação". In: TOURINHO NETO, Fernando da Costa (coord.). *Comunicação em Artigos Jurídicos*, vol. 1, nº 1. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 1998, p.19-25.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "A nova etapa da reforma processual". In: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. nº 52. Nov/dez, 1996. p.07-10.

VERONESE, Josiane Rose Petry. "O acesso à Justiça como exercício da cidadania". In: *Revista Alter Ágora*. nº 03. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 1995. p.20-4.

VIEIRA, José Ribas. "Estado de Direito e o acesso à Justiça: uma contribuição para o debate dos Direitos Humanos no Brasil". In: FESTER, Antonio Carlos Ribeiro (org.). *Direitos Humanos: um debate necessário*. São Paulo: Brasiliense, 1989 p. 133-144.

WATANABE, Kazuo. "Acesso à justiça e sociedade moderna". In: GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-35.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

_____. "Instituições e Pluralismo na Formação do Direito Brasileiro". In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 9-16.

_____. "Pluralismo Jurídico". In: Conferência Nacional da OAB, XV, 1995, Belo Horizonte. *Anais...* Brasília: OAB, 1995. p. 565-72.