

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

LUIZ CLÁUDIO BORGES

ACESSO À JUSTIÇA E LITIGIOSIDADE NA CRISE DO  
PODER JUDICIÁRIO DO BRASIL

POUSO ALEGRE/MG

2012

LUIZ CLÁUDIO BORGES

ACESSO À JUSTIÇA E LITIGIOSIDADE NA CRISE DO  
PODER JUDICIÁRIO DO BRASIL

Dissertação apresentada como exigência parcial para  
obtenção do Título de Mestre em Direito ao Programa  
de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de  
Minas.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco  
Bahia

FDSM/MG

2012

LUIZ CLAUDIO BORGES

ACESSO À JUSTIÇA E LITIGIOSIDADE NA CRISE DO PODER JUDICIÁRIO DO  
BRASIL

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

Orientador

FDSM

---

Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo

FDSM

---

Profa. Dra. Fernanda Tartuce

USP

Pouso Alegre-MG

2012

*Dedico esta dissertação de mestrado  
Aquele que foi, é e sempre será o maior de  
todos os Mestres, **Jesus Cristo!**  
À minha mãe pela dedicação e ensino, ainda  
que rudimentar, mas valioso para a vida toda;  
À herança que recebi do Senhor, meus filhos,  
Luiz Otávio, Leonardo, Lucas e Yasmin.  
Perdoem-me pela ausência e pelos momentos  
que os privei de estarmos em família;  
À minha amada e fiel esposa, Aline Borges,  
pela compreensão nos momentos de ausência;  
pelo incentivo nos momentos de desânimo e  
desespero e, por fim, pelo amor e carinho  
incondicional. Você é um presente de Deus!*

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, meu orientador, que muito me ensinou, não só em sala de aula, mas, sobretudo, para a vida como docente e como pesquisador. Minha eterna gratidão!

À Profa. Dra. Liliane Jubilut, pelo carisma, amizade e, acima de tudo, ensinamentos que levarei para a vida toda como docente;

Ao Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo, pela atenção e incentivo nessa caminhada como pesquisador;

Ao Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes, pelo incentivo nas pesquisas;

Aos colegas de mestrado, em especial Nélida e Tiago, grandes amigos dentro e fora da escola. Obrigado pelos conselhos, bate-papos e grandes debates;

Aos funcionários e demais professores do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Aos primeiros, em especial a amiga Anna Carolina Borges, pela atenção dispensada aos alunos e aos demais pelas lições de dentro e de fora da sala de aula.

*“Se uma Justiça lenta demais é de certo uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”.*

*José Carlos Barbosa Moreira*

## RESUMO

BORGES, Luiz Cláudio. ACESSO À JUSTIÇA E LITIGIOSIDADE NA CRISE DO PODER JUDICIÁRIO DO BRASIL. 2012. 130f. Dissertação (Mestrado em Constitucionalismo e Democracia) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, MG, 2012.

No Brasil, o movimento pelo acesso à justiça, sobretudo após a tradução e publicação no país do Relatório do Projeto de Florença (*The Florence Access-to-Justice Project*), coordenado pelo italiano Mauro Cappelletti, e a entrada em vigor da Constituição de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, ampliaram a busca e o interesse pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Com isso, o processo civil clássico, antes idealizado para dimensionar e solucionar conflitos privados e individuais, hoje tem que se preocupar com a litigiosidade coletiva e serial (repetitiva), especialmente a litigância de interesse público. Houve um aumento considerável de demandas e com elas a lentidão no andamento dos processos, o que agravou ainda mais o estado de crise do Poder Judiciário. Neste contexto, o trabalho tem por finalidade analisar o acesso à justiça e a litigiosidade e como esses fenômenos têm influenciado na crise no Poder Judiciário. São trabalhados os conceitos de acesso à justiça nas concepções tradicionais de Estado ( liberal, social e democrático, neste último trabalhando a ideia do que a doutrina vem chamando de “acesso à justiça qualitativo”). Trabalha-se a litigiosidade em todas as suas nuances, como manifestação de cidadania e, até mesmo, como uma cultura demandista. Todo o trabalho é estruturado para um novo conceito de processo, o Processo Constitucional Democrático, fundado na teoria discursiva de Jürgen Habermas, na qual se defende total afastamento do protagonismo judicial, possibilitando o debate de todos os interessados para a formação das decisões; trabalham-se com os conceitos de eficiência e legitimidade dentro do Processualismo Constitucional Democrático e, por fim, algumas propostas são apresentadas como possíveis para a solução da crise do acesso à justiça e da crise do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Litigiosidade. Crise do Poder Judiciário. Processualismo Constitucional Democrático.

## **ABSTRACT**

BORGES, Luiz Cláudio. TO JUSTICE AND LITIGATION IN THE CRISIS OF JUDICIAL POWER IN BRAZIL. 2012. 130f. Dissertation (Master in Law) - Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, MG, 2012.

In Brazil, the actions for access to justice, especially after the translation and publication of the Project Report of Florence in the country (The Florence Access-to-Justice Project) coordinated by the Italian Mauro Cappelletti and the enforcement of the 1988 Constitution, known as "Citizen Constitution" expanded search and interest in the enforcement of fundamental rights and guarantees. Thus, the classic civil procedure before meant to measure and solve individual and private conflicts nowadays also has to worry about the collective and serial (repetitive) litigation, especially the public interest litigation. There was a considerable increase in demands and, thereafter, the slow progress of cases, which aggravated the critical state of the judiciary. In this context, the study aims to examine access to justice and litigation, and the influence of these phenomena in the judiciary crisis. The concepts of access to justice are discussed in the traditional state conceptions (liberal, social and democratic and, in the latter the idea that has been called "qualitative access to justice" by the doctrine is also developed). It discusses litigation in all its subtle distinctions, as a manifestation of citizenship and even as a demanding culture. The whole paper is built towards a new process concept, the Constitutional Democratic Process, established in the discursive theory of Jürgen Habermas, where it calls for full withdrawal of the judicial role, allowing the debate to all concerned for decision making; the concepts of efficiency and legitimacy within the Constitutional Democratic processualism are discussed and, finally, some proposals are presented as possible solutions to the crisis in access to justice and the judiciary crisis.

**Keywords:** Access to justice. Litigation. Judiciary crisis. Constitucional democratic processualism.

## LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS

|                                     |  |
|-------------------------------------|--|
| CES-AL                              | Centro de Estudos Sociais América Latina           |
| CF                                  | Constituição Federal                               |
| CNJ                                 | Conselho Nacional de Justiça                       |
| CPC                                 | Código de Processo Civil                           |
| DEA                                 | Data Envelopment Analysis                          |
| DPJ                                 | Departamento de Pesquisas Judiciárias              |
| DCP-UFMG<br>Federal de Minas Gerais | Departamento de Ciências Políticas da Universidade |
| FGV-SP                              | Fundação Getúlio Vargas – São Paulo                |
| OJB                                 | Observatório da Justiça Brasileira                 |
| PUC/RS                              | Pontifícia Universidade Católica Rio Grande do Sul |
| PUC/PR                              | Pontifícia Universidade Católica Paraná            |
| SIESPJ                              | Sistema de Estatística do Poder Judiciário         |
| STF                                 | Supremo Tribunal Federal                           |
| STJ                                 | Superior Tribunal de Justiça                       |

# SUMÁRIO

|   |     |
|---|-----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....   | 10  |
| <b>1. ACESSO À JUSTIÇA E LITIGIOSIDADE</b> .....  | 16  |
| 1.1. O processualismo constitucional democrático .....  | 17  |
| 1.2. O conceito de acesso à justiça .....   | 25  |
| 1.2. Concepções tradicionais de acesso à justiça .....  | 28  |
| 1.2.1. O acesso à justiça na concepção liberal .....  | 28  |
| 1.2.1. O acesso à justiça na concepção social .....   | 32  |
| 1.2.2.1. O acesso à justiça no Projeto de Florença e sua influência no modelo de acesso à justiça no Brasil ..... | 36  |
| 1.2.3. O acesso à justiça na concepção democrática .....  | 45  |
| 1.3. O acesso à justiça e a litigiosidade .....   | 50  |
| 1.3.1. O aumento da litigiosidade como um fenômeno social .....   | 55  |
| 1.3.2. A litigiosidade vista como exercício do acesso à justiça e, conseqüentemente, como ato de cidadania .....  | 57  |
| <b>2. O PODER JUDICIÁRIO EM CRISE</b> .....   | 69  |
| 2.1. O papel do Poder Judiciário e o estado de crise .....  | 69  |
| 2.1.1. Um debate acerca da judicialização da política e do ativismo judicial .....                                | 74  |
| 2.2. As crises gerais do Poder Judiciário .....   | 81  |
| 2.2.1. Crise do Estado e da Sociedade .....   | 84  |
| 2.2.2. Crise Institucional .....  | 85  |
| 2.2.3. Crise de administração e gestão .....  | 85  |
| 2.2.4. Crise de função e legitimidade .....   | 86  |
| 2.3. O CNJ e as últimas pesquisas sobre a litigiosidade .....   | 88  |
| 2.3.1. A morosidade segundo o CNJ: reflexões e propostas .....  | 92  |
| 2.4. Possíveis soluções para a crise do acesso à justiça e da crise do Poder Judiciário .....                     | 97  |
| <b>CONCLUSÃO</b> .....  | 107 |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....   | 117 |

## INTRODUÇÃO

É sabido que a Constituição Federal de 1988 constituiu um verdadeiro marco divisório na história do Brasil, isso porque ao mesmo tempo que sepultou a ditadura, se abriu à redemocratização<sup>1</sup> e “inaugura um novo modelo de Estado, voltado ao cumprimento das promessas da modernidade, cuja construção, porém, deve ser entendida como um exercício permanente da cidadania”<sup>2</sup>.

É nesse contexto que o acesso à justiça e a litigiosidade serão investigados nesta dissertação. Conceituar o acesso à justiça não é tarefa fácil, até porque o termo possui inúmeros significados. Segundo pesquisa realizada pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (Portugal), “o acesso ao direito e à justiça é, hoje, consensualmente considerado como um direito estruturante das sociedades contemporâneas”<sup>3</sup>, isso porque, entende-se que, não havendo “uma real igualdade de acesso ao sistema jurídico e judicial, não é possível falar num verdadeiro Estado democrático de direito”<sup>4</sup>.

Pode-se dizer que a verdadeira democracia relaciona-se estreitamente com a garantia dos direitos dos cidadãos sem quaisquer exclusões, sejam de natureza econômica, cultural ou social. O acesso ao direito e à justiça, consagrado constitucionalmente na maioria dos países, inclusive no Brasil, desempenha um papel central, embora não se esgotando nele, como instrumento de defesa dos direitos e interesses legítimos<sup>5</sup>.

O exercício desenfreado desse direito, conjuntamente com outros fatores, como a falta de planejamento e adoção de novas matrizes estruturais e de planejamento da Justiça brasileira, sobretudo após a Constituição Federal de 1988, tem provocado uma crise no Poder Judiciário, a qual se “afigura grave e, ao menos na dimensão que veio a alcançar, pode-se

---

<sup>1</sup> Entende-se por redemocratização o processo de restauração da democracia e do estado de direito em países que, por um período, passaram pelo autoritarismo.

<sup>2</sup> TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. *Breve balanço dos 20 anos de constitucionalismo democrático no Brasil e a contribuição da hermenêutica jurídica na concretização dos direitos*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Constituição e Processo: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 173.

<sup>3</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa (et. al). *Proposta de projectos para o Observatório da Justiça Brasileira*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais – Universidade de Coimbra, setembro 2009. p. 5.

<sup>4</sup> Ibid., p. 5.

<sup>5</sup> Ibid., p. 5.

dizer historicamente inusitada, contexto em grande parte insuflado pela crescente e acirrada conflituosidade social (*a explosão da litigiosidade* antes prognosticada pelo saudoso Mauro Cappelletti)<sup>6</sup>.

O problema da presente dissertação concentra-se na temática do acesso à justiça e litigiosidade. Para tanto vale-se dos seguintes questionamentos: i) como o acesso à justiça foi pensado e assegurado nas concepções de estado liberal e social?; ii) a qual concepção de acesso à justiça o Brasil se filiou?; iii) Com a Constituição Federal de 1988 e com o novo modelo de Estado (democrático de direito), como o acesso à justiça é entendido?; iv) Qual a correlação entre o direito de acesso à justiça com o problema da litigiosidade?; v) O acesso à justiça e a litigiosidade, associados a inúmeros fatores provocam (ou aumentam) a crise do Poder Judiciário?; vi) Existe alguma forma viável de solucionar essa crise?

Todas essas questões serão tratadas ao longo deste trabalho, a começar pela tensão existente entre acesso à justiça e litigiosidade. No primeiro capítulo, abordar-se-á, inicialmente, o processualismo constitucional democrático com a pretensão de levar o leitor a ter contato com o referencial teórico que norteará todo trabalho: a teoria discursiva de Jürgen Habermas aplicada ao processo.

Nunes, citando Habermas, lembra que o processo estruturado em perspectiva participativa e policêntrica, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas<sup>7</sup>.

O processo fundado em um modelo constitucional “constitui a base e o mecanismo de aplicação e controle de um direito democrático”<sup>8</sup>. Não se pode mais falar do processo apenas como um instrumento formal, em que o direito é aplicado com rapidez máxima; no processo democrático o arcabouço normativo constitucionalizado é dimensionado pelos “princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional”<sup>9</sup>, os quais devem ser

---

<sup>6</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 5.

<sup>7</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 211.

<sup>8</sup> Ibid., p. 250.

<sup>9</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Op. cit., p. 250.

aplicados numa perspectiva democrática a fim de garantir “uma adequada fruição de direitos fundamentais em visão normativa, além de uma ampla participação e problematização, na ótica policêntrica do sistema, de todos os argumentos relevantes para os interessados”<sup>10</sup>.

Questões como o protagonismo das partes e do juiz, ativismo judicial, subjetivismo e o autoritarismo judicial, assim como o resgate do espaço público processual serão também abordados nesta seção, tudo a possibilitar que haja uma conexão entre o acesso à justiça e a litigiosidade, aqui estudadas como elementos da crise do Poder Judiciário.

Na sequência, far-se-á uma correlação entre o esgotamento de modelos políticos e jurídicos e seus deslocamentos no sentido da expressão “acesso à justiça” ao longo do constitucionalismo moderno. Procurar-se-á demonstrar que os modelos societários condicionam o modo como os direitos e as instituições são interpretados. Com isso, apresentar-se-á o acesso à justiça nas concepções: i) liberal; ii) social, nesta fazendo uma análise das ideias lançadas pelo Projeto de Florença e como elas influenciaram no modelo de acesso à justiça existente no Brasil e, por fim, iii) democrática, como fundamento de uma tutela jurisdicional que permite o debate de todos os interessados no provimento final, dando mais legitimidade às decisões.

Ainda no primeiro capítulo, passa-se a investigar os efeitos do acesso à justiça na litigiosidade, ao se apresentar os conceitos e o cenário atual no sistema judiciário brasileiro, bem como as diversas interpretações a que se dá à litigiosidade, seja como ato de cidadania, seja como uma cultura demandista.

Considerando que o objetivo desta dissertação é analisar alguns aspectos do direito de acesso à justiça e a litigiosidade e como isto tem influenciado na crise do Poder Judiciário no Brasil, faz-se necessário trazer alguns discursos jurídicos acerca da temática, inclusive entre os constitucionalistas e processualistas brasileiros, para demonstrar que as propostas de reforma do Processo Civil caminham na “direção de uma razão utilitarista em torno da qual se organizou o Estado de bem-estar”<sup>11</sup>. Nesse sentido, todas as construções sobre o acesso à justiça que se fazem sobre o estado social, “acabam irremediavelmente por expor a sociedade aos efeitos colaterais e às limitações daquele modo de reprodução do direito”<sup>12</sup>.

Os debates a propósito desses efeitos colaterais da concepção social desenvolvem-se em diversos planos, sempre associados à ideia de crise. Nesse sentido objetiva-se, no segundo

---

<sup>10</sup> Ibid., p. 250.

<sup>11</sup> TEIXEIRA, Ludmila Ferreira. *Acesso à Justiça Qualitativo*. 2012. 195f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, MG, 2012.

<sup>12</sup> Idem.

capítulo explorar as possíveis conexões da crise com o tema do acesso à justiça e a litigiosidade.

Em razão disso, abre-se o segundo capítulo propondo-se a falar do papel do Poder Judiciário e apresentando o propalado estado de crise que, não é de hoje e, muito menos está próximo de acabar. Inúmeros doutrinadores, como Ada Pellegrini Grinover e Alfredo Buzaid já falavam da crise do Poder Judiciário. Grinover aponta que a Justiça é inacessível, cara, complicada, lenta, inadequada; sustenta que a Justiça é denegação de Justiça; que a justiça é injusta, que não existe Justiça. E mais, salienta que a crise que se generaliza apresenta vários aspectos, dentre eles: a) a crise estrutural; b) a crise instrumental do equilíbrio entre os poderes; c) a mentalidade dos operadores da Justiça; d) inadequação dos controles sobre o exercício da função jurisdicional<sup>13</sup>.

Alfredo Buzaid, em 1972, já traçava a ideia de crise do Poder Judiciário vinculando-a a um desequilíbrio no aumento de demanda com o número de julgamentos proferidos<sup>14</sup>. Vera Lúcia Feil Ponciano entende que a crise pode ser o resultado lógico das diversas mazelas decorrentes da atividade jurisdicional, que há muito faz parte do cotidiano, como i) a “morosidade; ii) ausência de modernização; iii) falta de padronização nos procedimentos; iv) legislação processual inadequada e ultrapassada; v) deficiência quantitativa na área de recursos humanos (juízes e servidores); vi) falta de transparência; vii) dificuldade de acesso à Justiça e ausência de democratização”<sup>15</sup>.

Esse estado de crise e, sobretudo as crises gerais, como a crise do Estado e da Sociedade, a crise institucional, a crise de administração e gestão e, por fim, a crise de função e legitimidade, serão devidamente abordadas em seção própria, porém, antes reservou-se uma seção para tratar da problemática que envolve a questão da “judicialização da política” e do “ativismo judicial”, fenômenos diretamente ligados e em constante tensão com o estado de crise em que se encontra o Poder Judiciário.

Em pesquisa realizada destinada a tratar da jurisdição e do ativismo judicial, Clarissa Tassinari tenta responder as dúvidas que cercam esta temática. Salienta que há muito o Poder Judiciário vem sofrendo transformações, sobretudo na sua atuação. Escreve que em relação ao exercício da jurisdição, o Judiciário não é mais o mesmo, sobretudo após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Não obstante a utilização corrente das expressões

---

<sup>13</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A crise do Poder Judiciário*. Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo, São Paulo: Centro de Estudos. N. 34, dez. 1990. p. 12.

<sup>14</sup> BUZOID, Alfredo. Estudos de direito. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 1. p. 144.

<sup>15</sup> PONCIANO, Vera Lúcia Feil. Op. cit., p. 55.

judicialização política e ativismo judicial para demonstrar a ideia do elevado grau de judicialização que assume o direito brasileiro na atual conjuntura, não podem ser tratadas como se fossem o mesmo fenômeno<sup>16</sup>.

Nesse sentido, procurar-se-á demonstrar nessa seção que, embora possa existir alguma confusão em relação à terminologia desses fenômenos, existem diferenças pontuais, mas uma coisa é unânime entre os doutrinadores, tanto a “judicialização da política”, quanto o “ativismo judicial” exerce uma influência na crise do Poder Judiciário.

Na sequência, conforme já mencionado, tentar-se-á explorar a temática da crise, todavia, apresentando as crises gerais para, na seção seguinte, trazer as últimas pesquisas do Conselho Nacional de Justiça – CNJ<sup>17</sup> -. Nessa seção, procurar-se-á demonstrar que o número de demandas tem crescido a cada ano. Os dados levantados pelo Sistema de Estatística do Poder Judiciário (SIESPJ) apontam que, enquanto em 1990 o Judiciário recebeu 3,6 milhões de processos, já na década de 2000, esse volume rapidamente ultrapassou o número de 20 milhões de ações<sup>18</sup>.

Esses dados foram levantados no período de 2009 a 2010. Na mesma seção será apresentada a última pesquisa realizada ao longo do ano de 2011, publicada em outubro de 2012, na qual, além dos dados relacionados à litigiosidade, são apresentados os números financeiros e de pessoal do Judiciário. Serão apresentadas, ainda, as pesquisas contratadas pelo CNJ no ano de 2010, realizadas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP), pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) e pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Nestas pesquisas, são apontadas as possíveis causas da morosidade da Justiça brasileira, assim como algumas propostas para a solução da crise.

Na última seção do capítulo, abordar-se-á a possibilidade de se acabar, ou pelo menos minimizar os efeitos da crise do acesso à justiça e do Judiciário, adotando como modelo o Processo Constitucional Democrático, o qual caminha em sentido oposto do modelo

---

<sup>16</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 27.

<sup>17</sup> O CNJ é um órgão voltado à reformulação de quadros e meios no Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. Foi instituído em obediência ao determinado na Constituição Federal, nos termos do art. 103-B; criado em 31 de dezembro de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005, o CNJ é um órgão do Poder Judiciário com sede em Brasília/DF e atuação em todo o território nacional, que visa, mediante ações de planejamento, à coordenação, ao controle administrativo e ao aperfeiçoamento do serviço público na prestação da Justiça; tem como missão, contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade em benefício da sociedade.

<sup>18</sup> BRASIL. CNJ. *Demandas repetitivas e a morosidade na Justiça cível brasileira*. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq\\_sintese\\_morosidade\\_dpj.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf). Acesso em 02/10/2012. p. 18.

proposto pelos instrumentalistas. Fundado na Teoria Discursiva de Jürgen Habermas, o processo constitucional democrático mitiga o formalismo e as decisões solitárias<sup>19</sup>. Nunes e Bahia defendem que não se pode mais associar a defesa de mais “processo constitucional com uma defesa de maior formalidade processual, uma vez que qualquer argumento nesse sentido, além de falacioso, impede a visão de uma das principais funções de qualquer processo, qual seja, garantir a participação dos interessados na decisão”<sup>20</sup>.

Nessa seção, procurar-se-á demonstrar que o processo constitucional democrático pode ser um instrumento importantíssimo para a solução da crise. Para isso algumas propostas são apresentadas, como: a) o resgate da oralidade no processo; b) uma formação continuada dos profissionais do direito; c) uma padronização das rotinas administrativas e da gestão processual. Objetiva-se nessa seção, sobretudo em relação às propostas que serão apresentadas não impor um modelo (ou um paradigma) processual novo, até porque a ideia de processo constitucional democrático não é nova, mas ignorada por boa parte dos doutrinadores brasileiros, ainda presos a um modelo processual fundado no Estado Social. Portanto, arcaico que não consegue dar respostas céleres, eficientes e legítimas a uma sociedade cada vez mais complexa.

É importante fazer uma advertência, no sentido de que o objetivo maior da presente dissertação é demonstrar que o acesso à justiça não é um problema como muitos dizem; que a litigiosidade é reflexo da ausência de políticas públicas sérias e idôneas e, por fim, que a crise do Poder Judiciário no Brasil, ainda que seu histórico revele uma crescente desde antes da Constituição de 1988, pode ter seus efeitos mitigados caso o processo passa a ser visto a partir de um paradigma constitucional democrático. Para responder a isso e muito mais do que será abordado ao longo do trabalho, utilizar-se-á da pesquisa bibliográfica e de dados estatísticos (numéricos) obtidos junto ao CNJ.

---

<sup>19</sup> NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Por um novo paradigma processual*. Revista Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 26:79-98. Jan/jun. 2008. p. 80.

<sup>20</sup> Idem.

## 1. ACESSO À JUSTIÇA E LITIGIOSIDADE

Mais que uma nova Constituição ou “um novo fundamento de validade do ordenamento jurídico, com todas as suas implicações materiais e formais, a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 provocou, nitidamente, uma “mudança de paradigma” no cenário jurídico nacional”<sup>21</sup>, seja porque contrária ao até então regime autoritário, “seja no que diz respeito a novos direitos, compromissos e promessas firmados pelo constituinte, seja ainda em face da nova relação que se estabelece entre sociedade e Estado”<sup>22</sup>.

Em outras palavras, a Constituição de 1988 serve com um divisor de águas na história do Brasil, isto porque ao mesmo tempo que sepulta a ditadura e se abre à redemocratização, “inaugura um novo modelo de Estado, voltado ao cumprimento das promessas da modernidade, cuja construção, porém, deve ser entendida como um exercício permanente da cidadania”<sup>23/24</sup>.

Não se pode negar que o acesso ao direito e à justiça constitui-se num direito estruturante das sociedades contemporâneas<sup>25</sup>, isso porque, entende-se que, não havendo “uma real igualdade de acesso ao sistema jurídico e judicial, não é possível falar num verdadeiro Estado democrático de direito”<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. Op. cit., p. 172.

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> Ibid., p. 173.

<sup>24</sup> O processo de redemocratização e a inauguração de um novo Estado, escreve Trindade e Gubert, [i]mplicava uma mudança radical no perfil dos juristas, que deveriam deixar de ser operadores para se tornarem atores jurídicos. Essa mudança, entretanto, não ocorreu, de maneira que o novo permaneceu a ser visto com os olhos do velho modelo: a Constituição de 1988, portanto, tardou a produzir seus primeiros efeitos, visto que, no Brasil, não havia a cultura jurídica necessária para a sua devida e adequada compreensão. Aliás, se é verdade que a Revolução Francesa ainda não ocorreu no Brasil, também é verdade que não houve, aqui, algo semelhante ao debate de Weimar, no qual se discutiu, entre outras coisas, a necessidade de uma teoria da Constituição capaz de superar as insuficiências da tradicional teoria geral do Estado. Dito de outro modelo, a concretização da Constituição de 1988 dependia de atores jurídicos – juízes, promotores, defensores, procuradores, advogados, servidores da justiça e, sobretudo, professores – cujo saber técnico e especializado de um direito de *status* infraconstitucional não se mostrava suficiente, visto que incompatível com as transformações levadas a cabo pelo constitucionalismo contemporâneo durante a segunda metade do século XX. Ao contrário, o que se evidencia é que o ensino jurídico não acompanhou a virada provocada pela Constituição de 1988, de maneira que a doutrina nacional permaneceu reproduzindo a dogmática jurídica tradicional, marcada pela herança, de um lado, do paradigma liberal-individualista-normativista e, por outro, do paradigma da filosofia da consciência, obstaculizando, assim, decisivamente, o processo de constitucionalização, ou a filtragem hermenêutico-constitucional, do(s) direito(s). (STRECK, 2003, P. 61-76)” Ibidem, p. 173-174.

<sup>25</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa (*et. al*). *Proposta de projectos para o Observatório da Justiça Brasileira*. Op. cit., p. 5.

<sup>26</sup> Idem.

Pode-se dizer que a verdadeira democracia relaciona-se estreitamente com a garantia dos direitos dos cidadãos sem quaisquer exclusões, sejam de natureza econômica, cultural ou social. O acesso ao direito e à justiça, consagrado constitucionalmente na maioria dos países, inclusive no Brasil, desempenha um papel central, embora não se esgotando nele, como instrumento de defesa dos direitos e interesses legítimos<sup>27</sup>.

Há de se sondar se a ampliação do acesso à justiça sem uma proporcional reestruturação institucional e administrativa do sistema de aplicação de direitos, sobretudo após a Constituição Federal de 1988, teria provocado uma crise no Poder Judiciário, a qual se “afigura grave e, ao menos na dimensão que veio a alcançar, pode-se dizer historicamente inusitada, contexto em grande parte insuflado pela crescente e acirrada conflituosidade social (*a explosão da litigiosidade* antes prognosticada pelo saudoso Mauro Cappelletti)”<sup>28</sup>.

Com efeito, objetiva-se neste capítulo demonstrar a importância do movimento constitucional pós-guerra, sobretudo com a edição da Constituição de 1988 e como isso tem influenciado no pensamento jurídico-processual e suas reais implicações no acesso à justiça e na litigiosidade. Ao pensar nisso, o presente capítulo foi estruturado e dividido no sentido de levar o leitor a conhecer as bases do pensamento jurídico acerca do processualismo constitucional democrático, a fim de entender como o direito constitucional de acesso à justiça pode ser compreendido e construído a partir do primeiro modelo constitucional da modernidade, adaptando-se ao modelo social e, conseqüentemente, para um novo paradigma, que é o democrático. Discutir-se-á, ainda, o problema da litigiosidade e suas implicações no que se tem chamado de a “crise do Judiciário”.

### 1.1. O processualismo constitucional democrático

Nunes escreve que estudos estrangeiros, como o do professor da Universidade de Chicago Gerald Rosenberg, discutem e criticam a crença de que a jurisdição poderia agir para promover a defesa dos menos favorecidos, principalmente através dos Tribunais de

---

<sup>27</sup> Idem.

<sup>28</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 5.

Sobreposição, provocada mediante uma litigância de interesse público (*Public interest litigation – PIL*)<sup>29</sup>.

Segundo Nunes, comungando do mesmo pensamento do professor Rosenberg, as decisões judiciais possuem força simbólica, razão pela qual não modificam comportamento e não produzem mudança social<sup>30</sup>. Para o autor, “os tribunais são menos capazes de quaisquer dos ramos do governo para produzir uma mudança social com suas decisões, devido à falta de todas as ferramentas necessárias para fazê-lo (*expertise*)”<sup>31</sup>.

Sobre a litigância de interesse público, em artigo publicado na Revista da Universidade de Harvard, em 1976, Abram Chayes demonstra que os esforços para garantir e aplicar o direito num Estado de bem-estar social moderno (*welfare state*) havia produzido um novo tipo de litígio, a chamada “litigância de interesse público” (*Public interest litigation – PIL*)<sup>32</sup>. Esse novo litígio, na opinião do autor, enriquecera o repertório institucional da democracia Norte Americana<sup>33/34</sup>.

No Brasil, como em outros países onde não há respeito aos direitos fundamentais e não existem políticas públicas efetivamente implementadas, a utilização da litigância de interesse público acaba sendo a opção, o que se torna fonte de inúmeras demandas repetitivas e seriais<sup>35</sup>. Neste caso, o processo civil clássico (aquele idealizado para dimensionar conflitos privados e individuais (prioritariamente questões envolvendo a propriedade, relações contratuais, família e sucessões): a denominada litigiosidade individual)<sup>36</sup> não consegue ofertar soluções legítimas aos jurisdicionados e à sociedade.

---

<sup>29</sup> NUNES, Dierle. *Processualismo Constitucional Democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva – A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 199, set./2011, p. 42.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 42-43.

<sup>31</sup> *Idem.*

<sup>32</sup> CHAYES, Abram. *The Role Of the Judge in Public Law Litigation*: The Harvard Law Review Association. Vol. 89. Nº. 7 pp. 1281-1316. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1340256>>. Acesso em: 24/2/2012.

<sup>33</sup> *Idem.*

<sup>34</sup> Charles F. Sabel e William H. Simon, sustentam que a descrição analítica de CHAYES sobre litígio de direito público rendeu-lhe algumas críticas. No início, a legitimidade de litígio de direito público era tão suspeita como sua eficácia. Para CHAYES, tal litígio seria legitimar-se através da resolução de problemas públicos que outras instituições do estado administrativo não podia. Mas muitos críticos argumentaram que mesmo a intervenção judicial efetiva deste tipo, muitas vezes foram ilegítimas. Eles enfatizaram, como Chayes tinha concedido, que estes casos não se encaixam facilmente em noções tradicionais do papel judicial ou da separação de poderes. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Destabilization Hights: how Public Law Litigation Succeeds*. The Harvard Law Review Association. Vol. 117. Nº. 4 pp. 1015-1101. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4093364>>. Acesso em 24/2/2012.

<sup>35</sup> NUNES, Dierle. *Processualismo Constitucional Democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva – A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*. Op. cit., p. 43.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 45.

Nunes salienta a importância da ruptura no dimensionamento e compreensão da ciência e do sistema processual, posto que

[A] análise dos processualista arraigada aos textos legislativos e à compreensão das técnicas vem se mostrando ineficiente do ponto de vista de legitimidade e de operatividade do sistema jurídico, eis que tal postura somente permite a busca por soluções técnicas para as consequências (alta litigiosidade, utilização e litigiosidade de interesse público, utilização da jurisdição como espaço contra-majoritário, entre outras), mas não viabiliza o trato das causas que induzem a profusão de demandas e a utilização do processo.[...]. No entanto, na atualidade, esta litigiosidade não se mostra como a mais preocupante para o sistema de aplicação de direitos em face do fato de que após a Constituição cidadã de 1988, e da assunção efetiva de garantias de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/1988) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/1988) o processo se tornou uma garantia do cidadão para viabilizar a obtenção de direitos, especialmente a litigância de interesse público (PIL), fosse submetida ao Poder Judiciário. No atual estágio do direito na América Latina, o campo processual, sem dúvida, é um daqueles que suscita maiores digressões em face do fenômeno da judicialização de inúmeras temáticas (submissão ao Poder Judiciário) e pela utilização do processo para viabilizar uma Jurisdição com função contra-majoritária<sup>37</sup> e como espaço institucional para aqueles que não conseguem ser ouvido nas arenas institucionais majoritárias (Parlamento e Executivo)<sup>38</sup>.

Isto implica dizer que o processualista não pode mais ficar preso numa perspectiva meramente dogmática das técnicas processuais (até porque, estas não oferecem mais uma solução legítima aos jurisdicionado e à sociedade), ao contrário, o processualista deve estar aberto aos “ganhos da teoria do direito, da teoria da constituição, da filosofia, da sociologia e das ciências gerenciais, obviamente, para viabilizar soluções que conheçam e compreendam as tendências e as vicissitudes de nosso sistema jurídico”<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Sobre o papel contramajoritário do Judiciário, Geraldo Ataliba escreve: De nada adianta fazer uma constituição, se ela não for obedecida. Não adiante haver lei para tudo, se não for respeitada. Daí a importância do Poder Judiciário. Este merece especial cuidado dos constituintes, pois é a chave de todas as instituições. Elas só funcionam com o virtual ou atual controle do Judiciário, como demonstra o sábio SEABRA FAGUNDES. Na nossa sociedade tão deformada, involuída e subdesenvolvida, o Judiciário é mais importante do que nos países adiantados (que, aliás, o são porque têm boas instituições judiciais. É que os fracos, os pobres, os destituídos, os desamparados, bem como as minorias (raciais, religiosas, econômicas, políticas e étnicas etc), só têm por arma a defesa do direito. E direito só existe onde haja juízes que obriguem seu cumprimento. Na democracia, governam as maiorias. Elas fazem as leis, elas escolhem os governantes. Estes são comprometidos com as maiorias que o elegeram e a elas devem agradecer. As minorias não têm força. Não fazem leis, nem designam agentes políticos ou administrativos. Sua única proteção está no judiciário. Este não tem compromisso com a maioria. Não precisa agradá-la, nem cortejá-la. Os membros do judiciário não são eleitos pelo povo. Não são transitórios, não são periódicos. Sua investidura é vitalícia. Os magistrados não representam a maioria, são a expressão da consciência jurídica nacional. Seu único compromisso é com o direito, com a Constituição e as leis; com os princípios jurídicos encampados pela Constituição e por ela não repelidos [...]. ATALIBA, Geraldo. *O Judiciário e minorias*. Revista de informação legislativa, v.24, nº 96, p. 189-194, out./dez. de 1987. Disponível em: < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/181799/1/000433557.pdf>.> Acesso em: 21/2/2012.]

<sup>38</sup> NUNES, Dierle. *Processualismo Constitucional Democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva – A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*. Op. cit., p. 45.

<sup>39</sup> Idem.

Nunes afirma que ainda existe certo “desprezo”, por parte de alguns estudiosos, aos avanços do constitucionalismo, da filosofia, da sociologia e, até mesmo das ciências gerenciais, posto que ainda centram seus esforços nas concepções teóricas sem importância, mantendo-se presos a um panorama jurídico anterior à Constituição Federal de 1988, não percebendo que o sistema processual não se reduz às leis processuais e, muito menos, aos ventos reformistas<sup>40</sup>.

Conforme será estudado nas próximas seções, o discurso de alguns processualistas (e porque não, do próprio Legislativo) “ainda está estagnado na década de 1970, quando da ocorrência do monumental projeto *Firenze* de acesso à justiça (presidido prioritariamente por Cappelletti – 1973-1978), que, apesar de sua indiscutível importância naquela época já se encontra defasado pelas décadas de avanço da ciência jurídica, gerencial e filosófica”<sup>41</sup>.

É indiscutível a importância da Constituição de 1988, sobretudo para o avanço do direito processual que suplanta a mera análise técnica e dogmática do processo. O impacto das concepções dinâmicas dos direitos fundamentais para o direito processual deve ser percebido, “de modo a permitir a obtenção de resultados eficientes<sup>42</sup> e legítimos para os cidadãos que clamam por um acesso à justiça revigorado pela concepção de um Estado Constitucional Democrático”<sup>43</sup>.

Na concepção de Theodoro Júnior, após a tragédia de duas grandes guerras mundiais, houve um empenho nunca antes visto, pelos povos democráticos, no sentido de aprofundar a intimidade das relações

entre o direito constitucional e o processo, já que os direitos fundamentais deixaram de ser objeto de simples declarações e passaram a constituir objeto de efetiva implantação por parte do Estado Democrático de Direito. Como a justiça privada é

---

<sup>40</sup> Ibid., p. 47-48.

<sup>41</sup> Ibid., p. 48.

<sup>42</sup> Nunes e Bahia escrevem que, [s]egundo Taruffo, há dois tipos de “eficiência” no sistema processual: uma primeira perspectiva de eficiência, “quantitativa”, se redefiniria em termos de velocidade dos procedimentos e redução de custos, na qual tanto mais barata e rápida a resolução dos conflitos, maior a eficiência seria obtida, sendo a qualidade do sistema processual e de suas decisões um fator de menor importância. Uma segunda perspectiva de eficiência (qualitativa) seria aquela na qual um dos elementos principais de sua implementação passaria a ser a qualidade das decisões e de sua fundamentação e que conduziria à necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equânimes e, complementaríamos, democráticas para aplicação do direito. NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, V. IV. Periódico da Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Processual da UERJ. p. 233. Disponível em [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br). Acesso em 11.12.2012.

<sup>43</sup> NUNES, Dierle. *Processualismo Constitucional Democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva – A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*. Op. cit., p.48.

abominada por essa nova ordem política, coube à Justiça, e ao processo de sua atuação, relevantíssimo papel na implementação das garantias fundamentais. À ordem jurídica tocou a missão de organizar a justiça estadual, de modo a transformar em realidade dois princípios máximos: a) a do “acesso à justiça”; e b) o do acesso por meio de um processo justo. A todos há de ser assegurado o direito de serem ouvidos na justiça e de nela encontrarem uma tutela efetiva contra qualquer ameaça ou lesão a direito (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalizada amplamente a garantia de acesso à justiça, o processo, como instrumento de operação dessa garantia, também se constitucionalizou, já que imediata haveria de ser a incidência, nos procedimentos judiciais, de tudo aquilo que na Constituição fora estabelecido em torno das garantias fundamentais<sup>44</sup>.

Nunes complementa dizendo que

[é] a partir desse pressuposto que se deve tematizar e entender o processualismo constitucional democrático como uma concepção teórica que busca a democratização processual civil mediante a problematização das concepções de liberalismo, socialização e pseudo-socialização processual (neoliberalismo processual) e da percepção do necessário resgate do papel constitucional do processo como mecanismo de formação das decisões, a partir do necessário aspecto participativo e policêntrico das estruturas formadoras das decisões. Tal processualismo científico, revigorado pelas concepções constitucionalizantes, passa a se preocupar com um viés mais panorâmico da aplicação do direito, de modo a suplantar a mera análise das legislações processuais e investindo na compreensão dos fundamentos estatais e paradigmáticos de problemas envolvendo a própria concepção do processo e da jurisdição, mas, também, do Estado democrático, das litigiosidades e da leitura dos direitos fundamentais<sup>45</sup>.

Nessa concepção de processo constitucional democrático, “não é possível reduzir o processo a uma relação jurídica vista como um mecanismo no qual o Estado-juiz implementa sua posição de superioridade de modo a que o debate processual é relegado a segundo plano”<sup>46</sup>. Em outras palavras, não é possível mais falar no protagonismo judicial.

Sobre o assunto Nunes esclarece que

[O] processo passa a ser visto como *locus* em que o juiz vai buscar fundamentos para legitimar as suas compreensões de bem-estar social, suprimindo déficits de igualdade material entre as partes, mas que podem ser degenerados como mecanismos de dominação. No entanto, a doutrina processual, desde o advento dessas concepções, tentou redefinir o conteúdo da relação jurídica processual e da própria função jurisdicional, apostando que a melhoria do sistema passaria pela

<sup>44</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Constituição e Processo: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.p. 234p. 234.

<sup>45</sup> NUNES, Dierle. *Processualismo Constitucional Democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva – A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*. Op. cit., p. 48.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 50.

assunção de um sadio protagonismo judicial. Essa situação foi potencializada no segundo pós-guerra. A visualização social ou pseudo-social (como no Brasil) da atuação dos juízes ganha enorme importância na atualidade, uma vez que eles são chamados à resolução de questões dos mais variados setores da sociedade, num papel para além do jurista, de “animador de uma política pública” (GARAPON, 2001, P. 24). Assim, o Judiciário vai se tornando um possível refúgio dos cidadãos (vistos como clientes) em face do enfraquecimento do Estado, pelas pressões do mercado e do “desmoronamento do homem e da sociedade democráticos” (GARAPON, 2001, p. 26). A chamada “função social do processo” (*sozialen Funktion des Prozesses*), idealizada por Klein como mecanismo de eliminação das crises sociais, é profundamente modificada no curso de todo o século XX. Como informava Baur em 1972: [...] o juiz foi chamado a regular e mitigar tensões sociais de maneira cada vez maior. Uma primeira intervenção do juiz se fez necessária nos períodos de emergência, durante e depois da Primeira e da Segunda Guerra Mundial (seria suficiente recordar a revisão por obra do juiz das cláusulas contratuais, os procedimentos para ressarcimento de danos de guerra, a correção monetária). Mas essa tendência se manteve também em situações de estabilidade econômica (tradução livre) (BAUR, 1972, p. 259). Com a derrocada dos “Estados sociais” e a deficiência dos Estados em realizar suas atividades essenciais, vem-se atribuindo um papel peculiar ao Judiciário na implementação de uma espécie de “democracia”, muito particular, mediante a *judicialização da política – Judicialization of politics* – (TATE; VALLINDER, 1995, p. 28)<sup>47</sup>. Itálico do original

O protagonismo judicial é incompatível com o processualismo constitucional democrático, isto porque o processo é “um procedimento em contraditório, e não uma relação jurídico-processual (*Prozessrechtsverhältnis*)”<sup>48</sup>. Nunes discorre que Fazzalari, em 1958, percebeu que, em inúmeros países, “havia uma difusão de módulos processuais em várias atividades, tanto jurisdicionais quanto não jurisdicionais”<sup>49</sup>, o que possibilitava a participação dos interessados na formação do provimento, por meio de um contraditório antecipado (anterior à decisão). Com isso, “percebia-se, então, a tendência de um aumento na difusão desses módulos pelo fato de os esquemas processuais poderem constituir-se em mecanismo preventivo contra quaisquer eventuais abusos”<sup>50</sup>.

Nunes escreve que

Fazzalari, absorvendo parcela dos ensinamentos de Benvenuti, desde a obra embrionária de sua teoria (FAZZALARI, 1957, p. 110-115), percebeu no processo um estrutura dialética de procedimento, de modo a afirmar que [...] existe processo, então, quando no iter de formação de um ato existe contraditório; isto é, é consentido aos interessados participar na fase de reconhecimento dos pressupostos sobre condições de recíproca paridade e desenvolver atividades em que o autor do provimento deve levar em consideração os resultados que ele pode desatender, mas não impedir. (tradução livre) (FAZZALARI, 1958, p. 869-870). Desse modo, em todas as vezes em que a participação das partes for somente episódica, não se

<sup>47</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Op. cit., p. 178-179.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 203.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 204.

<sup>50</sup> *Idem.*

configurará processo, mas mero procedimento. O processo constitui, assim, um esquema mais complexo de procedimento, uma sequência normativa de posições subjetivas (faculdades, deveres e poderes) e de atos [de modo que cada um deles pressupõe o(s) precedente(s) e é pressuposto do(s) seguinte(s)], objetivando a formação de um provimento, realizada em contraditório (FAZZALARI, 1986, p. 824-827). Nas palavras do mestre italiano: “*O esquema representa a dinâmica da formação do provimento e fornece relevância a toda sua atividade preparatória*”. (tradução livre) (FAZZALARI, 1989, p. 2). Assim, “*processo é um procedimento do qual participam (estão habilitados a participar) também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa impedir as suas atividades*”. (tradução livre) (FAZZALARI, 1986, p. 827)<sup>51</sup>. Itálico no original.

O autor italiano inaugura uma teoria do procedimento em contraditório em nítido contraste com a teoria da relação jurídico-processual “estruturada por Bülow, em 1868, buscando uma forma de legitimação da decisão por meio do debate (e procedimento), e não a partir da jurisdição (e da sabedoria do juiz)”<sup>52</sup>.

É inquestionável a relevância da teoria de Fazzalari para o estudo do direito processual, isso porque, “ao garantir uma percepção da importância técnica da participação endoprocessual das partes, permite, juntamente com as novas bases do constitucionalismo e da teoria do direito, novos e importantes horizontes para uma nova etapa da ciência processual”<sup>53</sup>, suplantando “os horizontes do liberalismo, da socialização e do neoliberalismo processual, de modo a se alcançar uma procedimental democratização do processo”<sup>54</sup>.

No Brasil, a temática ainda não passou do campo teórico, isso porque, boa parte dos processualistas e aplicadores do direito ainda defende ideias socializadora e neoliberalista do processo. Inúmeras reformas legislativas foram engendradas no sentido de dar mais rapidez ao processo, outras objetivando a “massificação dos julgamentos e a redução do processo, em seu aspecto técnico, a mera formalidade, e sua função legitimadora e formadora dos provimentos a mera função legitimante das concepções judiciais”<sup>55</sup>.

Tudo isso gera certa insegurança do ponto de vista da legitimação das decisões. Neste sentido, Nunes esclarece que o discurso de mais produtividade e rapidez nas decisões faz com que os provimentos não atinjam sua finalidade constitucional, que é dar legitimidade partindo da análise do caso concreto e suas especificidades,

---

<sup>51</sup> Ibid., p. 206.

<sup>52</sup> Ibid., p. 207.

<sup>53</sup> Ibid., p. 208.

<sup>54</sup> Idem.

<sup>55</sup> Ibid., p. 209.

[A]o contrário, busca-se o julgamento de centenas de casos partindo de uma suposta identidade entre eles (v.g. arts. 285A, 543 e B, CPC), que, muitas vezes, somente permitirá um julgamento massificador e em larga escala. O judiciário fica predisposto a julgar teses jurídicas e deixa de se preocupar com o julgamento dos casos concretos. A funcionalidade de um sistema que se auto-reproduz em perspectiva instrumental, sem criar problemas para o capital financeiro que se impôs no Brasil desde a década de 1960, permite por meio de poucas sentenças realmente socializadoras (v.g. em questões fundiárias, consumeristas, em autorização de tratamentos médicos), um lastro para que se imponha, na maioria dos casos e de forma sub-reptícia, a tônica neoliberal, embasada em decisões repetitivas e que faz crer que o único aspecto que possui relevância no processo civil é a busca de resultados eficientes, rápidos, com mínimo (ou inexistente) desenvolvimento de atividades processuais (sumarização cognitiva extrema). Mediante o discurso do protagonismo judicial, típico da socialização do processo, vai-se esvaziando o papel técnico e democrático do processo e vai-se idealizando e amalgamando a idéia de que este somente serve para legitimar as decisões dos agentes políticos, quando não analisado como *formalismo que cria embaraços* e protela o auferimento de direitos pelo cliente-consumidor da “prestação de serviços” judiciários<sup>56</sup>. Itálico e negrito no original.

Desse modo, conclui Nunes, “percebe-se que a simples reconstrução técnica empreendida pela teoria do processo (como aludido supra) não consegue garantir o papel constitutivo de provimentos legítimos que o processo democrático empreende na perspectiva procedimental estruturada por Habermas”<sup>57</sup>. Nesse sentido, salienta o autor

[a]o se fazer uma releitura do processo a partir da teoria habermasiana, vislumbra-se que o processo estruturado em perspectiva participativa e policêntrica, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas (HABERMAS, 1994, p. 270). Garante-se, desse modo, a cada afetado a exposição de razões relevantes para determinação do tema a ser debatido e julgado endoprocessualmente (HABERMAS, 1994, p. 270), dentro de uma linha temporal, de uma fixação adequada do objeto de discussão e de uma distribuição dos papéis a serem desenvolvidos (HABERMAS, 1994, p. 288-289), em um espaço público processual moldado pelos princípios do modelo constitucional de processo. o processo, em perspectiva participativa, embasado nos princípios processuais constitucionais, fixa os limites de atuação e constitui condições de possibilidade para que todos os sujeitos processuais (em seus respectivos papéis) discutam argumentos normativos para formação da decisão mais adequada ao caso em análise<sup>58</sup>.

Repita-se: de tudo que fora abordado nesta seção, pode-se afirmar que, no Estado Democrático de Direito, é impossível pensar o processo civil numa perspectiva meramente dogmática e técnica, posto que, “além de permitir a resolução dos conflitos privados, ele se

---

<sup>56</sup> Ibid., p. 210.

<sup>57</sup> Ibid., p. 211.

<sup>58</sup> Ibid., p. 211-212.

presta a viabilizar o exercício de direitos fundamentais”<sup>59</sup>. No mesmo sentido, é impensável realizar interpretações do sistema processual sem alicerçar-se no “modelo constitucional de processo”, ou seja, “sem perceber que além de se buscar a eficiência (geração de resultados úteis) há de se buscar uma aplicação que implemente a percepção dinâmica das normas constitucionais, lida de modo a permitir participação e legitimidade em todas as decisões proferidas”<sup>60</sup>.

Qualquer interpretação do sistema processual em perspectiva meramente formalística “que não busque um formalismo constitucionalmente adequado (vocacionado a defesa e manutenção dos direitos fundamentais, em perspectiva normativa) estará desgarrado do processo constitucional e representará um retrocesso”<sup>61</sup>. Noutra giro, qualquer interpretação que busque afastar a necessidade do processo como estrutura garantística de aplicação e viabilização do exercício de direitos fundamentais “será inconstitucional, por impedir a participação e o debate processual na formação dos provimentos, além de chancelar as variadas formas de decisionismo, tão caras às diversas forma de discursos autocráticos (militares, econômicos, neoliberais etc)”<sup>62</sup>.

O debate acerca do processo constitucional democrático perpassa pela temática do acesso à justiça e litigiosidade. Daí a inclusão desse tema neste capítulo, como forma de entender como vem sendo estudado o sistema processual após a Constituição Federal, até mesmo para fugir das propostas fundadas na concepção liberal e social de processo, as quais não conseguiram resolver os problemas de eficiência e de legitimidade. Avançando o capítulo, abordar-se-á o acesso à justiça, analisando seus conceitos, concepções tradicionais e, por fim, examinando a problemática da litigiosidade no Brasil, tudo visando entender o problema da crise do Poder Judiciário, tema que será abordado no segundo capítulo.

## 1.2. O conceito de acesso à justiça

---

<sup>59</sup> NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual Civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 37.

<sup>60</sup> Idem.

<sup>61</sup> NUNES, Dierle. *Processualismo Constitucional Democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva – A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*. Op. cit., p. 52.

<sup>62</sup> Idem.

O direito de acesso à justiça pressupõe, desde logo, um acesso a uma “justiça eficaz, acessível aos que precisam dela e em condições de dar resposta imediata às demandas; enfim, uma Justiça capaz de atender a uma sociedade em constante mudança”<sup>63</sup>.

Carreira Alvim salienta que

[o] acesso à Justiça compreende o acesso aos órgãos encarregados de ministrá-la, instrumentalizados de acordo com a nossa geografia social, e também um sistema processual adequado à veiculação das demandas, com procedimentos compatíveis com a cultura nacional, bem assim com a representação (em juízo) a cargo das próprias partes, nas ações individuais, e de entes exponenciais, nas ações coletivas, com assistência judiciária aos necessitados, e um sistema recursal que não transforme o processo numa busca interminável de justiça, tornando o direito da parte mais um fato virtual do que uma realidade social. Além disso, o acesso só é possível com juízes vocacionados (ou predestinados) a fazer justiça em todas as instâncias, com sensibilidade e consciência de que o processo possui também um lado perverso que precisa ser dominado, para que não faça, além do necessário, mal à alma do jurisdicionado<sup>64</sup>.

Cappelletti e Garth escrevem que o acesso à justiça é o mais básico dos direitos humanos, constitui requisito fundamental de um sistema jurídico que pretenda não só proclamar, como garantir o direito de todos<sup>65</sup>. Salientam que “é o acesso de todos ao efetivo exercício de seus direitos, portanto, pressuposto de justiça social, que Aristóteles chamava de distributiva”<sup>66</sup>.

Não obstante a expressão “acesso à justiça” seja de difícil definição, determina duas finalidades do sistema jurídico: i) garantir o acesso amplo a todos e, ii) produzir resultados justos. Segundo Marinoni, “a temática acesso à justiça constitui a visão metodológica do processualista que realmente considera a perspectiva constitucional. [...]. O acesso à justiça é o rótulo da teoria processual preocupada com a questão da justiça social, justamente posta pela Democracia Social”<sup>67</sup>.

O conceito de acesso à justiça, na visão de Cappelletti e Garth, “tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do

---

<sup>63</sup> ALVIM, J. E. Carreira. Justiça: acesso e descesso. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1maio 2003 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4078>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

<sup>64</sup> Idem.

<sup>65</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 12

<sup>66</sup> idem.

<sup>67</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil*. 3ª ed. Revisada Ampliada. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1996. p. 21-22.

processo civil”<sup>68</sup>, sendo assim, não pode mais ser considerado apenas um direito fundamental e sim o ponto central da moderna processualística<sup>69</sup>.

Tem-se por insuprimível a relação de conteúdo e de funcionalidade entre o acesso à justiça e o processo. Sob uma perspectiva jurisdicional, é impossível referir-se ao acesso à justiça sem se considerar o processo como um instrumento de sua realização<sup>70</sup>.

Cichock Neto salienta que nessa perspectiva,

a expressão “acesso à justiça” engloba um conteúdo de largo espectro: parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo, perpassa por aquela que enfoca o processo como instrumento para a realização dos direitos individuais, e por fim, aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem compete, não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico; mas, outrossim, proporcionar a realização da justiça aos cidadãos. O primeiro sentido, emergido nos primórdios da ciência processual moderna, refere-se, *tout court* ao acesso à justiça como um direito de ingresso em juízo. Sustenta-se nas considerações relacionadas ao direito ou poder de exercício da ação, desprovido de qualquer conteúdo sociopolítico. Essa compreensão representou institutos, princípios e, enfim, todo o fenômeno e toda a atividade processual eram considerados sob o prisma eminentemente introspectivo. Acesso à justiça significava o mero exercício do direito de ação. Nessa acepção, as inibições ao acesso à justiça correspondem a fenômenos puramente técnicos do direito ou poder de exercitar a ação, ou seja, aos óbices referentes àquele que tomava a iniciativa de provocar a jurisdição. Evidentemente, entendido desta forma, o acesso à justiça e a atuação jurisdicional voltam-se principalmente para as questões relacionadas ao Direito invocado pelo autor, na crença de que nisso se resume a distribuição da justiça. [...]. Outra concepção do “acesso à justiça” permeou-se da ideia de ser o processo um instrumento da jurisdição, com escopos sócio-político-jurídicos perfeitamente definidos. Essa perspectiva descobre e realça os valores sociais e políticos do processo, a par dos jurídicos. Essa perspectiva instrumentalista, ao mesmo tempo em que ressaltou a condição do processo como instrumento para a realização dos direitos através da jurisdição, projetou seus escopos para além de sua finalidade jurídica; mas, também, revelou o direito substancial como um dos fins alcançados pela atividade jurisdicional. Finalmente, o princípio da universalidade da tutela jurisdicional é, na atualidade, uma tendência universal que não se pode negar. Daí, a compreensão do acesso à justiça como “acesso à ordem jurídica justa”. Sob essa ótica, o acesso à justiça não implica somente na existência de um ordenamento jurídico regulador das atividades individuais e sociais mas, concomitantemente, na distribuição legislativa justa dos direitos e faculdades substanciais. Assim, no conceito de acesso à justiça, compreende-se toda atividade jurídica, desde a criação de normas jurídicas, sua interpretação, integração e aplicação, com justiça. É exatamente nestes sentido mais amplo que deve ser tomada a expressão “acesso à justiça”<sup>71</sup>.

Com efeito, é possível delimitar as fases pelas quais o acesso à justiça já perpassou em consonância com a evolução da teoria geral do processo, a saber: i) a primeira delas seria

<sup>68</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 4.

<sup>69</sup> Idem.

<sup>70</sup> CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. 1ª ed. 6ª tir. Curitiba: Juruá, 2009. p. 61.

<sup>71</sup> Ibid., p. 61-63.

de caráter eminentemente interno, como fim em si mesmo; ii) a segunda, considerando o acesso como instrumento da jurisdição e, iii) a terceira e última, como instrumento ético para a realização da justiça. Na primeira perspectiva, o acesso à justiça com o fim em si mesmo, refere-se ao acesso à justiça como um mero direito de ingressar em juízo, o que a doutrina chama de o acesso à Justiça como mero exercício do direito de ação, um direito meramente formal<sup>72</sup>. Na segunda concepção, o processo é inserido como um instrumento da jurisdição, projetando seus escopos (jurídicos, sociais e políticos) para além de sua finalidade jurídica<sup>73</sup>. Já a concepção de acesso à justiça como “instrumento ético para a realização da justiça” é originária da compreensão do “acesso à Justiça” como “acesso à ordem jurídica justa”, concebida por Kazuo Watanabe<sup>74</sup>.

Nas seções seguintes, objetiva-se analisar o acesso à justiça em cada fase evolutiva de seu conceito, o fazendo a partir da concepção do Estado liberal, social e democrático. Adverte-se, contudo, que este estudo não esgota a matéria, sobretudo a questão histórica, o que demandaria uma pesquisa mais específica e que foge do proposto nesta dissertação.

## 1.2. Concepções tradicionais de acesso à justiça

### 1.2.1. O acesso à justiça na concepção liberal

O movimento iluminista<sup>75</sup>, iniciado na Europa (século XVIII), sobretudo na França, fora o grande responsável pela mudança de pensamento da época, resultando no aparecimento

---

<sup>72</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) Crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.88.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>74</sup> WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In CRINOVER, Ada P. *et al.* Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

<sup>75</sup> No século XVIII, uma nova corrente de pensamento começou a tomar conta da Europa defendendo novas formas de conceber o mundo, a sociedade e as instituições. O chamado movimento iluminista aparece nesse período como um desdobramento de concepções desenvolvidas desde o período renascentista, quando os princípios de individualidade e razão ganharam espaço nos séculos iniciais da Idade Moderna. No século XVII o francês René Descartes concebeu um modelo de verdade incontestável. Segundo este autor, a verdade poderia ser alcançada através de duas habilidades inerentes ao homem: duvidar e refletir. Nesse mesmo período surgiram proeminentes estudos no campo das ciências da natureza que também irão influenciar profundamente o pensamento iluminista. Entre outros estudos destacamos a obra do inglês Isaac Newton. Por meio de seus experimentos e observações, Newton conseguiu elaborar uma série de leis naturais que regiam o mundo material. Tais descobertas acabaram colocando à mostra um tipo de explicação aos fenômenos naturais independente das concepções de fundo religioso. Dessa maneira, a dúvida, o experimento e a observação seriam instrumentos do intelecto capazes de decifrar as “normas” que organizam o mundo. Tal maneira de relacionar-se com o mundo, não só contribuiu para o desenvolvimento dos saberes no campo da Física, da Matemática, da Biologia e da

do Estado liberal, cuja premissa básica consistia em proteger os indivíduos contra as ingerências e interferências indevidas dos Estados absolutistas<sup>76</sup>. Tem-se que o Estado liberal é considerado o primeiro paradigma<sup>77</sup> constitucional da modernidade e, “dentro do espírito da época (séculos XVIII-XIX), evoca três princípios fundamentais: igualdade, liberdade e propriedade”<sup>78</sup>.

O grande marco do movimento iluminista é a Revolução Francesa, a qual exprime o triunfo de uma classe (a burguesia) e de uma nova ordem social, na qual a liberdade do indivíduo, a princípio, é ilimitada e a faculdade do Estado para invadi-la, a princípio, é limitada, o que deu origem ao chamado liberalismo<sup>79</sup>, “onde o valor liberdade possui valor

Química. O método utilizado inicialmente por Newton acabou influenciando outros pensadores que também acreditavam que, por meio da razão, poderiam estabelecer as leis que naturalmente regiam as relações sociais, a História, a Política e a Economia. Vários pensadores foram influenciados por esse conjunto de ideias, como John Locke, Montesquieu, Jean-Jaques Rousseau, Diderot e D’Alembert. SOUZA, Rainer Gonçalves. *Iluminismo*. <Disponível em: <http://www.mundoeducacao.com.br/iluminismo/>>. Acesso em: 03/11/2012.

<sup>76</sup> No absolutismo a autoridade máxima do rei contava com poderes ilimitados para conduzir os destinos de uma determinada nação. O poder político concentrado nas mãos da autoridade real seria legitimado por uma justificativa religiosa em que o monarca seria visto como um representante divino. Entretanto, para os iluministas a fé não poderia interferir ou legitimar os governos. Idem.

<sup>77</sup> Paradigma pode ser entendido como "consenso científico enraizado quanto às teorias, modelos e métodos de compreensão do mundo" ou, na definição de Kuhn, eles são "realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência". (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 15. et seq. Cf. CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 52). O termo paradigma pode ter sua existência desde o período grego, aparecendo em escritos platônicos, mas foi, principalmente a partir dos estudos de Kuhn, em sua obra *Estrutura das revoluções científicas*, de 1962, que adquiriu o sentido atualmente difundido. Kuhn objetivou apresentar a tese de que o conhecimento científico não decorre de um acúmulo evolutivo e pacífico de informações, mas, ao contrário, forma-se por processos de rupturas, saltos cognitivos, como verdadeiras revoluções. Nesse sentido, Cattoni de Oliveira afirma ser o conjunto “...realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. Ibidem, p. 82.

<sup>78</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A interpretação jurídica no estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas*. In CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2004. p. 303.

<sup>79</sup> “O termo “liberal”, em razão de sua plasticidade e da riqueza de significações que comporta, deve ser analisado sob os aspectos político, econômico, filosófico e social. Sob o aspecto político, o Estado liberal se liga à ideia de democracia opondo-se, pois, ao modelo de Estado “autoritário” ou “absolutista”. Busca-se, sob esse aspecto, à “desconcentração” do poder, tão cara às pretensões burguesas. Sob o aspecto filosófico, o liberalismo se restringe à liberdade de pensamento e de crença. Trata-se da faculdade de o indivíduo poder fazer proselitismo de suas convicções políticas, filosóficas e religiosas a qualquer instante sem por isso sofrer qualquer espécie de pena ou prejuízo. Quanto ao aspecto econômico, o liberalismo se liga à liberdade de profissão e comércio. Em princípio, a iniciativa econômica é conferida aos particulares e ao Estado apenas por exceção. Seus postulados principais são a livre iniciativa e a livre concorrência, num primeiro momento, sem interferência do Estado (*laissez faire, laissez passer, laissez vivre*). Quanto ao aspecto social, o liberalismo se liga à ideia do desejo de cada indivíduo em mandar no seu próprio destino. Trata-se da faculdade de ter liberdades individuais. O liberalismo, sob uma ótica totalizante, deve ser identificado e compreendido em duas perspectivas – econômica e política – as quais se fundem para formar o modelo de Estado Liberal. O liberalismo, sob uma ótica totalizante, deve ser identificado e compreendido em duas perspectivas – econômica e política – as quais se fundem para formar o modelo de Estado Liberal. Sob o aspecto jurídico, o Estado Liberal é representado pelo Estado de Direito no qual a supremacia da Constituição e o Império da Lei se manifestam em dois pontos fundamentais: a

preponderante constituindo juntamente com o primado da lei, a razão e a proteção do indivíduo e da propriedade”<sup>80</sup>.

O Estado pretendia dar à “*burguesia* uma liberdade quase total para agir, segundo seus próprios interesses. Assim o Estado (notadamente o Executivo) deveria se abster de cumprir apenas as funções públicas essenciais (e.g., poder de polícia)”<sup>81</sup>, sua atuação “deveria se restringir àquele mínimo necessário a garantir os direitos conquistados por aquela (burguesia), isto é, garantir sua maior liberdade possível”<sup>82</sup>.

Para Bonavides, “antes da Revolução tudo se explicava pelo binômio absolutismo-feudalidade, fruto de contradição já superada. Depois da Revolução, advém outro binômio, com a seguinte versão doutrinária: democracia-burguesia ou democracia-liberalismo”<sup>83</sup>. Com isso, pode-se afirmar que antes o “político”, consubstanciado no poder do rei, tinha ascendência sobre o econômico (o feudo), já com o liberalismo, dá-se o inverso, ou seja, é o econômico que inicialmente controla e dirige o político<sup>84</sup>.

Nessa concepção de Estado, há uma divisão bem evidente entre o que é público, ligado às coisas do Estado, como exemplo o direito à cidadania, segurança jurídica, representação política, e o que é privado, notadamente, a vida, a liberdade e a propriedade. O Estado liberal caracteriza-se pela positivação em âmbito Constitucional: i) do princípio da divisão dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), ii) pelo respeito ao princípio da legalidade (pela submissão da autoridade ao império da lei), iii) pela declaração e garantia dos direitos individuais e, iv) pela Supremacia da Constituição, que serve de instrumento de regulação das relações entre o Estado e seus cidadãos<sup>85</sup>.

É no Estado liberal que se tem a primeira ideia de igualdade de todos perante a lei, entretanto, uma igualdade apenas formal<sup>86</sup>. Nessa concepção de Estado, o acesso à justiça era

consagração dos Direitos e Garantias Individuais e a adoção da Teoria da Divisão dos Poderes”. SILVEIRA FILHO, Mário Megale da. *A tutela dos direitos coletivos em face do modelo de estado social brasileiro*. Ribeirão Preto: Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). 2009. (Pós Graduação Stricto Sensu - área de concentração – Direitos Coletivos; Cidadania; Função Social). p. 60-61.

<sup>80</sup> Idem.

<sup>81</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A interpretação jurídica no estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas*. Op. cit., p. 304.

<sup>82</sup> Idem.

<sup>83</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8 ed. São Paulo: Malheiros.2007. p. 54-55.

<sup>84</sup> Idem.

<sup>85</sup> SILVEIRA FILHO. Op. cit., p. 63.

<sup>86</sup> Segundo Menelick, “são iguais no sentido de todos se apresentarem agora como proprietários, no mínimo, de si próprios, e, assim, formalmente, todos devem ser iguais perante a lei, porque proprietários, *sujeitos de direito*, devendo-se pôr fim aos odiosos privilégios de nascimento”. CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito*. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, n. 3, mai., 1999, p. 478.

assegurado ao indivíduo, entretanto esse direito era essencialmente um direito formal, podendo propor ou contestar uma ação, pois fundava-se na teoria de que o direito de acesso à justiça era um direito natural, e como tal não necessitava de uma ação do Estado para sua proteção, este apenas o preservava impedindo que tal direito fosse infringido por outros<sup>87</sup>.

Essa fase representa a primeira concepção de acesso à justiça da era moderna descrita por Cichocki Neto, referindo-se ao acesso à justiça como um direito de ingresso em juízo, mero exercício do direito de ação<sup>88</sup>. Não obstante o acesso à justiça fosse um direito em tese garantido ao indivíduo, nem todos tinham acesso, isso porque não tinham aptidões para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente na prática; problemas de ordem financeira também inviabilizavam o acesso à justiça, pois somente aqueles que podiam custear o processo podiam ter o referido acesso<sup>89</sup>.

Observa-se que a ausência de recursos de parte da população para arcar com os custos do processo não era preocupação do Estado, até porque, nessa fase, não havia intervenção estatal na vida privada. Com isso, a Justiça só podia ser obtida por aqueles que pudessem arcar com os custos do processo, entretanto aqueles desprovidos dessa capacidade eram condenados à própria sorte, ou seja, tinham um acesso à justiça apenas formal, mas não efetivo<sup>90</sup>.

Nesse sentido, o processo era visto e utilizado como um mero instrumento de resolução de conflitos e era visualizado como instrumento privado à disposição das partes<sup>91</sup>. Nunes salienta que o Poder Judiciário apenas aplicava as normas e não tinha poderes para interferir nas ações do Legislativo; em contrapartida, os indivíduos eram entendidos como “soberanos na gestão de seus interesses”<sup>92</sup>.

O grande, e talvez insuperável, problema da concepção liberal de acesso à justiça era a ideia de “igualdade formal”. Nunes enfatiza que

[Na] fase do liberalismo processual, idealizou-se uma concepção formal de igualdade que pressupunha a inexistência de disparidades entre os indivíduos. Como afirmava Menger, acreditava-se e defendia-se que [...] deixando livres as forças econômicas, obter-se-ia uma produção maior em quantidade dos diferentes objetos e, em virtude disso, alcançar-se-ia o bem-estar econômico de todos (doutrina de

<sup>87</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 3.

<sup>88</sup> CICHOCKI NETO. Op. cit., p. 61.

<sup>89</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 3.

<sup>90</sup> Ibid., p. 4.

<sup>91</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Op. cit., p. 73-74.

<sup>92</sup> Ibid., p. 74.

Manchester). Tratando a todos os cidadãos de um modo perfeitamente igual, sem atender a suas qualidades pessoais e a sua posição econômica, e permitindo que entre eles se estabelecesse uma competição ininterrupta, chegar-se-ia, sem dúvida, à elevação da produção até o infinito. Mas, ao mesmo tempo, conseguir-se-ia que os pobres e os débeis tomassem uma parte consistente nesse aumento de produção (tradução livre) (MENGER, 1947, p. 63). Tal concepção gerava, no processo, uma **impossibilidade** de compensações de desigualdades (sociais e econômicas) – estratégias corretivas – pela atividade judicial ou pela assistência de advogados subsidiados pelo Estado. Desse modo, [...] todas as partes são tratadas da mesma forma no tocante à alocação dos instrumentos processuais, exatamente como todos os votantes têm o mesmo direito na regulamentação das eleições (um homem, um voto). Em outras palavras, as partes são tratadas abstratamente, abstraindo-se delas as diferenças pessoais (substanciais) e tratando-as como titulares de direitos processuais equivalentes (tradução livre) (DAMASKA, 1991, p. 188)<sup>93</sup>. Negrito no original.

Em suma, na concepção de Estado liberal o que importa é a liberdade de todos, ou seja, todos devem ser livres, proprietários e iguais, num sistema alicerçado na supremacia das leis, na separação de poderes e no enunciado dos direitos e garantias individuais. Entretanto o direito, nesse paradigma, é visto na forma de um direito semanticamente geral e abstrato, no qual as regras são válidas universalmente para todos os membros da sociedade, cabendo somente a eles a tarefa de buscá-lo por meio do Judiciário, cujo acesso é apenas formal (mero exercício do direito de ação), baseado numa “concepção formal de igualdade que pressupunha a inexistência de desigualdade entre os indivíduos”<sup>94</sup>.

### 1.2.1. O acesso à justiça na concepção social

Para Habermas, o paradigma liberal tornou-se insuficiente diante dos desafios da integração social em sociedades complexas<sup>95</sup>, pois não basta um Estado que apenas respeite a liberdade de cada um, na forma de um direito geral e abstrato, e sim que possa “materializar o direito, garantindo não apenas liberdades negativas, mas, sobretudo, prestações materiais positivas”<sup>96</sup>.

Nesse contexto, se formou e fortaleceu o Estado Social, sobretudo “a partir das lutas sociais e do desenvolvimento teórico no final do século XIX e início do século XX, fato que

<sup>93</sup> Ibid., p. 74-75.

<sup>94</sup> NUNES, Dierle José Coelho. Op. cit., p. 74.

<sup>95</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. V. II. P. 129.

<sup>96</sup> Ibid., p. 139.

conduziu ao delineamento de “um Constitucionalismo social, cujo marco inicial teria sido a Constituição de Weimar, embora a primeira Constituição social tivesse sido a de Queretaro, México”<sup>97</sup>.

Cattoni de Oliveira esclarece que

[A] sociedade do pós-Primeira Guerra, a ‘a sociedade de massas’, para usar uma expressão consagrada pela sociologia do século XX, compreende-se dividida em sociedade civil e Estado. Não mais uma sociedade de indivíduos-proprietários privados, mas uma sociedade conflituosa, dividida em vários grupos, coletividades, classes, partidos e facções em disputa, cada qual buscando seus interesses. Não mais um Estado-liberal ‘neutro’, distante dos conflitos sociais, mas um Estado que se assume como agente conformador da realidade social e que busca, inclusive, estabelecer formas de vida concretas impondo pautas ‘públicas’ de ‘vida boa’. O Estado Social, que surge após a Primeira Guerra e se firma após a Segunda, intervém na economia, através de uma proposta de bem-estar (welfare state) que implica uma manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, assim como a compensação das desigualdades sociais através de prestação estatal de serviços e da concessão de direitos sociais. Tal ruptura paradigmática vem redefinir os clássicos direitos da vida, liberdade, propriedade, segurança e igualdade. É a chamada ‘materialização’ do direito. O cidadão – proprietário do Estado Liberal passa a ser encarado como o cliente de uma Administração Pública garante de bens e serviços. O direito passa a ser interpretado como sistema de regras e princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais (‘ordem material de valores’, como entendeu a Corte Constitucional Federal alemã) bem como de programas de fins, realizáveis no ‘limite do possível’<sup>98/99</sup>.

Na concepção de Estado social, o Estado exerce um controle direto na vida dos cidadãos e tem como características básicas: i) a Supremacia da Constituição, ii) a divisão dos poderes, iii) o respeito ao princípio da legalidade, iv) a declaração e garantia dos direitos individuais e sociais, v) a participação política com a organização democrática da sociedade e vi) a atuação positiva do Estado com a finalidade de Implementação do Estado social<sup>100</sup>.

<sup>97</sup> NUNES, Dierle José Coelho. Op. cit., p. 70.

<sup>98</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Op. cit., p. 59.

<sup>99</sup> BAHIA explicita que: Diante das pressões, os Estados Liberais foram obrigados a ceder, editando leis que, e.g., diminuam a jornada de trabalho, que permitiam o funcionamento de sindicatos (proibidos durante muito tempo); e também ações positivas, no melhoramento estrutural da cidade e até a ampliação do direito de voto (acabando aos poucos com o voto censitário). Começava-se a difundir a ideia de que o mero elenco de direitos não era suficiente para garantir igualdade e liberdade reais e o efetivo acesso à propriedade. Reclamava-se a materialização daqueles direitos consagrados em Declarações (ou mesmo em constituições); percebe-se que, além de se afirmar a igualdade, seria necessário reconhecer as diferenças e proteger o hipossuficiente. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A interpretação jurídica no estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas* op. cit., p. 252.

<sup>100</sup> Em termos doutrinários, existem quatro categorias de Estado Social positivadas nas várias constituições que adotam esta espécie de modelo: I – há aquelas constituições que adotam uma pauta meramente programática. Nessa espécie de constituição, o modelo de Estado social se acha direta e imediatamente vinculada ao capítulo que trata da ordem econômica e social. Em razão disso, faz-se do Texto Constitucional um instrumento de amparo ao trabalhador e ao empresário onde a eficácia e a positividade dessas normas ficam na dependência da boa vontade do legislador infraconstitucional de fazer efetivas e concretas as promessas sociais da constituição.

Com efeito, a liberdade do Estado liberal não pode mais ser considerada como desdobramento da legalidade estrita, na qual o indivíduo podia fazer tudo o que não fosse proibido por lei, "mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação"<sup>101</sup>.

Com a ruptura do paradigma do Estado liberal, ocorreu uma redefinição dos clássicos direitos de primeira dimensão<sup>102</sup>, ou, segundo Habermas, uma materialização do direito<sup>103</sup>. Houve uma instrumentalização do Poder Judiciário para atendimento dos compromissos estatais (entre eles, o de garantir o acesso à justiça)<sup>104</sup>.

Teixeira explica que

[A] publicização do Direito seguiu ato contínuo ao crescimento das funções do Estado. A socialização do fenômeno normativo colocou o "planejamento e as políticas públicas [como] paradigmas do novo sentido operacional e instrumental conferido às normas jurídicas". Como destacam Carvalho Netto e Scotti, essa centralidade das políticas públicas na concepção do Estado social promoveu uma profunda alteração na imagem do Estado na *justificação dos direitos fundamentais*. Percebe-se, a partir de então, "a preponderância da ideia de autonomia pública onde a própria esfera privada é vista como delimitada pela noção de *bem comum*, programada a partir de uma burocracia tecnocrata". À medida que o projeto social avançava, as tarefas do Estado aumentaram em vez de diminuir. Não por acaso se intensificaram as investigações no campo do processo, agora visto como um potencial *instrumento de transformação social*. Nunes constata, da análise dos textos de Bülow - processualista cuja relevância dos estudos levaram à autonomia do direito processual -, que ele buscava "uma aplicação livre e, em certa medida, subjetiva do direito pelos juízes, que deveriam desenvolver sua função com

---

II – nesta segunda categoria, O Estado Social faz da igualdade e da justiça social postulados de criação e sustentação de um modelo deveras humano de convivência, assentado sobre conquistas básicas e reais. III- nesta terceira categoria, O Estado Social faz uma clara e inequívoca opção por um socialismo democrático. Constrói-se, assim, um caminho que conduz a uma distinta ordem de relações de produção, que podem até deixar de ser as do habitual modelo capitalista, possibilitando, desse modo, o advento de um sistema socialista ou de uma comunhão igualitária de classes, a partir de postulados democráticos de justiça social. IV – nesta quarta categoria, o modelo de Estado Social opta pela revogação do pacto democrático, onde a Constituição torna-se duvidosa e suspeita no sentido de resguardar as declarações de direitos sociais, proteção aos Direitos Humanos e participação democrática. (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

<sup>101</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. Op. cit. p. 480.

<sup>102</sup> Menelick de Carvalho Netto pondera que os direitos individuais de 1ª geração não são mais vistos como verdades matemáticas. "O direito privado, assim como o público, apresentam-se agora como meras convenções e a distinção entre eles é meramente didática e não mais ontológica. A propriedade privada, quando admitida, o é como um mecanismo de incentivo à produtividade e operosidade sociais, não mais em termos absolutos, mas condicionada ao seu uso, à sua função social. Assim todo o Direito é público, imposição de um Estado colocado acima da sociedade, uma sociedade amorfa, carente de acesso à saúde ou à educação, massa pronta a ser moldada pelo Leviatã onisciente sobre o qual recai essa imensa tarefa. O Estado subsume toda a dimensão do público e tem que prover os serviços interentes aos direitos de 2ª geração à sociedade, como saúde, educação, previdência, mediante os quais alicia clientelas". idem.

<sup>103</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*. v. 2. p. 127

<sup>104</sup> TEIXEIRA, Ludmila Ferreira. Op. cit. p. 32.

sabedoria e sensibilidade, uma vez que “a atividade do juiz contribui para o progresso e a completude da edificação do ordenamento jurídico, que a lei somente iniciou”<sup>105</sup>.

Nessa fase do direito, o acesso à justiça tem como escopo dar efetividade aos direitos reconhecidos e recém-incorporados na Constituição<sup>106</sup>. Para tanto, foi preciso pensar instituições mais comprometidas com as contingências sociopolíticas e menos apegadas ao formalismo conservador do período liberal. No mesmo sentido, Cichocki Netto salienta que essa fase histórica do direito, sobretudo do processo, rompe com o formalismo e coloca, na perspectiva socializadora, o processo como um instrumento da jurisdição com objetivos jurídicos, sociais e políticos bem definidos<sup>107</sup>.

É nessa perspectiva que os valores sociais e políticos do processo são descobertos e realçados. Nesse sentido, ao mesmo tempo em que ressalta a condição do processo como instrumento para a realização dos direitos por meio da jurisdição, projeta seus escopos para além de sua finalidade jurídica, revelando o direito substancial como um dos fins almejados pela atividade jurisdicional<sup>108</sup>.

É também nessa concepção social que o acesso à justiça passa ser compreendido como “acesso à ordem jurídica justa”. Para Cichocki Neto,

Sob esse enfoque, as limitações ao acesso à justiça redobram-se de conteúdo. Referem-se não somente a aspectos técnicos jurídicos do processo, mas a tudo o que interfere na realização efetiva da justiça, nela se inserindo os problemas críticos, provenientes das dificuldades econômicas, políticas e sociais que impedem ao cidadão o acesso à ordem jurídica justa. Do intérprete ao aplicador do direito, exige-se uma postura crítica em face do ordenamento jurídico. Buscam-se, na exegese da norma jurídica, os elementos axiológicos para a produção de decisões justas<sup>109</sup>. A referência à justiça das decisões implica numa relação de seu destinatário – jurisdicionado –, que aguarda o cumprimento da promessa do Estado de realizá-la, com os recursos de seu poder que, nos regimes democráticos, foi conferida pela vontade dos cidadãos. Trata-se de se focalizar as questões de acesso à justiça sob a “perspectiva dos consumidores” do Direito e da justiça. Neste sentido, a lei, a sentença, o ato administrativo e a justiça passam a ser considerados produtos

<sup>105</sup> Ibid., p. 30-31.

<sup>106</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A interpretação jurídica no estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas*. Op. cit., p. 253.

<sup>107</sup> CICHOCKI NETTO, José. Op. cit., p. 61.

<sup>108</sup> Ibid., p. 62.

<sup>109</sup> Ao contrário do que ocorria no paradigma do Estado liberal, no Estado social o Poder Judiciário não se limita a ser a *bouche de la loi* (boca da lei), exige-se que o juiz seja *la bouche du droit* (a boca do direito), pois a hermenêutica jurídica estabelece métodos mais sofisticados como a análise teleológica, a sistêmica e a histórica, “capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profundamente inserida nas diretrizes de materialização do direito que a mesma prefigura, mergulhada na dinâmica das necessidades dos programas e tarefas sociais”. CARVALHO NETTO, Menelick de. Op. cit. p. 481

destinados à tutela dos consumidores, isto é, dos usuários dos serviços prestados pelo Direito. Essa mudança de enfoque do acesso à justiça tem sido considerada uma verdadeira “revolução” para se expandirem os mecanismos e instrumentos de acesso ao direito e à justiça<sup>110</sup>.

Observa-se que, nessa fase social, o desafio estava em dar efetividade aos direitos reconhecidos e recém constitucionalizados<sup>111</sup>. Portanto houve uma instrumentalização do processo para atender o compromisso estatal de garantir o acesso à justiça, não apenas um acesso formal ou material, mas um acesso à justiça como um acesso à ordem justa. Essa é a tônica do acesso à justiça na concepção social. Na próxima seção, apresenta-se o acesso à justiça no Projeto Florença e como ele influenciou no modelo de acesso à justiça adotado no Brasil.

#### 1.2.2.1. O acesso à justiça no Projeto de Florença e sua influência no modelo de acesso à justiça no Brasil

O tema acesso à justiça, como objeto de pesquisa científica, assim como os desdobramentos do termo, surgem a partir da pesquisa empírica do Projeto de Florença que, sob a coordenação de Mauro Cappelletti mobilizou e reuniu pesquisadores de diversos ramos das ciências sociais, os quais, a partir da década de 1970, coletaram dados do sistema judicial de 23 países, na sua maioria países de economia mais desenvolvida, embora tenha também contado com a participação de países de “terceiro mundo”; da América Latina participaram Chile, Colômbia, México e Uruguai<sup>112</sup>. Em razão do sucesso da pesquisa e da proliferação do tema após a sua publicação, o Projeto deu início ao movimento de acesso à justiça (*access-to-justice movement*)<sup>113</sup>.

<sup>110</sup> CICHOCKI NETTO, José. Op. cit., p. 63.

<sup>110</sup> Ibid., p. 62.

<sup>111</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A interpretação jurídica no estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas* op. cit., p. 253.

<sup>112</sup> JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo*. Revista de Estudos Históricos, Rio de Janeiro, n.º. 18, 1996/2, p. 2.

<sup>113</sup> PORTO, Júlia Pinto Ferreira. Op. cit. p. 29. Continua: “Assim, oficialmente, o tema acesso à justiça tornou-se o foco de muitas discussões acerca dos sistemas judiciais mundo afora, a partir da publicação do Relatório Geral do Projeto de Florença, intitulado de “Access to justice: The worldwide movement to make Rights Effective – A General Report” e publicado em Milão. No Brasil, foi publicado apenas em 1988, e traduziu-se a obra apenas como “Acesso à Justiça”. Na verdade, o documento oficial de finalização do Projeto de Florença constitui numa obra de, ao todo, seis tomos, publicados entre 1978 e 1979. Nos tomos, constavam os estudos e as contribuições

É importante destacar que a análise do acesso à justiça no Projeto de Florença parte da concepção do paradigma social, posto que preocupado com a igualdade material, nesse sentido possui duas finalidades básicas: a) igualdade de acesso a todos; b) produção de resultados que sejam individuais e socialmente justos<sup>114</sup>.

O acesso à justiça pode ser encarado não só como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário, mas o ponto central da moderna processualística<sup>115</sup>. Cappelletti e Garth se preocupam de forma nítida com o acesso à justiça em condições iguais para o jurisdicionado, não uma igualdade meramente formal, mas sim material e mais efetiva<sup>116</sup>.

Conceitualmente o acesso à justiça se resume num direito social fundamental, garantido de forma igualitária a todos. Não apenas isso, segundo Cappelletti e Garth, o direito de acesso à justiça deve ser efetivo, posto que é um direito de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, devendo ser encarado como requisito fundamental (“o mais básico dos direitos humanos”) de um sistema jurídico moderno e igualitário<sup>117</sup>.

Entretanto não basta apenas garantir o direito de acesso à justiça, é dever do Estado torná-lo efetivo. Para Cappelletti e Garth, a efetividade do direito de acesso à justiça esbarra em alguns obstáculos, os quais podem ser classificados em três grandes núcleos, i) custas judiciais; ii) as possibilidades das partes e iii) os problemas especiais dos interesses difusos.

O primeiro grande obstáculo, segundo o estudo, está no custo do processo, que é muito dispendioso na maior parte das sociedades modernas<sup>118</sup>. Cappelletti e Garth concluíram que nos países onde se adota o princípio da sucumbência a penalidade imposta ao vencido é aproximadamente duas vezes maior do que dadas as normais incertezas do processo, o que desmotiva o litigante a recorrer às vias formais de resolução de litígios<sup>119</sup>. Em outro extremo, as causas cujos valores são relativamente pequenos, também podem desmotivar, pois “os custos a serem enfrentados nas ações cresce na medida em que se reduz o valor da causa”<sup>120</sup>.

---

de vários juristas sociólogos, economistas, cientistas políticos, antropólogos e psicólogos de todos os continentes. A obra que fora traduzida para idiomas diversos e que obteve significativo sucesso mundo afora é um relatório resumido. Esta edição resumida, que é também a publicada no Brasil, pode ser chamada de Relatório Geral, para diferenciá-la dos diversos tomos publicados a respeito do resultado das pesquisas de campo.” Ibidem, p. 30.

<sup>114</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 4.

<sup>115</sup> Ibid. p. 5.

<sup>116</sup> Idem.

<sup>117</sup> Idem.

<sup>118</sup> Ibid., p. 6.

<sup>119</sup> Idem.

<sup>120</sup> Ibid., p. 7.

O tempo, igualmente, é um fator que implica o alto custo do processo, haja vista que em muitos países o tempo de espera da solução judicial pode ser de dois a três anos, isso provoca um aumento dos custos para as partes e, de certa forma, “pressiona os economicamente fracos a abandonarem suas causas, ou aceitarem acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito”<sup>121</sup>.

O segundo grande obstáculo seria aquele relacionado à chamada possibilidade das partes. Para Fernandes e Pedron, “esse conceito, desenvolvido pelo professor Marc Galanter, constitui ponto central, quando se cogita da denegação ou da garantia do acesso efetivo à “Justiça”. Essa expressão repousa na noção de que algumas espécies de litigantes gozam de uma série de “vantagens estratégicas” em relação a outros”<sup>122</sup>.

É importante observar que o relatório do Projeto de Florença estatui que embora pessoas e organizações que possuam recursos financeiros consideráveis com certeza terão vantagens ao propor ou defender uma ação, entretanto este não é o único fator, a questão central insere-se no reconhecimento de um direito e da propositura da respectiva ação, ou seja, é imprescindível que o demandante reconheça o direito e como exercê-lo<sup>123</sup>.

Outro fator apontado no estudo que pode tornar os litígios menos atraentes é a disposição psicológica das pessoas para recorrer a processos judiciais, pois ainda que tenham conhecimento do direito a ser alcançado, o receio de enfrentar procedimentos complicados, formalismo, ambientes intimidantes como tribunais e a percepção de juízes e advogados como figuras opressoras, “fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho”<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> *Idem*.

<sup>122</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *Op. cit.*, p. 100.

<sup>123</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 8. Os autores salientam [...]. Num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em muitos tipos de conflitos que envolvem direito. [...]. Mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que sua assinatura num contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, de sujeitar-se a seus termos em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeções a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção<sup>123</sup>.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 9. O estudo, ainda neste ponto, esclarece que “litigantes habituais” levam vantagem sobre “litigantes eventuais”, isto porque estes não costumam ter contato com o sistema judicial, e se o tem são isolados e pouco frequentes, ao passo que o primeiro possui experiência mais extensa. Galanter enumera várias vantagens dos litigantes habituais, como por exemplo: i) a maior experiência com o direito, possibilitando maior planejamento do litígio, ii) a diluição dos riscos da demanda pelo maior número de casos, iii) a oportunidade de desenvolvimento de relações informais com os membros da instância decisora, iv) a possibilidade de testar estratégias novas em determinados casos para garantir expectativas mais favoráveis em casos futuros. Observa-se que o estudo destacou a maior eficiência dos litigantes habituais em relação aos chamados litigantes eventuais, o que poderia ser atacado se os indivíduos encontrassem maneiras, conforme Galanter, de agregar suas causas e desenvolvessem estratégias de longo prazo.

O último obstáculo se relaciona aos problemas especiais dos interesses difusos, “interesses fragmentados ou coletivos”<sup>125</sup>. O relatório registra a verdadeira inviabilidade de sua defesa em juízo dentro dos padrões tradicionais da tutela jurisdicional individual. Segundo Fernandes e Pedron, o Projeto de Florença foi pioneiro,

[...], pois na verdade ele é um dos primeiros, senão o precursor, estudo de direito comparado, que de forma sistemática, vislumbra a inserção dos direitos difusos e direitos coletivos, tendo em vista basicamente o direito ao meio ambiente saudável, bem como a efetiva proteção ao consumidor, chamando a atenção para aquilo que será um dos temas centrais no Paradigma do Estado Democrático de Direito, qual seja, a inadequação de confiar-se apenas no Estado para a defesa dos “interesses difusos”<sup>126</sup>.

Observa-se que os obstáculos de acesso à justiça, apontados nos parágrafos anteriores, “são mais discriminados e pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres, ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses”<sup>127</sup>.

O Projeto de Florença, além de apontar os obstáculos à consecução do acesso à justiça, estabelece soluções ou caminhos “a percorrer visando a alcançar saídas para os complexos problemas levantados. Recomendava-se, por isso, movimentar o Direito Processual, de maneira a imprimir-lhe evolução segundo três ondas”,<sup>128</sup> denominadas de “ondas renovatórias”,<sup>129</sup> ou seja, i) assistência judiciária; ii) representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; iii) “enfoque de acesso à justiça”<sup>130</sup>.

Cappelletti e Garth salientam que os primeiros esforços para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente, em propiciar serviços jurídicos aos pobres. O relatório vai trabalhar nessa primeira “onda” com três sistemas que contribuíram para a mudança de entendimento da assistência judiciária no mundo ocidental,

---

<sup>125</sup> Ibid., p. 10.

<sup>126</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Op. Cit., p. 102.

<sup>127</sup> Idem.

<sup>128</sup> Ibid., p. 103.

<sup>129</sup> Ibid., p. 93.

<sup>130</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 12.

respectivamente: a) Sistema Judicare<sup>131</sup>; b) o sistema do advogado remunerado pelos Cofres Públicos<sup>132</sup> e, por fim c) modelos combinados<sup>133</sup>.

A segunda “onda” se caracteriza pela representação dos interesses difusos, a qual “dialoga com o obstáculo da dificuldade de mobilização social, de capacidade organizativa, da coletivização da tutela jurisdicional para os direitos difusos”<sup>134</sup>. Cappelletti e Garth apontam que “o segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres”<sup>135</sup>. O relatório centrou seu foco, especificamente, nos interesses difusos, forçando uma reflexão sobre as mencionadas noções tradicionais básicas do processo civil, afirmando que uma verdadeira revolução esta se desenvolvendo dentro do processo civil<sup>136</sup>.

Neste sentido

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares<sup>137</sup>.

A terceira “onda”, denominada de “enfoque de acesso à Justiça”, “busca resolver os obstáculos das deficiências interrelacionadas das estruturas do sistema judiciário e do

<sup>131</sup> “A maior realização das reformas na assistência judiciária na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental foi o apoio ao denominado sistema judicare. Trata-se de 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”. Ibidem, p. 13.

<sup>132</sup> “O modelo de assistência judiciária com advogados remunerados pelos cofres públicos tem um objetivo diverso do sistema judicare, o que reflete sua origem moderna no Programa de Serviços Jurídicos do *Office of Economic Opportunity*, de 1965 – a vanguarda de uma “guerra contra a pobreza”. Os serviços jurídicos deveriam ser prestados por “escritórios de vizinhança”, atendidos por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses dos pobres, enquanto classe”. Ibidem, p. 15.

<sup>133</sup> Trata-se de uma tentativa de combinar os dois modelos anteriores (sistema judicare e advogados remunerados pelos cofres públicos). Segundo o relatório, alguns países, reconhecendo as limitações dos métodos de assistência judiciária citados, decidiram que os mesmos poderiam ser complementares, ou seja, nesses existiria a possibilidade de escolha entre o atendimento por advogados servidores públicos ou por advogados particulares. Ibidem, p. 16.

<sup>134</sup> PORTO, Júlia Pinto Ferreira. Op. cit., p. 35.

<sup>135</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Cit. p. 18.

<sup>136</sup> Idem.

<sup>137</sup> Ibid., p. 19.

processo”<sup>138</sup>. Nessa fase, não se abandonam as reformas discutidas nas duas “ondas” precedentes (assistência judiciária e representação dos interesses difusos), mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso<sup>139</sup>.

Deve-se salientar que as três “ondas renovatórias” simbolizam três grandes tendências de reformas, que, de certa forma, transparecem muito do tipo de acesso à justiça que se considerava, em cada um dos momentos, como a ideia para que se falasse em ampliação de acesso à justiça.

É importante salientar que, “muito embora este monumental trabalho represente uma contribuição muito significativa sobre o tema e haja servido de fundamento e apelo para a superação das práticas e procedimentos de cunho liberal/individualista, é necessário reconhecer o enraizamento do Projeto no paradigma social”<sup>140</sup>, o que de certa forma também influenciou na concepção de acesso à justiça no Brasil.

Observa-se que o Projeto de Florença desenvolveu-se num período compreendido entre a década 1960 até o fim da década de 1970, com a publicação do Relatório Geral em 1978, posteriormente traduzido para diversos países. O Brasil, talvez em razão do momento político que vivia (política de Estado fechada e não democrática)<sup>141</sup>, não participou das pesquisas no Projeto de Florença, tanto que a primeira publicação e tradução da obra<sup>142</sup> “deu-se apenas em 1988, - “época de uma espécie de ratificação da abertura política e redemocratização brasileira, com a nova Constituição”<sup>143</sup>.

Não obstante a ausência do Brasil no Projeto de Florença, é possível afirmar que o tema “acesso à justiça” passou a ser explorado a partir da obra de Cappelletti e Garth

<sup>138</sup> PORTO, Júlia Pinto Ferreira. Op. cit. p. 35.

<sup>139</sup> Assim, segundo Cappelletti e Garth “[O] novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas [...]. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso. Esse movimento emergente de acesso à Justiça procede dos movimentos anteriores preocupados com a representação legal. [...]. Esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 25-26.

<sup>140</sup> TEIXEIRA, Ludmila Ferreira. Op. cit., p. 44.

<sup>141</sup> PORTO, Júlia Pinto Ferreira. op. cit., p. 45

<sup>142</sup> A obra traduzida por Ellen Gracie Northfleet, publicada em 1988, recebeu o título de, simplesmente, Acesso à Justiça, diferenciando-se, assim, do título original: Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report.

<sup>143</sup> Idem.

publicada no país. Questiona-se se as produções relativas à sociologia dos tribunais, à intersecção do campo jurídico com outras áreas, à introdução de elementos sociológicos nos estudos processuais teriam sido inexistente até então<sup>144</sup>.

É evidente que não, esclarece Porto; e mais,

[D]iferentes das abordagens relativas ao Movimento pelo acesso, o interesse por um acesso enquanto “questão social” já era existente. Assim, embora, de fato, o acesso à justiça enquanto objeto de estudo delimitado pelo Projeto Florença tenha apenas sido transportado ao Brasil no ano da Carta Política de 1988, é possível a verificação de uma certa produção, embora não absolutamente sistemática, no campo do direito e da sociedade<sup>145</sup>.

Num primeiro momento poder-se-ia pensar que o interesse dos pesquisadores brasileiros sobre este tema nos anos 80 estivesse diretamente relacionado com o movimento de acesso à Justiça (“*access-to-justice movement*”), entretanto “a análise das primeiras produções brasileiras revela que a principal questão naquele momento, diferentemente do que ocorria nos demais países, sobretudo nos países centrais, não era a expansão do *welfare state* e a necessidade de se tornarem efetivos os novos direitos conquistados”, sobretudo aqueles relacionados às minorias étnicas e sexuais, “mas sim a própria necessidade de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso”<sup>146</sup>. Com efeito

[O]s motivos para o despertar do interesse brasileiro no início dos anos 80 para esta temática, portanto, devem ser procurados não neste movimento internacional de ampliação do acesso à Justiça, mas sim internamente, no processo político e social da abertura política e, em particular, na emergência do movimento social que então se inicia. Invertendo o caminho clássico de conquista de direitos descrito por Marshall (1967), o caso brasileiro não acompanha o processo analisado por Cappelletti e Garth a partir da metáfora das três “ondas” do “*access-to-justice movement*”. Ainda que durante os anos 80 o Brasil, tanto em termos da produção acadêmica como em termos das mudanças jurídicas, também participe da discussão sobre direitos coletivos e sobre a informalização das agências de resolução de conflitos, aqui estas discussões são provocadas não pela crise do Estado de bem-estar social, como acontecia então nos países centrais, mas sim pela exclusão da grande maioria da população de direitos sociais básicos, entre os quais o direito à moradia e à saúde<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> Ibid., p. 46.

<sup>145</sup> Idem.

<sup>146</sup> JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. Revista de Estudos Históricos, Rio de Janeiro, n. 18, 1996/2 p. 389.

<sup>147</sup> Ibid., p. 390.

Observa-se que “o acesso à justiça no Brasil é envolvido por fatores que fogem inclusive à fundamentação de seu surgimento como forma de expandir-se o Estado Social e efetivar os direitos sociais já consagrados formalmente”<sup>148</sup>. O que se pode concluir no “contexto brasileiro, a temática em questão é bem mais complexa que tornar efetivos direitos sociais promulgados em outrora”<sup>149</sup>.

No Brasil, diferentemente do que acontecia nos países centrais, sobretudo no início da década de 1980, não se buscavam procedimentos jurídicos simplificados e alternativos aos tribunais como meio de garantir o acesso à justiça e de diminuir os impactos resultantes de uma explosão de direitos que ainda não havia acontecido<sup>150</sup>. Ao contrário, sua preocupação concentrava-se na análise de como “os novos movimentos sociais e suas demandas por direitos coletivos e difusos. [...] lidam com um Poder Judiciário tradicionalmente estruturado para o processamento de direitos individuais”<sup>151</sup>.

O advento do acesso à justiça, como objeto de estudo, “trouxe desdobramentos no campo teórico do processo civil. [...]. Dessa maneira é que com bastante frequência enquadra-se o acesso à justiça não como um instituto específico do processo civil, mas como tendência geral para onde toda a doutrina dever convergir”<sup>152</sup>. Entretanto, sob uma perspectiva da atividade jurisdicional, não há como referir-se ao acesso à justiça sem se considerar o processo como instrumento de sua realização<sup>153</sup>.

Nessa concepção (instrumentalista)<sup>154</sup>, a grande premissa metodológica da processualística moderna consistirá na visão instrumentalista e teleológica do processo, isto é,

---

<sup>148</sup> PORTO, Júlia Pinto Ferreira. Op. cit., p. 51.

<sup>149</sup> Idem.

<sup>150</sup> JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Op. cit. p. 390.

<sup>151</sup> Idem. Complementa a autora: “Se a questão prática do welfare state não estava presente aquele momento -- tornando absolutamente fora de lugar preocupações com experiências de conciliação e informalização da Justiça tais como ocorriam nos países centrais e que, na esteira desse movimento, vão gerar, logo em seguida, o alternative dispute resolution movement nos Estados Unidos --, as reflexões brasileiras possuíam outra matriz organizadora. A forte presença do pensamento marxista nas ciências sociais de então e a influência dos trabalhos desenvolvidos por Boaventura de Sousa Santos – facilitada tanto por sua estada no Brasil no início dos anos 70, como pela acessibilidade de seus artigos, escritos em nosso quase morto idioma – fizeram com que o tema do pluralismo jurídico fosse transplantado para as investigações que, indiretamente, se voltavam para o tema do acesso à Justiça. Tanto os trabalhos de Boaventura de Sousa Santos, como as pesquisas empíricas desenvolvidas no campo, provavelmente porque tomavam como um dado a própria inacessibilidade da Justiça para os setores populares, não abordavam explicitamente o tema do acesso à Justiça, mas sim procedimentos estatais e não estatais de resolução de conflitos. Mesmo assim, o tema do acesso à Justiça emerge em toda esta produção.” Ibid., p. 391.

<sup>152</sup> PORTO, Júlia Pinto Ferreira. Cit. p. 52.

<sup>153</sup> CICHOCKI NETO, José. Op. cit., p. 61.

<sup>154</sup> “Corrente delineada pela famosa Escola Paulista de Processo, que teve como verdadeiro mestre o jurista italiano Enrico Tullio Liebman”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Op. Cit., p. 36

todo instrumento “é meio, e como meio só se legitima em função dos fins a que se destina, ou seja, aos seus objetivos. Esses são os escopos da Jurisdição (jurídicos, sociais e políticos) que serão alcançados através do método teleológico que analisa o sistema processual de uma perspectiva exterior”<sup>155</sup>.

Para esses teóricos, o processo “é conclamado a assumir as responsabilidades que dele espera a nação, devendo ser sempre permeável aos influxos axiológicos da sociedade e aberto aos valores substanciais eleitos pela já citada Nação”<sup>156</sup>. Nesse sentido, “o “acesso à Justiça” seria a marca de todo o pensamento instrumentalista, consubstanciado no sentido de tornar o processo acessível, justo e dotado de grande produtividade, sendo sua efetividade observada na capacidade que o sistema teria de produzir situações de justiça, em vista da pacificação social”<sup>157</sup>.

É possível observar claramente que os instrumentalistas têm como “marco teórico” o Estado de “bem-estar social”, pois entendem o processo e a jurisdição como instrumentos teleologicamente orientados para a realização dos valores sociais e políticos da nação<sup>158</sup>. O próprio Dinamarco afirma que sua teoria tem como marco teórico o paradigma social,

[P]ois o Estado social contemporâneo, que repudia a filosofia política dos “fins limitados do Estado”, pretende chegar ao valor *homem* através do culto à *justiça* e sabe que, para isso, é indispensável dar ao conceito de “justiça” um conteúdo substancial e efetivo. É preciso reduzir as diferenças sociais e econômicas tanto quanto possível, gerando oportunidades. É preciso assegurar a fruição, por todos, dos bens materiais e imateriais que integram o patrimônio comum da nação. É preciso criar efetivas condições para a mobilidade sócio-econômica, inclusive mediante a liberdade de associação. E o Estado, então, pretendendo ser a “providência de seu povo”, sente que o bem-estar coletivo depende intimamente da sua participação efetiva nos destinos da população. Ele é, por isso, declaradamente intervencionista, agindo sobre a ordem econômica e social e buscando a sua modelagem segundo os objetivos da ideologia aceita. O “pacto social” refletido na nova ordem constitucional, inclui o traçado de diretrizes nesse sentido da integração social e econômica da população<sup>159</sup>.

Não resta dúvida de que o acesso à justiça adotado no Brasil tenha sido aquele apresentado e defendido no Projeto de Florença (do processo como instrumento da jurisdição), mas houve uma evolução para compreendê-lo não apenas como instrumento da jurisdição, mas como instrumento ético para a realização da justiça, como acesso à ordem

---

<sup>155</sup> Ibid., p. 55-56.

<sup>156</sup> Ibid., p. 56.

<sup>157</sup> Idem.

<sup>158</sup> Idem.

<sup>159</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 31.

jurídica justa. Na próxima seção, pretende-se demonstrar como os estudiosos procuram dar uma nova roupagem ao modelo tradicional de acesso à justiça; como esse modelo idealizado por Cappelletti não consegue mais responder aos anseios dessa sociedade cada vez mais complexa. Estudar-se-á o acesso à justiça na concepção democrática.

### 1.2.3. O acesso à justiça na concepção democrática

É evidente que todas as construções sobre o acesso à justiça que se fizerem, seja na concepção liberal ou social, haverão de pressupor a mesma articulação entre as esferas pública/privada. O paradigma procedimentalista do direito, proposto por Jürgen Habermas, nasce da disputa entre os paradigmas liberal e do social pela melhor resposta à questão da autonomia privada dos indivíduos: se deve ser realizada através de direitos à liberdade ou através de prestações sociais<sup>160</sup>.

Segundo Habermas, “a colocação dessa questão decorre de dois pontos em comum em ambos os paradigmas, quais sejam: a) uma *“imagem produtiva de uma sociedade*

---

<sup>160</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Op. cit., p. 220. Sobre essa disputa, o autor discorre que: “No paradigma liberal, onde o sentido do direito está ligado à racionalidade formal do direito burguês, a crise do direito irrompe diante da necessidade de se entender a autonomia privada de modo diferente. Não basta mais um Estado que apenas respeite as liberdades individuais de cada um, na forma de um direito semanticamente geral e abstrato. O Estado precisa, também, materializar o direito, garantindo não apenas liberdades negativas, mas, sobretudo, prestações materiais positivas. Porque, “para que a liberdade do poder ter e do poder existir uma igualdade do poder jurídico. Em outras palavras, não basta uma liberdade de direito se não for garantida uma liberdade de fato. E, além disso, uma teoria do direito construída nos padrões individualistas do paradigma liberal não pode fazer justiça àquelas lutas pelo reconhecimento de identidades coletivas. Por outro lado, no paradigma do Estado Social, seja na versão ingênua do Estado intervencionista, seja na versão mais realista do Estado supervisor, a compreensão do direito também se apresenta insuficiente. Em ambas as versões do paradigma do Estado Social, “parece que as capacidades de regulação social que lhe são atribuídas devem ser extraídas, na forma de uma autonomia privada reduzida, dos indivíduos enredados em suas dependências sistêmicas. Por isso, para Habermas, o paradigma do Estado Social é incompatível com o princípio da autonomia privada dos cidadãos. Porque ao pretender reduzir a diferença entre igualdade de fato e igualdade de direito, o paradigma do Estado Social pretende reduzir as desigualdades mediante compensações, que, no entanto, pressupõem uma redução significativa dos espaços de liberdades privadas. Trata-se de uma ambivalência, pois ao mesmo tempo em que o paradigma do Estado Social propõe um modelo de intervenção compensatória para reduzir as desigualdades entre igualdade de fato e igualdade de direito, ele provoca também uma incompatibilidade com a própria igualdade dos cidadãos, vale dizer, uma incompatibilidade com a própria igualdade de fato: “o paradigma do direito centrado no Estado social gira em torno do problema da distribuição justa das chances de vida geradas socialmente. No entanto, ao reduzir a justiça à justiça distributiva, ele não consegue atingir o sentido dos direitos legítimos que garantem a liberdade, pois na “sua respectiva comunidade jurídica, ninguém é livre enquanto a sua liberdade implicar a opressão do outro.” Ibid., p. 219-220

*econômica apoiada no capitalismo industrial*”; e b) uma imagem dos participantes dessa sociedade como destinatários da ordem jurídica”<sup>161</sup>.

Simioni salienta que “ambos os paradigmas não conseguem ver nem: a) a relação de co-originariedade<sup>162</sup> que existe entre a autonomia privada e autonomia pública dos cidadãos; nem b) que, nessa relação de co-originariedade, os participantes da sociedade são, ao mesmo tempo, destinatários e autores da ordem”<sup>163</sup>.

Simioni lembra que “no paradigma procedimentalista do direito, o princípio do discurso equivale a um princípio democrático, o qual substitui a soberania do povo, como fundamento da legitimidade do Estado de direito, pelo poder comunicativo”<sup>164</sup>. Para Moreira, “a Teoria Discursiva do Direito não privilegia nem um direito formal (Estado liberal) tampouco um direito material (Estado social), pois não se atém a padrões dados, mas à constituição de uma liberdade comunicativa que assegura o perpetuar-se da criação do ato jurídico como processo constituinte permanente”<sup>165</sup>.

No campo processual, a tensão entre o paradigma liberal e o paradigma social é perceptível: “de um lado, as socializadoras de acesso à justiça e, de outro, as de garantia de não intervenção, do liberalismo, somadas às de eficiência e produtividade”<sup>166</sup>. Nunes lembra que o movimento de acesso à justiça, “ápice da socialização no campo processual”<sup>167</sup>, brota justamente no momento de crise do Estado de bem-estar (*Welfare State*).

Cattoni de Oliveira explica que

[C]om a crise do paradigma jurídico do bem-estar social e mesmo com as tentativas empreendidas pela dogmática jurídica, sobretudo germânica, de escapar da alternativa “paradigma liberal” ou “paradigma social”, inclusive procurando estabelecer conexões mais ou menos “híbridas” entre eles, fomentou-se uma compreensão reflexiva do Direito, assim como a necessidade de se problematizar

<sup>161</sup> HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 145.

<sup>162</sup> Co-originariedade pode ser entendida como sinônimo de co-dependência, com isso, “na medida em que a autonomia privada e a autonomia pública dos cidadãos são co-originárias, uma ordem jurídica só será legítima enquanto puder garantir o exercício simultâneo dessas duas formas de autonomia”, ou seja, a autonomia privada pressupõe a autonomia pública; não se fala em autonomia privada legítima sem autonomia pública legítima e vice-versa. Nessa relação circular, mais especificamente, co-dependente, das autonomias privada e pública, o paradigma procedimentalista do direito enxerga os participantes da sociedade não apenas como destinatários da ordem jurídica, mas também como seus autores. Neste sentido, tanto a disputa de um problema, assim como a disputa pela própria colocação do problema, deve ser travada argumentativamente, “no âmbito de um processo discursivo público e livre de coações”. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Op. cit., pp. 221-222.

<sup>163</sup> Ibid., p. 220.

<sup>164</sup> Idem.

<sup>165</sup> MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 182.

<sup>166</sup> HABERMAS *apud* NUNES, Dierle. Op. cit., p. 135-136.

<sup>167</sup> Idem.

“modelos sociais” que estariam inscritos no próprio Direito. Segundo Habermas, sua intenção, com a interpretação que vem desenvolvendo do Direito e da política à luz da Teoria do Discurso, é, em face disso, a de “dar contornos nítidos a um terceiro paradigma do Direito, que recapitule em si os outros dois. Parto de que o que mais se ajusta aos sistemas jurídicos que a fins do século XX vigem nas democracias de massas, articuladas em termos de Estado Social, é uma compreensão procedimental do Direito. [...] no marco de uma compreensão procedimentalista do Direito, na prática social do cotidiano dos operadores jurídicos, e que em muito ultrapassa o círculo fechado dos especialistas, os paradigmas jurídicos liberal e social permanecem em tensão, concorrendo caso a caso para a interpretação do suposto Direito aplicável.<sup>168</sup>

Nunes salienta que isso significa a “necessidade discursiva de problematizar a concepção liberal e social nos discursos de justificação (legislativo) e de aplicação (jurisprudencial), de modo a se escapar de possíveis degenerações que ambas as perspectivas possam gerar; além de garantir a ampla participação estatal e privada nas esferas decisórias do sistema jurídico”<sup>169</sup>. Para Habermas, “nas sociedades complexas, somente as práticas comunicativas de autodeterminação estão ainda em condições de regenerar as forças da solidariedade social”<sup>170</sup>.

Nas seções anteriores, observou-se que o acesso à justiça no paradigma liberal, primeira concepção de acesso à justiça, restringia-se ao direito de ingresso em juízo, como mero exercício do direito de ação, um direito meramente formal. Por um longo período o direito de ação constituiu o polo metodológico da ciência processual, cujos institutos e categorias processuais eram estudados sob a concepção do autor da demanda<sup>171</sup>.

Noutra perspectiva, no paradigma social, acesso à justiça é engendrado a partir de uma estrutura institucional completamente diferente do período anterior; rompe com o formalismo e apresenta o processo como um instrumento da jurisdição com escopos jurídicos, sociais e políticos bem delineados. Essa visão realça os valores sociais e políticos do processo, elevando-o como instrumento para a realização da jurisdição, cujos objetivos vão além de sua finalidade jurídica<sup>172</sup>.

O acesso à justiça no paradigma democrático (também chamado de acesso à justiça qualitativo) é construído em consonância com uma Teoria da Constituição e uma Teoria Geral do Processo, adequadas ao paradigma do Estado Democrático de Direito<sup>173</sup> como contraponto

<sup>168</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. Op. cit., p. 204.

<sup>169</sup> NUNES, Dierle. Op. cit., p. 137.

<sup>170</sup> Idem.

<sup>171</sup> CICHOCKI NETO, José. Op. cit., 61.

<sup>172</sup> Idem.

<sup>173</sup> Fernandes e Pedron lecionam que na linha de raciocínio de Habermas, “a Constituição sob o paradigma procedimental do Estado Democrático deve ser compreendida como a prefiguração de um sistema de direitos

daqueles que buscam um acesso à ordem jurídica justa e a efetividade processual a todo custo, desconsiderando os riscos, o que Fernandes e Pedron vão denominar de busca desenfreada e cega por acesso à justiça<sup>174</sup>.

O acesso à justiça qualitativo é construído sobre uma base epistemológica diversa, com isso, apresenta uma proposta reconstrutiva das noções de direitos, de jurisdição, de processo, o que não se concilia com o modelo de acesso à justiça defendido por Cappelletti.

Neste sentido, são as observações de Fernandes e Pedron

É claro que a questão aqui posta e levantada não é de forma alguma de predileção entre o “bom” e o “mal”, o “perfeito” e o “imperfeito”, como modelo de “acesso à Justiça”, mas, sem dúvida, uma tentativa de adequação do acesso a um paradigma que não deseja impor uma “forma de vida concreta” e “única” através de carga axiológica presente em uma determinada sociedade, fazendo com que o Estado, a partir do que chamam de Estado-juiz (daí o Poder Judiciário como um todo) que, ao invés da produção do “acesso à Justiça” e da efetividade do processo, transformam-se em barreiras inarredáveis a discursividade procedimental-democrática, bem como o “acesso à Justiça” reconstrutivamente buscado nestes termos. Ou seja, não adiantam apenas boas intenções (como diria o ditado), se o obstáculo que se cria com as mesmas se torna “epistemológico”. Por tudo exposto de forma explícita ou de forma implícita pelo movimento empreendido pelo jurista italiano, fica claro que a passagem do paradigma liberal para o social é insofismável na obra de Cappelletti e, com isso, as implicações e reflexos de tal postura. Apesar de buscar um sistema processual acessível a todos, o contexto em que o mesmo trabalhou foi vagarosamente ampliando e redefinindo os poderes do magistrado (princípio autoritário), reforçando o princípio da oralidade e a sistemática da cognição cada vez mais sumarizada<sup>175</sup>.

No mesmo sentido, Teixeira explica que

[P]ara estabelecer um contraponto às duas leituras paradigmáticas de acesso apresentadas anteriormente, evitando tanto a representação discriminatória (liberal) quanto a paternalista (social) dos direitos, é necessário deixar consignado qual é a compreensão de Jurisdição, de processo, de validade das decisões que subjaz ao conceito de acesso à justiça qualitativo. O acesso à justiça qualitativo refere-se à consideração com que o jurisdicionado tem suas reivindicações recebidas nas esferas oficiais de poder (*input*), a profundidade do diálogo (respeito aos direitos fundamentais processuais), ao poder de influência que ele exerce sobre as decisões que lhe submetem (contraditório como direito de influência), e não só à eficiência quantitativa e a produtividade do sistema como um todo. É fundamental que se diga que o paradigma procedimental do direito não se contenta com a visão

---

fundamentais para a institucionalização da democracia nos âmbitos e nas perspectivas específicas do processo legislativo, do processo jurisdicional e do processo administrativo e que garanta, ainda, espaços públicos informais de geração da vontade e das opiniões políticas. Nesse sentido, a Democracia, como princípio jurídico-constitucional a ser densificado de acordo com a perspectiva específica de cada um desses processos, significa participação em igualdade de direitos e de oportunidades daqueles que serão afetados pelas decisões nos procedimentos deliberativos que as preparam.” Op. cit., p. 28.

<sup>174</sup> Ibid., p. 179.

<sup>175</sup> Ibid., p. 122-123.

instrumentalizada da Jurisdição, nem em função dos interesses privados (como no paradigma liberal) nem de metas coletivas (como no paradigma social), tampouco com uma leitura unilateral sobre os direitos e liberdades (seja ela monopolizada pelo Estado ou pelos particulares), nem com as figuras do juiz “árbitro” ou “treinador”. Com efeito, a proposta do Estado Democrático de Direito parte de pressupostos bem distintos dos modelos precedentes. Como demonstra Bahia, a postura procedimental assumida por Habermas não ignora o avanço que o reconhecimento dos direitos individuais representou para a época, e reconhece a importância da materialização dos direitos para a promoção da cidadania. Mas ao observar as degenerações daqueles dois paradigmas se pôde concluir que o mero reconhecimento formal não é capaz de garantir a autonomia privada dos cidadãos, e “sua materialização pura e simplesmente em direitos “sociais” (ou até as sofisticações representadas pelos novos direitos “difusos”) não garante a construção de uma autonomia pública plena”<sup>176</sup>.

Nesse sentido, na concepção procedimental os sujeitos de direitos adquirirão importantes papéis como agentes formadores e conformadores da sociedade, a partir do exercício de sua autonomia privada e cidadã. Nas palavras de Habermas,

[o] paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Elas adquirem um estatuto que permite analisar, numa outra luz, os diferentes tipos de conflitos. Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que participam dos discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para tratamento diferenciado de casos diferentes<sup>177</sup>.

Na Teoria Discursiva do Direito, todos os sujeitos diretamente devem ser considerados como iguais portadores de direitos, sobretudo para que não “haja mais uma separação de papéis entre um terceiro privilegiado e as partes envolvidas em cada caso. Agora, todos igualmente se tornaram partes que pretendem se convencer reciprocamente na competição pelo melhor argumento”<sup>178</sup>.

Teixeira escreve que

O acesso à justiça qualitativo exige que as autonomias do cidadão sejam respeitadas não somente no momento da gênese do direito, mas, sobretudo, no momento aplicativo. Nestes termos, **o acesso à justiça qualitativo postula a garantia de uma estrutura procedimental/institucional que permita o acesso à argumentação, à imparcialidade, à fundamentação, à certeza de que as decisões tomadas em favor ou prejuízo do jurisdicionado só se legitimarão se forem tomadas discursivamente**, e não segundo critérios pessoais, corporativos, obscuros,

<sup>176</sup> TEIXEIRA, Ludmila Ferreira. Op. cit. p. 59.

<sup>177</sup> HABERMAS, Jürgen. Op. cit., v. II, p. 183.

<sup>178</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: estudos filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 298.

afinal, de que valem os direitos fundamentais se estes estiverem à mercê de critérios tão herméticos e variáveis?<sup>179</sup> (negrito da autora)

O acesso à justiça na concepção procedimental (qualitativo) surge como contraponto ao acesso à justiça defendido no paradigma social (quantitativo); trabalha com a qualidade das decisões, o que é de fundamental importância para a redução dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça.

É importante lembrar que a decisão adequada (legítima) pautada nos parágrafos anteriores “não se encontra sobre a base de um consenso ético-substantivo majoritário. Ela está no procedimento que, por sua vez, levanta a exigência de observância dos princípios informadores do devido processo constitucional de uma reciprocidade entre participantes e do “discurso jurídico”<sup>180</sup>.

O estudo dessas concepções de acesso à justiça (liberal, social e democrática) é imprescindível para a presente pesquisa, haja vista que o objetivo é analisar qual o conceito de acesso à justiça tem sido aplicado na atualidade, e como isso tem influenciado no aumento da demanda e, conseqüentemente, na crise do Poder Judiciário. É a partir de uma concepção mais trabalhada, principalmente daquela que mais se aproxima do Estado Democrático de Direito e se ajusta à visão da teoria discursiva de Habermas é que se pode, em tese, responder aos reclamos de uma Justiça célere, justa e legítima.

### 1.3. O acesso à justiça e a litigiosidade

O estudo do acesso à justiça tem influenciado na transformação do próprio processo civil<sup>181</sup>, isso porque o processo “tornou-se espaço fortemente influenciado pela atuação dos princípios fundamentais”<sup>182</sup>. Nesse contexto, fala-se num direito processual

---

<sup>179</sup> TEIXEIRA, Ludmila Ferreira. op. cit. 65-66.

<sup>180</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. PEDRON, Flávio Quinaud. Op. cit. p. 290.

<sup>181</sup> CAPPELLETTI; GARTH. Op. cit., p.

<sup>182</sup> GORON, Lívio Goellner. *Acesso à Justiça e gratuidade: uma leitura na perspectiva dos direitos fundamentais. Revista de Processo*. 2011. RePro 195. Ano 36. Maio/2011. p. 255. Citando a obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Goron salienta que “a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos de princípios constitucionais.” Ibid., p. 256.

constitucionalizado, em que o acesso à justiça “converteu-se na pedra de toque das questões contemporâneas do processo”<sup>183</sup>.

Canotilho assevera que o direito e garantia de acesso à justiça representa uma “concretização do princípio estruturante do Estado de Direito”<sup>184</sup>. No mesmo sentido já defendia Cappelletti e Garth quando afirmavam que o acesso à justiça “é requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”<sup>185</sup>. Conclui-se que o direito de acesso à justiça “representa um instrumento indispensável para a defesa institucional do complexo de direitos fundamentais”<sup>186</sup>.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>187</sup>. Na opinião de Porto, essa norma constitucional é a base do direito processual brasileiro<sup>188</sup>. Segundo Mancuso, essa garantia constitucional “tem merecido ao longo do tempo, uma leitura que a deslocou da realidade judiciária contemporânea, tomando ares de tão ufanistas como irrealistas”<sup>189</sup>.

Pode-se dizer que, daquele enunciado se têm “extraído premissas, garantias, deveres, direitos, enfim, proposições diversas, contando-se, dentre essas ilações exacerbadas: a garantia de acesso à Justiça, a universalidade de jurisdição, a ubiquidade da justiça, tudo, ao fim e ao cabo, estimulando o demandismo judiciário e por pouco não convertendo o direito de ação em... *dever de ação*”<sup>190</sup>.

Há entendimento de que o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal tenha como destinatário apenas o legislador<sup>191</sup>, posto que ele é quem cria as leis<sup>192</sup>, entretanto este

<sup>183</sup> Ibid., p. 256.

<sup>184</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. Ed. Coimbra: Almeida, 1998. P. 447.

<sup>185</sup> CAPPELLETTI; GARTH. Op. cit., p. 12.

<sup>186</sup> GORON, op. cit., p. 256.

<sup>187</sup> BRASIL, Constituição Federal de 1988.

<sup>188</sup> PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 41.

<sup>189</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 194.

<sup>190</sup> Idem.

<sup>191</sup> Idem.

<sup>192</sup> O acesso à justiça consagrado na Constituição (art. 5º, XXXV), ainda que tenha como base as ideias de isonomia material e efetividade do processo; ainda que contemple a relação processual propriamente dita e não as relações entre o Poder Judiciário e os demais poderes; ainda que esteja dirigido à efetividade da tutela jurisdicional, que passa ocupar lugar de centralidade na teoria jurídica processual; ainda que promova implementação de meios alternativos de resolução de conflitos, permanece dirigido fundamentalmente ao legislador. GALDINO, Flávio. *A evolução das ideias de acesso à justiça*. Revista Autônoma de Processo, n.º. 3, Curitiba, abr-jun. 2007, p. 81.

entendimento não é majoritário. Canotilho entende que “a abertura da via judiciária é uma imposição directamente dirigida ao legislador, no sentido de dar operatividade prática à defesa de direitos”<sup>193</sup>. Canotilho ainda salienta que “o sentido global resultante da combinação das dimensões objectiva e subjectiva dos direitos fundamentais é que o cidadão, em princípio, tem assegurada uma posição jurídica subjectiva cuja violação lhe permite exigir a protecção jurídica”<sup>194</sup>.

Goron pontua que

[o] direito de acesso à Justiça foi inscrito em Constituições brasileiras anteriores. Todavia, sua relevância se apresenta superior na vigente ordem constitucional, pois a abrangência dos direitos fundamentais como um todo resultou acentuada, assim como a sua força normativa. Não se trata de uma exclusividade da experiência constitucional brasileira. Enfatizam Cappelletti e Garth que “o direito de acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetivação reivindicatória”. [...]. Assim, tomado como direito fundamental, o acesso à jurisdição encerra um sentido de estruturação de instituições e procedimentos capazes de assegurar a protecção de direitos fundamentais na sua maior amplitude possível, ao mesmo tempo em que lhe reconhece uma dimensão objetiva que transforma essa ideia de acesso num valor fundamental para a comunidade<sup>195</sup>.

Ao tecer considerações acerca da relação do direito processual civil com a Constituição, Medina escreve que o acesso à justiça encontra-se implicitamente em diversos dispositivos constitucionais, o que reforça a ideia de uma *constitucionalização do processo*<sup>196</sup>. Nesse sentido, não resta dúvida de que o processo é um instrumento imprescindível na

<sup>193</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 267.

<sup>194</sup> Ibid., p. 268.

<sup>195</sup> GORON, op. cit., p. 258-259.

<sup>196</sup>[na] Constituição brasileira, o acesso à justiça acha-se previsto, implicitamente, nos fundamentos do Estado democrático de direito e nos objetivos definidos para a República, contido que está na ideia de “cidadania” (Constituição, art. 1º, II) e no ideal de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (Constituição, art. 3º, I). Descendo ao plano processual, propriamente, vamos encontrar a garantia do acesso à justiça concebida sob a forma de *princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional* (Constituição, art. 5º, XXXV), a que Pontes de Miranda deu a expressiva denominação de princípio de ubiquidade de justiça. À referida norma conjuga-se à do inciso LXXIV do mesmo artigo, que trata da assistência jurídica, entre esta está incluída, obviamente, a assistência judiciária. Assim, embora em nenhum dispositivo apareça a expressão textual *acesso à justiça*, como em outras Constituições se verifica, esse que Cappelletti e Garth consideram “o ponto central da moderna processualística” está definido de forma bem clara no ordenamento constitucional brasileiro”. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Processo Civil e Constituição. Revista Latino-Americana de estudos constitucionais*. (Dir.) Paulo Bonavides. Del Rey. N. 3. Janeiro-junho/2004 BELO HORIZONTE. p. 241-242

realização e efetivação dos direitos, sobretudo daqueles direitos previstos na Constituição Federal<sup>197</sup>.

Mas será que esses direitos são efetivamente assegurados?

Nesse ponto, entende-se que a participação do Judiciário tem sido efetiva justamente em razão da ineficiência (e porque não, desídia?) do Executivo, que não promove políticas públicas para implementação dos direitos previstos na Constituição Federal. Nunes discorre que “o Judiciário trabalha com as consequências do não cumprimento dos direitos, mas dificilmente com as causas, para as quais, em grande medida, haveria a necessidade de políticas públicas<sup>198</sup> mais idôneas promovidas pelo Executivo”<sup>199</sup>.

É inafastável o entendimento de que a utilização do Poder Judiciário e do sistema processual vem sendo cada vez mais frequente no mundo. No Brasil não é diferente, isso porque, além de ser comum o desrespeito aos direitos fundamentais, não existem políticas públicas idôneas, o que provoca um uso (talvez indiscriminado) do Judiciário, “fonte de enorme número de demandas repetitivas e seriais”<sup>200</sup>.

É impossível falar em aumento do número de demandas sem mencionar o fenômeno da “*judicialização da política*”<sup>201</sup>, tema recorrente em diversos escritos e debates acerca da

<sup>197</sup> Pode-se afirmar que a constitucionalização do processo está fundada em três pilares da moderna processualística: i) *acesso à justiça*, ii) *devido processo legal* e iii) *efetividade do processo*, todos assegurados pela Constituição Federal. *Ibidem*, p. 241.

<sup>198</sup> Por políticas públicas entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado. WATANABE, Kazuo. *Controle de políticas públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36. N. 193, março 2011. p. 16.

<sup>199</sup> NUNES, Dierle. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, n. 199, Set 2011. p. 43.

<sup>200</sup> *Idem*.

<sup>201</sup> “A expressão passou a compor o repertório da ciência social e do direito a partir do projeto de C. N. Tate e T. Vallinder (1996), em que foram formuladas linhas de análise comuns para a pesquisa empírica comparada do Poder Judiciário em diferentes países. “Judicialização da política” e “politização da justiça” seriam expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. 1 Judicializar a política, segundo esse autores, é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. 2 O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de staff judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito). MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. *Sentidos da judicialização da política: duas análises*. *Lua Nova* [online]. 2002, n.57, p. 114. Para Castro, “A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um ‘direito’ e um ‘interesse político’.”

atuação do Poder Judiciário. Se, de certa forma, é correto dizer que o Judiciário possui uma função política, haja vista “que participa das atividades de governança – esta entendida em seu sentido mais básico, como aquilo que se exerce no sentido do interesse geral – ou do bem comum –, quando se fala propriamente em *politização* do Judiciário, não é a esse sentido óbvio que se refere”<sup>202</sup>.

À primeira vista, pode-se identificar a “*politização do Judiciário*” ou a “*politização da justiça*”, como sinônimo de “*judicialização da política*”, ambas indicando um papel de destaque do Poder Judiciário no processo das democracias contemporâneas<sup>203</sup>. Nesse sentido,

[É] preciso notar, entretanto, que a ideia de judicialização não se refere a um processo unívoco. Frequentemente, é dada muito atenção para um aspecto procedimental desse processo, que se traduz na explosão de litigância e na demanda por decisões judiciais sobre os mais diversos temas, enquanto que outra dimensão, mais substancial, parece permanecer negligenciada. Essa dimensão abarca o comportamento dos atores – internos e externos ao Judiciário – que participam do processo, e também os contextos históricos, sociais e políticos que motivam as decisões judiciais. Sendo assim, a identificação feita num primeiro momento, entre politização da justiça e judicialização da política (entendida no sentido de “política judicializada”), pode ser enganosa, pois, enquanto esta pode ser vista como a expansão de um certo tipo de *procedimento* (o judicial), aquela refere-se propriamente à *atitude* dos atores judiciais, seus valores e preferências, sua disposição em participar do *policy-making*. Desse modo, acreditamos que uma pesquisa aplicada que pretenda trabalhar (i) a relação entre Judiciário e demais poderes, e (ii) o papel do Judiciário no processo decisório democrático não pode se ater apenas à chave “procedimentalista” da judicialização, que aponta para o aumento de prerrogativas judiciais trazido pela Constituição de 1988 e a consequente explosão de litigância e protagonismo dos tribunais superiores na vida política do país como se entre fatores houvesse uma clara relação de causalidade<sup>204</sup>.

Não obstante a temática da “judicialização da política” e do “ativismo judicial” (politização do judiciário) ser tratada em seção própria, cumpre salientar a importância do estudo nesta fase da dissertação, haja vista que o aumento da litigiosidade (fenômeno que será tratado na próxima seção), não teve início apenas com a consagração de inúmeros direitos antes não previstos na Constituição, mas, sobretudo, com as transformações sociais, “que podem ser ditas de cunho *político-jurídico* (chamadas de “tendência no Direito”), *conceitual* (com a introdução da noção de sociedade complexa),

---

CASTRO, Marcus Faro de. *O STF e a judicialização da política*. Revista Brasileira de Ciências Sociais p. 12-34, São Paulo: Anpocs, jun.1997.

<sup>202</sup> SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. *Judicialização da política e demandas por juridificação: O Judiciário frente aos outros poderes e frente à sociedade*. Disponível em: < <http://www.cesamericalatina.org/news/sbdp.htm>>. Acesso em: 06/11/2012.

<sup>203</sup> Idem.

<sup>204</sup> Idem.

*comportamental* (com a questão do aumento da litigiosidade) e *estrutural* (a partir da ideia de massificação dos conflitos)”<sup>205</sup>.

Partindo dessas premissas, pretende-se, nas próximas seções discutir a litigiosidade, investigando o aumento do número de demandas (*explosão da litigiosidade*)<sup>206</sup> e se a ideia de direito de acesso à justiça sempre está associada a uma cultura jurídica (*cultura demandista*)<sup>207</sup>.

### 1.3.1. O aumento da litigiosidade como um fenômeno social

O homem, por ser um indivíduo caracterizado pela sua vocação para a sociabilidade e singularidade de formação e comportamento, tende a tornar natural que as relações intersubjetivas e até mesmo intergrupais sejam “marcadas por divergências de ordens diversas (emocionais, sociais, políticas, ideológicas, familiares, profissionais), as quais podem ser definidas como a gênese de um dos fenômenos mais comuns e recorrentes de qualquer sociedade: o conflito”<sup>208</sup>.

Em razão desse conflito, da existência de interesses contrapostos, traço marcante dos povos, sentiu-se a necessidade de criar normas de convivência capazes de regular as relações sociais e aplicar sanções aos violadores do seu conteúdo. Nesse sentido, a missão do Direito é “promover a paz social. Sendo o detentor de uma função ordenadora de interesses difusos, deve perseguir, ainda, a cooperação entre os indivíduos e “harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste”<sup>209</sup>.

Lucena Filho escreve que

<sup>205</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Op. cit., p. 45.

<sup>206</sup> Essa expressão representa o aumento do número de demanda ocorrido em países como Estados Unidos e Itália, sobretudo na década de 1960. SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em: <<http://www.cesamericalatina.org/news/sbdp.htm>>. Acesso em: 06/11/2012.

<sup>207</sup> Entende-se por cultura demandista a propensão de repassar às mãos do Estado a tarefa e a responsabilidade de dirimir os conflitos. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 54.

<sup>208</sup> LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *A cultura da litigância e o Poder Judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da justiça brasileira*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84117275be999ff5>>. Acessado em: 26/10/2012.

<sup>209</sup> Idem.

Com o fortalecimento do Estado enquanto ente abstrato dotado de capacidade de organização político-institucional com o fim de reconhecimento e proteção universais dos seus nacionais sucedeu-se um incremento do seu poder na disciplina das relações privadas e, por consequência, a importância da participação da jurisdição como meio de solução de litígios. Ademais, com o desenvolvimento dos meios tecnológicos e a dinamicidade sócio-econômico-científica, constatou-se a necessidade de se ter órgãos consolidados, dotados de independência e imparcialidade com o fito de solucionar lides cada vez mais complexas. Na atualidade, a jurisdição enquanto monopólio estatal na distribuição de justiça (o que não invalida a utilização de outros meios alternativos na composição dos conflitos), tem sido praticamente o único meio utilizado pelos indivíduos na solução de suas contendas e está funcionado como um poderoso instrumento na garantia e concretização de direitos encartados nas Constituições. Porém, ainda nesse mesmo cenário, também é possível detectar uma supervalorização dos métodos oficiais distribuidores de justiça, fato este que se concretiza com o depósito de esperanças individuais e coletivas no Poder Judiciário, visto como um verdadeiro superórgão capaz de resolver todas as diferenças existentes entre os indivíduos. No descrito contexto edifica-se a crise do sistema judicial brasileiro, especialmente pela sua incapacidade em atender aos anseios dos jurisdicionados e a explosão de litigiosidade na sociedade brasileira. Ocorre que os instrumentos de viabilidade da jurisdição – o direito de ação e o processo – têm servido por vezes de vinganças personalíssimas, tornando o Poder Judiciário não apenas de aplicador da lei abstrata e impessoal, mas de palco de rixas pessoais, íntimas e odiosas, quando não uma verdadeira loteria jurídica, *ad exemplum* a ‘indústria dos danos morais’. Em agravo a esta realidade, os órgãos responsáveis pela distribuição de justiça não conseguiram acompanhar o processo de globalização que bate às portas também nos provimentos jurisdicionais. Enquanto empresas, trabalhadores, consumidores e Estados interagem entre si num ritmo assaz célere, potencializando o surgimento de lides, os tribunais encontram-se afogados em milhares de processos e estes, por sua vez, baseados em legislações processualistas truncadas e de cunho protelatório. Tem-se também uma quantidade de magistrados, servidores e bens insuficientes para atender ao tratamento constitucional dado aos processos judiciais e administrativos<sup>210</sup>.

A litigiosidade pode assim ser definida como o ato de submeter todos os conflitos ao Poder Judiciário, desconsiderando outras formas de pacificação de conflitos como a conciliação<sup>211</sup>, mediação<sup>212</sup> e arbitragem<sup>213</sup>. Essa litigiosidade, conforme será abordado em

---

<sup>210</sup> idem

<sup>211</sup> “Trata-se de um método não adversarial, na medida em que as partes atuam juntas e de forma cooperativa. A Conciliação é um procedimento mais rápido. Na maioria dos casos, se limita a uma reunião entre as partes e o conciliador. É muito eficaz nos conflitos onde não há, necessariamente, relacionamento significativo entre as partes no passado ou contínuo entre as mesmas no futuro, que preferem buscar um acordo de maneira imediata para terminar a controvérsia ou por fim ao processo judicial. São exemplos: conciliação envolvendo relação de consumo, reparação de danos materiais etc”. PISKE, Oriana. *Formas alternativas de resolução de conflitos*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. – vol. 1, n. 1. Out/dez. 1989. Brasília. p. 54.

<sup>212</sup> A mediação difere da conciliação em vários aspectos. Nela o que está em jogo são meses ou anos de relacionamento. Assinala Weingärtner, no tocante à mediação, “demanda um conhecimento mais aprofundado do terceiro com referência a inter-relação existente entre as partes”. A mediação não tem como objetivo primordial o acordo, e sim a satisfação dos interesses e dos valores e necessidades das pessoas envolvidas na controvérsia. Na mediação as pessoas passam, de forma emancipada e criativa, a resolver um conflito pelo diálogo cooperativo, na construção da solução. Ex: mediação na área familiar etc”. idem.

<sup>213</sup> Arbitragem é o meio utilizado para conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis. Pode ser de grande eficácia quando se tratar de questões muito específicas, pois um especialista melhor decidirá a controvérsia. As negociações entre parceiros comerciais internacionais apontam para necessidade de maior

seção própria, tem ganhado ares de cidadania, entretanto vem se mostrando exacerbada, tornando-se um problema social.

Neste sentido, Oliveira Júnior e Baggio escrevem que

[a] litigiosidade exacerbada é um fenômeno que deve ser compreendido desde suas origens, para que seja adequadamente enfrentado. Um fenômeno que não tem causa recente, mas múltiplas causas remotas que, inclusive, por novas formas, se renovam nos tempos que correm. Um fenômeno que nasce no seio da sociedade e na construção das relações de poder ao longo da história política das nações, que acaba se afirmando como experiência assentada culturalmente em determinado momento. Logo, um fenômeno que simplesmente não pode ser tratado de forma reducionista, como um problema estrito do Judiciário. A litigiosidade expandida é um problema da sociedade, com intrincados laços políticos, sociológicos, históricos e raízes para bem além do jurídico; não é, portanto, um problema do “Judiciário”, nem debate de natureza estritamente jurídica, que possa ser resolvido por panacéias normativas ou medidas unilaterais e arbitrárias do Estado, tendentes a simplesmente acelerar a prestação jurisdicional – a ponto de quicá anulá-la em sua essência e finalidade, nos termos do que identificado adiante – e justificar o Judiciário perante a corrente e crescente demanda (inclusive midiática) por soluções urgentes<sup>214</sup>.

A crescente litigiosidade<sup>215</sup> traz graves implicações na prestação da tutela jurisdicional, dentre elas a morosidade dos processos (a qual, por óbvio, não tem como causa apenas o aumento da litigiosidade), causando uma crise no Poder Judiciário, conforme será estudado mais adiante. Na próxima seção, estudar-se-á melhor a litigiosidade partindo da ideia de acesso à justiça, fazendo uma análise da cultura jurídica e de como muitas vezes ela pode ser confundida com exercício de cidadania.

1.3.2. A litigiosidade vista como exercício do acesso à justiça e, conseqüentemente, como ato de cidadania

---

utilização deste instrumento tão eficaz, econômico e célere – a arbitragem comercial – na resolução de conflitos de grande complexidade. Ex: controvérsias entre países envolvendo a construção de hidroelétricas e termoelétricas, etc”. idem.

<sup>214</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades, BAGGIO, Moacir Camargo. *Jurisdição: da litigiosidade à mediação*. In: Revista Direitos Culturais. V.3.. n.5. Dez. p. 112-113.

<sup>215</sup> O Conselho Nacional de Justiça – CNJ – por meio do “Justiça em números”, publicado em outubro de 2012, conseguiu, pela primeira vez na história, apontar o total da movimentação processual de toda Justiça. “Tramitaram ao longo de 2011, quase 90 milhões de processos, sendo que, desse quantitativo, 71% (63 milhões) já estavam pendentes desde o início do ano e os 26 milhões restantes ingressaram durante o ano. Foram baixados aproximadamente 26 milhões de processos, quase o mesmo quantitativo ingressado, e foram proferidas 23,7 milhões de sentenças e decisões.” CNJ. *Justiça em números*. < <http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 14/12/2012. p. 448.

É importante salientar que a primeira concepção de acesso à justiça, nas seções anteriores, desenvolveu-se no Estado liberal. Teixeira escreve que,

[N]aquele contexto, começa a se tornar dominante a “escola” do Positivismo Jurídico, que emprestava das ciências naturais “o método” de validação pela objetividade e pelo rigor metódico. O positivismo jurídico pretende (...) fazer jus à função da estabilização das expectativas, sem ser obrigado a apoiar a legitimidade da decisão jurídica na autoridade impugnável de tradições éticas. (...) Com isso, o problema da racionalidade é decidido a favor da primazia de uma história institucional reduzida, purificada de todos os fundamentos de validade suprapositivos. (...) A ligação da **validade** do direito à sua **gênese** não permite uma solução simétrica do problema da racionalidade. A razão ou a moral são, de certo modo, subordinadas à história. Por isso, a interpretação positivista da prática de decisão judicial faz com que, no final das contas, a garantia **da segurança jurídica** eclipse a garantia da correção. (Destacamos). O pensamento jurídico repousava em uma racionalidade teórica, e a tarefa do juiz cingia-se a uma operação lógico-dedutiva dessas regras gerais, abstratas e impessoais.<sup>216</sup> A Jurisdição legitimava-se, portanto, pela sua capacidade em produzir as sensações de segurança jurídica e estabilidade ao sistema. O primeiro sentido de acesso à justiça, condizente com esta racionalidade, restringia-se ao direito de ingresso em juízo (*input*). Sustentava-se nas considerações relacionadas ao poder de exercício da ação, desprovido de qualquer conteúdo sócio-político. Entendido desta forma, o acesso à justiça e a atuação judicial voltam-se principalmente para as questões relacionadas ao direito invocado pelo autor<sup>217</sup>. (Negrito da autora).

Já a segunda concepção de acesso à justiça pressupõe uma estrutura institucional diferente daquela anterior. Mesmo que firmada em bases positivistas, o Estado deixa a ideia de igualdade formal e passa a perseguir (buscar) a igualdade material. Nesse período, segundo Teixeira,

[O] juiz é incumbido de disfarçar o desequilíbrio entre as partes, seu juízo é tornado válido por critérios também diferentes da estrita legalidade, mais valendo o seu desempenho na realidade social, a capacidade de administrar. “Se o parlamento foi o grande beneficiário do primeiro modelo, é o administrador o grande senhor do segundo”. Sua razão torna-se instrumental, já não é necessário aplicar a lei, “mas procurar os meios mais seguros e mais rápidos para chegar a um dado fim”. Essa segunda figura polar admite uma gama de interpretações do direito, como aquelas que foram feitas pelo realismo legal, pela Escola do direito livre e a jurisprudência de interesses, em que, segundo Habermas, [N]ão é possível fazer uma distinção clara entre direito e política, lançando mão de características estruturais. Contudo, se for possível descrever os processos jurídicos de decisão do mesmo modo que os processos de poder políticos, então não faz mais sentido o postulado segundo o qual a segurança do direito deve ser garantida através de decisões consistentes, na base de um sistema de normas suficientemente determinadas. A produção jurídica do passado perde seu domínio sobre decisões atuais, porque estas dependem amplamente da decisão do juiz. A pretensão de **legitimidade** do direito pode, quando muito, preservar seu sentido, caso o juiz, imitando o político, tome suas

<sup>216</sup> Ibid., p. 53.

<sup>217</sup> TEIXEIRA, Ludmila Ferreira. Op. cit., p. 60.

decisões voltado ao futuro e inspirando-se em **orientações axiológicas** que ele tem como racionais. O direito passa a valer, então, como instrumento do controle do comportamento a ser acionado para fins racionais, isto é, fins políticos fundamentados utilitaristicamente de acordo com o bem-estar econômico. (destacamos)<sup>218</sup>.

A terceira concepção de acesso à justiça, a democrática, também denominada de acesso à justiça qualitativo, refere-se à consideração com que o jurisdicionado tem suas reivindicações recebidas “nas esferas oficiais de poder (*input*), a profundidade do diálogo (respeito aos direitos fundamentais processuais), ao poder de influência que ele exerce sobre as decisões que lhe submetem (contraditório como direito de influência), e não só à eficiência quantitativa e a produtividade do sistema como um todo”<sup>219</sup>.

Teixeira escreve que

[É] fundamental que se diga que o paradigma procedimental do direito não se contenta com a visão instrumentalizada da Jurisdição, nem em função dos interesses privados (como no paradigma liberal) nem de metas coletivas (como no paradigma social), tampouco com uma leitura unilateral sobre os direitos e liberdades (seja ela monopolizada pelo Estado ou pelos particulares), nem com as figuras do juiz “árbitro”<sup>220</sup> ou “treinador”<sup>221</sup>. Com efeito, a proposta do Estado Democrático de Direito parte de pressupostos bem distintos dos modelos precedentes. Como demonstra Bahia, a postura procedimental assumida por Habermas não ignora o avanço que o reconhecimento dos direitos individuais representou para a época, e reconhece a importância da materialização dos direitos para a promoção da cidadania. Mas ao observar as degenerações daqueles dois paradigmas se pôde concluir que o mero reconhecimento formal não é capaz de garantir a autonomia privada dos cidadãos, e “sua materialização pura e simplesmente em direitos “sociais” (ou até as sofisticações representadas pelos novos direitos “difusos”) não

<sup>218</sup> Ibid., p. 61-62.

<sup>219</sup> Ibid., p. 62-63.

<sup>220</sup> Garapon afirma que o modelo de **juiz árbitro** caracteriza-se pela abstenção da invasão no “poder econômico, político ou doméstico, respectivamente dominados pelo mercado, pela representação nacional ou pela autoridade paternal. Em matéria econômica limita-se a determinar as regras do mercado, proibindo-se de rever o equilíbrio das prestações contratuais, por exemplo. Da mesma maneira na política, o direito delimita o poder de cada um dos órgãos constitucionais. Em matéria doméstica, por fim, define os laços de parentesco e remete o restante para a autoridade do *pater familias*. Este modelo seria impensável fora de uma sociedade hierarquizada, estável e homogênea que limita os comportamentos sociais dentro de papéis muito precisos e canonizados”. GARAPON, Antoine. *O juiz e a Democracia: O guardião das promessas*. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 241.

<sup>221</sup> Garapon afirma que com as promessas do “Direito Providência”, o **juiz treinador** “é designado para objetivos determinados: colocar a criança fora de perigo, salvar empregos, reintegrar os detidos. O juiz é tornado válido por seu desempenho (...) intimado a corrigir todas as injustiças do mercado e tratar dos prejuízos da industrialização. (...) As exigências do Estado-providência obrigam-no a adotar um funcionamento burocrático. O gabinete, quer dizer, o escritório do juiz, sucede à sala de audiências como o melhor lugar da justiça; aí, o juiz, assistido por todo um areópago de peritos e trabalhadores sociais, pode mostrar-se mais activo. O direito deve apoiar-se em saberes que lhe são completamente estranhos, como a psicologia, a contabilidade, etc. Os papéis do juiz, do perito e do administrador confundem-se. (...) Este segundo modelo mostra hoje sérios sinais de sufocação. Fala-se muito actualmente de um “regresso do direito”, mas trata-se antes do fim do esquecimento do direito sob o Estado-providência.”. Ibid., p. 242.

garante a construção de uma autonomia pública plena<sup>222</sup>. Para lidar com as desigualdades, sem que a esfera do público subsuma todas as dimensões da vida privada pela “opressão burocrática”, e para evitar que o direito perca sua capacidade de gerar integração social, Habermas pensa em um modelo de democracia que não tem de buscar justificativa nem na proteção a uma instância de direitos naturais, transcendentais, de uma minoria abastada, nem na distribuição de conforto por uma burocracia que dispensa a opinião dos clientes. Sua proposta reconhece os limites regulatórios do Direito e não dispensa o jogo democrático<sup>223</sup> e seus potenciais discursivos como um meio radicalmente novo de fundamentar os direitos<sup>224</sup>. “Delineia-se, pois, o novo paradigma, em que o cidadão deverá ter a oportunidade de influir nos centros decisórios onde o público não se resume ao estatal. (...) O paradigma do Estado Democrático de Direito reclama um “direito participativo, pluralista e aberto”<sup>225</sup>, e a legitimidade do direito repousará no exercício circular e simultâneo das autonomias privada e pública, em que os participantes da sociedade são, a um só tempo, autores e destinatários da ordem jurídica<sup>226</sup>.

Da análise das concepções de acesso à justiça nas concepções *liberal* e *social*, é possível concluir que o acesso à justiça pode ser compreendido, ora como simples direito de ingresso do indivíduo em juízo; ora como instrumento para a realização dos direitos individuais e ora como objeto de realização de justiça<sup>227</sup>.

Mas, pode (necessita) ir muito além, quando analisado a partir dos pressupostos do Estado Democrático de Direito. O acesso à justiça, na concepção democrática, exige que as “autonomias do cidadão sejam respeitadas não somente no momento da gênese do direito,

<sup>222</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. Op. cit., p. 305.

<sup>223</sup> “Para impedir, em última instância, que um poder ilegítimo se torne independente e coloque em risco a liberdade, não temos outra coisa a não ser uma esfera pública desconfiada, móvel, desperta e informada, que exerce influência no complexo parlamentar e insiste nas condições da gênese do direito legítimo”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v II. Op. cit., p. 309.

<sup>224</sup> Explica Simioni que “Habermas substitui o modelo do “contrato social” por um modelo procedimentalista de discurso ou deliberação: “a comunidade jurídica não se constitui através de um contrato social, mas na base de um entendimento obtido através do discurso”. Esse discurso será regulado “por uma forma procedimental de gestação discursiva da opinião e da vontade. Só assim é possível uma mediação entre os interesses individuais da autonomia privada de cada um dos cidadãos com os interesses coletivos de bem comum da autonomia pública dos cidadãos. Enquanto que na tradição do direito essa tensão entre autonomia privada a pública era resolvida pela forma geral e abstrata da lei, para Habermas, essa tensão só pode ser resolvida satisfatoriamente por um procedimento discursivo de formação da vontade e da opinião. Nessas condições, Habermas propõe um novo modelo de forma do direito, onde as liberdades privadas e a “vontade da maioria” podem ser compatibilizadas discursivamente, pela força dos melhores argumentos. E isso significa: sem a força da repressão”. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Op. cit., p. 158-59.

<sup>225</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito apud BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. Op. cit., p. 327.

<sup>226</sup> TEIXEIRA, Ludmila Ferreira. Op. cit., 63-63.

<sup>227</sup> Para Cichocki Neto, “pode-se afirmar que essas três perspectivas do conceito do “acesso à justiça” refletem o mesmo tratamento conceitual dispendido ao processo: um de caráter eminentemente interno, com o fim em si mesmo; outro como instrumento da jurisdição; e, finalmente, o último, como instrumento ético para a realização da justiça”. Op. cit., 61.

mas, sobretudo, no momento aplicativo”<sup>228</sup>. Com isso, esse modelo de acesso à justiça “postula a garantia de uma estrutura procedimental/institucional que permita o acesso à argumentação, à imparcialidade, à fundamentação, à certeza de que as decisões tomadas em favor ou prejuízo do jurisdicionado só se legitimarão se forem tomadas discursivamente”<sup>229</sup>.

A ideia mais recorrente de acesso à justiça, inclusive insculpida no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, se resume na utilização do Judiciário como instrumento para efetivação dos direitos e garantias asseguradas pela Constituição Federal<sup>230</sup>, mas seria de enorme pobreza se entendido apenas nesta acepção, isso porque quem recorre ao Judiciário “espera e confia que a missão dele é julgar e ministrar a justiça como valor e não se satisfaz com a mera solução das lides do ponto de vista puramente processual”<sup>231</sup>. Esta afirmação não expressa todo pensamento doutrinário, posto que parte de bases ainda arraigadas ao protagonismo judicial, o que vem sendo veementemente combatido por parte da doutrina. Sendo assim, divergindo desse ponto de vista, deve-se salientar que o indivíduo, quando busca a aplicação de tutela, espera um julgamento correto e legítimo para o seu conflito de interesses e não apenas uma solução processual.

É impossível referir-se ao acesso à justiça sem, contudo, considerar o processo como garantia de sua realização para viabilizar a obtenção de direitos e garantias fundamentais<sup>232</sup>. O acesso à justiça não só constitui um direito fundamental, como também assegura a efetividade dos demais direitos<sup>233</sup> e permite que a litigiosidade coletiva e serial (repetitiva), especialmente a litigância de interesse público (PIL), seja submetida ao Poder Judiciário<sup>234</sup>.

O Poder Judiciário, em países onde se adotam o livre (e amplo) acesso à justiça, como é o caso do Brasil, acaba sendo “a última via estatal não só para a proteção de direitos

<sup>228</sup> Ibid., p. 69.

<sup>229</sup> Idem.

<sup>230</sup> Para José Afonso da Silva, a expressão acesso à justiça tem um sentido institucional e se encontra insculpida no inciso XXXV do art. 5º. da CF/88, com o estabelecimento da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de direito. O alcance do dispositivo constitucional é dirigido tanto ao legislador ordinário como ao próprio Poder Público e, também, a todo e qualquer cidadão, afirmando o direito fundamental do homem de provocar o pronunciamento do Poder Judiciário para qualquer lesão ou ameaça que possa sofrer na sua esfera de direitos. SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e poder popular: estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 150.

<sup>231</sup> FERREIRA, Eliana Junqueira Munhós. *A garantia constitucional de acesso à justiça e a eficácia da tutela jurisdicional*. Vitória: 2006. p. 144. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp075378.pdf>>. Acesso em: 04/11/2012.

<sup>232</sup> CICHOCKI NETO, José. Op. cit., p. 61.

<sup>233</sup> Ibid., p. 65.

<sup>234</sup> NUNES, Dierle. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória*. Op. cit., p. 45.

não observados espontaneamente pelas demais esferas estatais, como para a preservação de valores sociais importantes inscritos na Constituição<sup>235</sup>.

Com isso, vivenciam-se no Brasil novos perfis de litigiosidade<sup>236</sup>, o que pode ser denominado de o fenômeno da judicialização da política, caracterizado como a “submissão ao Poder Judiciário de questões políticas e legislativas que, no modelo clássico de tripartição de Poderes, competiria aos demais Poderes a solução”<sup>237</sup>. Isso provoca um problema (aparentemente insuperável): o aumento excessivo de demandas, o qual associado a questões funcionais e estruturais, bem como a falta de padronização decisória, traz implicações na celeridade processual<sup>238</sup>.

Ao buscar responder sobre as causas e concausas da crescente litigiosidade, além das já mencionadas como a contenciosidade social, bem como a massificação dos conflitos (*os mass tort cases* da experiência norte-americana), a parca e insatisfatória divulgação quanto às outras formas de resolução de conflitos, Mancuso apresenta, de forma sistematizada, alguns fatores que entende influenciar no excesso de demandas:

- a) Desinformação ou oferta insuficiente quanto a outros meios, ditos alternativos, de auto e heterocomposição de litígios, gerando uma *cultura da sentença*<sup>239</sup>, expressão de Kazuo Watanabe; b) exacerbada juridicização da vida em sociedade, para o que contribui a pródiga positivação de novos direitos e garantias, individuais e coletivos, a partir do texto constitucional, projetando ao interno da coletividade uma expectativa (utópica), de *pronto atendimento* a todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito; c) *ufanista e irrealista* leitura do que se contém no inciso XXXV do art. 5º da CF/1988 – usualmente tomado como sede do *acesso à Justiça* – enunciado que, embora se enderece ao legislador, foi sendo gradualmente superdimensionado (ao influxo de motes como *ubiquidade da justiça, universalidade da jurisdição*), praticamente implicando em converter o que deveria ser o *direito de ação* (específico e condicionado) num prodigalizado *dever de ação!*; d) crescimento desmesurado da estrutura judiciária – oferta de *mais do mesmo* sob a óptica quantitativa – com a incessante criação de novos órgãos singulares e colegiados, e correspondentes recursos humanos e materiais, engendrando o atual

<sup>235</sup> MORAIS, Dalton Santos. *A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídicos-constitucionais*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 180, 2010. p. 65-66.

<sup>236</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Fundamento e dilemas para o sistema processual brasileiro: uma abordagem da litigância de interesse público a partir do Processualismo Constitucional democrático*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 165.

<sup>237</sup> MORAIS, Dalton Santos. Op. cit., p. 69.

<sup>238</sup> Idem.

<sup>239</sup> “toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial, em que é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo representante do Estado. O que se privilegia é a solução pelo critério do ‘certo ou errado’ do ‘preto ou branco’, sem qualquer espaço para a adequação da solução, pelo concurso da vontade das partes à especificidade de cada caso”. (...) “disso tudo nasceu a chamada cultura da sentença, que se consolida assustadoramente”. (WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: YARSHELI, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (coords.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005, p. 685 e 687)

gigantismo que, sobre exigir parcela cada vez mais expressivas do orçamento público, induz a que esse aumento da oferta contribua para *retroalimentar a demanda*<sup>240</sup>. (Itálicos no original).

Com tais premissas, associadas ao direito fundamental de acesso à justiça, é possível afirmar que existe uma propensão em repassar às mãos do Estado a tarefa e a responsabilidade de dirimir todos os conflitos, o que induz (e ao mesmo tempo difunde) a ideia de que “o ajuizamento pronto e imediato de qualquer interesse contrariado ou insatisfeito é... *manifestação de cidadania*”<sup>241</sup>.

Alves discorre sobre a conexão entre acesso à justiça e cidadania dizendo que

[O] “novo” conceito de cidadania que se descortina implica a luta pela efetividade desses direitos meta-individuais que, todavia, não perdem o caráter de direitos fundamentais. Estamos falando do direito à terra e à moradia, do direito ao meio ambiente, do direito do consumidor, além dos direitos das mulheres, das crianças, dos idosos, das minorias étnicas etc, associados aos chamados direitos de “terceira geração” e que por sua vez normalmente costumam ser vinculados à “segunda onda” do movimento mundial de acesso à Justiça<sup>242</sup>.

Viana salienta que a criação progressiva de um novo espaço público em torno do Poder Judiciário, “externa ao circuito clássico sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária, coexistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular”<sup>243</sup>. Nesse sentido, “os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos”<sup>244</sup>. Segundo Garapon e Allard, os juízes constituem-se no último estágio de uma “mobilização que começa nos movimentos de defesa dos direitos do homem, baseada, de agora em diante, na perspectiva de que é através desta linguagem que deve apresentar as suas reivindicações políticas”<sup>245</sup>.

<sup>240</sup> MANCUSO. Op. cit., 53-54.

<sup>241</sup> Ibid., p. 54.

<sup>242</sup> ALVES, Cleber Francisco. *A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio em Dezembro de 2005. p. 60.

<sup>243</sup> WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumman. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, pp. 22-23.

<sup>244</sup> Idem.

<sup>245</sup> GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. *Os Juízes na Mundialização: a nova revolução do direito*. Trad. Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 39.

Neste ponto, Marinoni discorre que a preocupação com o acesso à justiça não deve levar ao estímulo à litigância, isso porque não se pode confundir acesso à justiça com facilidade de litigar, até porque o ajuizamento de “uma ação tem profundas implicações de ordem pessoal e econômica, devendo constituir uma opção feita a partir de um processo de reflexão, em que sejam considerados, de modo racional, os prós e contras que podem advir da instauração do processo judicial”<sup>246</sup>.

O que se observa é que esse processo de reflexão é falacioso, posto que não se pode exigir do jurisdicionado uma reflexão acerca dos pontos favoráveis ou não de uma demanda. Ele quer seu bem da vida, bem este, muitas vezes sonogados pelo próprio Estado, como a saúde, a educação, a cultura e a moradia. É verdade que existe uma propensão ao demandismo, mas isso não é uma peculiaridade do Brasil, veja os Estados Unidos. E mais, ocorre muitas vezes de o cidadão ajuizar uma demanda por desconhecer outras formas de pacificação dos conflitos<sup>247</sup>.

Inicialmente, é preciso entender que dentre os elementos integrantes da cultura de um determinado povo está sua capacidade de lidar com o conflito<sup>248</sup>. Sendo assim, o conjunto de normas práticas, institutos e instituições específicas de uma sociedade acerca da conflituosidade compõe a denominada cultura do conflito<sup>249</sup>, a qual não se confunde com a

<sup>246</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 180.

<sup>247</sup> Para Mancuso “não se trata de estabelecer ou aceitar algum tipo de concorrência entre a instância judiciária estatal e os chamados meios alternativos; ao contrário, o que hoje se espera é uma convivência harmoniosa e profícua entre estes últimos e aquela primeira, ideário que encontra respaldo e legitimidade no sentido renovado da palavra jurisdição: a composição justa e tempestiva dos conflitos, antes que uma singela subsunção da letra fria da lei aos fatos da lide. O próprio Direito Positivo dá mostras de ser receptivo a tal concepção, v.g. o art. 24, caput, da Lei 9.099/1995, sobre os Juizados Especiais, prevendo que, frustrada a conciliação, “as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta lei”; ou ainda, o art. 890 e parágrafos do CPC, dispondo que a consignação em pagamento pode ser feita em estabelecimento bancário oficial. Reafirmando todo esse renovado contexto, a Res. CNJ 125, de 29.11.2010 (DJe 01.12.2010, republicado no DJe 01.03.2011), que fixa as bases da Política Judiciária Nacional, prevê nos seus consideranda que “o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º., XXXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa”, e que cabe ao Judiciário “organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação.” Op. cit., p.55.

<sup>248</sup> Para KROEBER e KLUCKHOHN, cultura consiste “em padrões, explícitos e implícitos, de e para comportamentos adquiridos e transmitidos por símbolos, constituindo a realização distintiva dos grupos humanos, incluindo a sua incorporação em artefatos; o núcleo essencial da cultura consiste em ideias tradicionais (ou seja, historicamente derivado e selecionado) e especialmente os seus valores anexados, sistemas de cultura podem, por um lado, ser considerados como produtos de ação e por outro como elementos de condicionamento de ação”. (Tradução livre). KROEBER, Alfred, KLUCKHOLM, Clyde. *Culture: a critical review of concepts and definitions*. Cambridge, Mass., Harvard University, 1952. p. 357.

<sup>249</sup> LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *A cultura da litigância e o Poder Judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da justiça brasileira*. Apud Marc Howard. *La cultura del conflicto: las diferencias interculturales em la práctica de la violencia*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1995. p. 251. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84117275be999ff5>>. Acessado em: 26/10/2012.

cultura da litigância (da litigiosidade, demandista, judiciarista), que “repercuta uma anormalidade funcional do conflito, de forma que a ideia geral inserida no (in)consciente coletivo é de que todo e qualquer conflito necessita ser judicializado e resolvido sob a forma de uma solução adjudicada, isto é, dotada de força imperativa e coercitiva, fundada na lógica vencedor-perdedor”<sup>250</sup>.

Santos, Marques e Pedroso escrevem que

[A] cultura jurídica é o conjunto de orientações a valores e interesses que configuram um padrão de atitudes diante dos direitos e diante das instituições do Estado que produzem, aplicam, garantem ou violam o direito e os direitos. Nas sociedades contemporâneas, o Estado é um elemento central da cultura jurídica e nessa medida a cultura jurídica é sempre uma cultura jurídico-política e não pode ser plenamente compreendida fora do âmbito mais amplo da cultura política. **Por outro lado, a cultura jurídica reside nos cidadãos e em suas organizações e, nesse sentido, é também parte integrante da cultura de cidadania.** Nesse nível, distingue-se da cultura jurídico-profissional, que respeita apenas os profissionais do foro é que, como tal, tem ingredientes próprios relacionados com a formação, a socialização, o associativismo etc. **A cultura jurídica começou a ser discutida a partir da década de 60, sobretudo nos Estados Unidos, mas também na Itália, sob o impulso da explosão de litigiosidade que se começou a verificar então nesses países. A idéia era que a propensão a litigar é maior numas sociedades que noutras e que as variações estão, em parte pelo menos, ancoradas culturalmente, na medida em que a propensão a litigar não aumenta necessariamente na mesma medida do desenvolvimento econômico. Se em certas sociedades os indivíduos e as organizações mostram uma clara preferência por soluções consensuais dos litígios ou de todo modo obtidas fora do campo judicial, noutras a opção por litigar é tomada facilmente.** Alguns autores, como por exemplo Kritzer (1989), compararam a propensão a litigarem países culturalmente próximos e até com sistema jurídico semelhante - como, por exemplo, os Estados Unidos e a Inglaterra, ou os Estados Unidos e o Canadá - e encontraram diferenças significativas, reconduzíveis a diferentes culturas jurídicas. **Os Estados Unidos foram considerados como tendo a mais elevada propensão a litigar, configurando uma “sociedade litigiosa”, como lhe chamou Lieberman (1981).** Esse fato suscitou um debate que se prolongou por toda a década de 80, tendo mesmo nas últimas eleições presidenciais sido tema de campanha eleitoral (Galanter, 1993a e 1993b). Avançaram-se então várias razões que alimentariam tal cultura litigiosa, desde a existência de um número excessivo de advogados até o enfraquecimento dos laços comunitários e dos compromissos de honra na gestão da vida coletiva. Segundo alguns, a propensão a litigar estaria a resultar numa enorme drenagem de recursos econômicos que de outra maneira poderiam ser afetados às tarefas do desenvolvimento. Outros autores e estudos refutaram esses argumentos e puseram mesmo em causa que tivesse havido uma explosão da litigiosidade, ou que os norte-americanos fossem particularmente litigiosos. Blankenburg (s/d), por seu lado, defendeu que a explosão da litigiosidade, embora com uma dimensão real, tinha sido inflacionada pelos meios de comunicação social a partir de processos particularmente notórios, quer pela sua natureza, quer pela dos intervenientes nela. Nesses termos, deduzir a existência de cultura jurídica litigiosa a partir da explosão da litigiosidade era incorreto, na medida em que, mesmo dando de barato que tal explosão existia, a verdade é que a esmagadora maioria dos litígios continuava a ser resolvida fora dos tribunais. No entanto, num estudo sobre os padrões de litigação em cinco países europeus, todos de tradição jurídica continental, concluiu-se que,

<sup>250</sup> LUCENA FILHO. Op. cit., p. 4.

embora em todos eles tenha havido um aumento da litigação na década de 70, esse aumento variou de país para país e as variações não coincidiram com as dos indicadores de desenvolvimento (Ietswaart, 1990, p. 571). Em áreas de menor sedimentação cultural, as variações foram, contudo, mais uniformes. Assim, por exemplo, verificou-se um certo decréscimo da litigação diretamente relacionado com a atividade econômica, o que poderia indicar que, à medida que esta se internacionalizou e se tornou tecnicamente mais complexa, deixou de ver nos tribunais um foro adequado para a resolução dos litígios que foi gerando. Por outro lado, em quase todos os países desenvolvidos emergiram novos tipos de litígio, relacionados com o surgimento da sociedade de consumo, com a degradação do meio ambiente e com o aumento dramático da mobilidade social e geográfica (rupturas de relações familiares e conseqüentes divórcios; questões de inquilinato)<sup>251</sup>.

Por certo o “direito é um produto cultural, e por isso mesmo se nota, nos diversos povos, diferentes índices de adesão à maior ou menor utilização da Justiça estatal para a resolução dos conflitos emergentes na vida em sociedade”<sup>252</sup>. No Brasil, ainda que se tenha proliferado outras formas de resolução de conflito, “se registra clara e massiva “preferência” pelo aparato judiciário oficial, o que se espelha no formidável acervo de processos em andamento na Justiça brasileira”<sup>253</sup>.

Entende-se que não é nova a ideia de que existe uma tendência a supervalorizar a solução adjudicada estatal, em detrimento de outros meios “não oficiais” de resolução de conflitos, “como se aquela primeira fosse o ponto ótimo, o *modus judicandi* por excelência, e estes últimos devessem ficar relegados a um plano secundário, uma sorte de “vão de segunda classe” no comboio da distribuição da justiça “<sup>254</sup>.

Renato Silviano Tchakerian salienta que

Não é à toa, aliás, que o Estado vem tentando (a) diminuir a cultura demandista do brasileiro, com o estímulo à conciliação, criando mecanismos que facilitem sua realização, e agindo da mesma forma com relação à arbitragem, à mediação e à avaliação neutra de terceiro; b) reduzir o número de demandas e recursos com a introdução de novos dispositivos do Código de Processo Civil, a exemplo, as chamadas ‘sentenças vinculantes’ (art. 285-A, CPC), o poder dado às súmulas editadas pelos Tribunais Superiores no sentido de obstem o seguimento dos recursos ao segundo grau de jurisdição (art. 518, §1º, CPC), os recursos extraordinário e especial por *amostragem* (art. 543-B e 543-C, CPC), todos trazidos ao Diploma Processual a partir de 2006 e, por fim, a *repercussão geral* necessária à interposição do recurso extraordinário (art. 102, §3º, CF/1988), trazida pela

<sup>251</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em: < <http://www.cesamericalatina.org/news/sbdp.htm>>. Acesso em: 06/11/2012.

<sup>252</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 57.

<sup>253</sup> Idem.

<sup>254</sup> Ibid., p.58.

EC45/2004; c) e o encaminhamento dos megaconflitos que envolvam interesses metaindividuais para o âmbito do processo coletivo<sup>255</sup>.

Há quem entenda que essa cultura demandista representa um falacioso exercício de cidadania<sup>256</sup>, isso porque na medida em que promove o afastamento entre as partes, acirra os desentendimentos, prolongando “o conflito a um ponto futuro indefinido, esgarçando o tecido social e sobrecarregando a justiça estatal de controvérsias que, antes e superiormente, poderiam e deveriam resolver-se em modo auto ou heterocompositivo”<sup>257</sup>.

Tassinari é mais comedida ao analisar a questão do demandismo e aponta que essa postura do jurisdicionado não é proposital. Salienta que

[d]iante deste ambiente de certa fragilização da esfera estatal, que, em regra, é resultado da interferência das forças da economia, em um movimento contrário, a sociedade se apresenta imersa em uma ampla litigiosidade como modo de resgatar e exigir o compromisso pressuposto pelo Estado Democrático de Direito. Assim, os cidadãos assumem uma postura direcionada ao conflito, à reivindicação de direitos pela via do litígio judicial, que passa a ser o palco da resolução de grande parte das contendas políticas. Este traço do comportamento das sociedades contemporâneas acabem resultando naquilo que Luiz Werneck Vianna *et al* chamam de “judicialização das relações sociais”, traduzida na “crescente invasão do direito na organização da vida social”<sup>258</sup>.

Inquestionáveis são os efeitos dessa litigiosidade no Poder Judiciário, sobretudo na prestação jurisdicional, cada vez mais morosa, ineficiente e – por que não? – sem legitimidade.

No próximo capítulo, adentrar-se-á à análise da *crise*<sup>259</sup> do Poder Judiciário, expondo seu conceito e abordando alguns aspectos gerais da crise, como a crise institucional, a crise gerencial e a crise estrutural. Abordar-se-á os reflexos da litigiosidade, sobretudo da

<sup>255</sup> TCHAKERIAN, Renato Silvano. *Sobre os supostos e os reais limites à legitimidade do Ministério Público para a tutela dos direitos individuais homogêneos*. Revista de Processo, n. 185, jul/2010, p. 65.

<sup>256</sup> Segundo Comparato, idéia de cidadania, assim como a de direitos, está sempre em processo de construção e mudanças. A fase atual é o reconhecimento da nova cidadania fundada no respeito aos direitos e na solidariedade ética que “estabelece as bases para a construção de uma cidadania mundial, em que já não há relações de dominação, individual ou coletiva”. COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 37.

<sup>257</sup> MANCUSO. Op. cit., p. 59.

<sup>258</sup> TASSINARI, Clarissa. Op. cit., p. 46.

<sup>259</sup> No Dicionário de ciências sociais da Fundação Getúlio Vargas, o termo “crise” se refere a um “fenômeno caracterizado como toda interrupção do curso regular e previsível dos acontecimentos”, e “as situações de crise ou de anormalidade podem ser configuradas por uma irrupção ou alteração violenta ou vir a ser o resultado lógico e previsível de um processo mais ou menos lento, mas continuado no tempo”. Negrito inexistente no original. PONCIANO, Vera Lúcia Feil. *Reforma do Poder Judiciário: limites e desafios*. Curitiba: Fevereiro de 2009. p. 54. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp086243.pdf>>. Acesso em: 09/11/2012.

diversidade de litigiosidade na crise e como tem sido dimensionado e resolvido esse problema, apontando uma possível solução.

## 2. O PODER JUDICIÁRIO EM CRISE

### 2.1. O papel do Poder Judiciário e o estado de crise

O Poder Judiciário tem como função primordial a busca da realização da Justiça como principal garantidor da efetivação dos direitos individuais e coletivos, funcionando como guardião das liberdades e da cidadania. Cabe ao Judiciário a análise e apreciação de “lesões que consistam em violação da ordem jurídica e cuja prevenção ou correção, por isso mesmo, dependa apenas do restabelecimento da ordem jurídica violada”<sup>260</sup>. Nesse caso, as lesões de outras naturezas, como econômicas, financeiras, políticas, técnicas, científicas ou artísticas, não constituem objeto da função jurisdicional, ao contrário, constituem objeto da administração pública ou da função legislativa<sup>261</sup>.

No mesmo sentido, Maria Tereza Sadek, ao tratar do tema assim escreveu:

O Judiciário brasileiro tem duas faces: uma, de poder de Estado e, outra, de instituição prestadora de serviços. O modelo de presidencialismo consagrado pela Constituição de 1988 conferiu ao Judiciário e aos seus integrantes capacidade de agirem politicamente, quer questionando, quer paralisando políticas e atos administrativos, aprovados pelos poderes Executivo e Legislativo, ou mesmo determinando medidas, independentemente da vontade expressa do Executivo e da maioria parlamentar. Por outro lado, a instituição possui atribuições de um serviço público encarregado da prestação jurisdicional, arbitrando conflitos, garantindo direitos. A face política do Judiciário foi claramente expressa pela Constituição de 1988. A Lei Maior brasileira, tal como as Constituições que resultaram dos processos de redemocratização no século XX, é muito diferente das precedentes, típicas do constitucionalismo moderno. Enquanto nas primeiras Constituições os principais objetivos eram a limitação do poder dos monarcas, a afirmação do império da Lei e a proteção das liberdades individuais, as mais recentes guiam-se por valores democráticos, enfatizando os direitos sociais. A meta não é apenas limitar o poder absoluto e assegurar direitos, mas ser um instrumento para a realização da justiça social e para a promoção de direitos, incorporando valores da igualdade social, econômica e cultural. Em consequência, o foco central passa a estar em questões concretas, de natureza social, política e econômica, fortalecendo a inclinação do Direito de tornar-se pragmático, embaçando as fronteiras entre o Direito e a política<sup>262</sup>.

Existe um “forte incremento na relevância social da função jurisdicional e, conseqüentemente, um desnivelamento, pelo menos sob o aspecto prático, no equilíbrio dos

---

<sup>260</sup> MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A crise do Judiciário e do processo*. In: \_\_\_\_\_. Teses, estudos e pareceres de processo civil. São Paulo: Ed. RT, 2005. Vol. I. p. 293.

<sup>261</sup> Idem.

<sup>262</sup> SADEK, Maria Tereza. *Judiciário: mudanças e reformas*. *Estud. av.* [online]. 2004, vol.18, n.51, pp. 79-101.

Poderes em favor do Judiciário”<sup>263</sup>, isso porque, nos países que adotam o livre (e amplo) acesso à justiça, como é o caso do Brasil (art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988), o Poder Judiciário tende a ser “a última via estatal não só para a proteção de direitos não observados espontaneamente pelas demais esferas estatais, como para a preservação de valores sociais importantes inscritos na Constituição”<sup>264</sup>.

Isso, evidentemente, provoca um estado de crise que não é de hoje e muito menos está próximo de acabar. Em 1994, a Ministra Eliana Calmon já chamava a atenção para essa crise<sup>265</sup>; a Ministra aponta que juízes federais reunidos em Brasília para refletirem sobre a instituição, elaboraram um documento no qual concluíram que o Judiciário brasileiro não tem conseguido dar respostas rápidas e satisfatórias às demandas das partes, em razão de fatores diversos, como o número excessivo de ações provocado pela administração dos poderes públicos e pela insuficiência ou ineficiência dos textos legislativos<sup>266/267</sup>.

Sobre essa crise já escrevia Grinover em 1990. Para a autora, a crise da Justiça

[e]stá na ordem do dia: dissemina-se e serpenteia pelo corpo social, com insatisfação dos consumidores de Justiça, assumindo as vestes dos descrédito nas instituições; atinge os operadores do direito e os próprios magistrados, como que impotentes perante a complexidade dos problemas que afligem o exercício da função jurisdicional; desdobra-se em greve e protestos de seus servidores; ricocheteia, enfim, pelas páginas da imprensa e ressoa pelos canais de comunicação de massa, assumindo dimensões alarmantes e estimulando a litigiosidade latente. A Justiça é inacessível, cara, complicada, lenta, inadequada. A Justiça é denegação de Justiça. A justiça é injusta. Não existe Justiça. [...]. A crise que se generaliza apresenta vários aspectos: a crise estrutural, a crise instrumental do equilíbrio entre os poderes, a mentalidade dos operadores da Justiça, inadequação dos controles sobre o exercício da função jurisdicional<sup>268</sup>.

<sup>263</sup> MORAIS, Dalton Santos. *A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídicos-constitucionais*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 180, 2010. p. 65-66.

<sup>264</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>265</sup> No mesmo sentido, Pedron salienta que “a afirmação da existência de uma “crise” no Poder Judiciário brasileiro não é nova e, antiteticamente, parece acompanhar a história dessa instituição como uma constante”. *Um olhar reconstrutivo da modernidade e da “crise do Judiciário”: a diminuição de recursos é mesmo uma solução?* Rev.Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 44, n.74, jul./dez.2006, p. 217. Negrito e itálico nosso.

<sup>266</sup> ALVES, Eliana Calmon. *A crise do Poder Judiciário*. Correio Braziliense, Brasília, 18 abr. 1994. Caderno Direito e Justiça, nº 11.310

<sup>267</sup> O Ministro Francisco Rezek, também naquele ano, em aula inaugural no Centro de Estudos Judiciários, salienta que “as perdas de qualidade na relação entre a comunidade jurídica e a sociedade brasileira, se prolongarem, serão de difícil reparação mais tarde. *Idem*.”

<sup>268</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A crise do Poder Judiciário*. Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo, São Paulo: Centro de Estudos. N. 34, p. 11-12, dez. 1990. Em outro texto, no qual a autora discorre sobre o “renascimento das vias conciliativas” de solução dos litígios. Grinover realiza uma análise entre a crise da justiça e o aumento da litigiosidade, veja: “A morosidade do processo, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento entre o

Em 1972, Alfredo Buzaid já traçava a ideia de crise do Poder Judiciário vinculando-a a um desequilíbrio no aumento de demanda com o número de julgamentos proferidos<sup>269</sup>. Em complemento à ideia de Buzaid, Ponciano esclarece que a crise pode ser o resultado lógico das diversas mazelas decorrentes da atividade jurisdicional, as quais há muito já fazem parte do cotidiano, como a “morosidade; ausência de modernização; falta de padronização nos procedimentos; legislação processual inadequada e ultrapassada; deficiência quantitativa na área de recursos humanos (juízes e servidores); falta de transparência; dificuldade de acesso à Justiça e ausência de democratização”<sup>270</sup>.

Carvalho Neto assevera que

[V]ivemos em uma época de tamanha complexidade que a ideia mesmo que compartilhamos de Constituição, de Poder Judiciário e de acesso à Justiça encontrar-se-ia em xeque, em crise. Mas o que seria precisamente um estado de crise? [...]. Devemos ter presente que vivemos em uma sociedade moderna, uma sociedade, como descrita no livro que apresentamos, complexa, em permanente e insuperável crise – nos dizeres do sociólogo polonês Z. Bauman, numa sociedade líquida, diluída pela Modernidade -, pois, ao lidar racionalmente com os riscos de sua instabilidade, ela faz da própria mutabilidade o seu motor propulsor. A crise, para esse tipo de organização social moderna, de estrutura societária móvel, é, então, uma constante que já se insere na própria noção e expectativa de normalidade. Ao contrário das sociedades antigas e medievais, rígidas e estáticas, a sociedade moderna é uma sociedade que se alimenta de sua própria transformação. E é somente assim que ela se reproduz. Em termos de futuro, a única certeza que podemos ter dessa sociedade é a sua sempre crescente **complexidade**. Ou seja, a conclusão é que tudo que é permanente em uma sociedade como a nossa é mutável, capaz de incorporar mudanças para garantir sua permanência, de adquirir novos sentidos no devir de gramáticas de práticas sociais cada vez mais complexas<sup>271</sup>.

Traçando um perfil histórico da crise, Pedron escreve que ela pode ser identificada ao longo do desenvolvimento da própria República, sendo o Supremo Tribunal Federal o primeiro órgão a sentir seus efeitos, tanto que chegou a ser editado o Decreto n. 20.889, de 23

---

Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência para chegar até os “justiceiros”). GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os fundamentos da Justiça Conciliativa*. In *Mediação e Gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. Ada Pellegrini Grinover. Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto (Coord.) São Paulo: Ed. Atlas. 2007; p. 2.

<sup>269</sup> BUZOID, Alfredo. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 1. p. 144.

<sup>270</sup> PONCIANO, Vera Lúcia Feil. *Op. cit.*, p. 55.

<sup>271</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. Prefácio da obra de FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) crise*. *Op. cit.*

de novembro de 1931, que delimitava um número mínimo de processos a serem levados a julgamento por semana, até que fosse esgotada a pauta<sup>272/273</sup>.

---

<sup>272</sup> PEDRON, op. cit. 218.

<sup>273</sup> “Nessa época, o número de feitos não atingia a casa anual de duzentos, mas as pautas, que não se esgotavam, já representavam uma preocupação, o que levou os estudiosos a afirmarem a existência de uma “crise no Supremo Tribunal Federal”. Com a Constituição de 1934, acreditou-se que a criação da Justiça Eleitoral, da Justiça Militar e de um mecanismo administrativo de resolução de contenciosos ligados à matéria trabalhista representassem uma solução para o problema enfrentado pelo STF. Além disso, o art. 76, 2, III, do Texto Constitucional, ao disciplinar a figura do recurso extraordinário, traçou contornos mais próximos dos atualmente existentes - apesar de ainda não haver recebido a nomenclatura atual. Ao utilizar o termo julgar ao invés da expressão consagrada no Texto Constitucional anterior (haverá recurso), ficou encerrada uma discussão existente em razão do novo art. 766, entendendo-se que o STF não funcionaria como uma corte de cassação - que anularia as decisões proferidas pelos órgãos inferiores e determinaria que os mesmos proferissem outra substituta - e optando-se pelo modelo da corte de revisão, de modo que seus ministros teriam poderes para reexaminar toda a matéria, aplicando o direito a um determinado caso em litígio, o que, operacionalmente, poderia representar uma diminuição dos trabalhos do Tribunal. Essa polêmica já é suficiente para caracterizar uma preocupação sobre o acúmulo de serviço mesmo quando os feitos endereçados ao STF somavam anualmente 800, sendo 286 o número de recursos extraordinários propostos (NAVES, 2001:11). Uma tentativa encontrada para agilizar os julgamentos foi a divisão do Tribunal em turmas de cinco juízes, por meio do Decreto-lei n. 6, de 16 de novembro de 1937. Outras medidas “desafogadoras” do STF foram, então, tomadas nos anos posteriores: (1) a Constituição de 1946 criou o Tribunal Federal de Recursos (TFR), substituindo o STF como segunda instância para as causas de interesse da União; (2) a Lei n. 3.396/58, que alterou os artigos 864 e 865 do Código de Processo Civil, determinando a necessidade de fundamentação das decisões do Presidente do tribunal a quo que admitem ou denegam recurso extraordinário - o que possibilitou a denegação do recurso, não apenas segundo critérios formais de admissão; e (3) em 1963, por influência do Min. Nunes Leal, o STF aprovou suas primeiras súmulas de jurisprudência dominante (370 verbetes ao todo), visando a externar a posição majoritária do Tribunal para que a mesma fosse seguida pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Foi, sobretudo, a partir de 1964 que medidas pautadas mais em razões meramente pragmáticas para solucionar a “crise do Supremo Tribunal Federal” ganharam destaque: (1) através da alteração do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) foram consideradas prejudicadas todas as causas pendentes de julgamento há mais de dez anos, caso não houvesse manifestação expressa das partes após convocação; (2) a introdução do controle concentrado de constitucionalidade, por meio da Emenda Constitucional n. 16, consagrando o instituto da representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, quando encaminhada pelo Procurador-Geral da República; e por fim, através da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, (3) a arguição de relevância da questão federal, condicionando para o conhecimento do recurso a demonstração de reflexos na ordem jurídica e aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, julgados como um incidente prévio ao conhecimento do recurso extraordinário em seção secreta e irrecurável. Com o movimento de redemocratização, consagrado na Constituição de República de 1988, modificações sensíveis puderam ser notadas no tocante à preocupação em não sobrecarregar o STF. A principal modificação foi a criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), cuja atribuição seria a de “guardião” da legislação federal, deixando ao STF a atribuição de proteção da esfera constitucional. A Carta Magna, contudo, deixou de consagrar o polêmico requisito da arguição de relevância para os recursos extraordinários. Com a nova Constituição, ainda se tinha a idéia de que a “crise” persistia mesmo com a criação do STJ. E não se tratava mais de uma endemia restrita ao âmbito do Supremo Tribunal Federal, mas que rapidamente havia se alastrado aos demais órgãos do Poder Judiciário, o que conduzia à constatação de que havia uma “crise” não somente no STF, mas uma crise generalizada em todos os órgãos do Poder Judiciário brasileiro. Dados estatísticos acusam que, após um ano de sua criação, o STJ recebeu 14.087 processos para julgamento, conseguindo decidir apenas 11.742. O mesmo aconteceu com o Tribunal Superior do Trabalho (TST) que, no mesmo período, julgou 20.473 processos. Contudo, tal problema não é restrito à realidade dos Tribunais Superiores. A primeira instância - englobando tanto as Justiças Estadual e Federal, Comum e Especiais - recebeu, em 1990, 5.117.059 causas, sentenciando apenas 3.637.152. Após a Constituição da República de 1988, no nível infraconstitucional, a legislação processual sofreu diversas alterações, principalmente no sentido de concentrar a tomada de decisões em figuras individuais, como o caso do aumento dos poderes do relator dos acórdãos perante os Tribunais. Outra medida foi o uso experimental da figura da “transcendência” no recurso de revista como requisito de admissibilidade - com pretensão de propagação para todos os demais recursos para Tribunais Superiores - por meio da Medida Provisória n. 2.226/01. Tal medida foi questionada judicialmente com a proposição da ADI n.2.527-9 pelo

É importante salientar que essa crise pode ser definida como uma “perturbação” temporária dos mecanismos de funcionamento do sistema judiciário; possui origem em causas externas e internas, e apresenta seus sintomas ou consequências<sup>274</sup>. Em que pese a angústia e, conseqüentemente, a preocupação que possa gerar, defende Ponciano, é preciso considerar que de um ponto de vista prospectivo e pró-ativo, a crise é um momento em que se abre oportunidade para: a) modificação de paradigmas; b) o abandono do formalismo; c) a compreensão de valores e princípios constitucionais; d) a assimilação da nova realidade do relacionamento Estado-sociedade; e) a participação democrática no processo de mudança (reforma); f) a abertura para o cenário sócio-político-econômico em que se situa o Poder Judiciário; g) a abertura para a interdisciplinaridade científica; h) a disposição de acrescentar novos itens à temática clássica da atividade jurisdicional<sup>275</sup>.

Não há consenso sobre as causas da crise e, tampouco quanto à solução, entretanto um ponto é comum: a crise existe. O próprio Judiciário e a sociedade civil vem tentando buscar formas de solucionar tal crise, não obstante a ausência de consenso quanto às causas, muito menos quanto às soluções possíveis, é pacífico a existência de uma crise<sup>276</sup>.

Partindo dessas premissas, pode-se dizer que a propalada crise do Poder Judiciário “revela a importância dessa instituição não como um órgão burocrático do aparelhamento do Estado para uma sociedade “cliente” ou consumidora, mas como fórum democrático de discussão pública, no qual esta sociedade participa em “simétrica paridade” ou através da crítica pública das decisões”<sup>277</sup>.

---

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. De maneira bem sintética, pode-se afirmar que o objetivo da “transcendência” é fornecer ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) a possibilidade de desenvolver um filtro de seleção de recursos, através da demonstração pelo recorrente de que aquela causa transcende - econômica, política, social ou juridicamente - os limites do caso concreto e do interesse privado das partes processuais. Segundo seus defensores (MARTINS FILHO, 2000; SILVA, 2001), tal artifício autorizaria os Tribunais a negar o conhecimento de “causas menos importantes e repetitivas”, que tanto abarrotam as estantes dos Tribunais, dando fim precoce - ou mais célere, na definição dos mesmos - à tramitação dessas, supostamente “pacificando” o conflito pelo proferimento da decisão judicial final. Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, duas inovações ganharam destaque como propostas para a solução da “crise”: a possibilidade de o STF publicar súmulas de efeito vinculante (art. 103-A) e a necessidade de se demonstrar, em sede de recurso extraordinário, a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, § 3º), funcionando como um requisito. *Ibidem*, p. 218-221.

<sup>274</sup> PONCIANO, op. cit., p. 55.

<sup>275</sup> *Idem*.

<sup>276</sup> TEIXEIRA, Ludmila Ferreira. Op. cit., p. 72.

<sup>277</sup> PONCIANO, op. cit., p. 55.

### 2.1.1. Um debate acerca da judicialização da política e do ativismo judicial

Muito se tem debatido no Brasil acerca da judicialização da política e do ativismo do Judiciário, mas será que realmente aqueles que defendem seu ponto de vista (contra ou a favor) sabem do que estão falando? O certo é que não existe uma única voz sobre o assunto; ao contrário, o tema é polêmico e desperta o interesse dos estudiosos. Nesta seção, pretende-se abordar a questão da judicialização da política e do ativismo judicial, apontando algumas de suas nuances, preparando o leitor para a discussão da crise do Poder Judiciário.

Traçando uma análise do tema da judicialização da política, Maciel salienta que

[A] expressão passou a compor o repertório da ciência social e do direito a partir do projeto de C. N. Tate e T. Vallinder (1996), em que foram formuladas linhas de análise comuns para a pesquisa empírica comparada do Poder Judiciário em diferentes países. “Judicialização da política” e “politização da justiça” seriam expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. 1 Judicializar a política, segundo esse autores, é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. 2 O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito)<sup>278</sup>.

Sob uma nova perspectiva, alguns autores, como Castro, vão dizer que “a judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um ‘direito’ e um ‘interesse político’”<sup>279</sup>.

Se, de certa forma, é correto dizer que o Judiciário possui uma função política, haja vista “que participa das atividades de governança – esta entendida em seu sentido mais básico,

<sup>278</sup> MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. *Sentidos da judicialização da política: duas análises*. *Lua Nova* [online]. 2002, n.57, p. 114.

<sup>279</sup> CASTRO, Marcus Faro de. *O STF e a judicialização da política*. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 12-34, São Paulo: Anpocs, jun.1997.

como aquilo que se exerce no sentido do interesse geral, ou do bem comum - quando se fala propriamente em *politização* do Judiciário, não é a esse sentido óbvio que se refere”<sup>280</sup>.

À primeira vista, pode-se identificar a “*politização do Judiciário*” ou a “*politização da justiça*”, como sinônimo de “*judicialização da política*”, ambas indicando um papel de destaque do Poder Judiciário no processo das democracias contemporâneas<sup>281</sup>. Nesse sentido,

[É] preciso notar, entretanto, que a ideia de judicialização não se refere a um processo unívoco. Frequentemente, é dada muito atenção para um aspecto procedimental desse processo, que se traduz na explosão de litigância e na demanda por decisões judiciais sobre os mais diversos temas, enquanto que outra dimensão, mais substancial, parece permanecer negligenciada. Essa dimensão abarca o comportamento dos atores – internos e externos ao Judiciário – que participam do processo, e também os contextos históricos, sociais e políticos que motivam as decisões judiciais. Sendo assim, a identificação feita num primeiro momento, entre *politização da justiça* e *judicialização da política* (entendida no sentido de “*política judicializada*”), pode ser enganosa, pois, enquanto esta pode ser vista como a expansão de um certo tipo de *procedimento* (o judicial), aquela refere-se propriamente à *atitude* dos atores judiciais, seus valores e preferências, sua disposição em participar do *policy-making*. Desse modo, acreditamos que uma pesquisa aplicada que pretenda trabalhar (i) a relação entre Judiciário e demais poderes, e (ii) o papel do Judiciário no processo decisório democrático, não pode se ater apenas à chave “procedimentalista” da judicialização, que aponta para o aumento de prerrogativas judiciais trazido pela Constituição de 1988 e a consequente explosão de litigância e protagonismo dos tribunais superiores na vida política do país como se entre fatores houvesse uma clara relação de causalidade<sup>282</sup>.

Em pesquisa realizada por Clarissa Tassinari, destinada a tratar da jurisdição e do ativismo judicial, a autora salienta que há muito o Poder Judiciário vem sofrendo transformações, sobretudo na sua atuação. Escreve que, em relação ao exercício da jurisdição, o Judiciário não é mais o mesmo, sobretudo após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Não obstante a utilização corrente das expressões *judicialização política* e *ativismo judicial*, para demonstrar a ideia do elevado grau de judicialização que assume o direito brasileiro na atual conjuntura, não podem ser tratadas como se fossem o mesmo fenômeno<sup>283</sup>.

É importante diferenciar as duas expressões para melhor compreendê-las. Nesse ponto, Tassinari discorre que “a resposta para a pergunta do que seja a *judicialização da*

<sup>280</sup> SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. *Judicialização da política e demandas por juridificação: O Judiciário frente aos outros poderes e frente à sociedade*. Disponível em: < <http://www.cesamericalatina.org/news/sbdp.htm>>. Acesso em: 06/11/2012.

<sup>281</sup> Idem.

<sup>282</sup> Idem.

<sup>283</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 27.

política passa, de início, pela percepção que se está a tratar a interação de, pelo menos, três elementos: Direito, Política e Judiciário”<sup>284</sup>. Tassinari salienta que,

[P]or certo, a própria noção de constitucionalismo, nas suas mais variadas acepções, seja como conjunto de mecanismos normativos e institucionais de um sistema jurídico-político que organizam os poderes do Estado e protegem os direitos fundamentais dos cidadãos; como tipo ideal para refletir sobre a realidade histórica de uma nação e trazer à luz elementos da experiência política (mormente aqueles ligados à consagração de instrumentos e técnicas de limitação do exercício do poder político); ou como oposição a governo, dentre outras possíveis explorações do termo, demonstra, assim, o modo como se dá a articulação entre o direito e a Política. Mais especificamente, o constitucionalismo pode ser definido como uma tentativa jurídica (Direito) de oferecer limites para o poder político (Política), o que se dá por meio das Constituições<sup>285</sup>.

Com fundamento nessas premissas, e na doutrina do alemão Friedrich Müller, citado por Tassinari, é possível afirmar que existe um elo entre o direito e a política<sup>286</sup>. No mesmo sentido são as lições de Gilberto Bercovice:

As Constituições do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, são políticas, não apenas estatais, na expressão de Maurizio Fioravanti. Assumem conteúdo político, ou seja, englobam os princípios de legitimação do poder, não apenas sua organização. O campo constitucional é ampliado para abranger toda a sociedade, não só o Estado. A Constituição, nas palavras de Konrad Hesse, também é a “ordem jurídica fundamental da comunidade”, ou seja, ela é Constituição do Estado e da sociedade. A política se manifesta não apenas na instauração da Constituição (o poder constituinte originário), mas também nos momentos seguintes, de efetivação da ordem constitucional por meio de uma política constitucional. O grande protagonista das concepções, consubstanciadas com a Teoria da Constituição, segundo Fioravanti, é o partido político, intermediário entre o Estado e a sociedade, englobados agora pela Constituição. A idéia da Constituição como totalidade, ressaltando-se o seu caráter dinâmico (não garante apenas uma ordem estática), “politiza” o conceito de Constituição, que não se limita mais a sua normatividade. Esta concepção, elaborada, como vimos, por autores como Schmitt e Smend, dá origem à Teoria Material da Constituição, ligada ao predomínio das Constituições sociais (ou programáticas) do pós-guerra. A Teoria Material da Constituição permite compreender, a partir do conjunto total de suas condições jurídicas, políticas e sociais (ou seja, a Constituição em sua conexão com a realidade social), o Estado Constitucional Democrático. Propõe-se, portanto, a levar em

<sup>284</sup> Ibid., p.28.

<sup>285</sup> Idem.

<sup>286</sup> “Este assunto é retratado por Friedrich Müller, que, na abertura de um de seus textos, com fundamento em Rousseau, afirma: “direito constitucional é o direito do político. Insistir nisso, não tem relação nenhuma com o ‘decisionismo’”. O posicionamento de Müller toca justamente em um ponto que é central para se compreender a importância de se distinguir a judicialização da política do ativismo judicial. Isso porque, com tal frase, o autor não apenas reforça a vinculação entre Direito (constitucional) e Política, como também revela que esta relação não está vinculada a um decisionismo. Ou seja, do mesmo modo que não está vinculada a um decisionismo (ou com o ativismo judicial, é possível acrescentar) para afirmar o elo existente entre Direito e Política, ele também não necessita negar a existência de uma imbricação entre Direito e Política para evitar a postura decisionista (ativista do Judiciário).” Ibid., p. 28-29.

consideração o sentido, fins, princípios políticos e ideologia que conformam a Constituição, a realidade social da qual faz parte, sua dimensão histórica e sua pretensão de transformação. As funções da Constituição podem ser sintetizadas, para Hans Peter Schneider, em três dimensões: a dimensão democrática (formação da unidade política), a dimensão liberal (coordenação e limitação do poder estatal) e a dimensão social (configuração social das condições de vida). Todas estas funções são interligadas, condicionando-se mutuamente. O significado da Constituição, portanto, não se esgota na regulação de procedimentos de decisão e de governo, nem tem por finalidade criar uma integração alheia a qualquer conflito. Nenhuma de suas funções pode ser entendida isoladamente ou absolutizada. A Constituição só pode ser plenamente compreendida em sua totalidade. Mas, fundamentalmente, a Constituição, como afirmou Hans Peter Schneider, é direito político: do, sobre e para o político<sup>287</sup>.

Com efeito, “*pode-se dizer que a judicialização da política se apresenta como uma questão social*”<sup>288</sup>. Não obstante sua independência do órgão judicante deriva-se de inúmeros fatores originalmente alheios à jurisdição, mas que possuem seu ponto de partida em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passando pela ineficiência do Estado em implementá-los, o que, conseqüentemente, acaba por desaguar no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas<sup>289</sup>.

Nas palavras de Tassinari, com o advento da Constituição de 1988, houve várias transformações, dentre elas uma maior visibilidade do STF no exercício do seu papel político-institucional, o que, associado à judicialização da política, acabou por “*conceber a atuação dos juízes e tribunais, ocasionando, por esta via, a propagação de um ativismo judicial*”<sup>290</sup>.

O que é e como surgiu o ativismo judicial?

Em resposta a esta pergunta, Anderson Vichinkeski Teixeira traz interessantes contribuições:

[Se] afastarmos por completo qualquer possível comparação com a criação judicial do Direito ou com o *judicial review* (controle difuso de constitucionalidade das leis), encontraremos, certamente, nos Estados Unidos, a origem do ativismo judicial. Mais precisamente, na decisão *Lochner v. New York*. A Suprema Corte daquele país entendeu que o princípio de liberdade contratual estava implícito na noção de devido processo legal (*due process of law*), consagrada pela seção 1 da 14ª Emenda à Constituição dos EUA. No caso em tela, a Corte declarou inconstitucional uma lei do Estado de Nova York que estabelecia 60 horas como limite para a jornada de

<sup>287</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Política: uma relação difícil*. Lua Nova [online]. 2004, n. 61, p. 09-10.

<sup>288</sup> TASSINARI, Clarissa. Op. cit., p. 32.

<sup>289</sup> Idem. No mesmo sentido, segue a doutrina de Lenio Streck: “a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui no deslocamento do pólo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 589.

<sup>290</sup> Ibid., p. 33.

trabalho semanal dos padeiros, alegando ser "irrazoável", desnecessária e arbitrária" tal limitação à liberdade individual de contratar. Além de representar aquilo que veio a ser chamado de "Era Lochner" (1897-1937), na qual as intervenções estatais no domínio econômico foram continuamente invalidadas pela Suprema Corte dos EUA, **pode ser considerado também um dos primeiros casos de flagrante ativismo judicial exercido por aquela Corte.** Mas foi com o historiador Arthur Schlesinger Jr., em uma matéria da revista *Fortune*, intitulada *The Supreme Court: 1947*, que o termo *judicial activism* entrou no léxico não apenas jurídico, mas sobretudo político e popular. Referindo à capacidade de desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social, Schlesinger chamou de "ativistas judiciais" (*judicial activists*) os juízes Hugo Black, Willian O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge. Já os juízes Felix Frankfurter, Harold Burton e Robert H. Jackson foram rotulados de "campeões do autocomedimento" (*champions of self-restraint*), por entenderem que o Judiciário não deve ir além do seu espaço limitado dentro do sistema estadunidense. Em uma posição intermediária, o presidente da Suprema Corte naquele ano, Frederick M. Vinson, e o juiz Stanley F. Reed não seriam plenamente caracterizáveis como desse ou daquele lado. Um aspecto fundamental do ativismo judicial que Schlesinger detectou imediatamente foi a maleabilidade do raciocínio jurídico em detrimento da sua cientificidade. Keenan D. Kmiec, ao comentar o artigo de Schlesinger, destaca que este já havia detectado que os *judicial activists* entendem como indissociáveis Direito e Política, o que impediria existir uma resposta "correta" em definitivo, pois toda decisão judicial importaria uma escolha política do julgador. Segundo essa perspectiva, o autocomedimento não passaria de um ilusória pretensão de objetividade no ato decisório, algo incompatível com o senso de justiça e o anseio por produzir melhoras sociais que devem nortear o julgador. O famoso texto de Schlesinger nasce com dois problemas que parecem ter passado despercebidos aos olhos do autor: a imprecisão terminológica da expressão em debate e a indefinição quanto a ser algo positivo ou negativo. Ele rotula os juízes da Suprema Corte de "ativistas judiciais" e "campeões do autocomedimento", vincula características a cada um desses grupos, mas não deixa claro qual a melhor postura, seja do ponto de vista político ou jurídico. Em sentido semelhante ao exposto por Kmiec, vemos que o que Schlesinger já deixa claro são os conflitos internos que o ativismo judicial termina produzindo: • Juízes não eleitos *vs.* leis democraticamente aprovadas; • Decisões orientadas politicamente *vs.* decisões orientadas juridicamente; • Uso criativo do precedente *vs.* uso estrito do precedente; • Supremacia da vontade popular *vs.* direitos humanos; • Política *vs.* Direito. Todavia as dúvidas existentes quanto ao caráter positivo ou pejorativo da expressão foram reduzidas à medida que a postura "ativista" era incorporada por diversos juízes não apenas da Suprema Corte: durante a década de 1950, a jurisdição ordinária passou a desempenhar papel significativo na defesa dos direitos civis para as minorias sociais, sobretudo minorias raciais. O expressivo crescimento de programas federais, durante o período do New Deal, demandava uma atenção específica para o impacto das suas ações nos contextos concretos das realidades locais, tornando o Judiciário espaço derradeiro no processo de garantia dos direitos das minorias. Surgiram então as ações afirmativas como instrumento político de combate à desigualdade social decorrente de fatores como sexo, raça, etnia, religião ou qualquer outra forma de discriminação. No governo do presidente Lyndon Johnson, o *Civil Rights Act*, de 1964, representou o primeiro passo de um programa social que naquele ano e no ano seguinte faria entrar em vigor uma série de leis cujos dois objetivos principais eram: auxiliar pessoas de baixa renda por meio de programas de incentivo à educação e de proteção à saúde, e estimular a economia para que novas vagas fossem abertas a pessoas que historicamente se encontravam excluídas, ou marginalizadas, dentro do sistema educacional e do mercado de trabalho. Foi nesse contexto que o ativismo judicial ganhou fôlego em solo estadunidense e passou a representar a defesa em juízo de ações que politicamente não se mostravam suficientes<sup>291</sup>.

<sup>291</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão*

No Brasil, o ativismo judicial só ganhou expressão e espaço público nos debates após a entrada em vigor da Constituição de 1988, a qual, conforme já afirmado por Tassinari, ampliou as prerrogativas dos juízes e tribunais, impulsionando-os, inevitavelmente, a uma atuação mais presente na sociedade.

Vichinkeski Teixeira escreve que a crescente judicialização das relações sociais é resultado do aumento de questões políticas que passaram a ser discutidas também em juízo, consequência lógica da pressão dos diversos processos de globalização que culminaram “na complexização das relações sociais e na necessidade de se recorrer ao Judiciário para a resolução de conflitos que outrora eram resolvidos nas demais esferas da sociedade”<sup>292</sup>.

O ativismo judicial surge em um cenário de alto complexização social e consequente fragmentação das tradicionais estruturas "a-jurídicas" (como a moral, religiosa, por exemplo), de resolução das controvérsias, de modo que pode-se distinguir dois pressupostos fenomenológicos fundamentais ao ativismo judicial: reificação<sup>293</sup> e judicialização<sup>294</sup>; esta em uma perspectiva político-institucional, aquela em uma perspectiva sociológica<sup>295</sup>.

Na concepção de Tassinari, o ativismo pode ser entendido como a “configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhes são reconhecidas constitucionalmente”<sup>296</sup>. A autora consegue estabelecer algumas diferenças básicas entre judicialização da política e ativismo judicial

---

*política. Rev. direito GV* [online]. 2012, vol.8, n. 1, p. 38-39.

<sup>292</sup> Ibid., p. 40.

<sup>293</sup> “[a] reificação, segundo definição de Axel Honneth, é o “esquecimento do reconhecimento”, isto é, as diversas formas de reconhecimento, responsáveis por atribuir identidade aos indivíduos e gerar reciprocidade nas suas relações interpessoais, passaram a ser acometidas por um processo de “coisificação” que tem como causa maior - única, segundo Honneth - a “generalização, na era capitalista, das trocas de mercado”. Os referenciais identificados socioculturais (como simbologia, tradição, linguagem específica, etc.), que as sociedades costumam criar para gerar reconhecimento entre os seus membros, estão sendo cada vez mais substituídos por referenciais identificados eminentemente comerciais (dotados de uma linguagem universal: *the language of business*) e teleologicamente centrados na manutenção da própria lógica do mercado. Se reificação representa perda de reconhecimento, estamos então dentro de um contexto no qual o diálogo, a troca de ideias - não apenas troca de mercadorias ou bens negociáveis - e o derradeiro acordo se tornam práticas quase impossíveis - improváveis, no mínimo - de se realizar longe da intervenção de um terceiro imparcial”. Ibid., p. 41.

<sup>294</sup> “Quanto ao fenômeno da judicialização das relações sociais, a referida perda dos sentimentos de comunidade, reconhecimento e identidade, já se constitui em uma possível causa. Todavia a judicialização da política tem um significado bem mais específico e concreto, representando, normalmente: (1) a expansão do poder dos juízes e a consequente transferência do poder de criação normativa, característico do Legislativo, para o Judiciário; e (2) a criação de métodos e técnicas decisórias fora daquilo que habitualmente tem sido utilizado”. Idem.

<sup>295</sup> Idem.

<sup>296</sup> Ibid., p. 36.

**Primeiro, não há como negar o elo existente entre Direito e Política; segundo, a inter-relação entre Direito e Política não autoriza a existência de ativismos judiciais; terceiro, há um equívoco em considerar a judicialização da política e ativismo como se fosse o mesmo fenômeno; e quarto, a judicialização da política é um “fenômeno contingencial”, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independentemente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais<sup>297</sup>.** Negrito inexistente no original.

Ao tratar dos desdobramentos do ativismo judicial, Vichinkeski Teixeira faz uma distinção entre o que entende como ativismo judicial positivo e ativismo judicial nocivo. O primeiro é aquele que “se enquadra no padrão de racionalidade jurídica vigente no ordenamento em questão e busca, em última instância, assegurar direitos fundamentais ou garantir a supremacia da Constituição”<sup>298</sup>; o segundo pode ser considerado “toda prática ativista que fuja desse quadro ou busque, sobretudo, fazer preponderar um padrão de racionalidade eminentemente político”<sup>299/300</sup>.

<sup>297</sup> Ibid., p. 36-37.

<sup>298</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Op. cit., p. 46.

<sup>299</sup> Idem.

<sup>300</sup> Neste ponto, fundado na doutrina Kmiec, Teixeira apresenta o seguinte rol de práticas que considera nocivas, com exceção do item 4, à estabilidade interinstitucional e ao ordenamento constitucional: 1. *Invalidez ou afastar a aplicabilidade de atos oriundos de outros Poderes*. Ocorre quando a decisão judicial considera nulo ou inaplicável ato do Legislativo ou do Executivo, mesmo sendo o ato em questão constitucional. Conforme já referimos anteriormente, *judicial activism* e *judicial review* não se confundem, pois neste existe um controle de legitimidade constitucional de atos normativos ou com força de lei, enquanto naquele a decisão se baseia em argumentos políticos, como, por exemplo, o fato de uma dada lei ter sido aprovada por liberais. 2. *Afastar a aplicação de precedentes*. Em sistemas de *Common Law*, a força do precedente decorre do respeito ao princípio do *stare decisis*, o que importa dizer que um caso análogo já julgado somente não será aplicado a um caso futuro quando não ocorrer identidade entre os elementos que caracterizam ambos os casos, ou então quando for necessário uma inovação jurisprudencial, em virtude de princípios ou novas regras que demandam aplicação. O ativismo judicial pode deixar de afastar precedentes verticais, vindos de instâncias superiores ou inferiores, bem como precedentes horizontais. Este último caso se mostra mais gravoso, uma vez que um entendimento consolidado pela própria Corte está deixando de ser aplicado a um caso que demandaria a sua aplicação. E o que ocorreu no recente *Citizens United v. Federal Election Commission*, julgado em janeiro de 2010, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, onde “Os cinco juízes conservadores, por sua própria iniciativa, sem qualquer pedido das partes no processo, declararam que as corporações e os sindicatos têm o direito constitucional de gastar tanto quanto desejarem em comerciais de televisão especificamente eleitoral ou visando a apoiar determinados candidatos”. Ainda que tenha chamado mais a atenção por diversos outros motivos, a racionalidade empregada na decisão foi notadamente política: objetivou permitir que setores da política estadunidense pudessem explorar, ilimitadamente, a mídia televisiva durante as eleições de 2010. 3. *Atuar como legislador*. Mesmo tendo a legitimidade para atuar apenas como “legislador negativo”, isto é, para remover do ordenamento jurídico normas inconstitucionais, outra prática nociva é a de proferir decisões que se constituem em verdadeiras criações legislativas, pois vão além das competências jurisdicionais, costumam ser *extra petita*, geram instabilidade institucional e culminam na produção de insegurança jurídica. Trata-se de algo por completo diverso de uma inovação jurisprudencial: o fundamento decisório está na própria decisão ou em uma interpretação torpe de legislação não aplicável ao caso, como, por exemplo, mediante analogia entre casos que não possuem a mínima identidade entre si. 4. *Utilização de técnicas hermenêuticas reconhecidas pela doutrina*. Trata-se de uma situação intermediária entre o uso nocivo do ativismo judicial e o uso positivo. A diversidade de técnicas interpretativas e decisórias atribui ao julgador uma ampla gama de possibilidades para produzir a decisão.

Em que pese toda discussão temática acerca da judicialização da política e do ativismo judicial, “a contemporaneidade é marcada por uma intensa atividade jurisdicional”<sup>301</sup>, o que constitui, de certa forma, um problema a ser superado, haja vista, conforme será demonstrado na próxima seção, um estado constante de crise.

## 2.2. As crises gerais do Poder Judiciário

Por mais que se tenha debatido sobre a crise do Judiciário, seu estudo não é tarefa fácil, até porque desperta o interesse de vários seguimentos sociais, dos Poderes Executivo e Legislativo, bem como dos próprios membros do Judiciário; a ausência de uniformidade e consenso quanto às causas, consequências e soluções adequadas aumenta ainda mais essa dificuldade.

Várias teses são levantadas sobre o assunto. Há aqueles que afirmam que a crise do Judiciário decorre da crise do Estado e da sociedade; uns vão dizer que a crise reside no âmbito da má administração e gestão do Judiciário, incluindo a ausência de modernização e o despreparo dos juízes para resolver conflitos numa sociedade cada vez mais complexa; outros vão afirmar que a crise se situa fortemente no âmbito das leis processuais inadequadas; uma parcela preconiza que o problema está na legitimidade do Poder Judiciário<sup>302</sup>.

Sadek escreve que as críticas ao desempenho das instituições incumbidas da distribuição da justiça, não é de hoje, ou seja, acompanham a instalação e o desenvolvimento dessas organizações no país<sup>303</sup>. Há muito se questiona a efetividade do Judiciário, entretanto, nos últimos tempos, “tornou-se dominante a idéia de que essas instituições, além de incapazes

---

Todavia o fato de estar prevista na doutrina não significa que já esteja sendo jurisprudencialmente empregada, o que pode dar ensejo a uma prática ativista nociva, quando não estiver vinculada à efetividade de direitos fundamentais ou supremacia da Constituição. 5. *Julgamentos predeterminados a fins específicos*. Essa é a modalidade mais nociva de ativismo judicial: atender a um fim específico, mesmo que para tanto seja necessário uma decisão *contra legem* ou *extra petita*. Não podemos confundir essa situação com as naturais orientações morais, ideológicas e políticas que cada um de nós possui e permitir que influenciem o modo como interpretamos os fatos, o mesmo valendo para como os magistrados julgam, obviamente. Porém *ser influenciado* por orientações pessoais de natureza diversa *não significa estar orientado* a determinado fim: a predeterminação remete ao decisionismo político, algo que merece maiores considerações. Idem.

<sup>301</sup> TASSINARI, Clarissa. Op. cit., p. 37.

<sup>302</sup> Ibid., p. 62.

<sup>303</sup> SADEK, Maria Tereza. Op. cit.,

de responder à crescente demanda por justiça, tornaram-se anacrônicas e, pior ainda, refratárias a qualquer modificação<sup>304</sup>.

A crise da justiça brasileira passou a ser percebida como um problema por diversos setores da população, da classe política e dos operadores do Direito, inclusive integrando a agenda de reformas. Sadek salienta que o grau de tolerância do jurisdicionado tem diminuído consideravelmente em relação a baixa eficiência do sistema judicial, o que, conseqüentemente, aumenta o desprestígio do Judiciário<sup>305</sup>. Na concepção da autora, a crise deve ser observada sob três aspectos distintos: i) o da relação com os outros Poderes; ii) o da inadequação de sua estrutura; e o iii) relativo às características dos procedimentos judiciais<sup>306</sup>.

Um estudo levantado pelo Banco Mundial, publicado em 30/12/2004, através do Relatório nº 32789-BR, aponta que a crise da Justiça brasileira possui inúmeras facetas, portanto não seria útil falar em uma crise e sim em múltiplas crises<sup>307/308</sup>. A pesquisa conclui que há cinco espécies de crise, a saber: a) o excessivo ajuizamento de processos judiciais de natureza administrativa, decorrentes do mau serviço prestado por órgãos do governo (os réus) e da suspeita de que tais órgãos retardem pagamentos devidos a setores privados; b) as execuções fiscais (tendo como autor o governo) nos juízos tanto federais quanto estaduais, em que o problema corresponde tanto ao crescimento da demanda quanto ao trabalho acumulado e atrasado, indicando que esses processos não estão sendo resolvidos; c) problema relacionado com a cobrança de dívidas de particulares que parece também ligado ao processo de gravação; d) o aparente custo-ineficiência dos juízos trabalhista; e) o crescente congestionamento dos tribunais estaduais de pequenas causas e as pressões que exercem sobre os orçamentos dos judiciários estaduais<sup>309</sup>.

O estudo ainda arrola algumas causas e definições de crise, como: i) altos custos de manutenção do judiciário e de outras organizações do setor; ii) longos atrasos na resolução dos processos apresentados aos tribunais; iii) frequentes falhas em encontrar soluções satisfatórias; iv) acesso restrito, principalmente para os cidadãos mais pobres; v) suspeita do

---

<sup>304</sup> Idem.

<sup>305</sup> Idem.

<sup>306</sup> Idem.

<sup>307</sup> BANCO MUNDIAL. *Fazendo com que a Justiça conte. Medindo e Aprimorando o Desempenho da Justiça no Brasil*. Relatório nº 32.789-BR do Banco Mundial Unidade de Redução de Pobreza e Gestão Econômica. 30.12.2004. Disponível em: < <http://www.worldbank.org/>>. Acesso em 05/12/2012. p. 13.

<sup>308</sup> As ponderações do Banco Mundial devem ser vistas com reserva (com cautela), posto que, além de partir de um viés econômico, tem por finalidade engessar o Judiciário e padronizar seu atendimento no sentido de viabilizar a abertura do mercado internacional com “menores” riscos.

<sup>309</sup> Ibid., p. 13-14.

impacto da corrupção; vi) atitudes tendenciosas ou outros fatores irregulares dando forma ao desempenho do sistema; vii) relações conflitantes entre os órgãos do setor e entre eles e outros ramos do governo; viii) “nível de independência institucional dentro do setor, que ameaça obscurecer qualquer tipo de responsabilidade para com os cidadãos que o sistema deve servir”<sup>310</sup>.

Fazendo um estudo acerca do “sistema de Justiça” brasileiro, sobretudo das instituições que o compõe (Judiciário e Ministério Público), José Eduardo Faria assevera que a crise do “sistema de Justiça” se traduz pela ineficiência dessas duas instituições, principalmente no desempenhado de suas três funções básicas: a instrumental, a política e a simbólica<sup>311</sup>. Na primeira função, segundo o autor, “o Judiciário e o Ministério Público são o principal *loci* de resolução dos conflitos”<sup>312</sup>. Na segunda, “exercem um papel decisivo como mecanismo de controle social, fazendo cumprir direitos e obrigações contratuais, reforçando as estruturas vigentes de poder e assegurando a integração da sociedade”<sup>313</sup>. Já na terceira, disseminam um sentido de equidade e justiça na vida social, socializam as expectativas dos atores na interpretação da ordem jurídica e calibram os padrões vigentes de legitimidade na vida política”<sup>314</sup>.

Traçando um estudo sobre a reforma do Poder Judiciário, Ponciano aponta o que entende ser as principais causas da crise do Judiciário, a saber: i) condicionantes externas; ii) imagem negativa da instituição; iii) nepotismo; iv) morosidade; v) ausência de modernização da Justiça; vi) carência quantitativa e qualitativa de recursos humanos (juízes e servidores); vii) deficiência de infra-estrutura; viii) autonomia insuficiente; ix) inadequação de rotinas e procedimentos; x) utilização de recursos e incidentes processuais protelatórios que poderiam ser abolidos; xi) ausência de transparência; ausência de democratização do Judiciário; xii) judicialização da política<sup>315</sup>.

Com efeito, todas essas causas revelam que a propalada crise do Poder Judiciário é um fenômeno mais abrangente, que comporta inúmeras crises, as quais podem ser assim classificadas: i) crise do Estado e da sociedade; ii) crise institucional; iii) crise de

---

<sup>310</sup> Ibid., p. 26.

<sup>311</sup> FÁRIA, José Eduardo. *O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios*. *Estud. av.* [online]. 2004, vol.18, n.51, p. 104.

<sup>312</sup> Idem.

<sup>313</sup> Idem.

<sup>314</sup> Idem.

<sup>315</sup> PONCIANO, Vera Lúcia Feil. *Op. cit.*, p. 64-65.

administração e gestão; iv) crise da legislação processual; v) crise de função e de legitimidade<sup>316</sup>.

### 2.2.1. Crise do Estado e da Sociedade

É possível dizer que a crise do Estado e da sociedade “abrange as causas relacionadas às condicionantes externas, isto é, fatores de ordem política, cultural e socioeconômica, que interferem negativamente no desempenho da atividade judicante, por exemplo, explosão de litigiosidade; cultura da litigiosidade; excesso de “pacotes” tributários e econômicos que violam a Constituição; e omissão legislativa”<sup>317/318</sup>.

Segundo Ludmila Ferreira Teixeira, “a consolidação do Estado-Providência representou “a expansão dos direitos sociais e, através deles, a integração das classes trabalhadoras nos circuitos do consumo anteriormente fora do seu alcance”<sup>319</sup>. Com isso, houve um aumento da litigiosidade, o que Santos vai chamar de “explosão de litigiosidade”<sup>320</sup>.

No Brasil, após a Constituição Federal de 1988, denominada de Constituição Cidadã, “os direitos sociais da redemocratização se converteram em demandas, e também em despesas públicas insuprimíveis de acordo com a disponibilidade orçamentária, sob o risco da credibilidade do sistema político”<sup>321</sup>. Ranieri salienta que os serviços se “expandir[am] numa velocidade acima do suportável pela estrutura econômica”<sup>322</sup>, instalando a crise fiscal da década de 1980, seguida da crise da governabilidade e, conseqüentemente, da crise da justiça<sup>323</sup>.

---

<sup>316</sup> Ibid., p. 65.

<sup>317</sup> Idem.

<sup>318</sup> O tema da litigiosidade (explosão da litigiosidade e cultura da litigiosidade), um dos principais pontos desta dissertação foi abordado no primeiro capítulo e será lembrado, quando for tratada a questão da morosidade da justiça cível no Brasil.

<sup>319</sup> TEIXEIRA, Ludmila Ferreira. Op. cit., 121.

<sup>320</sup> SANTOS. Boaventura Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10ª ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 166.

<sup>321</sup> TEIXEIRA, Ludmila Ferreira. Op. cit. 122.

<sup>322</sup> RANIERI, Nina Beatriz. Cit. p. 154.

<sup>323</sup> Idem.

### 2.2.2. Crise Institucional

Fala-se em crise institucional aquela que abrange os problemas institucionais do Poder Judiciário, sobretudo no que diz respeito a sua relação com a sociedade e demais Poderes, como a ausência de transparência, práticas institucionais não republicanas, como o nepotismo e a existência de muitos cargos comissionados; procedimentos pouco democráticos; priorização de interesses individuais em detrimento da sua função pública, e imagem negativa diante da opinião pública<sup>324</sup>.

### 2.2.3. Crise de administração e gestão

A crise de administração e gestão “envolve as causas relacionadas ao mau gerenciamento do processo, do procedimento e das rotinas de trabalho; a má gestão dos recursos humanos e dos recursos tecnológicos”<sup>325</sup>. Como causas dessa espécie de crise tem-se a ausência de modernização; morosidade; carência quantitativa e qualitativa de juízes e servidores; e deficiência de infraestrutura<sup>326</sup>.

Dentre essas causas, a morosidade é uma das vilãs do jurisdicionado e – por que não? – do direito de acesso à justiça. Santos salienta que a morosidade tem uma longa e famosa história, resultado do aumento “exponencial da litigação” ante a juridificação econômica, política e do bem-estar social<sup>327</sup>. O autor aponta que os países atingidos por esse fenômeno ensaiaram diversas respostas, dentre as quais destaca: a) informalização da justiça; b) reapetrechamento dos tribunais com recursos humanos e infraestruturas; c) automatização; d) novas tecnologias de comunicação e informação; e) criação de tribunais especiais para a pequena litigação de massa; f) reformas processuais<sup>328</sup>.

Qualquer semelhança não é mera coincidência. Em uma simples leitura do Judiciário brasileiro, é possível identificar no mínimo cinco das tentativas mencionada no parágrafo

---

<sup>324</sup> PONCIANO, op. cit., p. 65.

<sup>325</sup> Idem.

<sup>326</sup> Idem.

<sup>327</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 25-26.

<sup>328</sup> Ibid., p. 26.

anterior, entretanto, por ora, não surtiu o efeito esperado. Santos identifica dois tipos de morosidade: a morosidade sistêmica (decorre da sobrecarga de trabalho, do excesso de burocracia, positivismo e legalismo)<sup>329</sup>; morosidade ativa (decorre do próprio desinteresse das partes no resultado final da lide, como exemplo, a questão dos mortos da Guerrilha do Araguaia, no Brasil, cujo processo tramita há mais de 25 anos)<sup>330</sup>. O problema da morosidade ainda será abordado nas próximas seções, quando forem apresentadas as últimas pesquisas do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

#### 2.2.4. Crise de função e legitimidade

Fala-se na crise da legislação processual, posto que as leis processuais são consideradas inadequadas, seja em relação ao processo, seja em relação ao procedimento, o que afeta “o desempenho do Judiciário no aspecto quantitativo (tempo do processo) e qualitativo (eficácia das decisões), tendo em vista o formalismo, o excesso de procedimentos e recursos etc”<sup>331</sup>. Sadek salienta que a ineficiência da legislação processual é apontada pelos operadores do direito como geradora da crise do Judiciário. Nesse ponto escreve que

[P]roblemas decorrentes da legislação têm sido repetidas vezes apontados como sérios obstáculos ao bom funcionamento da justiça. Operadores do sistema de justiça responsabilizam fortemente a legislação pela situação de crise - esta é a visão de 67,5% dos magistrados, 78% dos integrantes do Ministério Público dos estados e 73% dos procuradores da república. Parece existir um relativo acordo quanto ao fato de que grande parte da legislação brasileira vigente é desatualizada, tendo sido elaborada para uma sociedade que pouco se parece com a de nossos dias, obrigando juízes a aplicar normas em muitos casos ultrapassadas. Advoga-se que o país deveria acompanhar uma tendência mundial no sentido de um enxugamento da legislação, de uma redução da intermediação judicial, da livre negociação e da auto-resolução dos conflitos<sup>332</sup>.

A crise de função está relacionada com o papel e as funções desempenhadas atualmente pelo Poder Judiciário na sociedade brasileira. Segundo Ponciano, citando a doutrina de Sadek e Arantes, a crise de legitimidade está relacionada à ausência de

---

<sup>329</sup> Ibid., p. 27.

<sup>330</sup> Ibid., p. 30.

<sup>331</sup> PONCIANO, Vera Lúcia Feil. Op. cit., 87.

<sup>332</sup> SADEK, Maria Teresa. *Poder Judiciário: Perspectivas de Reforma*. Opinião Pública, Campinas, Vol. X, nº 1, maio, 2004. p. 31.

democratização no processo de escolha dos membros do Poder Judiciário, e decorre das seguintes causas: i) ineficiência do Judiciário no tratamento dos conflitos, em particular a sua atuação lenta; ii) a politização desta atuação quando de sua relação com os outros Poderes (judicialização da política e ativismo judicial) e quando da defesa dos direitos humanos; iii) uma intromissão disfuncional na atividade econômica do país, prejudicial à certeza e segurança dos investimentos; iv) formalismo e conservadorismo na aplicação da legislação e em particular no que tange à Constituição<sup>333</sup>.

Destaca-se, neste momento da pesquisa, a problemática da legitimidade das decisões judiciais, tema estreitamente ligado à temática da judicialização da política e do ativismo judicial, abordada no início deste capítulo. O porquê da discussão da legitimidade das decisões?

Rosa ressalta a importância da via democrática na tomada de decisões. O autor escreve que

[P]arece claro que as decisões políticas, decisões referentes ao momento de transformar certas realidades sociais, em que medida e com que conteúdo, são decisões que não podem ser adotadas senão pela via democrática. A estruturação da sociedade, desde um ponto de vista normativo, deve sempre, em princípio, partir do natural fórum onde a pluralidade de opiniões é ouvida e debatida, qual seja, o Congresso Nacional (...). O Judiciário não tem, fundamentadamente, a legitimidade democrática exigida como necessária para a tomada de decisões desta natureza, exceto nos casos de Mandado de Injunção (...)<sup>334</sup>.

No mesmo sentido segue a doutrina de Fernandes e Pedron, quando aduzem que

[A] mal falada “crise do judiciário”, em sua leitura feita pelos instrumentalistas do processo e constitucionalistas, deixa transparecer na realidade outro problema: uma crise de legitimidade das decisões proferidas pelo Judiciário brasileiro, quer por submisso aos interesses funcionais do Mercado ou do Poder Administrativo, quer por ainda apegado a uma leitura paradigmática de Estado incompatível (a nosso ver) com a atual. Na realidade, estamos no meio do turbilhão, apontando uma ruptura que é iminente; enquanto isso, nossos juristas viram as costas ou se limitam a apresentar propostas paliativas – como súmulas vinculantes, repercussões gerais/transcendências e demais efeitos vinculantes – procurando por meio de força e uma pseudo autoridade (já que carente de legitimação) fixar e (re)afirmar uma “segurança jurídica” equivocada<sup>335</sup>.

---

<sup>333</sup> PONCIANO, Vera Lúcia Feil. Op. cit., 67.

<sup>334</sup> ROSA, André Vicente Pires. A Reforma do Poder Judiciário. *Poder Judiciário, garantia e construção da cidadania*. Curitiba: Juruá. 2000. p. 37-38.

<sup>335</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. Op. cit., p. 277.

Theodoro Júnior, Nunes e Bahia defendem uma comparticipação das partes no processo e rechaçam qualquer forma de protagonismo judicial, como forma de dar legitimidade às decisões. Escrevem que

[S]omente o discurso garantido pela autonomia pública dos cidadãos em um espaço processual dialógico estruturado pelas garantias (princípios) constitucionais permite a cooperação e a formação adequada dos provimentos. Assim, torna-se inaceitável o entendimento que trabalha com uma separação de papéis dentro da estrutura processual, que de um lado possuiria o juiz como terceiro com acesso privilegiado ao que seria o bem comum e de outro com as partes que se veriam alijadas do discurso processual, entregando seus interesses jurídicos ao critério de “bem comum” desse órgão judicial. Há de se implementar um debate processual acurado e participativo para que se colham o máximo de informações e se profiram decisões fundamentadas racionalmente, especialmente, quando em discussão a aplicação de um direito fundamental<sup>336</sup>.

### 2.3. O CNJ e as últimas pesquisas sobre a litigiosidade

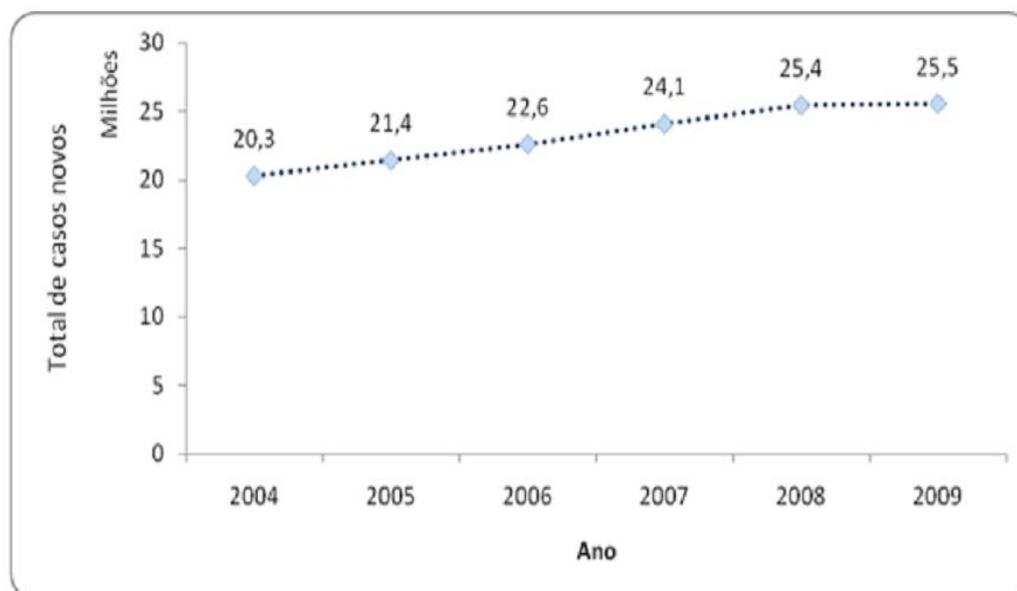
Conforme já analisado nas seções anteriores, após a Constituição Federal de 1988, observou-se um crescente aumento da litigiosidade no Brasil, seja porque aumentou o rol de direitos e garantia constitucionais, seja porque existe uma cultura demandista.

Em dados apurados pelo CNJ<sup>337</sup>, através do Sistema de Estatística do Poder Judiciário (SIESPJ), enquanto em 1990, o Judiciário recebeu 3,6 milhões de processos, já na década de 2000, esse volume rapidamente ultrapassou o número de 20 milhões de ações. Esse crescimento, observado durante o período de 2004 a 2009, é apresentado no gráfico à frente o qual mostra a modificação da litigiosidade brasileira:

---

<sup>336</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; DIERLE, Nunes; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. Revista de Processo. Revista dos Tribunais. São Paulo. Ano 35, nº 189, nov/2011. p. 18-19.

<sup>337</sup> O CNJ é um órgão voltado à reformulação de quadros e meios no Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. Foi instituído em obediência ao determinado na Constituição Federal, nos termos do art. 103-B; criado em 31 de dezembro de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005. O CNJ é um órgão do Poder Judiciário com sede em Brasília/DF e atuação em todo o território nacional, que visa, mediante ações de planejamento, à coordenação, ao controle administrativo e ao aperfeiçoamento do serviço público na prestação da Justiça; tem como missão contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade em benefício da sociedade.



**Gráfico 1 - Total de casos novos no Poder Judiciário  
(Justiça Estadual, Federal e do Trabalho)  
2004 a 2009<sup>338</sup>.**

Na sua oitava edição, publicada em outubro de 2012, o “Justiça em números”<sup>339</sup>, editado pelo CNJ, apresenta os novos números do Judiciário brasileiro, coletados pelos Tribunais durante o ano de 2011.

Nas considerações finais do Relatório, o CNJ concluiu que em 2011, em relação ao período de 2009 a 2010, houve uma ampliação do Poder Judiciário, seja na questão orçamentária, seja no número de servidores. Salienta que isso se deve, em grande parte (não somente a isso), à consideração de ramos novos (novos tribunais) que não faziam parte do “Justiça em Números” anterior<sup>340</sup>.

<sup>338</sup> Demandas repetitivas e a morosidade na Justiça cível brasileira. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq\\_sintese\\_morosidade\\_dpj.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf). Acesso em 02/10/2012. p. 18.

<sup>339</sup> Trata-se de um instrumento utilizado pelo CNJ para apresentar, por meio de pesquisas gráficas, a quantidade de processos distribuídos e encerrados, assim como o número de cargos de juízes e o número de habitantes atendidos por juiz. O CNJ objetiva-se com o “Justiça em números”, criar uma cultura de planejamento e gestão estratégica, bem como fornecer, dentre outros, bases para a construção de políticas de gestão e possibilitar a avaliação de criação de cargos e funções. CNJ. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 14/12/2012.

<sup>340</sup> CNJ. *Justiça em Números*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 14/12/2012. p. 446.

O Relatório aponta que a despesa total da Justiça alcançou o valor de 50,4 bilhões, sendo que aproximadamente 90% deste valor refere a gastos com recursos humanos<sup>341</sup>, um total de R\$ 45,2 bilhões. Quanto ao número de servidores, o Relatório revela que houve um aumento na força de trabalho, visto que o número de servidores cresceu em 4,8 mil, o que representa 1,5% em relação ao período prévio (2009-2010)<sup>342</sup>.

Se no tocante às despesas e aos totais da força de trabalho o impacto da inclusão de novos tribunais foi relevante, o mesmo não se verifica na questão da litigiosidade. O total de casos novos cresceu 8,8% em relação a 2010. Segundo o Relatório, o mesmo cálculo feito apenas para os casos novos dos tribunais que participaram do relatório em 2010 revela um incremento de 7,3 % no total de processos<sup>343</sup>.

Houve um crescimento do total de casos baixados (6,1 %), do total de sentenças (1,4 %) e do volume de processos em tramitação (4,6 %), formado pelo somatório dos casos novos e pendentes, que, em termos absolutos, chegou a quase 90 milhões em 2011. O CNJ, pela primeira vez, consegue reunir todos os dados da Justiça brasileira, possibilitando o conhecimento do total da movimentação processual de toda Justiça. Com isso, é possível observar que tramitaram, ao longo de 2011, quase 90 milhões de processos, sendo que, desse quantitativo, 71% (63 milhões) já estavam pendentes desde o início do ano e os 26 milhões restantes ingressaram durante o ano. Um total de aproximadamente 26 milhões de processos foram baixados, quase o mesmo quantitativo ingressado; foram proferidas 23,7 milhões de sentenças e decisões<sup>344</sup>.

O Relatório aponta que o total de processos baixados em 2011 apresentou aumento de 7,4 % em relação aos períodos anteriores, entretanto isso não foi suficiente para reduzir o estoque de processos, isso porque a quantidade de processo vem crescendo anualmente. Somente em 2011, houve um aumento de 8,8% no número de novos casos.

Estes foram os números totais do Judiciário, envolvendo a Justiça Estadual, Federal, do Trabalho, o STJ e o STF. Considerando que o percentual maior da litigiosidade concentra-se na Justiça Estadual, faz-se necessário trazer os dados apresentados pelo Relatório acerca da Justiça Estadual.

---

<sup>341</sup> Registra-se que as despesas com RH consideram todos os servidores ativos, inativos, instituidores de pensão, servidores que não integram o quadro efetivo, além de incluir a remuneração e todos os demais encargos tais como: ajuda de custo, diárias, passagens, auxílios, entre outros. Idem.

<sup>342</sup> Idem.

<sup>343</sup> Ibid., p. 448.

<sup>344</sup> Idem.

O Relatório revela que a despesa total da Justiça Estadual foi de R\$ 26,4 bilhões, o que representa, aproximadamente, 0,64% do Produto Interno Bruto – PIB - e a 4,9% das despesas dos governos dos estados. Em relação ao período entre 2009 e 2011, houve aumento de 2,6 bilhões, sendo 953 milhões (3,7%) de 2010 para 2011 e 1,7 bilhão (7%), de 2009 para 2010<sup>345</sup>. Salienta-se que os quatro maiores TJs brasileiros – São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul – são responsáveis por 50% das despesas totais e por 60% dos processos ingressados anualmente<sup>346</sup>.

Concluiu o Relatório que a rubrica de despesas com recursos humanos tem sido a principal fonte dos gastos da Justiça. Em 2011, chegou a alcançar a importância de R\$ 23 bilhões. Em termos percentuais, os gastos com recursos humanos cresceram de forma mais acentuada do que os gastos da Justiça, apontando para aumento de 11% no último ano e sendo o responsável por quase 88% de toda despesa. Bens e serviços são responsáveis por 11,9% dos gastos, tendo havido leve decréscimo, de 5,4%, em 2011. Os gastos com informática representam apenas 3,4% das despesas, cujo valor é inferior a 1 bilhão<sup>347</sup>.

Quanto à força de trabalho, o ano de 2011 terminou com 11.835 magistrados, 170 mil servidores (efetivos, requisitados e comissionados sem vínculo), além de 70 mil terceirizados, estagiários, juízes leigos e conciliadores. Outro dado importante, revela que, aproximadamente 84% dos servidores atuam na área judiciária, sendo que essa representatividade tem crescido na faixa de um ponto percentual a cada ano, desde 2009. Há, ainda, a média de 6,2 magistrados e de 125 servidores por 100 mil habitantes.

O CNJ concluiu que em 2011, o brasileiro buscou mais o Poder Judiciário do que nos anos anteriores. Enquanto o total de processos ingressados cresceu 7%, a população brasileira cresceu menos de 1% no último ano. Com efeito, o número de casos novos por 100 mil habitantes passou de 8.775 em 2009 para 9.081 em 2011. Outro aspecto interessante com relação a esse indicador é sua regionalização, já que os estados localizados nas áreas norte e nordeste do País tendem a apresentar menor índice de litigiosidade do que aqueles localizados nas regiões sul e sudeste<sup>348</sup>.

Em 2011, tramitaram na Justiça Estadual cerca de 70 milhões de processos, 2,2% a mais que no ano anterior. Desse total, 73% (51,7 milhões) já se encontravam pendentes desde o término do ano anterior, o que demonstra que a maior dificuldade do Poder Judiciário nos

---

<sup>345</sup> Ibid., p. 140.

<sup>346</sup> Idem.

<sup>347</sup> Idem.

<sup>348</sup> Idem.

estados está na liquidação de seu estoque, pois, de forma geral, a Justiça Estadual tem sido capaz de baixar os processos em quantitativo equivalente ao total ingressado. O Relatório revela ainda que a grande parte da dificuldade de se proceder à baixa dos processos está na execução (fiscal, judicial (penal e não penal), posto que dos 70 milhões de processos em tramitação, 32 milhões (46%) estão na fase de execução. Revela, ainda, que a produtividade dos magistrados também caiu. Segundo os dados, a média de sentenças que era de 1.509 em 2009, caiu para 1.409 em 2010 e para 1.392 em 2011. Salienta-se que essa redução foi consequência do aumento em 276 magistrados juntamente com a redução de quase um milhão de sentenças durante os dois últimos anos<sup>349</sup>.

É inconteste o aumento da litigiosidade no Brasil, pensando nisso, o CNJ, em 16/11/2009, lançou um Edital de Seleção nº. 01/09, com o objetivo de conjugar esforços com outras instituições para a realização de pesquisas de interesse comum sobre questões relevantes, visando contribuir efetivamente na formulação de políticas judiciárias. Um dos eixos temáticos abordava as “demandas repetitivas e a morosidade da justiça cível brasileira”<sup>350</sup>, conforme será abordado na próxima seção.

### 2.3.1. A morosidade segundo o CNJ: reflexões e propostas

Na ocasião, três instituições foram selecionadas, a Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP), a Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) e Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Embora a pesquisa tivesse como pressuposto o mesmo tema, cada instituição apresentou abordagens e escopos diferentes, mas que se complementam. Todo o trabalho de investigação fora realizado ao longo de 2010, sendo acompanhado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) do Conselho Nacional de Justiça<sup>351</sup>.

Não obstante a importância do tema pesquisado, analisar-se-á apenas os estudos realizados pela FGV e pela PUC-RS, posto que suas conclusões possuem estreita correlação com o que já fora abordado e o que ainda será abordado ao longo desta dissertação.

---

<sup>349</sup> Ibid., p. 141.

<sup>350</sup> CNJ. *Demandas repetitivas e a morosidade na Justiça cível brasileira*. Op. cit., p. 4.

<sup>351</sup> Idem.

A pesquisa da FGV apontou um diagnóstico sobre as causas externas e internas que impactam o aumento da litigiosidade no Brasil. O estudo identificou as demandas judiciais repetitivas mais comuns e optou pelos assuntos envolvendo Direito Previdenciário (desaposentação) e Direito do Consumidor (contratos bancários) como objeto de investigação<sup>352</sup>.

O estudo conclui que, além do próprio cidadão, que hoje está mais consciente de seus direitos, existem no Brasil vários canais de incentivo à judicialização dos conflitos, tais como: i) o próprio setor público, ii) a advocacia e iii) a mídia.

O setor público, ao criar ou violar direitos já existentes, contribui frequentemente para a geração de “zonas cinzentas” de regulamentação, que favorecem o surgimento de demandas judiciais. Na advocacia, novas teses jurídicas e a busca de novos nichos de atuação favorecem a fomentação e reprodução da litigiosidade. Já a mídia, ao conscientizar o cidadão de seus direitos e sobre a forma como devem buscar a sua concretização, acaba por abordar questões jurídicas de forma equivocada, incentivando o ingresso em juízo de pretensões descabidas ou que atravancam o funcionamento da máquina judiciária<sup>353</sup>.

A pesquisa atenta, ainda, para o contexto socioeconômico dos últimos anos, em que a classe média (classe C) passou de 62 milhões de consumidores para 92 milhões (entre 2005 e 2010). As conclusões gerais apontam o crescente aumento de litigiosidade relacionado à regulação administrativa e legislativa, a qual cria ou restringe o exercício de direitos (zonas cinzentas regulatórias).

Do ponto de vista interno, as causas estariam relacionadas aos impactos da judicialização dos conflitos, vinculados ao gerenciamento do volume de processos, à falta de uniformização das decisões, à gestão de recursos humanos, à organização judiciária e à conduta das partes. Nesse sentido, as soluções e filtros poderiam atuar e repercutir em diferentes momentos do trajeto do litígio (fases pré-processual, processual e gerencial) a fim de resolver o problema da morosidade e das causas repetitivas.

O relatório do CNJ traz as principais conclusões da pesquisa realizada pela FGV:

- No que concerne à identificação dos fenômenos e processos que acontecem fora do sistema judicial para avaliação das causas da morosidade, deve-se ampliar a perspectiva de análise observando-se **o cenário externo ao judiciário e não apenas o que ocorre dentro dele;**

---

<sup>352</sup> Ibid., p. 5.

<sup>353</sup> Idem.

- As causas do aumento de litigiosidade e morosidade estão relacionadas à regulação administrativa e legislativa, que criam ou que restringem o exercício de direitos (zonas cinzentas regulatórias). Do ponto de vista interno, as causas estão principalmente relacionadas aos impactos da judicialização dos conflitos, **ao gerenciamento do volume de processos, à falta de uniformização das decisões, à gestão de recursos humanos, à organização judiciária e à conduta das partes.**
- Deve-se observar a dinâmica do trajeto das causas, pois seu tempo é variável e envolve diferentes atores, de acordo com o perfil dos casos e interesses envolvidos. As soluções e filtros podem atuar e repercutir em diferentes momentos do trajeto (pré-processual, processual e gerencial). A eficácia dos filtros e das soluções depende do mapeamento das causas externas e internas da litigiosidade no Judiciário, dos atores envolvidos e da trajetória do conflito<sup>354</sup>.  
Negrito nosso

Os pesquisadores da PUC-RS, ancorados em uma perspectiva multidisciplinar, abordaram o problema do crescimento das demandas cíveis em nosso país a partir de dois planos distintos de análise: i) da oferta da prestação jurisdicional e, por outro lado, ii) da demanda por esses serviços. Segundo aponta o relatório, optou-se por essa divisão por propiciar uma abordagem mais completa para o entendimento do problema, na medida em que a demanda pela jurisdição é pouco pesquisada em nosso país, sendo muito mais frequentes os trabalhos que tratam da organização do Poder Judiciário (e não do jurisdicionado)<sup>355</sup>.

No tocante à oferta da jurisdição, o trabalho teve 02 (dois) enfoques especiais: (i) o primeiro, de uma comparação entre a eficiência relativa dos tribunais, a partir da aplicação do método DEA (*Data Envelopment Analysis*) aos dados disponíveis pelo CNJ e, (ii) o segundo, uma análise gerencial dos cartórios judiciais, com a finalidade de tentar apontar possíveis melhorias de gestão na prestação de serviços jurisdicionais. No que se refere à demanda, a pesquisa consistiu na técnica de entrevistar os diversos atores que interagem no mundo jurídico, partindo-se da premissa básica de que devem ser mais bem estudadas as motivações que levam as pessoas, físicas e jurídicas, a acionar o Poder Judiciário<sup>356</sup>.

Sobre a eficiência relativa dos Tribunais Estaduais, os pesquisadores concluíram que “a partir de correlações entre indicadores judiciais, é possível afirmar, de forma sintética, que uma alta demanda judicial se traduz em maior carga de trabalho, a qual por sua vez induz a

---

<sup>354</sup> Ibid., p. 8.

<sup>355</sup> Ibid., p. 12-13.

<sup>356</sup> Ibid., p. 13.

uma maior produtividade”<sup>357</sup>. Partindo dessa premissa, asseveram que “este aumento de produtividade, por sua vez, pode acabar impactando negativamente a qualidade do produto”<sup>358</sup>.

Na análise da gestão de processos administrativos, os pesquisadores concluíram que o processo, enquanto conjunto de atividades, não apresentou maiores problemas, entretanto a celeuma está na questão de pessoal, organização do trabalho, infraestrutura e na motivação das equipes<sup>359</sup>.

Sobre a perspectiva da demanda, foram entrevistados juízes e desembargadores (como agentes internos), advogados, pessoas jurídicas e pessoas físicas (como agentes externos). Buscou-se analisar a motivação para litigar, para recorrer e para estabelecer acordos.

Quanto à motivação para litigar, constatou-se que os usuários do Judiciário são agentes racionais que têm variadas motivações para litigar, como i) ausência ou baixo nível dos custos, incluindo aqui também o baixo risco; ii) a busca de um ganho; iii) busca do Judiciário como meio, por exemplo, para postergar responsabilidades (uso instrumental); e a iv) percepção de ter sido lesado moral, financeira ou fisicamente. Os pesquisadores concluíram que dentre todas essas motivações, sobressaem-se em muito, na percepção dos diversos grupos de entrevistados, a conjugação de baixos custos com baixa exposição a riscos<sup>360</sup>.

No que se refere à motivação para recorrer, averigou-se que, além da morosidade da Justiça, existe um grande número de recursos, o que contribuiria para o uso abusivo daqueles que, ao invés de embasarem seu recurso na firme convicção de uma tese ou prova, valem-se dele para litigância de má-fé, para retardar o cumprimento da sentença<sup>361</sup>.

Quanto à motivação para acordo, constatou-se que se a lesão ao direito foi muito grande, a resistência a acordo aumentaria, porquanto há uma perspectiva de satisfação na

---

<sup>357</sup> Idem.

<sup>358</sup> Idem.

<sup>359</sup> Em relação à pessoal, perceberam-se deficiências de qualificação em conceitos básicos de gestão, que geram perdas de oportunidades de otimização do tempo ou dos recursos de maneira a contribuir para a celeridade do processo. Outra questão a ser analisada diz respeito à motivação dos servidores. A atividade desempenhada carece de estímulo, tanto pela repetitividade das atividades como pelo fato de o juiz ou desembargador ser visto como a única fonte de trabalho intelectual. Com relação à infraestrutura, de maneira geral, existe falta de espaço nos locais, principalmente nos cartórios. Percebe-se também certa tensão entre a 1ª e a 2ª instâncias, em termos de infraestrutura a acesso a recursos. Há a percepção generalizada de que a 2ª instância teria acesso diferenciado a recursos materiais e humanos, enquanto que a 1ª instância não teria acesso a recursos similares. Ibid., p. 14.

<sup>360</sup> Ibid. p. 14.

<sup>361</sup> Idem.

própria condenação do opositor; constatou-se, ainda, a importância de agentes mediadores capazes de mostrar às partes envolvidas as alternativas de saída do conflito pela via de uma composição e os potenciais ganhos. E mais, apurou-se que a tendência atual, em relação a acordos, tende a estar próxima do final do processo, o que só reforça a importância de se sensibilizar os jurisdicionados para a realização de acordos no início das demandas, o que serviria para desafogar todo o sistema<sup>362</sup>.

Os pesquisadores da PUC-RS apontam algumas propostas para as demandas repetitivas. No relatório, o CNJ apresenta as que ele entende principais:

→ Propostas do lado da oferta da prestação jurisdicional: 1) **Maior padronização nas decisões porque a atual falta de padronização (i) aumenta muito o número de processos e (ii) dificulta muito o número de acordos. Exemplo: Adoção de súmulas vinculantes no STJ e um maior número de súmulas no próprio STF;** 2) Ampliação de varas especializadas; 3) Aperfeiçoamento dos sites dos tribunais: os sites poderiam conter estatísticas das decisões, de modo a sinalizar para as partes das suas chances de êxito; 4) **Criação de maiores filtros na fase inicial do processo, como por exemplo, utilização mais efetiva do art. 285-A do CPC, de modo a se criar barreiras mais rígidas às ações descabidas;** 5) Destinar mais apoio (físico e financeiro) aos Tribunais relativamente mais eficientes. Os menos eficientes só receberiam desde que se obrigassem a seguir determinadas regras/metapas fixadas pelo CNJ; 6) Aumentar a agilidade dos Tribunais quanto à definição de competência dos órgãos judiciários quando se constata que está iniciando um movimento de demandas repetitivas. Nestes casos, deveriam ser desde logo estabelecidos juízes específicos para tais casos, de modo a evitar a proliferação de decisões diferentes, que gerarão mais processos. Em casos das demandas serem procedentes, automaticamente deveria ser criado algum mecanismo de ação coletiva, com efeito vinculante a todos os demais casos.

→ Propostas do lado da demanda pela prestação jurisdicional: 1) **revisão dos parâmetros da assistência judiciária gratuita e a definição de pobreza dever ter amparo em dados estatísticos e não no entendimento relativo dos magistrados. A assistência judiciária gratuita só deve ser concedida em casos de renda familiar ao redor de 2 (dois) salários mínimos ou então se adotando o limite de remuneração para efeito de isenção do imposto de renda. Esta mudança pode ser feita por alteração legislativa (inclusão de limite específico na Lei 1.060/50) ou por meio de uma padronização definida pelo CNJ em conjunto com os demais tribunais;** 2) Estabelecimento de limites mais rígidos para a possibilidade do advogado firmar honorários apenas pelo êxito, porque este tipo de honorários estimula o ajuizamento de ações; 3) Criação de incentivos para realização de mais acordos. Por exemplo, dentre os critérios do art. 20 do CPC, quando da fixação da sucumbência, poderia ser inserida regra expressa – para majorar/minorar honorários – sobre se aquele caso poderia ou não ter sido previamente encerrado por acordo. Além disso, outro incentivo poderia ser criado: se o Autor efetuar proposta para acordo nos autos e a Ré recusar, em caso de condenação da Ré dentro dos valores da proposta, os honorários de sucumbência seriam majorados. O objetivo seria forçar a parte a analisar melhor a hipótese de encerrar o processo por acordo; 4) O valor da pena da litigância de má-fé precisa ser sensivelmente elevado (sem limitação ao valor da causa, podendo ultrapassá-la e devendo ser fixada de modo a efetivamente coibir novos comportamentos deste tipo); 5) **Como regra, os recursos passariam a não ter efeito suspensivo;** e 6) **Há que se consolidar, efetivamente, um sistema de ações coletivas que atuasse no sentido de que, uma vez tendo sido julgada determinada questão, esta decisão passasse a ser vinculante para todos os envolvidos, inclusive aqueles que ainda não ingressaram com ações no Poder Judiciário**<sup>363</sup>.

<sup>362</sup> Ibid., p. 15.

<sup>363</sup> Ibid., p. 15-17.

É curioso notar que o resultado final da pesquisa realizada pela PUC-RS, não diverge muito de tudo que foi pesquisado ao longo deste trabalho, entretanto algumas propostas apresentadas vão de encontro com a garantia constitucional de acesso à justiça, como: **a)** uma maior padronização nas decisões poderá reduzir o número de processos. Sugere inclusive a adoção de súmulas vinculantes no STJ e o aumento das já existentes no STF; **b)** aperfeiçoamento dos sites dos tribunais, indicando estatísticas das decisões a fim de sinalizar para as partes as chances de êxito; **c)** criação de maiores filtros na fase inicial do processo como, por exemplo, utilização mais efetiva do artigo 285-A do CPC, de modo a se criarem barreiras mais rígidas às ações descabidas; **d)** revisão dos parâmetros da assistência judiciária gratuita e a definição de pobreza dever ter amparo em dados estatísticos e não no entendimento relativo dos magistrados; **e)** estabelecimento de limites mais rígidos para a possibilidade do advogado firmar honorários apenas pelo êxito, porque esse tipo de honorários estimula o ajuizamento de ações; **f)** há que se consolidar, efetivamente, um sistema de ações coletivas que atuasse no sentido de que, uma vez tendo sido julgada determinada questão, esta decisão passasse a ser vinculante para todos os envolvidos, inclusive aqueles que ainda não ingressaram com ações no Poder Judiciário.

Esses mecanismos por si só são suficientes para resolver de uma vez por todas a crise do acesso à justiça e, conseqüentemente a crise do Poder Judiciário?

#### 2.4. Possíveis soluções para a crise do acesso à justiça e da crise do Poder Judiciário

Mais processo constitucional, menos formalidades e menos decisões solitárias<sup>364</sup>. Este é o clamor de parte dos processualistas mais atentos às mudanças no cenário processual no mundo e, sobretudo, no Brasil, após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Essa preocupação com o estudo do direito processual, assim como a construção de um processo sob uma perspectiva constitucional, é muito bem delineada por Nunes na obra

---

<sup>364</sup> Nunes. Dierle José Coelho; Bahia. Alexandre Gustavo Melo Franco. *Por um novo paradigma processual*. Op. cit., p. 80.

Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais. O citado autor escreve que

[d]esde a estruturação da autonomia de estudo do Direito Processual, ocorrida em meados do século XX, até pouco depois da Segunda Guerra Mundial, havia a preocupação dos estudiosos com a análise e construção do processo em perspectiva meramente conceitual (WASSERMANN, 1978, p. 45), muitas vezes, indiferente ao contexto de sua aplicação e mais ligado ao estudo da técnica processual. Nesse período, assistiu-se à transição de uma visão liberal do processo (liberalismo processual) para uma visão socializadora (socialização do processo), mas que enxergava, especialmente nos primeiros períodos, o processo como mero instrumento técnico de resolução de conflitos de interesses, como em Carnelutti, e/ou de aplicação quase mecânica do direito objetivo ao caso concreto, na visão Chiovendiana. O processo seria um mero instrumento da jurisdição. Ocorre que, posteriormente a esse período e ao fomento do constitucionalismo no século XX, alguns teóricos começaram a perceber no processo algo além de um instrumento técnico neutro, uma vez que se vislumbra neste uma estrutura democratizante de participação dos interessados em todas as esferas de poder, de modo a balizar a tomada de qualquer decisão no âmbito público (FAZZALARI, 1958, p. 861-862). Tal situação gerou o crescimento da importância do processo, que passou a garantir uma efetiva influência dos cidadãos em qualquer tomada de decisão, uma vez que vai se afastando paulatinamente a possibilidade de que uma pessoa, instituição e/ou órgão possam ter privilégio cognitivo na formação dos provimentos estatais. O processo começa a ser percebido como um instrumento fomentador do jogo democrático (FAZZALARI, 1958, p. 875), eis que todas as decisões devem provir dele, e não de algum escolhido com habilidades hercúleas. Passa, então, o processo a servir de baliza e garantia na tomada dos provimentos jurisdicionais, legislativos e administrativos, chegando, mesmo, a normatizar os provimentos privados. Porém, ao lado da percepção democrática de que o processo deve viabilizar a participação, o controle e, desse modo, uma universalização jurídica, delineiam-se no âmbito do processo jurisdicional, especialmente na segunda metade do século XX, uma predominância e uma busca por resultados práticos (processo de resultados), muitas vezes afastados de uma visão constitucional, na qual se imporia a aplicação dinâmica dos princípios processuais constitucionais. Com o avanço de alguns estudos científicos da alta modernidade, percebe-se a impossibilidade da construção de procedimentos tomando-se por base tão-somente a busca de seus resultados pragmáticos, mas ganha importância uma estruturação que aplique as normas fundamentais processuais (modelo constitucional de processo) em perspectiva dinâmica e que procure a sua adaptação plena ao contexto de adequabilidade normativa de aplicação da tutela estatal <sup>365</sup>.

O mesmo autor ainda salienta que no processo constitucional não se pode negligenciar a existência da instrumentalidade técnica do processo, aquela que, ao mesmo tempo em que garante a celeridade, permite a participação (igual, paritária e simétrica) de todos os interessados na formação da decisão, portanto democrática, o que não se confunde

---

<sup>365</sup> Nunes, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Op. cit., p. 39-41.

com a instrumentalidade defendida por parte da doutrina brasileira, aquela que acredita no protagonismo judicial como mecanismo para a aplicação do direito<sup>366</sup>.

Defender a existência de um processo constitucional, com menos formalidade e menos decisão solitária, nada mais é do que se ajustar aos ventos da modernidade. O processo constitucional deve ser visto sob uma perspectiva democrática e garantidora de direitos fundamentais, “permitindo, de um lado, uma blindagem (limite) às atividades equivocadas dos sujeitos processuais e, de outro, garantindo a participação e influência de todos os envolvidos e de seus argumentos nas decisões por ele formadas”<sup>367</sup>.

É a partir dessas premissas que a presente seção reforçará a ideia de um processo constitucional democrático, como forma de solucionar parte do problema da crise do Judiciário. Diz-se “parte” porque, conforme já salientado nas seções anteriores, a crise do Poder Judiciário não se resume apenas no modelo de processo adotado no sistema brasileiro, ao contrário, vai além das barreiras do processo, atinge questões estruturais e de gestão, entretanto, considerando o que foi proposto para a presente dissertação, tais problemáticas (crise institucional e de gestão) serão apenas apresentadas sem, contudo, se aprofundar na matéria.

Sobre o processo, pode-se afirmar que nem a concepção liberal nem a concepção social pode “mais solitariamente responder aos anseios de uma cidadania participativa, uma vez que tais modelos de concepção processual não conseguem atender ao pluralismo, não solipsista e democrático do contexto normativo atual”<sup>368</sup>. Com isso, a “criação, a reforma e a interpretação do sistema processual devem se dar a partir do modelo constitucional de processo”<sup>369</sup>.

---

<sup>366</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 171.

<sup>367</sup> Nunes. Dierle José Coelho; Bahia. Alexandre Gustavo Melo Franco. *Por um novo paradigma processual*. Op. cit., p. 80.

<sup>368</sup> Nunes, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Op. cit., p. 42.

<sup>369</sup> Nunes. Dierle José Coelho; Bahia. Alexandre Gustavo Melo Franco. *Por um novo paradigma processual*. Op. cit., p. 83. Em nota de rodapé, os autores salientam que: “Para percepção do “modelo constitucional de processo” civil brasileiro adotam-se as características gerais estruturadas por Andolina e Vignera para o direito italiano consistentes “... a) na *expansividade*, consistente na sua idoneidade (da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais singulares introduzidos pelo legislador ordinário, a qual (fisionomia) deve ser comumente compatível com as conotações de tal modelo; b) na *variabilidade*, a indicar sua atitude a assumir formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (por obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais possam acontecer segundo várias modalidades em vista da realização de finalidades particulares; c) na *perfectibilidade*, a designar sua idoneidade a ser aperfeiçoada pela legislação infra-constitucional, a qual (isto é: no respeito, comum, de qual modelo e em função da consecução de objetivos particulares) bem podem construir procedimentos jurisdicionais caracterizados por (ulteriores) garantias e institutos ignorados pelo modelo constitucional...”. (tradução livre). pp. 83-84.

Neste sentido, Nunes e Bahia escrevem

Nesses termos, qualquer interpretação do sistema em perspectiva formalística (a forma pela forma) que não busque um formalismo constitucionalmente adequado (vocacionado à defesa e manutenção dos direitos fundamentais, em perspectiva normativa) estará desgarrada do modelo constitucional e representará um retrocesso. Perceba-se que já o CPC (art. 243 e seguintes) traz normas que deixam patente que as formalidades no processo não devem ser utilizadas de forma vazia (*pas de nullité sans grief*), mas visando, acrescente-se, criar um ambiente de lisura no procedimento, de se possibilitar a discussão e a formação participativa da sentença. No entanto, em sentido contrário, qualquer interpretação que busque destruir a necessidade do processo como estrutura garantística de aplicação e viabilização do exercício de direitos fundamentais será inconstitucional, por impedir a participação e o debate processuais na formação dos provimentos, além de chancelar variadas formas de decisionismo, tão caras às diversas formas de discursos autocráticos (militares, econômicos, neoliberais etc.). Porém a discussão do modo de se implementar soluções constitucionais de implementação pragmática de um modelo processual legítimo e eficiente passaria pela real implementação de políticas públicas de democratização processual (acesso à justiça) que sejam seriamente debatidas por todos os envolvidos no sistema de aplicação de tutela, e não por discursos ideológicos (vis-à-vis os neoliberais de pseudo-socialização), como vem ocorrendo no Brasil na atualidade, que geram até mesmo treinamentos para magistrados que deveriam passar a analisar o direito em perspectiva meramente econômica, garantindo que na dúvida entre a aplicação de um direito fundamental e a manutenção de um grande interesse econômico a prioridade seria do último. Não há como se acreditar que todos os juízes possuam uma formação acadêmica multidisciplinar (jurídica, administrativa, política, econômica, filosófica e sociológica) que viabilize a aplicação do direito (e administração das tramitações procedimentais) sem o subsídio técnico do processo e dos demais participantes (partes, advogados, órgãos do MP, auxiliares do juízo), além de uma logística uniforme de administração das rotinas estruturais. A confiança nas virtudes diferenciadas dos juízes, em seu protagonismo, já deixou de ser algo defensável para se transformar em um pesadelo para esses órgãos de execução do Estado, pressionados a fornecer decisões democraticamente formadas, sem auxílio de ninguém (nem mesmo técnico do processo), em escala industrial (alta produtividade, como se pode ver agora como mandamento constitucional: arts. 5º, LXXVIII, e 93, II, c, acrescentados pela Emenda Constitucional de Reforma do Judiciário), sem infra-estrutura adequada e sofrendo críticas de todos os seguimentos da sociedade. Com o aumento da complexidade normativa que impera na atualidade, a solução do sistema não pode partir tão-somente dos juízes, mas – como asseverava Fritz Baur em 1965, em uma preleção que serviu de base para as grandes reformas do processo alemão em 1976 – de todos os implicados dentro do processo. No entanto, para além do que o mestre alemão dizia naquela oportunidade, a solução deve passar pela busca de uma política pública de democratização processual da qual participem todos os seguimentos acadêmicos e profissionais e, em relação a esses últimos, com uma quebra do debate belicoso entre as profissões jurídicas. O quadro de guerra que as profissões no Brasil mantêm é completamente dispensável, uma vez que a implementação de um modelo processual que seja legítimo e funcional passa pela adequada preparação técnica e responsável de todos os envolvidos (juízes, advogados, MP, auxiliares da justiça), e não pela atribuição de culpa recorrente (pelos problemas) ao alter (que não faz parte de sua categoria profissional). Em outras palavras, o que se quer dizer é que sem o trabalho participativo de todos os órgãos de classe e instituições (OAB, AMB, CNJ, CNMP etc.) e de todos os envolvidos, inclusive engajando-se e preparando-se tecnicamente para o exercício de seus respectivos múnus, não existirá possibilidade de alteração pragmática<sup>370</sup>.

---

<sup>370</sup> Ibid., p. 84-86.

Nunes assevera que é preciso se redimensionar a infraestrutura do Poder Judiciário e a própria mentalidade de todos os técnicos jurídicos, não bastando apenas a reforma legislativa<sup>371</sup>. Neste sentido, Nunes e Bahia apresentam algumas propostas que entendem viáveis a solucionar (ou pelo menos em parte) a crise do Judiciário, como i) *o resgate da oralidade no processo*; b) *atualização dos profissionais*; c) *padronização das rotinas administrativas e de gestão*.

No tocante à questão da *oralidade*, é importante esclarecer que, desde 1939, a legislação brasileira já a consagra como um princípio norteador do processo, utilizando-se da escrita (petição) apenas na fase preparatória, na etapa inicial do procedimento, posto que o debate processual somente dar-se-ia totalmente de forma oral<sup>372/373</sup>.

O uso dos debates orais pode proporcionar “esclarecimento recíproco sobre as razões dos pontos controversos, possibilitando a formação de acordos estruturados ou, ao menos, dando ao processo melhores elementos para a formação da decisão (evitando decisões de surpresa). Neste sentido, Nunes citando Trocker escreve que

[o] sucessivo debate oral permite um aprofundamento das discussões tanto do aspecto de fato quanto dos aspectos de direito da controvérsia. Parece assim um modo extremamente válido para afastar o perigo das “decisões surpresa” e colocar os interessados em condições de atuar eficazmente sobre o desenvolvimento e sobre o êxito do julgamento. [...]. O desprezo ao contributo crítico e construtivo das partes estimula um uso excessivo dos instrumentos de recurso, com todas as consequências negativas. [...]. Os resultados do Modelo de *Stuttgart* confirmam que o diálogo aberto e sem preconceitos facilita a obra de seleção dos elementos relevantes, agiliza a reconstrução do caso concreto e garante também uma decisão mais correta, enquanto o “prestigioso” silêncio do juiz **constrange as partes a**

<sup>371</sup> Ibid., p. 43.

<sup>372</sup> Nunes. Dierle José Coelho; Bahia. Alexandre Gustavo Melo Franco. *Por um novo paradigma processual*. Op. cit., p. 86.

<sup>373</sup> Nunes faz excelente estudo sobre a matéria: “Na fase autonomista do Direito Processual, assistiu-se a uma tendência à oralidade como técnica que pretendia obter a aceleração prática dos atos processuais, mediante o aumento da ingerência do Estado-juiz, com a adoção de sua direção durante todo o *iter* conjugada com a aplicação técnica dos princípios da imediatidade, da identidade física do juiz e da concentração. Nestes termos, no Brasil, desde o advento do Código de Processo Civil de 1939, houve um enorme preocupação, teórica e técnica, em se estruturar modelos orais de procedimento seguindo a trilha de reformas europeias iniciadas pela Reforma Klein, na ÖZPO (*Östereich Zivilprozessordnung – Ordenança processual civil austríaca*), de 1985, passando pelas reformas alemãs de sua ZPO (*Zivilprozessordnung*), em 1924 e em 1933 (TROCKER, 1974, p. 64-73), e, especialmente para nós, seguindo as bases do anteprojeto de reforma do *Codice di Procedura Civile* italiano, elaborado por Chiovenda, em 1922, que absorvia as tendências sociais da legislação austríaca (CHIOVENDA, 1949, v. II, p. 219-346). Ocorre que a implementação legislativa de um modelo oral no Brasil não teve o condão de alterar as práticas escritas dos técnicos jurídicos (“operadores”), que continuam agindo como se estivéssemos em um sistema liberal e escrito de processo. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Op. cit., p. 56.

**elegações supérfluas** e dificulta a busca da “verdade”. É apenas o caso de constatar-se que celeridade e concentração do processo e correção da pronúncia são valores estritamente conexos à própria garantia de ação e de defesa<sup>374</sup>.

Os estudos apontam que a oralidade é imprescindível para se alcançar resultados positivos no processo, entretanto, mais especificamente no Brasil, a oralidade “nunca foi levada a sério, de modo que só se apresenta na legislação. Na prática, porém, continua-se com a utilização de petições, tal qual ocorria nos procedimentos desde a Idade Média (*quod non est in actis non est in mundo*)<sup>375</sup>.

O comportamento dos operadores e aplicadores do direito no Brasil está alicerçado em três situações: a) tradição pela escrita; b) má preparação dos graduandos com a prática oral; c) ausência de conhecimento desse fenômeno (oralidade). Nunes e Bahia salientam que

[a]lém de uma tradição pela escritura, acompanhada por uma ausência de preparação dos graduandos com a prática oral, existe um desconhecimento desse fenômeno, uma vez que se naturalize o argumento *contra-legem* de que o meio de se articular argumentos em um processo seria tão-somente as petições, até mesmo pelos advogados (em média) não saberem articular argumentações técnicas de modo oral e os juízes se mostrarem pouco abertos a receber e debater as causas com as partes e os advogados<sup>376</sup>.

Destaca-se, das três situações apontadas, a má preparação dos graduandos e, conseqüentemente dos profissionais que ingressam no mercado de trabalho, seja ele aplicador ou operador do direito. É possível afirmar, pela experiência de quase 14 (quatorze) anos de advocacia e como professor de Direito, que as Faculdades não enfatizam a relevância da oralidade e tampouco ensinam técnicas voltadas para a prática da oralidade no dia a dia forense. Seria possível resolver esse problema? Defende-se que a promoção de cursos e treinamentos e/ou até mesmo a alteração da legislação, com a reestruturação legislativa vocacionada à escritura<sup>377</sup>.

O resgate da oralidade aparece como uma solução viável para a crise do Poder Judiciário, justamente porque não é “possível trabalhar com procedimentos que optem pela oralidade tecnicamente e funcionem de modo escrito, em face dos déficits de eficiência e

<sup>374</sup> TROCKER, Nicolo. *Processo civile e costituzione. Problemi de diritto di tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974. p. (“p” minúsculo) 665-667, *passim apud* NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Op. cit., p. 122-123.

<sup>375</sup> NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Por um novo paradigma processual*. Op. cit., p. 87.

<sup>376</sup> Idem.

<sup>377</sup> Idem.

legitimidade gerados (face o descompasso entre norma e práxis), como fomento de um formalismo exacerbado e uma ausência de debate (no processo)<sup>378</sup>.

No tocante à *atualização dos profissionais*, deve-se advertir que não é uma formação excepcional de quem quer que seja, sobretudo daquele que vai decidir, que certificará a correção de uma sentença. O Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia e Universidade de Coimbra, sob a coordenação de Boaventura Souza Santos, publicou, em setembro de 2009, um estudo no qual se discute o recrutamento e a formação do magistrado do século XXI.

Segundo o estudo, a despolitização da regulação social, assim como o aumento das desigualdades sociais, a emergência de novos públicos, a globalização das sociedades, o crescente confronto entre o político e o poder judicial, bem como a forte mediatização da justiça, a maior organização individual e coletiva e o maior ativismo dos cidadãos, “são realidades que vieram criar um novo contexto social da ação dos tribunais e estão a provocar mudanças quantitativas e qualitativas, na procura sócio-jurídica pressionando o sistema judiciário a aceitar novos desafios e novas funções”<sup>379</sup>.

Os tribunais acostumados à resolução do micro litigação (conflitos individuais) passam a assumir funções de resolução de conflitos e controle social mais complexos, bem como a legitimação política e social relevantes. Com isso, o recrutamento e a formação dos operadores judiciários, sobretudo dos juízes, seja inicial ou permanente, “assumem uma importância central, não só no aumento da eficiência e qualidade do sistema judicial como, fundamentalmente, na sua renovação democrática no sentido de melhor responder aos desafios da sociedade e às expectativas positivas dos cidadãos”<sup>380</sup>.

É importante salientar que a preocupação com a formação continuada não pode se restringir apenas a uma melhoria na preparação dos juízes, mas de todos os envolvidos na aplicação processual (jurisdicional), buscando sempre o exercício das respectivas funções com eficiência e responsabilidade<sup>381</sup>. Faz-se necessário que os magistrados sejam submetidos não somente ao curso de formação, mas a uma formação continuada. Nunes e Bahia

---

<sup>378</sup> Idem.

<sup>379</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa (*et. al.*). *Proposta de projectos para o Observatório da Justiça Brasileira*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais – Universidade de Coimbra, setembro 2009. p. 42.

<sup>380</sup> Ibidem, p. 42-43.

<sup>381</sup> NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Por um novo paradigma processual*. Op. cit., p. 88.

asseveram que é temerário “permitir que uma lei seja aplicada por profissionais que não tinham sido preparados para sua utilização”<sup>382</sup>.

Destaca-se, ainda, não obstante a discussão esteja relacionada à formação do magistrado, o operador do direito (o advogado) não está isento de se atualizar. É muito comum o profissional formar-se no curso de Direito e passar anos sem buscar uma atualização. Não é exagerado dizer que muitos advogados sequer tomam conhecimento das leis que entram em vigor no país, portanto a atualização permanente do direito vai possibilitar que, não só o magistrado, mas todos aqueles que participam do processo possam efetivamente contribuir para o debate, o que, inevitavelmente, influenciará na celeridade do processo e na qualidade da decisão.

Uma terceira proposta viável para a solução da crise está *na padronização das rotinas administrativas e da gestão processual*. Nesse ponto, abordar-se-á a questão da i) padronização das rotinas administrativas; ii) a informatização do processo e, por fim, iii) a gestão dos atos do procedimento pelo Juiz.

Não raras vezes é comum encontrar rotinas administrativas diferentes entres os tribunais ou até mesmo entre as varas do Judiciário; pior que isso, muitas vezes essa ausência de padronização está dentro do próprio Fórum<sup>383</sup>. Quais as consequências disso para o processo? Como resolver isso?

Nunes e Bahia salientam que

[d]ever-se-iam, desse modo, estruturar reformas tendentes à padronização das rotinas administrativas para todo o sistema judiciário, em padrões de eficiência, de modo a assegurar a redução dos “tempos mortos” de secretaria, tão nefastos à obtenção de uma resposta jurisdicional em tempo adequado. A padronização, além de evitar vícios dos mais variados tipos, ainda permitiria uma maior previsibilidade do andamento processual, viabilizando um maior controle da própria gestão processual. Há de se parar com os gastos orçamentários voltados à construção de templos suntuosos (pirâmides) do Poder Judiciário para a cúpula e se investir o orçamento de acordo com uma política pública de democratização processual, que conceba instalações funcionais, minimamente estruturadas, em todos os níveis e localidades, com uma rotina administrativa eficiente<sup>384</sup>.

Nos últimos anos, muitos tribunais têm se preocupado com a gestão administrativa, buscando formas de padronização das rotinas administrativas, como é o caso

---

<sup>382</sup> Idem.

<sup>383</sup> Ibid., p. 90

<sup>384</sup> Idem.

do Tribunal de Justiça de Rondônia<sup>385</sup>, entretanto esta não é a realidade geral do Poder Judiciário. Há que se superar aquela gestão burocrática do processo. No mesmo sentido, Santos *et al*, ainda que escrevendo sobre o Judiciário Português (o que pode ser estendido ao nosso modelo), salientam que

[a]s organizações do sistema judiciário, à semelhança das organizações da administração pública em geral, confrontam-se com a necessidade de implementar medidas que visem o aumento da sua qualidade, eficiência, transparência, bem como de prestação de contas. [...]. Assim, também no que respeita aos tribunais, enquanto organizações, temos vindo a assistir à substituição do modelo burocrático-administrativo por um modelo com características do modelo gestor com preocupações na definição de padrões de qualidade, distantes da concepção do modelo burocrático<sup>386</sup>.

A excelência em nível administrativo demanda ampla informatização do Judiciário<sup>387</sup>. Nunes e Bahia advertem que

O investimento na formação dos auxiliares do juízo deve viabilizar a utilização das novas tecnologias de modo a estabelecer uma padronização administrativa, mas evitando-se a automatização e dependência demasiada aos sistemas informáticos, eis que na experiência comparada tais dinâmicas de trabalho conduziram a práticas administrativas extremamente dependentes, pelos funcionários, do sistema computacional implantado. Ademais, os auxiliares da justiça (escrivães, escreventes etc.) devem ser considerados na elaboração dos novos padrões de gestão processual, eis que estes fazem, e farão, boa parte das rotinas que aumentarão ou diminuirão a

<sup>385</sup> Um fluxo de trabalho mais ágil no Poder Judiciário. É o que se espera com as oficinas de simplificação, coordenadas pelo setor de planejamento do Tribunal de Justiça de Rondônia. Desta vez, 115 servidores que lidam diretamente com mandados (ordem judicial ou administrativa) participaram do mapeamento das rotinas com o objetivo de padronizar os procedimentos, num trabalho que se estendeu de segunda a sexta-feira (22 a 26/10), com a chamada validação. Os conceitos foram discutidos e absorvidos por oficiais de justiça, escrivães, assistentes de cartórios e juízes, todos em busca de caminhos mais curtos para atingir o objetivo, ou seja, a prestação jurisdicional. Depois de descrever todas as rotinas e escolher entre elas quais são mais ágeis, úteis e eficazes, os participantes passaram para a etapa que legitima o fluxo como o padrão para todas as comarcas. A oficina é também uma oportunidade de avaliar o trabalho, buscando combater as dificuldades como, por exemplo, o sistema de automação. No caso da Central de Mandados, por se tratar de um programa recente, ainda precisa de ajustes. As contribuições colhidas serão acatadas pelos técnicos do setor de tecnologia no aprimoramento dos programas. A simplificação também trará benefícios aos próprios servidores. Segundo o juiz auxiliar da corregedoria, Guilherme Baldan, a padronização do fluxo tornará mais rápida a diligência e, conseqüentemente, o cálculo da produtividade dos oficiais de justiça, que passarão a receber dentro do próprio mês trabalhado. Após a validação, as rotinas serão manualizadas e publicadas para que os servidores sigam e implantem as inovações. Algumas das mudanças implantadas vão até o Tribunal Pleno, como aconteceu recentemente com a coordenadoria de informática, que a partir de uma oficina propôs uma reestruturação no setor. Em 2012, foram realizadas as oficinas de simplificação de rotinas de vários setores do TJRO, tais como departamento de engenharia e arquitetura, departamento de economia e finanças, departamento de compras, escola da magistratura, gabinetes das varas cíveis e criminais e da coordenadoria de tecnologia da informação. BRASIL. CNJ. Disponível em: <[www.cnj.jus.br/b2pc](http://www.cnj.jus.br/b2pc)>. Acesso em: 17/12/2012.

<sup>386</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. (diretor científico). *Para um novo Judiciário: qualidade e eficiência na gestão dos processos cíveis*. Coimbra: OPJ/Universidade de Coimbra, abril 2008. p. 33.

<sup>387</sup> NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Por um novo paradigma processual*. Op. cit., p. 93.

eficiência processual (basta pensarmos nos tempos mortos do processo). Caso isso não ocorra, estes continuarão desmotivados e não possuirão interesse em suprir as deficiências de sua formação; ou, ainda que “obrigados” a se adequarem, mudarão a parência da rotina, para não mudar nada. Pense-se, por exemplo, que muitas propostas de reforma falam em “informatização do Judiciário”. Entretanto, ainda que a substituição de máquinas de escrever por computadores e a utilização de softwares judiciais possam ser grandes ferramentas, o upgrade gerado por eles ficará sempre aquém das potencialidades se os servidores não forem colocados como sujeitos ativos do processo de mudança, sob pena de se adaptar a nova forma aos velhos hábitos<sup>388</sup>.

A gestão dos atos do procedimento atribuída ao Juiz da vara também é um problema para a eficiência e qualidade na prestação jurisdicional. É impossível pensar que um magistrado possa realizar suas funções da judicatura com excelência tendo que cuidar da gestão burocrática da secretaria e dos processos. Acredita-se que esse papel gerencial será muito mais adequado se atribuído a um profissional especializado; da mesma forma, os despachos de mero expediente também podem ser delegados a esse profissional, liberando o magistrado para o desempenho da atividade decisória. Com isso, pode-se alcançar a eficiência almejada<sup>389</sup>.

Objetivou-se, nesta seção, apresentar algumas propostas que podem resolver a problemática da crise do Poder Judiciário, buscando alternativas para a padronização de eficiência e legitimidade. É evidente que o enfoque parte de uma perspectiva do processo constitucional democrático, participativo, “tanto no espaço endoprocessual quanto no planejamento de uma política pública de democratização processual. Em outros termos, isso quer dizer que se faz necessária a atividade conjunta e interdependente de todos os sujeitos e instituições envolvidos”<sup>390</sup>.

No âmbito processual, deve-se afastar o protagonismo judicial (das partes e do juiz); cada sujeito no processo deverá assumir seu papel e responsabilidade. Enfim todas essas propostas só produzirão efeito, gerarão um “impacto concomitante de eficiência e legitimidade caso se implemente uma política pública, amplamente debatida, que problematize a questão das reformas processuais, da oralidade, da gestão processual e da infraestrutura do Poder Judiciário de modo conjunto”<sup>391</sup>.

---

<sup>388</sup> Ibid., p. 93-94.

<sup>389</sup> Ibid., p. 95.

<sup>390</sup> Idem.

<sup>391</sup> Ibid., p. 95-96.

## CONCLUSÃO

O presente estudo tinha como desafio apresentar o acesso à justiça e a litigiosidade na crise do Poder Judiciário no Brasil. Para discutir a temática, foram apresentadas as seguintes perguntas: i) como o acesso à justiça foi pensado e assegurado nas concepções de estado liberal e social?; ii) à qual concepção de acesso à justiça o Brasil se filiou?; iii) Com a Constituição Federal de 1988 e com o novo modelo de Estado (democrático de direito), como o acesso à justiça é entendido?; iv) Qual a correlação entre o direito de acesso à justiça com o problema da litigiosidade?; v) O acesso à justiça e a litigiosidade, associados a inúmeros fatores provocam (ou aumentam) a crise do Poder Judiciário?; vi) Existe alguma forma viável de solucionar essa crise?

O trabalho foi dividido em dois capítulos, o primeiro intitulado “Acesso à justiça e a litigiosidade” e o segundo “O Poder Judiciário em crise”. No primeiro capítulo, os esforços se concentraram na apresentação dos conceitos de acesso à justiça na concepção liberal, social e democrática (nesta última, delimitando a discussão com base no procedimentalismo democrático Jürgen Habermas), tudo a fomentar a discussão do “processualismo constitucional democrático” para aplicá-lo como solução viável para a crise debatida no segundo capítulo. O primeiro capítulo é encerrado com a discussão da litigiosidade, sua origem, a forma como vem sendo pesquisada e entendida e suas consequências na propalada crise do Poder Judiciário. No segundo capítulo, objetivou-se traçar um perfil da crise do Poder Judiciário, sem, contudo, esgotar o assunto, delimitando a temática apenas na questão da litigiosidade e suas consequências na morosidade dos processos, portanto foi apresentado o papel do Judiciário, a discussão entre os conceitos de “judicialização da política” e “ativismo judicial” e, por fim, os últimos dados numéricos apresentados pelo CNJ em relação à litigiosidade e a morosidade da Justiça Cível brasileira. Encerrando o segundo capítulo, apresentaram-se alguns pontos que merecem maior atenção e que, se atendidos, poderão resolver (em parte) a problemática da crise.

Salienta-se que o presente trabalho não teve (e não tem) intenção de esgotar todos os assuntos abordados nos dois capítulos, até porque a temática escolhida (acesso à justiça e

litigiosidade) vem sendo objeto de inúmeros estudos e debates, seja no campo teórico ou político, haja vista sua importância, o que, conseqüentemente, a torna um tema muito amplo e com incontáveis pontos de vista.

Não obstante o conceito de acesso à justiça tenha sido apresentado sob três perspectivas diferentes (na concepção liberal, social e democrática), dentre outros questionamentos, dois deles estavam diretamente ligados às concepções estudadas: i) a qual modelo de acesso à justiça o Brasil se filiou; e ii) a qual modelo de acesso à justiça deve se adequar na atual quadra do estudo do direito constitucional.

Na primeira concepção de acesso à justiça (liberal), o direito era visto apenas como o direito de ingresso em juízo. No Estado liberal, o que importava era a liberdade de todos, ou seja, todos deveriam ser livres, proprietários e iguais, num sistema alicerçado na supremacia das leis, na separação de poderes e no enunciado dos direitos e garantias individuais. Entretanto o direito nesse paradigma é visto na forma de um direito semanticamente geral e abstrato, no qual as regras são válidas universalmente para todos os membros da sociedade, cabendo somente a eles a tarefa de buscá-lo por meio do Judiciário, cujo acesso era apenas formal (mero exercício do direito de ação)<sup>392</sup>.

Na segunda concepção de acesso à justiça (social), consolidada após a ruptura do Estado liberal, que não conseguia responder aos reclamos da sociedade, o Estado assume o papel de interventor. O juiz é chamado a assumir o projeto estatal distributivo, devendo equacionar as desigualdades socioeconômicas com compensações jurídico-formais. O acesso à justiça tem por escopo dar efetividade aos direitos reconhecidos e recém-incorporados na Constituição. Nesse sentido, foi necessário pensar instituições mais comprometidas com as contingências sociopolíticas e menos apegadas ao formalismo conservador do período liberal. Portanto houve uma instrumentalização do processo para atender o compromisso estatal de garantir o acesso à justiça, não apenas um acesso formal ou material, mas um acesso à justiça como um acesso à ordem justa. Essa é a tônica do acesso à justiça na concepção social<sup>393</sup>.

No Brasil, sob a influência do movimento pelo acesso à justiça (*access-to-justice movement*), idealizado e coordenado pelo processualista italiano Mauro Cappelletti, o acesso à justiça é inserido na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso XXXV), o que coincidiu, concomitantemente, com a tradução e publicação no País do Relatório do Projeto de Florença. Todo trabalho de Cappelletti está fundado na concepção do Estado social. Nessa

---

<sup>392</sup> Cf. item 1.3.1.

<sup>393</sup> Cf. item 1.3.2.

concepção, a premissa metodológica da processualística moderna consistiu na visão instrumentalista e teleológica do processo, o que se chamou de instrumentalismo.

Para os teóricos presos à socialização e ao neoliberalismo, o processo é convocado a assumir as responsabilidades que dele se espera a nação, devendo ser sempre permeável aos influxos axiológicos da sociedade e aberto aos valores substanciais eleitos pela já citada Nação<sup>394</sup>.

É possível observar claramente que essa corrente tem como “marco teórico” o Estado de “bem-estar social”, pois entende o processo e a jurisdição como instrumentos teleologicamente orientados para a realização dos valores sociais e políticos da nação. Nesse sentido, respondendo ao questionamento inicial, relativo à qual concepção o Brasil se filiou para o estudo do direito e do acesso à justiça, não resta dúvida de que é a social.

Os estudos apontam que as duas concepções de acesso à justiça (liberal e social), apresentadas nas primeiras seções do primeiro capítulo, não conseguiram responder aos anseios da sociedade moderna, uma sociedade complexa. É nesse ponto que entra o estudo da concepção democrática de acesso à justiça. O acesso à justiça na concepção democrática (também chamado de acesso à justiça qualitativo) é construído em consonância com uma Teoria da Constituição e uma Teoria Geral do Processo, adequadas ao paradigma do Estado Democrático de Direito como contraponto daqueles que buscam um acesso à ordem jurídica justa e a efetividade processual a todo custo, desconsiderando os riscos, o que Fernandes e Pedron vão denominar de busca desenfreada e cega por acesso à justiça<sup>395</sup>.

O acesso à justiça qualitativo é construído sobre uma base epistemológica diversa, com isso, apresenta uma proposta reconstrutiva das noções de direitos, de jurisdição, de processo, o que não se concilia com o modelo de acesso à justiça defendido por Cappelletti. Nesse sentido, conclui-se que na concepção procedimental os sujeitos de direitos adquirem importantes papéis como agentes formadores e conformadores da sociedade, a partir do exercício de sua autonomia privada e cidadã. Essa concepção de acesso à justiça comunga dos mesmos ideais defendidos pelos teóricos do processualismo constitucional democrático, temática também presente nesta dissertação e que constitui a base das ideias lançadas nas propostas apresentada na última seção do segundo capítulo.

Superados os primeiros questionamentos acerca da concepção de acesso à justiça a que se filiou o Brasil (concepção social), bem como do avanço dos estudos do direito,

---

<sup>394</sup> Cf. item 1.3.2.1.

<sup>395</sup> Cf. item 1.3.3.

sobretudo em relação ao processo na concepção democrática, construindo uma nova concepção do acesso à justiça (acesso qualitativo), passou-se, então, ao estudo da litigiosidade.

O estudo aponta, conforme já mencionado nos parágrafos anteriores, que o acesso à justiça tem influenciado na transformação do próprio processo civil, isso porque o processo tornou-se espaço fortemente influenciado pela atuação dos princípios fundamentais. Pode-se dizer que, do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, podem-se extrair premissas, garantias, deveres, direitos, enfim, proposições diversas, contando-se, dentre essas ilações: a garantia de acesso à Justiça, a universalidade de jurisdição, a ubiquidade da justiça, tudo, ao fim e ao cabo, estimulando o demandismo judiciário e por pouco não convertendo o direito de ação em... *dever de ação*<sup>396</sup>.

Conceituou-se a litigiosidade como o ato de submeter todos os conflitos ao Poder Judiciário, desconsiderando outras formas de pacificação de conflitos como a conciliação, mediação e arbitragem. Pode-se afirmar que a litigiosidade, ao mesmo tempo em que ganha ares de cidadania, mostra-se exacerbada, tornando-se (em algumas situações) um problema social.

Com essas premissas, associadas ao direito fundamental de acesso à justiça, é possível afirmar que existe uma propensão em repassar às mãos do Estado a tarefa e a responsabilidade de dirimir todos os conflitos, o que induz (e ao mesmo tempo difunde) a ideia de que o ajuizamento pronto e imediato de qualquer interesse contrariado ou insatisfeito é manifestação de cidadania, o que nem sempre é verdade, posto que, muitas vezes, a ideia que se tem (e as pesquisas também apontaram para isso) é de uma cultura jurídica (cultura demandista).

Respondendo a outro questionamento proposto para a presente pesquisa, observou-se no estudo da litigiosidade, sobretudo após as últimas pesquisas realizadas pelo CNJ, que o aumento de demandas, reflexo da litigiosidade, traz graves implicações na prestação da tutela jurisdicional, dentre elas a morosidade dos processos, o que influencia na crise do Poder Judiciário.

No estudo da crise do Poder Judiciário, os esforços se concentraram em delimitar o papel do Poder Judiciário e o que se tem entendido como “jurisdição política” e “ativismo judicial”. No segundo capítulo, os esforços são concentrados na discussão da crise do Poder Judiciário.

---

<sup>396</sup> Cf. 1.4.1.

Os estudos apontaram que o Judiciário tem por função a busca da realização da Justiça, sendo o principal garantidor da efetivação dos direitos individuais e coletivos, funcionando como guardião das liberdades e da cidadania. Concluiu-se que cabe ao Poder Judiciário a análise e apreciação de lesões que consistam em violação da ordem jurídica e cuja prevenção ou correção, por isso mesmo, dependa apenas do restabelecimento da ordem jurídica violada.

Entretanto, observou-se que em países que adotam o livre (e amplo) acesso à justiça, como é o caso do Brasil, o Poder Judiciário tende ser a última via estatal não só para a proteção de direitos não observados espontaneamente pelas demais esferas estatais, como para a preservação de valores sociais importantes inscritos na Constituição. Isso, evidentemente, provoca um estado de crise, que não é de hoje e muito menos está próximo de acabar.

No Brasil muito se tem debatido acerca da *judicialização da política* e do *ativismo do Judiciário*, entretanto a conclusão a que se chega causa espanto, posto que, muitos daqueles que tratam do assunto (contra ou a favor), não sabem do que estão falando. É importante salientar que, não obstante a utilização corrente das expressões *judicialização política* e *ativismo judicial*, para demonstrar a ideia do elevado grau de judicialização que assume o direito brasileiro na atual conjuntura, tais expressões não podem ser tratadas como se fossem o mesmo fenômeno<sup>397</sup>.

As pesquisas apontaram que a *judicialização da política* se apresenta como uma questão social. Não obstante sua independência do órgão judicante, deriva-se de inúmeros fatores originalmente alheios à jurisdição, mas que possuem seu ponto de partida em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passando pela ineficiência do Estado em implementá-los. Já o *ativismo judicial* representa a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente<sup>398</sup>.

Esta temática apenas reforça o estado de crise do Poder Judiciário. Concluiu-se, ao longo da pesquisa, que a crise da justiça brasileira passou a ser percebida como um problema por diversos setores da população, da classe política e dos operadores do Direito, inclusive integrando a agenda de reformas. Contudo pouco se tem avançado no combate da crise, posto que os esforços estão concentrados no problema e não na causa. Podem-se enumerar algumas causas encontradas nos estudos: i) morosidade; ii) ausência de modernização da Justiça; iii)

---

<sup>397</sup> Cf. item 2.1.1.

<sup>398</sup> Ibidem, p. 36.

carência quantitativa e qualitativa de recursos humanos (juízes e servidores); iv) deficiência de infraestrutura; v) inadequação de rotinas e procedimentos; vi) utilização de recursos e incidentes processuais protelatórios que poderiam ser abolidos; vii) ausência de transparência; ausência de democratização do Judiciário<sup>399</sup>.

Ainda na questão da crise, foram estabelecidos alguns conceitos e peculiaridades sobre algumas espécies de crise, com: i) crise do Estado e da sociedade; ii) crise institucional; iii) crise de administração e gestão; iv) crise da legislação processual; v) crise de função e de legitimidade.

Na sequência, foram apresentados alguns dados numéricos obtidos junto ao CNJ para demonstrar o problema da litigiosidade no Brasil. Em pesquisa publicada em 2011, o CNJ, através do Sistema de Estatística do Poder Judiciário (SIESPJ), concluiu que, enquanto em 1990 o Judiciário recebeu 3,6 milhões de processos, já na década de 2000, esse volume rapidamente ultrapassou o número de 20 milhões de ações.

Em edição mais recente, publicada em outubro de 2012, constatou-se que o total de casos novos cresceu 8,8 % em relação a 2010. Segundo o Relatório, o mesmo cálculo feito apenas para os novos casos dos tribunais que participaram do relatório em 2010 revela um incremento de 7,3 % no total de processos. Com isso, houve um crescimento do total de casos baixados (6,1 %), do total de sentenças (1,4 %) e do volume de processos em tramitação (4,6 %), formado pelo somatório dos casos novos e pendentes, que, em termos absolutos, chegou a quase 90 milhões em 2011<sup>400</sup>.

O CNJ, pela primeira vez, conseguiu reunir todos os dados da Justiça brasileira, possibilitando o conhecimento do total da movimentação processual de toda Justiça. Com isso, foi possível observar que tramitaram, ao longo de 2011, quase 90 milhões de processos, sendo que, desse quantitativo, 71% (63 milhões) já estavam pendentes desde o início do ano e os 26 milhões restantes ingressaram durante o ano. Um total de aproximadamente 26 milhões de processos foram baixados, quase o mesmo quantitativo ingressado; foram proferidas 23,7 milhões de sentenças e decisões<sup>401</sup>.

As pesquisas do CNJ apontam que os problemas da litigiosidade, sobretudo da morosidade do Judiciário, estariam relacionados aos impactos da judicialização dos conflitos,

---

<sup>399</sup> Cf. item 2.2.

<sup>400</sup> Cf. item 2.3.

<sup>401</sup> idem

vinculados ao gerenciamento do volume de processos, à falta de uniformização das decisões, à gestão de recursos humanos, à organização judiciária e à conduta das partes.

Outro estudo interessante contratado pelo CNJ envolveu três instituições: a Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP), a Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) e Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Não obstante a pesquisa tivesse como pressuposto o mesmo tema (morosidade da justiça cível), cada instituição apresentou abordagens e escopos diferentes, mas que se complementam. Todo o trabalho de investigação foi realizado ao longo de 2010, sendo acompanhado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) do Conselho Nacional de Justiça.

A pesquisa realizada pela FGV apontou um diagnóstico sobre as causas externas e internas que impactam o aumento da litigiosidade no Brasil. O estudo identificou as demandas judiciais repetitivas mais comuns e optou-se pelos assuntos envolvendo Direito Previdenciário (desaposentação) e Direito do Consumidor (contratos bancários) como objeto de investigação. Conclui-se que, além do próprio cidadão, que hoje está mais consciente de seus direitos, existem no Brasil vários canais de incentivo à judicialização dos conflitos, tais como: i) o próprio setor público; ii) a advocacia e iii) a mídia. O primeiro, ao criar ou violar direitos já existentes; o segundo, pela busca de novas teses jurídicas e a busca de novos nichos de atuação; e o terceiro, ao conscientizar o cidadão de seus direitos e sobre a forma como devem buscá-lo, o fazendo de forma equivocada.

O relatório do CNJ traz as principais conclusões da pesquisa realizada pela FGV, apontando que as causas do aumento de litigiosidade e morosidade estão relacionadas à regulação administrativa e legislativa, que criam ou que restringem o exercício de direitos, bem como estão relacionadas aos impactos da judicialização dos conflitos, ao gerenciamento do volume de processos, à falta de uniformização das decisões, à gestão de recursos humanos, à organização judiciária e à conduta das partes.

Na pesquisa realizada pela PUC-RS, ancorada em uma perspectiva multidisciplinar, abordou-se o problema do crescimento das demandas cíveis no Brasil a partir de dois planos distintos de análise: i) da oferta da prestação jurisdicional e, por outro lado, ii) da demanda por esses serviços. Conclui-se que, a partir de correlações entre indicadores judiciais, é possível afirmar, de forma sintética, que uma alta demanda judicial se traduz em maior carga de trabalho, a qual por sua vez induz a uma maior produtividade. Partindo dessa premissa, asseveram que esse aumento de produtividade, por sua vez, pode acabar impactando negativamente a qualidade do produto. Concluiu-se, ainda, que os usuários do Judiciário são

agentes racionais que têm variadas motivações para litigar, como: i) ausência ou baixo nível dos custos, incluindo aqui também o baixo risco; ii) a busca de um ganho; iii) busca do Judiciário como meio, por exemplo, para postergar responsabilidades (uso instrumental); e iv) percepção de ter sido lesado moral, financeira ou fisicamente.

É curioso notar que o resultado final da pesquisa realizada pela PUC-RS, não diverge muito de tudo que foi pesquisado ao longo deste trabalho, entretanto algumas propostas apresentadas vão de encontro com a garantia constitucional de acesso à justiça, como: **a)** uma maior padronização nas decisões poderá reduzir o número de processos. Sugere inclusive a adoção de súmulas vinculantes no STJ e o aumento das já existentes no STF; **b)** aperfeiçoamento dos sites dos tribunais, indicando estatísticas das decisões a fim de sinalizar para as partes as chances de êxito; **c)** criação de maiores filtros na fase inicial do processo como, por exemplo, utilização mais efetiva do artigo 285-A do CPC, de modo a se criarem barreiras mais rígidas às ações descabidas; **d)** revisão dos parâmetros da assistência judiciária gratuita e a definição de pobreza dever ter amparo em dados estatísticos e não no entendimento relativo dos magistrados; **e)** estabelecimento de limites mais rígidos para a possibilidade do advogado firmar honorários apenas pelo êxito, porque esse tipo de honorários estimula o ajuizamento de ações; **f)** há que se consolidar, efetivamente, um sistema de ações coletivas que atuasse no sentido de que, uma vez tendo sido julgada determinada questão, esta decisão passasse a ser vinculante para todos os envolvidos, inclusive aqueles que ainda não ingressaram com ações no Poder Judiciário<sup>402</sup>.

Em que pese os esforços das Instituições contratadas para realizar as pesquisas, entende-se que todas as medidas sugeridas, algumas delas já em andamento, não surtiram e não surtirão efeito algum, posto que a perspectiva de análise dos estudiosos e dos aplicadores do direito ainda pertence à velha concepção social.

Precisa-se de mais processo constitucional, menos formalidade e menos decisões solitárias. O processo constitucional deve ser visto sob uma perspectiva democrática e garantidora de direitos fundamentais, permitindo, de um lado, uma blindagem (limite) às atividades equivocadas dos sujeitos processuais e, de outro, garantindo a participação e influência de todos os envolvidos e de seus argumentos nas decisões por eles formadas<sup>403</sup>.

Concluiu-se que nem a concepção liberal, nem a concepção social podem mais solitariamente responder aos anseios de uma cidadania participativa, uma vez que tais

---

<sup>402</sup> Idem.

<sup>403</sup> Cf. item 2.4.

modelos de concepção processual não conseguem atender ao pluralismo, não solipsista e democrático do contexto normativo atual. Sendo assim, não só a criação, mas a reforma e a interpretação do sistema processual devem se dar a partir do modelo constitucional de processo<sup>404</sup>.

Há muito se fala em reforma do Judiciário, mas até agora nenhuma surtiu o efeito esperado, posto que não basta criar leis ou revogar as existentes, é preciso se redimensionar a infraestrutura do Poder Judiciário e a própria mentalidade de todos os técnicos jurídicos. Nesse sentido, algumas propostas foram apresentadas como viáveis para a solução da crise, como: a) o resgate da oralidade no processo; b) atualização dos profissionais; c) padronização das rotinas administrativas e de gestão.

O uso dos debates orais pode proporcionar esclarecimento recíproco sobre as razões dos pontos controversos, possibilitando a formação de acordos estruturados ou, ao menos, dando ao processo melhores elementos para a formação da decisão (evitando decisões de surpresa). O resgate da oralidade aparece como uma solução viável para a crise do Poder Judiciário, justamente porque não é possível trabalhar com procedimentos que optem pela oralidade tecnicamente e funcionem de modo escrito, em face dos déficits de eficiência e legitimidade gerados (face o descompasso entre norma e práxis), como fomento de um formalismo exacerbado e uma ausência de debate (no processo).

Quando se defende uma constante atualização dos profissionais, não está a dizer que uma formação excepcional é certeza da correção da sentença, mas capacita o magistrado e os profissionais para o exercício de suas funções com eficiência e responsabilidade.

Quanto à padronização das rotinas, os estudos apontam que, não raras vezes, é comum encontrar rotinas administrativas diferentes entre os tribunais ou até mesmo entre as varas do Judiciário; pior que isso, muitas vezes essa ausência de padronização está dentro do próprio Fórum. Nas pesquisas, restou clara a relevância de uma padronização dessas rotinas, a fim de evitar os chamados “tempos mortos” de secretaria, que são tão nefastos para à obtenção de uma resposta jurisdicional, melhorando a eficiência;

Outro problema apontado nas pesquisas está relacionado a certos tipos de atos praticados pelo juiz, como despachos de mero expedientes, que, muitas vezes, poderiam ser realizados pelo próprio diretor da secretaria, como acontece em algumas varas da Justiça Comum e em quase todas as varas da Justiça do trabalho, mas não existe um padrão ou uma

---

<sup>404</sup> Idem.

norma que regulamente. O juiz dedicado exclusivamente à prática de atos decisórios, com certeza poderá prestar um serviço mais eficiente e de melhor qualidade.

É importante salientar que as propostas apresentadas, ainda que tenham como finalidade resolver a crise do Judiciário, buscando alternativas para a padronização de eficiência e legitimidade, se não forem implementadas sob uma perspectiva constitucional democrática, participativa, de nada adiantarão, ao contrário, farão com que continuar-se-á repetindo a história daqueles que defendem um processo ainda preso à concepção social e neoliberalista.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *O órgão jurisdicional e a sua função: Estudos sobre a ideologia, aspectos críticos, e o controle do Poder Judiciário*. Malheiros. São Paulo. 1997.

ALVES, Eliana Calmon. *A crise do Poder Judiciário*. Correio Braziliense, Brasília, 18 abr. 1994. Caderno Direito e Justiça, nº 11.310.

ARANTES, Rogério Bastos. *Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos*. *Rev. bras. Ci. Soc.* [online]. 1999, vol. 14, n.39, pp. 83-102. ISSN 0102-6909

ATALIBA, Geraldo. *O Judiciário e minorias*. Revista de informação legislativa, v. 24, nº 96, p. 189-194, out./dez. de 1987. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/181799/1/000433557.pdf>> Acesso em: 21/2/2012.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães; CARVALHO, Marius Fernando Cunha de; GUIMARÃES, Natália Chernicharo. *O princípio da ampla defesa - Uma reconstrução a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito*. Revista Eletrônica. Disponível em:<[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Flaviane%20Magalhaes\\_Marius%20Fernando%20e%20Natalia%20Chernicharo.PDF](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Flaviane%20Magalhaes_Marius%20Fernando%20e%20Natalia%20Chernicharo.PDF)>. Acesso em 28/11/2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

\_\_\_\_\_. *Constituição e Política: uma relação difícil*. Lua Nova [online]. 2004, n. 61.

BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 35, nº 190, Dez 2010.

BIGOLIN, Giovani. *O Acesso à Justiça visto como serviço público e os novos desafios impostos pelo processo eletrônico*. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg\\_Giovani%20Bigolin.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg_Giovani%20Bigolin.pdf)>. Acesso em 28/11/2012.

BOBBIO, Norberto. *Da norma jurídica ao ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Democracia, Estado Social e Reforma Gerencial*. ERA. São Paulo, v. 50, nº.1, jan./mar. 2010 pp. 112-16.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Cidadania e efetividade do processo*. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil, Porto Alegre, ano 1, v. 1, set./out. 1999.

\_\_\_\_\_. *Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal*. Revista Diálogo Jurídico, Ano I, v. I, nº. 1, Abril de 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

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

CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal e acesso à justiça*. Revista de Processo nº 60, pp. 110-17, out/dez 1990.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas. *A desnecessidade de novos códigos processuais na necessária reestruturação da justiça brasileira*. Revista de Processo, nº. 45, pp. 114-124, jan/mar 1987.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito*. RVPGE, 1999.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia Jurídica: Problemas fundamentais*. Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

CASTRO, Marcus Faro de. *O STF e a judicialização da política*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, p. 12-34, São Paulo: Anpocs, jun.1997.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

\_\_\_\_\_. (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

\_\_\_\_\_. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. 1ª ed, 5ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Nova Cidadania*. Lua Nova. Nº. 28/29. São Paulo, CEDEC, 1993, pp. 85-86.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v 1. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FALCÃO, Joaquim. *1ª Sessão: o judiciário e o acesso à justiça*. In SADEK, Maria Tereza (org.). *O judiciário em debate*. São Paulo: Idesp/ed. Sumaré, 1995.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas*. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1995.

\_\_\_\_\_. *O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios*. *Estud. av.* [online]. 2004, vol.18, n.51, pp. 103-125. ISSN 0103-4014.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. 1ª ed. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Ed. Bookseller, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) Crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político do Judiciário e suas implicações*: Systemas Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas. Ano 1, n. 2.

GALANTER, Marc. *Direito em abundância: a actividade legislativa no Atlântico Norte*. Revista Crítica de Ciências Sociais, n.º. 36, pp. 103-145, fev. 1993.

GALDINO, Flávio. *A evolução das ideias de acesso à justiça*. Revista Autônoma de Processo, n.º. 3, Curitiba, abr-jun. 2007, p. 81.

GARRIDO DA SILVA, Alexandre. *Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas*. Revista de Direito do Estado 12:107, 2009.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Deformalização do processo e deformalização das controvérsias*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano XII. Nº. 49, abril/junho 1987.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A Nova Intransparência: A crise do Estado de Bem-Estar Social e o Esgotamento das Energias Utópicas*. Trad. Carlos Alberto Marques Novaes. Revista Novos Estudos CEBRAP, n.º. 18, setembro 1987.

\_\_\_\_\_. *Uma conversa sobre questões da teoria política*. Entrevista a Mikael Carlehedem e René Gabriels. Tradução de Marcos Nobre e Sérgio Costa. Revista Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n.º. 47, mar. 1997.

\_\_\_\_\_. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. V. I e II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *Verdade e justificação: estudos filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

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

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Mandamentos, 2008.

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

MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (coord.). *Constituição e Processo: Entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

MACIEL, Débora Alves and KOERNER, Andrei. *Sentidos da judicialização da política: duas análises*. *Lua Nova* [online]. 2002, n.57, pp. 113-133. ISSN 0102-6445.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Pedro Baptista. *A defesa do anteprojeto de código de processo civil*. Processo oral. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Novos Estudos CEBRAP. v. 58. São Paulo, novembro de 2000.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A crise do Judiciário e do processo*. In: \_\_\_\_\_. Teses, estudos e pareceres de processo civil. São Paulo: Ed. RT, 2005. Vol. I.

MORAIS, Dalton Santos. *A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídicos-constitucionais*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 180, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da justiça: alguns mitos. Temas de direito processual*. 8. Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo: temas de direito processual - Quarta série* (do mesmo autor: José Carlos Barbosa Moreira). São Paulo: Saraiva, 1989.

MOTTA, Luiz Eduardo. *Acesso à Justiça, cidadania e judicialização no Brasil*. Disponível em [http://www.achegas.net/numero/36/eduardo\\_36.pdf](http://www.achegas.net/numero/36/eduardo_36.pdf). Acesso em: 19/12/2012.

NALINI, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NUNES, Dierle José Coelho. *O princípio do contraditório*. Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia - ESA/MG, v. 1, jan/jul. 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva, a litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, n. 199, Set 2011.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo e Democracia: in Fundamento e dilemas para o sistema processual brasileiro: uma abordagem da litigância de interesse público a partir do Processualismo Constitucional democrático*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, V. IV. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br). Acesso em 22.08.11.

NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual*. Revista de Processo. Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP: Ano 34, nº 168, fev/2009.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual Civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Um olhar reconstrutivo da modernidade e da "crise do Judiciário": a diminuição de recursos é mesmo uma solução?* Rev.Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 44, n. 74 p. 217-239, jul./dez.2006.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. *Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Centro de Estudos Sociais. Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra. Novembro de 2001.

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

PONCIANO, Vera Lúcia Feil. *Reforma do Poder Judiciário: limites e desafios*. Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: Fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp086243.pdf>>. Acesso em: 09/11/2012.

PORTO, Júlia Pinto Ferreira. *Acesso à Justiça: Projeto Florença e Banco Mundial*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2009.

RANIERI, Nina Beatriz. *Do Estado Liberal ao Estado contemporâneo: Notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica*. pp. 135-161. Revista de Direito Constitucional e Internacional. n.º. 36, ano 9, julho-setembro de 2001.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. Situação atual. São Paulo: Saraiva, 5ª ed, 1994.

RIBEIRO, Ludmila. *A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça*. Rev. direito GV, v. 4, n.º. 2. São Paulo. jul/dez. 2008.

ROSA, André Vicente Pires. *A Reforma do Poder Judiciário. Poder Judiciário, garantia e construção da cidadania*. Curitiba: Juruá. 2000.

SADEK, Maria Teresa; ARANTES, Rogério Bastos (Org.). *Reforma do judiciário*. São Paulo, Fundação Korad Adenauer, 2002.

\_\_\_\_\_ et al. *A Crise do Judiciário e a visão dos Juízes*. Revista da USP, São Paulo, 1994, n. 21, p. 37-45.

SADEK, Maria Tereza. *Judiciário: mudanças e reformas. Estud. av.* [online]. 2004, vol.18, n.51, pp. 79-101. ISSN 0103-4014.

SALLES, Carlos Alberto. *Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada.* In: FUZ, Luiz et al. (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Moreira.* São Paulo: 2006

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. (coord.) *Constituição e crise política.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Direito e a Comunidade: As transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados.* Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 10, Dezembro de 1982.

\_\_\_\_\_. *Introdução à sociologia da administração da justiça.* Revista de Processo, nº. 37, Novembro 1986.

\_\_\_\_\_. *A Sociologia dos Tribunais e a democratização da Justiça.* São Paulo: Cortez, 1995.

\_\_\_\_\_. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.* 10ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

\_\_\_\_\_. *Para uma Revolução Democrática da Justiça.* São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa (et. al). *Proposta de projectos para o Observatório da Justiça Brasileira.* Coimbra: Centro de Estudos Sociais – Universidade de Coimbra, setembro 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em: <<http://www.cesamericalatina.org/news/sbdp.htm>>. Acesso em: 06/11/2012

SEN, Amartya. *Desigualdade Reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2008.

\_\_\_\_\_. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e Racionalidade Comunicativa: A Teoria Discursiva do Direito no Pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. *Judicialização da política e demandas por juridificação: O Judiciário frente aos outros poderes e frente à sociedade*. Disponível em: <<http://www.cesamericalatina.org/news/sbdp.htm>>. Acesso em: 06/11/2012.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. *Rev. direito GV* [online]. 2012, vol.8, n. 1, pp. 037-057. ISSN 1808-2432.

TEIXEIRA, Ludmila Ferreira. *Acesso à Justiça Qualitativo*. 2012. 195f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, MG, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito processual constitucional*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre. v. 25. jul-ago/2008.

\_\_\_\_\_. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais*. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil, nº 36 – Jul-Ago/2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; DIERLE, Nunes; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. Revista de Processo. Revista dos Tribunais. São Paulo. Ano 35, nº 189, nov/2011.

TORRES, Vivian de Almeida Gregori. *Acesso à Justiça. Instrumentos do Processo de Democratização da Tutela Jurisdicional*. Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo: 2007.

VERONESE, Alexandre. *Projetos Judiciários de Acesso à Justiça: Entre Assistência Social e Serviços Legais*. Revista Direito GV, V. 3, N. 1, pp. 13 – 34. Jan-Jun 2007.

VIANNA, Luiz Werneck. *A Democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. Participação e processo. 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais.

\_\_\_\_\_. *Novas atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade*. Revista da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo, a. 1, n. 1, set./dez. 1996.

\_\_\_\_\_. *Da cognição no Processo Civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WOLFGANG SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de história do direito*. 4. Ed. 2. Tir. 464p. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ZAFFARONNI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.