

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL
BRUNA MALVEIRA ARY**

**DESIGUALDADE, FORMALISMO E OUTROS OBSTÁCULOS
À EFETIVIDADE DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE
ACESSO À JUSTIÇA DO HIPOSSUFICIENTE**

Fortaleza-CE

2011

BRUNA MALVEIRA ARY

**DESIGUALDADE, FORMALISMO E OUTROS OBSTÁCULOS
À EFETIVIDADE DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE
ACESSO À JUSTIÇA DO HIPOSSUFICIENTE**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Ms. Juraci Mourão Lopes Filho.

Fortaleza - Ceará

2011

BRUNA MALVEIRA ARY

**DESIGUALDADE, FORMALISMO E OUTROS OBSTÁCULOS À
EFETIVIDADE DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À
JUSTIÇA DO HIPOSSUFICIENTE**

**Monografia submetida à Coordenação do Curso de Pós-Graduação *lato sensu*, da
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC, como requisito
parcial para a obtenção do grau de Especialista em Direito Constitucional.**

Monografia aprovada em ____ / ____ / _____.

BANCA EXAMINADORA

**Orientador: _____
Prof. Juraci Mourão Lopes Filho, Ms.**

**1º Examinador: _____
Prof. Emilio de Medeiros Viana, Ms.**

**2º Examinador: _____
Profa. Germana Parente Neiva Belchior, Ms.**

Aos meus pais, que me possibilitaram
mais essa grande conquista.

Ao meu amor, pelo companheirismo e
suporte constantes, sem os quais essa
trajetória não seria prazerosa e
gratificante.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Juraci Mourão Lopes Filho, por aceitar a árdua tarefa de orientação e pelo imensurável apoio prestado na realização deste trabalho e na minha formação acadêmica.

À professora Maria de Fátima Neves da Silva, pela forma exemplar e didática como orientou o desenvolvimento metodológico que deu forma a este trabalho.

Ao Juiz Emilio de Medeiros Viana e ao professor Flávio José Moreira Gonçalves pela presteza e dedicação contínuas na coordenação geral e coordenação pedagógica, respectivamente, do Curso de Especialização em Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.

À professora Germana Parente Neiva Belchior e, novamente, ao Juiz Emilio de Medeiros Viana, por aceitarem participar da banca examinadora desta monografia.

O universalismo que queremos hoje é aquele que tenha como ponto em comum a dignidade humana. A partir daí, surgem muitas diferenças que devem ser respeitadas. Temos direito de ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza.

(Boaventura de Souza Santos)

RESUMO

O novo paradigma constitucional e a insatisfação pública com a estrutura defasada da máquina judiciária, muitas vezes alheia às desigualdades sociais, são abordados como formas de impulsionar a adoção de posturas e mecanismos que viabilizem uma prestação jurisdicional eficaz e diferenciada. O presente trabalho pretende analisar alguns aspectos do processo de transformação do sistema jurídico brasileiro, no que se refere ao direito constitucional de acesso à justiça do cidadão hipossuficiente, tendo como perspectiva teórica preliminar a literatura norte-americana sobre a ideologia do informalismo e sobre os impactos da desigualdade entre as partes em conflito, especialmente no que atine à superação dos obstáculos à efetividade do referido acesso. O estudo desenvolveu-se por meio de pesquisa bibliográfica extensiva na literatura acadêmica nacional e internacional sobre os processos de reforma, com ênfase em autores americanos clássicos que analisam os temas em comento. A pesquisa permitiu verificar que o formalismo apresenta-se na literatura científica como um entrave à realização da função jurisdicional e vem sendo utilizado como ponto de partida para diversas reformas no sistema de justiça. O uso instrumental da lei na aplicação do direito e a presença de práticas informais remetem a estudos realizados por Pound, Harrington e Galanter. Verificou-se que, não obstante o empenho em afirmar práticas capazes de superar entraves estabelecidos ao acesso efetivo à justiça, há uma apropriação desigual dos novos recursos oferecidos que acabam favorecendo aqueles que já possuem vantagens adicionais dentro do sistema, ao mesmo tempo em que a incompreensão sobre o significado das propostas de reforma limita os impactos das transformações pretendidas. As Reformas do Judiciário devem ser capazes de torná-lo mais eficiente e atraente para a sociedade, incluindo o hipossuficiente, rejeitando a postura passiva tradicional. O potencial reformador do informalismo e da postura pró-ativa dos juízes foi enfatizado como forma de neutralizar a vantagens dos litigantes habituais. Concluiu-se que o alcance da verdadeira justiça depende do respeito às deficiências sociais.

Palavras-Chave: Reforma do Judiciário. Acesso à Justiça. Informalismo. Desigualdades.

ABSTRACT

This paperwork aims to analyze some aspects of the Brazilian's legal system transformation process, with regard to the constitutional right of access to justice of the poor citizen, with the American literature on the ideology of informality and the impacts of inequality between the parties in conflict as the preliminary theoretical perspective, especially regarding to overcome the obstacles to the effectiveness of that access. The methodology applied was developed by bibliographic research in the national and international doctrine about the reform process, with an emphasis on classic American writers who analyze the issues in comment. The formalism of the model of justice, considered a great impediment for many reforms and has been used as a starting point for various reforms in the justice system. The new constitutional paradigm and the public dissatisfaction with the archaic and unbalanced structure of the judiciary, a part of social needs, are treated as forms to stimulate the adoption of innovative procedures that make possible the efficiency of the judgement. The instrumental use of the legislation in the application of law and the presence of informal practices relates to studies made by Pound, Harrington and Galanter. It was found that, despite the commitment to state practices to overcome established barriers to the effectiveness of access to justice, there is an unequal appropriation of the modernizers sources offered, that end up favoring those who already have additional advantages in the system, while the misunderstanding about the meaning of the reform proposals limits the impacts of the changes. The Judiciary Reforms must be capable to make it more efficient and attractive to society, including the misfortunate, rejecting the traditional passive posture. The reform potential of informalism and active posture of the judges was emphasized as the way to neutralize the vantages of repeat players. Concluded that the achievement of the real justice depends on the respect of social disabilities.

Keywords: Judicial reform. Access to justice. Informalism. Inequality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 REFORMAS JUDICIAIS E O DIREITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA.....	12
1.1 Ideologias e mecanismos das Reformas Judiciais.....	16
1.2 Obstáculos ao Acesso à justiça.....	20
2 FORMALISMO E FUNCIONAMENTO DO JUDICIÁRIO.....	26
2.1 A Ideologia do Informalismo.....	28
2.2 Formalismo, acesso à justiça do hipossuficiente e a problemática dos juizados especiais.....	32
3 DESIGUALDADE ENTRE AS PARTES E O ACESSO À JUSTIÇA.....	38
3.1 Desigualdades entre as partes.....	42
3.2 Postura pró-ativa da magistratura.....	44
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

A insatisfação pública com a máquina judiciária justifica o surgimento de reformas judiciais há décadas. Sob as mais diversas perspectivas e orientadas por múltiplas intenções, repercutem no debate jurídico e político pretensões renovadoras destinadas a dar nova feição ao sistema de justiça. A constância de um discurso reformador não significa essencialmente a presença de um sentido unívoco para os objetivos de quem pretende transformar o Judiciário.

Isso fica claro diante das profundas modificações que a nova ordem constitucional e a teoria dos direitos fundamentais atual têm promovido no estudo e na interpretação do Direito. A análise da evolução do pensamento dos estudiosos do Direito demonstra que existem várias tentativas de superar obstáculos como o formalismo exacerbado e a grande desigualdade entre os litigantes, as quais nem sempre se mostraram bem sucedidas, mas que, de certa forma, contribuíram para a conformação das teorias atuais, influenciando soluções futuras.

Uma importante vertente destas reformas no século XX nasceu de uma ideologia contra o formalismo originada na jurisprudência sociológica de Roscoe Pound (1906) e na constatação de que o legalismo formal havia falhado na sua tarefa de oferecer instrumentos adequados para a solução dos conflitos baseado em princípios consensualmente aceitos ou em valores socialmente compartilhados. Como consequência da sua crítica, Pound encorajava o uso instrumental do processo, antecipando a tendência das reformas calcadas na percepção do processo como um meio e não como um fim em si.

O apego às fórmulas rígidas, neutras e universais, que caracteriza a formação das instituições estatais brasileiras, é um dos fatores que redundam em problemas crônicos dentro da dinâmica judicial do país, como a falta de acesso dos pobres à justiça, a ineficácia na defesa de direitos coletivos e difusos, a lentidão, a ineficiência e a corrupção. Tais questões não representam exclusividade brasileira.

A leitura da literatura internacional sobre os dilemas do Judiciário revela uma grande identidade entre as dificuldades enfrentadas pelos cidadãos nos mais diversos países do mundo. Verifica-se que surge a exigência de coerência e de conformidade entre os princípios constitucionais, os direitos fundamentais e os caminhos existentes para a solução de conflitos.

Dentro desta perspectiva, torna-se indispensável estudar as forças motoras de movimentos semelhantes realizados em outros países, refletir sobre as concepções contidas nas iniciativas reformadoras do Direito e analisar os efeitos concretos das mudanças dentro do

contexto social, político e jurídico do país. A compreensão dos limites das reformas jurídicas não se resume aos seus aspectos técnico-doutrinários. Longe disso. As dimensões mais relevantes destas reformas consistem exatamente na sua incorporação dentro do sistema de justiça e na sua capacidade de oferecer respostas às necessidades dos cidadãos.

Ambiciona-se encontrar instrumentos de acesso à justiça com o intuito de solucionar os inúmeros problemas advindos da atribuição do Estado de fornecer efetiva prestação jurisdicional à sociedade, como os elevados custos da prestação jurisdicional tradicional, o desconhecimento sobre os próprios direitos e a demora demasiada dos procedimentos formais, associados aos reclames de justiça social de todos os cidadãos, especialmente, os hipossuficientes.

Essa Justiça almejada deve ser um meio hábil posto à disposição de qualquer pessoa para a solução dos conflitos gerados das relações sociais, independentemente dos seus recursos econômicos e sociais. No entanto, as dificuldades de um sistema jurídico saturado de formalismo são incompatíveis com a obtenção de respostas justas para a grande maioria das questões, impondo uma barreira prévia ao sistema de justiça, por força da sua incompatibilidade com as necessidades ordinárias de justiça apresentadas na realidade da sociedade.

Verifica-se que manutenção de uma estrutura formalista, deficitária e ineficaz torna o Judiciário um meio inábil para as pessoas obterem a solução dos conflitos gerados das relações sociais, independentemente dos seus recursos econômicos e sociais. Essa estrutura gera um sentimento de descrédito no cidadão em relação às vantagens de buscar a prestação jurisdicional, o que inviabiliza o acesso efetivo à justiça.

Nesse sentido, percebe-se a carência de uma leitura mais acurada sobre os limites do discurso reformador. A explosão de alguns temas e propostas parece de tempos em tempos se alastrar no debate jurídico como uma onda irresistível que arrasta o campo do Direito, sem que se pare para avaliar o que é realmente possível com as mudanças pretendidas.

A discussão sobre as desigualdades entre as partes, as teorias dos direitos fundamentais e do informalismo, e a verdadeira dimensão das mudanças propostas para o alcance do acesso efetivo implica na desconstrução de mitos e na exposição de carências analíticas contidas nos pressupostos das grandes propostas para a reforma do Judiciário nacional.

Acerca dos aspectos metodológicos adotados no presente trabalho, optou-se por desenvolver pesquisa essencialmente bibliográfica, de modo que esta foi realizada mediante a

busca sistemática e ampla de informações em documentos de interesse para o estudo em comento, inclusive, com o levantamento, a seleção, o fichamento e o arquivamento dessas informações.

Especificamente, na primeira etapa do estudo, realizou-se o levantamento bibliográfico sistemático e amplo de artigos, livros e teses acerca da temática geral do acesso à justiça e dos temas específicos do informalismo, da teoria da norma constitucional e da desigualdade entre as partes. Após o levantamento, na segunda etapa, efetuaram-se a leitura e o fichamento do material, o que também ocorreu ao longo da etapa seguinte do estudo. Em um terceiro momento, analisaram-se as informações obtidas com o objetivo de sintetizar os principais resultados da pesquisa bibliográfica e, ainda, a leitura de material que se mostrou necessário após a verificação dos resultados.

O trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro, uma análise das propostas de reforma do judiciário é associada ao conceito de acesso à justiça e às barreiras que impedem a sua consolidação efetiva, na medida em que surgiram com o objetivo de romper barreiras significativas. Nessa linha, discute-se acerca das reformas judiciais norte-americanas e sobre a importância da busca da ampliação do acesso à justiça para as medidas adotadas em sua conformação.

O segundo capítulo trata do combate ao formalismo promovido por grande parte dos movimentos que buscam a reforma do Judiciário, os quais propõem a adoção de medidas como deslegalização, simplificação do sistema e alternativas extrajudiciais, nos moldes da ideologia do informalismo, defendida por diversos doutrinadores norte-americanos, como Harrington e Galanter. Defende-se a superação de alguns aspectos próprios da ideologia do formalismo como meio de proporcionar o acesso efetivo do cidadão carente ao sistema de justiça, já que a burocracia exacerbada, o legalismo tradicional e a complexidade acentuada do sistema processual, inerentes à formação jurídica brasileira e às estruturas do Judiciário, implicam em obstáculos para a oferta de uma prestação jurisdicional célere e justa.

Por fim, no terceiro capítulo, aborda-se a desigualdade entre as partes e a relação desse fator com o acesso à justiça, do ponto de vista social e prático, com o intuito de analisar se essa desigualdade representa uma verdadeira barreira ao acesso efetivo do cidadão hipossuficiente à justiça e como a possível influência negativa pode ser amenizada ou neutralizada. Questiona-se, ainda, se a postura pró-ativa da magistratura é um mecanismo eficaz na solução de um dos maiores desafios do Judiciário brasileiro, qual seja, a falta de acesso efetivo do cidadão carente.

1 REFORMAS JUDICIAIS E O DIREITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA

O conceito de acesso à justiça mais amplamente utilizado no Brasil e aplicado de modo generalizado nas análises sobre o Judiciário e seus problemas deriva da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth de 1988. Na leitura dos autores, o acesso à justiça consiste no “mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (1988, p. 12). Esse sistema jurídico, por meio do qual a coletividade pode reclamar os seus direitos e solucionar os seus conflitos sob a égide estatal, deve ser acessível a todos de forma igualitária e produzir resultados individualmente e socialmente justos. Nessa linha, verifica-se reflexão de Paulo Branco:

Os direitos fundamentais que, antes, buscavam proteger reivindicações comuns a todos os homens, passaram a, igualmente, proteger seres humanos que se singularizam pela influência de certas situações específicas em que apanhados. Alguns indivíduos, por conta de certas peculiaridades, tornam-se merecedores de atenção especial, exigida pelo princípio do respeito à dignidade humana [...] O homem não é mais visto em abstrato, mas na concretude das suas diversas de ser e de estar na sociedade. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 330-331)

Até pouco tempo, no curso das pesquisas envolvendo os sistemas jurídicos, ainda estava consolidada a tradição de se realizarem estudos que apenas procurassem analisar o sistema jurídico por meio de situações hipotéticas ou de uma casuística jurisprudencial, de maneira formal, aparentemente técnica e dogmática, sem que fossem verificados os impactos de determinadas mudanças nos aspectos reais e práticos do sistema judiciário ou nas demais dimensões da vida social. Com esse propósito, Boaventura (1986, p. 20) afirma que “a sociologia da administração da justiça tem-se ocupado dos obstáculos sociais e culturais ao efectivo acesso à justiça por parte das classes populares, e este constitui talvez um dos campos de estudo mais inovadores”.

A experiência brasileira após a redemocratização incorpora estratégias diversificadas para ampliar o acesso à justiça. Tal preocupação transborda a mera dimensão processual ou jurídica em sentido estrito, para ganhar contornos mais amplos com a clara constitucionalização do acesso à justiça, entendido como uma faceta do projeto de justiça social inserido ao longo de todo o texto da Constituição Federal de 1988.

Existe certo consenso doutrinário de que a norma que consagra o direito fundamental ao acesso à Justiça é o art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna. Neste dispositivo constitucional, está contida a norma que gera direitos, porquanto determina que a lei não poderá excluir

nenhuma lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário. Trata-se de um direito individual, divisível e subjetivo típico, o qual demanda comportamentos positivos e negativos daqueles que detêm o dever jurídico correspondente ao direito.

Destarte, o *caput* do referido artigo revela a atribuição de um fim e dever do Estado ao proclamar que todos são iguais perante a lei e garantindo aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Difunde-se, nessa linha, a ideia de igualdade material ou substancial e não apenas a igualdade formal, que durante um longo período na história do judiciário brasileiro era suficiente. Ressalte-se que a República Federativa do Brasil contempla a erradicação da pobreza e da marginalização como objetivos fundamentais, reduzindo, dessa forma, as desigualdades sociais e regionais.

Ao assumir o dever de eliminar as diferenças sociais, o constituinte tornou indiscutível a presença de uma desarmonia social repleta de dessemelhanças, o que se transformou em foco de tentativas reformadoras, com o intuito de assegurar os direitos sociais e individuais, buscando a igualdade e a justiça por via da solução das controvérsias, principalmente por meios pacíficos, assegurando-se um Estado Democrático de Direito. Coloca-se em foco a necessidade dessas tentativas garantirem, especialmente àqueles pobres e marginalizados, vias de acesso ao conhecimento de seus direitos e, finalmente, à própria Justiça.

A norma constitucional almeja a construção de um sistema jurídico no qual todo indivíduo possa conquistar a apreciação dos conflitos, a resolução de suas demandas e a concretização de seus direitos. Este sistema deve ser acessível a todos e, ao fim, somar resultados que sejam individual e socialmente justos. O alcance da plena justiça para todos como albergado pela Constituição cidadã exige a garantia elementar e primordial, pelo Estado, de vias de acesso efetivo.

Atualmente, a Constituição assumiu uma posição incontestável de supremacia diante das leis. Todo o ordenamento está permeado pelos ditames constitucionais vigentes, os quais têm encorajado inúmeros estudiosos do Direito a pesquisar sobre o assunto, propondo novas soluções compatíveis com a nova ordem constitucional. Nesses termos, verifica-se que:

A lei, como é sabido, perdeu o seu posto de supremacia, e hoje é subordinada à Constituição. Agora é amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição e, por isso, já constitui *slogan* dizer que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais, contrariando o que antes acontecia, quando os direitos fundamentais dependiam da lei. [...] o princípio da legalidade substancial significa um “transformação” que afeta as próprias concepções de direito

e de jurisdição e, assim, representa uma quebra de paradigma. (MARINONI, 2010, p. 23)

É nesse contexto que o estudo do acesso à jurisdição está estritamente interligado à transformação da concepção de direito, voltado para a sociedade, em busca da efetividade, fomentador do positivismo crítico e cada vez mais distante da ideia de que seria um fim em si mesmo. Assim, essa mudança de paradigma exige a superação de obstáculos como o tratamento formalmente igual de partes claramente desiguais. Marinoni acrescenta que:

[...] o positivismo jurídico, originariamente concebido para manter a ideologia do Estado Liberal, transformou-se, ele mesmo, em ideologia. Nessa dimensão, passou a constituir a bandeira dos defensores do *status quo* ou dos interessados em manter a situação consolidada pela lei. Isso permitiu que a sociedade se desenvolvesse sob um asséptico e indiferente sistema legal ou mediante a proteção de uma lei que, sem tratar de modo adequado os desiguais, tornou os iguais em carne e osso mais desiguais ainda. (2010, p. 32)

Além das inovações referentes ao sistema jurídico do ponto de vista constitucional, faz-se necessária a investigação de alguns pressupostos da concepção de justiça informal e simplificada. Não obstante o amplo leque de reflexões cabíveis diante da implementação de novas ideologias na jurisdição brasileira, este estudo pretende analisar um aspecto crucial e mais imediato do uso das novas ferramentas constitucionais no exercício jurisdicional: os limites do uso desses instrumentos para a ampliação efetiva do acesso à justiça para os mais pobres.

Cabe frisar que o fato de o acesso em comento estar fundado no próprio texto constitucional modela as reformas judiciais em seu benefício e impede alterações legislativas que embarquem os objetivos fixados pela norma suprema. A ideia de superioridade constitucional acima delineada promove esse entendimento, como esclarece Inocêncio Coelho:

Noutras palavras, pela sua própria localização na base da pirâmide normativa, é a Constituição a instância de transformação da normatividade, puramente hipotética, da norma fundamental, em normatividade concreta, dos preceitos de direito positivo – comandos postos em vigor – cuja forma e conteúdo, por isso mesmo, subordinam-se aos ditames constitucionais. Daí se falar em supremacia constitucional formal e material, no sentido de que qualquer ato jurídico – seja ele normativo ou de efeito concreto -, para ingressar ou permanecer, validamente, no ordenamento, há se mostrar conforme aos preceitos da Constituição. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 58-59)

Destarte, é possível perceber, nas propostas de reforma do Judiciário que propõem medidas como a deslegalização¹ e a simplificação processual, a compreensão sobre a

¹ Adotado por autores como Harrington, o termo deslegalização se refere a um movimento reformador, que busca a simplificação do sistema de justiça com o fito de aumentar a eficiência do Judiciário e ampliar o acesso à

incoerência existente entre o legalismo, expresso na forma de uma ideologia formalista, e os ideais substanciais invocados na democracia contemporânea para a realização dos direitos fundamentais. Por diversas perspectivas e orientações políticas ou teóricas, o modelo de justiça preso às fórmulas processuais rígidas, universais, pretensamente, técnicas e neutras sofre críticas.

Desde o início do século XX, autores como Pound (1906, online) já defendiam a socialização da lei como fórmula para garantir os interesses sociais na cidade moderna, na medida em que a sociedade deve estar envolvida na criação e na aplicação das normas. Nesse sentido, é importante esclarecer que campanhas capazes de socializar a lei deveriam ser adotadas diariamente, na forma de políticas públicas, como acontece com a tentativa de reabilitação de criminosos através de atividades culturais.

Proporcionar legitimidade por meio da lei, mas continuar flexível o suficiente para atender as pequenas causas e os conflitos sociais, é o objetivo buscado por reformadores há décadas. Este desafio esbarra, no caso brasileiro, na presença de um modelo processual aferrado em pressupostos teóricos que almejam a unidade do processo e uma pretensão de universalidade das formas que mecaniza a tarefa do magistrado e das partes. Apesar de esta unidade revelar-se ineficaz, a sua substituição exige uma atuação proativa da magistratura dentro do processo, o que se mostra difícil diante das características da formação jurídica e da longa tradição inercial dos juízes, bem como do grande volume de litígios.

Apesar de cada concepção reformadora do Judiciário partir de noções um pouco diferenciadas sobre o que constitui uma crise, as ideologias sempre apresentaram alguns pontos estruturais em comum, dentre os quais o informalismo tem sido a solução mais comum. Esse modelo comum de alternativa constituiu uma nova base para a legitimidade judicial e representa um afastamento das novas normas para alcançar resultados reformadores.

É nesse sentido que o interesse despertado pela teoria dos direitos fundamentais e pelo informalismo, justifica-se na necessária análise do tema do ponto de vista social e prático, com o intuito de impedir que teorias permaneçam latentes no papel, sem eficácia social. Identifica-se a pequena capacidade de romper com os pressupostos mais elementares das práticas judiciais construídas sob orientação da ideologia do formalismo.

justiça, sendo associado a soluções conjuntas, como a justiça informal. Não corresponde à ausência de normatização, e sim a uma simplificação e socialização da lei, tanto na criação, como na interpretação da norma.

Percebe-se, nesse contexto, que a maior parte dos desafios enfrentados pelo sistema legal norte-americano perdura há longo tempo e coincide com os desafios de qualquer reforma judicial.

Destarte, outros problemas desse sistema podem ser apontados, como os elencados por Pound (1906, online), que já no começo do século XX o considerava arcaico em três aspectos específicos, quais sejam a multiplicidade de cortes, a manutenção de jurisdições concorrentes e o desperdício de poder judicial que os anteriores envolvem. Apesar de a organização judicial dos diversos estados americanos exibir muitos detalhes diferenciados, todos possuem esses três aspectos em comum. Assim, o autor considera a multiplicidade de cortes uma característica da lei arcaica.

Por fim, ao tratar do mesmo assunto, Munger (*apud* HARRINGTON, 1985, p. 15) caracteriza as reformas judiciais no século XX em duas dimensões. A primeira procura preservar a autonomia e a habilidade dos tribunais tradicionais, ou seja, enfatiza a manutenção da capacidade de julgar fundada num conhecimento e numa autoridade peculiar à magistratura. A segunda almeja tornar os tribunais mais acessíveis e disponíveis para a resolução de conflitos. As duas dimensões destas reformas representam duas faces de um mesmo fenômeno associado à construção da ideologia do informalismo como estratégia para a redefinição da atuação do Judiciário. A referida ideologia, defendida por outros autores americanos, será tratada de forma mais detalhada no capítulo seguinte.

1.1 Ideologias e mecanismos das Reformas Judiciais

Quando se discute acerca do sistema de justiça, o desejo de proporcionar os benefícios do acesso à justiça a determinado indivíduo ou grupo de indivíduos surge de forma quase imediata. Alguns dos benefícios mencionados proporcionados são elencados por Galanter (1975, p. 226), como o sentimento de justiça, a proteção jurídica, a participação na tomada de decisões e as respostas para várias demandas. É importante esclarecer que se torna precipitada a suposição de que os problemas e insatisfações da sociedade com o Judiciário decorrem apenas da insuficiência dos serviços legais, pois outros fatores influenciam essa relação. As formas de utilização dos mecanismos que compõem o sistema legal, e as pessoas que o usufruem repercutem diretamente na identificação de quais mudanças se fazem necessárias.

Nesse sentido, Mayhew alerta que é temerária a suposição de que existe um conjunto de problemas e insatisfações sociais que não são solucionados porque os serviços legais não estão disponíveis de forma satisfatória. Essas necessidades sociais possuem relação mais

estreita com a forma como os serviços legais e o sistema são organizados do que com a percepção exata do nível de adequação desses serviços. Na visão do autor:

Nem pesquisas sobre as experiências do público nem os padrões dos casos levados às agências legais produzem uma medida particularmente válida das ‘necessidades legais’ de cidadania. A necessidade de serviços jurídicos e de oportunidades para ações legais benéficas não podem ser enumeradas como se fossem as doenças ou lesões que necessitam de tratamento. Em vez disso, nós temos uma vasta gama de litígios, distúrbios, vulnerabilidades e males que contêm um enorme potencial para a geração de ações judiciais. Se qualquer situação é definida como um problema ‘legal’, ou, mesmo que seja assim definida, chega a um advogado ou uma agência para obter a possível ajuda ou reparação, é uma consequência da organização social do sistema legal e da organização de uma sociedade maior – incluindo o deslocamento das ideologias sociais, os mecanismos legais disponíveis e os canais para trazer injustiças percebidas para agências legais.² (1975, p. 404, tradução nossa)

A compreensão sobre os problemas do Judiciário não envolve apenas a interpretação sobre aspectos dos serviços oferecidos pelo sistema legal ou uma classificação taxativa previamente elaborada. A tentativa de definir previamente a ampla gama de conflitos passíveis de ocorrência na sociedade mostra-se ineficaz diante das inúmeras variações e condicionantes possíveis. A conversão de problemas em questões jurídicas ou a busca de auxílio legal depende muito mais da capacidade de fazer que o sistema crie meios de canalização dos conflitos e injustiças, bem como de transformações mais amplas na sociedade que permitam encontrar vias para alcançar as diversas opções de serviços oferecidos pelo sistema de justiça.

Assim, constata-se que no âmbito das reformas judiciais, existia uma tendência de supor que as barreiras ao acesso à lei, faceta específica do acesso à justiça estudado, podem ser rompidas de forma mais eficiente por meio da melhora e do aumento dos serviços legais. Esse posicionamento elevava o avanço na prestação desses serviços à condição de “recurso chave” para solucionar os problemas do Judiciário. Esta opção, todavia, apresenta limites, como observou Galanter:

Gostaria de sugerir que este não é sempre o caso; que se devem comparar os custos e os benefícios das formas alternativas de fornecimento da legalidade; e que (1) em alguns casos, existem custos excessivos para o fornecimento de legalidade por meio

² No original: *Neither surveys of the experiences of the public nor the patterns of cases brought to legal agencies produce a particularly valid measure of the “legal needs” of citizenry. Needs for legal services and opportunities for beneficial legal action cannot be enumerated as if they were so many diseases or injuries in need of treatment. Rather, we have a vast array of disputes, disorders, vulnerabilities, and wrongs which contain an enormous potential for generation of legal actions. Whether any given situation becomes defined as a “legal” problem, or, even if so defined, makes its way to an attorney or other agency for possible aid or redress, is a consequence of the social organization of the legal system and the organization of a larger society – including shifting currents of social ideology, the available legal machinery, and the channels for bringing perceived injustices to legal agencies.*

de serviços jurídicos, e (2) em alguns casos, serviços jurídicos são insuficientes sem a adição de outros fatores.³ (1976, p. 227, tradução nossa)

As normas jurídicas, as instituições, os serviços legais e as partes envolvidas no litígio são enumerados como os componentes de um sistema legal. A transformação de um ou mais desses componentes pode ocorrer de variadas maneiras com o mesmo objetivo de proporcionar aos indivíduos maior acesso aos benefícios jurídicos. Algumas destas vias podem ser a reforma direta dos serviços legais, a remodelagem da ideologia e do treinamento dos profissionais que prestam os serviços, modificações nas normas jurídicas, além de muitas outras maneiras de interferir nos elementos mencionados e na forma como eles ampliam ou reduzem o acesso à justiça.

A alteração das normas jurídicas representa uma das maneiras mais comuns e importantes de melhorar o acesso à justiça. As mudanças legais podem proporcionar um grande avanço na busca do acesso efetivo, contudo podem representar um considerável retrocesso. Galanter (1975, p. 228) exemplifica, dentre essas alterações, aquelas que tornam desnecessária a interferência dos serviços legais, como nos assuntos envolvendo casamentos, os quais podem ser resolvidos, se as partes assim desejarem, mediante atos ou transações padronizadas, praticados com pouca ou nenhuma assistência de profissionais do Direito.

Por outro lado, verifica-se que esse tipo de alteração legal simplificadora não corresponde à opção mais comum, já que estas, normalmente, aumentam a complexidade da lei, afastando-a ainda mais da compreensão popular e tornando indispensável o auxílio profissional para a obtenção dos benefícios legais.

Quanto às instituições, existe uma grande variedade de propostas para reformá-las com o intuito de melhorar o acesso do cidadão, cuja classificação é apresentada de inúmeros modos pelos reformadores americanos. Galanter sugere uma classificação que contém as principais categorias em termos de alternativas para o modelo tradicional das cortes americanas, como as *small claims courts*, as quais estão diretamente ligadas ao objeto de estudo do presente trabalho:

A. Uma resposta clássica é fornecer cortes de ‘pequenas causas’ – isto é, de tribunais com menores custos e procedimentos mais simples, superando as barreiras de custo, acessibilidade da localização, intimidação e incompreensão. B. uma, por outro lado, pode tentar fornecer instituições de mediação e conciliação, em vez de julgar

³ No original: *I want to suggest that this is not always the case; that we must compare the costs and the benefits of alternative ways of delivering legality; and that (1) in some cases there are excessive costs to delivering legality through the medium of legal services, and (2) in some cases legal services are insufficient without some admixture of other factors.*

impondo um resultado de vitória ou perda. C. uma pode tentar alterar o caráter dos tribunais com a criação de tribunais mais 'populares' e participativos, menos profissionais e alienígenas, reduzindo, assim, a distância cultural e psicológica entre o tribunal e as partes. D. uma, em vez disso, pode incentivar o desenvolvimento dos tribunais no setor privado – tais como os fóruns dos consumidores operados por donos de lavanderias, a indústria de tapete e os fabricantes aplicativos caseiros [...] ⁴(1975, p. 229, tradução nossa)

Diante das quatro categorias elencadas acima, é possível constatar que as alterações nas instituições procuram aproximá-las da sociedade e seus diversos segmentos, na medida em que o modelo padronizado dos tribunais tradicionais não se mostra suficiente para atender aos variados tipos de direitos pleiteados e partes envolvidas. Nesse sentido, a estrutura das cortes de pequenas causas americanas adequou-se perfeitamente a tal objetivo, porquanto estas foram criadas para solucionar as demandas mais simples, contando com custos reduzidos, localização acessível, ambiente menos intimidador e procedimento mais compreensível pelas partes.

Ademais, nota-se que as reformas sugeridas para o sistema legal não incluem apenas alterações dentro da máquina judiciária, ao contrário, grande parte dos reformadores buscam alternativas que devem ser utilizadas paralelamente, sem que o Judiciário tradicional seja anulado. Ao mesmo tempo em que a conciliação e a mediação extrajudiciais são apontadas como caminhos para a superação das barreiras ao acesso à justiça, a criação de “tribunais populares” permitem a ampliação da participação das partes no procedimento e reduzem o abismo cultural e psicológico entre os tribunais e os litigantes. Sua criação apresenta-se como grande avanço na busca do acesso efetivo, o que evidencia a concomitância das propostas judiciais e extrajudiciais.

Galanter finaliza a classificação das mudanças nas instituições com as seguintes categorias:

E. Relacionado a estes são vários dispositivos que não são tribunais, mas defensores dos cidadãos (*champions*) – algo intermediário entre uma instituição de processamento de litígio e uma instituição que oferece representação. O *ombudsman* e o *ombudsman* da mídia são os principais exemplos. F. Completando o ciclo, pode-se pensar no aprovisionamento de instituições que sejam mais 'ativas' – ou seja, que se afaste do papel passivo dos tribunais para tomar a iniciativa investigativa pra

⁴ No original: *A. One classic response is to provide 'small claims' courts – that is, courts with lower costs and simpler procedures, overcoming barriers of cost, locational accessibility, intimidation, and incomprehensibility. B. One might instead attempt to provide institutions that are mediative and conciliatory, rather than judgmental, imposing a win/lose outcome. C. One might attempt to change the character of courts by creating tribunals that are more 'popular', responsive and participatory, less professional and alien, thereby reducing the cultural and psychological distance between tribunal and parties. D. One might instead encourage the development of tribunals in the private sector – such as the consumer forums operated by the dry cleaners, the carpet industry, and the home appliance manufactures [...]*

assegurar, montar e apresentar prova e para monitorar o desempenho, etc. Tais instituições pró-ativas reduziriam as vantagens existentes em razão da diferença entre a capacidade das partes ou dos seus representantes. A defesa de um interesse não representado pode ser realizada no próprio tribunal, como foi, por exemplo, no início das bancas de compensação dos trabalhadores [...].⁵ (1975, p. 230, tradução nossa)

Dentre as alterações institucionais elencadas pelo autor, vale ressaltar a provisão de instituições pró-ativas, que abandonem a característica tradicional de passividade para assumir atitudes ativas, como a iniciativa investigatória. Assim, o caráter pró-ativo das instituições seria capaz de atenuar as diferenças entre as partes, provenientes, na grande maioria dos casos, de melhores advogados e condições financeiras. Os interesses da parte menos favorecida, como o hipossuficiente, poderiam atingir um patamar de igualdade diante das probabilidades de obter o direito litigado, sem que as vantagens da outra parte sejam determinantes para a decisão da causa em seu favor.

Por fim, no que diz respeito às alterações dos elementos que compõem o sistema legal com o intuito de avançar na busca ao acesso efetivo de todos ao referido sistema, encontra-se a possibilidade de mudança no nível das partes envolvidas na causa. O indivíduo que utiliza o sistema, certamente, representa o elemento que edifica as fundamentais barreiras ao acesso em tela, já que se trata de deficiências diretamente ligadas à capacidade dos litigantes. Nesse sentido, é importante aprofundar o estudo no que diz respeito aos obstáculos que dificultam o percurso até objetivo primordial da efetividade, inclusive sob o ponto de vista da capacidade da parte, já que os elementos do sistema de justiça estão intrinsecamente ligados aos referidos estorvos.

1.2 Obstáculos ao acesso à justiça

Os obstáculos sociais e culturais à efetividade do acesso à Justiça, que afetam classes mais humildes, demonstram que a distância entre os cidadãos e a administração da justiça é inversamente proporcional a sua condição social, ou seja, quanto menor for o *status* social a que pertencem, maior será o distanciamento em relação à justiça. Isto ocorre, principalmente, em razão de os cidadãos de recursos escassos possuírem pouco conhecimento a respeito dos

⁵ No original: E. *Related to these are various devices that are not tribunals but champions – something halfway between a dispute processing institution and an institution that provides representation. The ombudsman and the media ombudsman are the prime examples. F. Coming full circle, one may think of supplying institutions that are more ‘active’ – i.e., that depart from the passive umpire role of courts to take investigatory initiative to secure, assemble, and present proof, and to monitor performance, etc. Such proactive institutions would reduce the advantages conferred by the differential competence of parties or their representatives. Advocacy of an unrepresented interest may be built into the tribunal itself, as it was, for example, in early workman’s compensation boards. [...]*

seus direitos e, como consequência, maior dificuldade em qualificar determinado problema como jurídico.

Ademais, ainda que a pessoa tenha informações sobre os direitos ou identifique os problemas como violações jurídicas, inclusive quanto à extensão da possibilidade de reparação, a proteção do direito somente será concretizada se o seu titular tiver interesse em promover uma ação condizente. Para Cappelletti e Garth:

Afastar a ‘pobreza no sentido legal’ – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do laissez-faire, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva. (1988, p. 9)

O obstáculo imposto pelo custo elevado de uma demanda representa um dos aspectos mais excludentes da maneira como o Estado oferece sua prestação jurisdicional ao cidadão. Trata-se de um dos aspectos mais relevantes dentro de um conjunto amplo de elementos que criam um filtro de renda para a obtenção da proteção judicial aos seus direitos. Não se trata de compreender a renda apenas em sentido estrito, como capacidade de arcar com custas, mas de uma situação de pobreza ou miséria que vem permeada por outros fatores como baixa escolaridade, vitimização pela violência, segregação, preconceito e desconhecimento sobre seus direitos.

Na leitura sobre o empecilho imposto pelos custos associado à movimentação da máquina judiciária, percebe-se uma compreensão focada nas dificuldades financeiras em obter um advogado, pagar custas e emolumentos e arcar com o ônus da sucumbência. Tais fatores revelam-se importantíssimos e vem recebendo tratamento específico nas realidades jurídicas de diversos países (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 15-18).

A oferta de assistência judiciária gratuita, na forma de advogados pagos pelo Estado ou por Defensorias, a flexibilização das regras de sucumbência ou mesmo a criação de organismos judiciais especializados e gratuitos contempla algumas das dimensões das barreiras impostas aos mais pobres, sob o ponto de vista econômico.

Por outro lado, o conceito de capacidade das partes, também relacionado aos obstáculos em discussão, remete a diversos aspectos das desvantagens apresentadas pelas partes, como o desconhecimento das normas e procedimentos, as condições financeiras precárias e o baixo padrão social, que ultrapassam os problemas diretamente ligados ao Judiciário e alcançam as misérias sociais.

Tendo em vista que a falta de capacidade das partes corresponde à barreira mais fundamental ao acesso efetivo buscado, Galanter (1975, p. 230-231) acredita que a evolução dessa característica detém o maior trunfo para a promoção do acesso à justiça. A capacidade em comento corresponde ao conjunto de qualidades pessoais que podem ser resumidas em ‘competência’, a qual diz respeito, dentre outras, à habilidade para reconhecer a violação do direito, à informação sobre os remédios disponíveis, prontidão psíquica para utilizá-los, à habilidade para administrar a lide com competência e à habilidade de procurar e utilizar ajuda apropriada.

Os fatores estruturais das partes apresentam-se como um aspecto determinante para obter o aperfeiçoamento das partes, porquanto o autor considera que as causas entre grandes organizações superam bastante o número de causas entre ricos e pobres. O desenrolar da lide após a violação de um direito é um fato isolado para o indivíduo, que adentra uma área de incertezas e riscos, enquanto para a organização, normalmente uma organização empresarial ou governamental, é um fato rotineiro e recorrente, o que acarreta a indiscutível vantagem desta parte sobre aquela.

Destarte, é importante elucidar que não se pretende adentrar na comparação entre o grau de disparidades existentes nas lides formadas por indivíduos ricos e pobres ou entre indivíduos e organizações, já que o litígio formado pelo hipossuficiente e outro indivíduo ou entre aquele e uma organização englobam todas as disparidades em comento.

O hipossuficiente, na quase totalidade dos casos, é um litigante ocasional, de acordo com as características delineadas pelo autor, o que torna razoável a atribuição das desvantagens do ocasional à parte hipossuficiente. Cabe esclarecer que estes dois tipos de litigantes são chamados pelo autor, respectivamente, de litigantes repetitivos, “*repeat players*” ou “RP”, e litigantes de tentativa única, “*one-shotters*” ou “OS”, e serão denominados litigantes habituais ou LH e litigantes ocasionais ou LO no presente estudo.

É indiscutível que os litigantes habituais, ora chamados de LHs, possuem diversas vantagens sobre os demais, especialmente, aqueles que somente procuram o judiciário esporadicamente para a solução de conflitos que dizem respeito a direitos imprescindíveis, o que evidencia a fragilidade destes em relação àqueles, cujas vantagens, como a capacidade de prever resultados, o acesso a profissionais especializados e a maior quantidade de recursos, precisam ser amenizadas pelo próprio Poder Judiciário, com o intuito de obter maior grau de

igualdade entre as partes. As duas formas de litigantes mencionadas fazem parte de categorias posicionadas em uma linha contínua e não em segmentos permanentemente separados.

Dentre as vantagens elencadas por Galanter (1994, p. 4-5), cabe esclarecer que os LHs já participaram de outras causas anteriormente, possuem a experiência de prever resultados, podem estruturar a próxima atuação e elaboram estratégias com facilidade. Outra vantagem descrita pelo autor refere-se ao fato de que os LHs desenvolvem grande experiência e têm acesso imediato a profissionais especialistas. Eles apreciam economias de escala, em razão da quantidade de casos, e têm custos iniciais baixos para qualquer causa. Em terceiro lugar, os habituais têm oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instituição, inclusive das instâncias decisórias.

O litigante habitual deve estabelecer e manter a credibilidade como um litigante competente. O interesse dessa categoria em manter a sua reputação serve como um recurso para estabelecer expectativas favoráveis nos casos futuros. Sem qualquer necessidade de manter uma reputação ou perspectiva da existência de casos futuros, o litigante ocasional tem mais dificuldade em testar estratégias e comprometer-se a negociar o direito pretendido. Enquanto um pode aguardar o tempo que for necessário para obter um resultado satisfatório no deslinde da causa, o outro não possui recursos suficientes, o que, muitas vezes, prejudica a percepção do direito ao qual faz jus.

O litigante habitual pode jogar com as probabilidades, já que, quanto maior o problema discutido parece para o litigante ocasional, é mais provável que aquele adote uma estratégia minimalista (minimiza a probabilidade da perda máxima). Supondo que os valores em discussão sejam relativamente menores para os LHs, estes podem adotar estratégias calculadas para maximizar os ganhos sobre uma longa série de casos, mesmo quando isto envolve o risco da perda máxima em alguns casos. (GALANTER, 1994, p. 6)

Nesse diapasão, constata-se que os litigantes habituais podem participar de uma lide para obter normas, assim como para obter ganhos imediatos. Dessa forma, um habitual é influenciado a expandir os recursos capazes de influenciar a elaboração das normas relevantes através de certos métodos, com o propósito de influenciar ativamente a mudança da legislação. O conhecimento avançado que é acumulado dessa maneira possibilita que este litigante realize essa forma de persuasão.

Esse tipo de postura fica ainda mais notável nas causas entre litigantes habituais, porquanto a quantidade de recursos investida é exorbitante, como afirma Galanter:

Quando existe lide entre litigantes habituais, pode-se esperar que haverá grandes dispêndios com o desenvolvimento de normas, muitos recursos, e o desenvolvimento rápido e elaborado de doutrina sobre a lei. Considerando que as partes podem investir para assegurar a implementação de normas favoráveis, pode-se esperar que a prática seja intimamente articulada para as regras resultantes ⁶. (1994, p. 19, tradução nossa)

Por outro lado, verifica-se que este tipo de litigante também demanda pelas normas da própria lide, enquanto é improvável que isto ocorra para o litigante ocasional ou LO. Dessa forma, há uma diferença naquilo que cada um considera como um resultado favorável, em razão de o LO investir bastante nos resultados imediatos, não se preocupar com a resolução de casos similares no futuro e ter pequeno interesse na possibilidade de o resultado da lide influenciar a forma de decidir em certames futuros. Em contrapartida, acerca dessa vantagem, Galanter esclarece o seguinte:

O litigante habitual, por outro lado, considera um resultado de valor qualquer coisa que influenciará resultados favoráveis em casos futuros. Quanto maior o investimento para uma parte e menor a probabilidade da lide repetir-se, será menos provável que o LH irá preocupar-se com as regras que guiarão os futuros casos do mesmo tipo. Ao considerar dois pais que contestam a custódia do filho único e o acusado à pena de morte e, por outro lado, o litigante com investimentos pequenos em determinada lide e a perspectiva de casos futuros similares, verifica-se que neste caso o litigante, provavelmente, ficará mais interessado na situação da lei do que no resultado do caso específico.⁷ (1994, p. 6, tradução nossa)

Assim, já que o risco de determinado caso é consideravelmente menor para um litigante habitual do que o investimento de um litigante ocasional, constata-se que o litigante habitual pode adotar uma série de estratégias para maximizar o ganho em uma série de causas, mesmo que isso signifique a perda total em alguma lide. É evidente que o litigante ocasional, como em regra é caracterizado o hipossuficiente, não pode adotar a mesma postura, porquanto a perda de uma causa pode representar grande prejuízo, até mesmo, à sobrevivência do mesmo.

Os litigantes habituais, em razão da experiência e do conhecimento avançado sobre a máquina judiciária, possuem a vantagem de discernir, com maior probabilidade de acerto, quais as regras que irão permanecer e serem incorporadas e quais as regras que serão apenas compromissos meramente simbólicos. Assim, eles podem concentrar os recursos nas mudanças das regras que podem fazer diferença nos julgamentos futuros, trocando derrotas

⁶ No original: *Where there is litigation in the RP vs. RP situation, we might expect that there would be heavy expenditure on rule-development, many appeals, and rapid and elaborate development of the doctrinal law. Since the parties can invest to secure implementation of favorable rules, we would expect practice to be closely articulated to the resulting rules.*

⁷ No original: *For the RP, on the other hand, anything that will favourably influence the outcomes of future cases is a worthwhile result. The larger the stake for any player and the lower the probability of repeat play, the less likely that he will be concerned with the rules which govern future cases of the same kind. Consider two parents contesting the custody of their only child, the prize fighter vs. the IRS for tax arrears, the convict facing the death penalty. On the other hand, the player with small stakes in the present case and the prospect of a series of similar cases (the IRS, the adoption agency, the prosecutor) may be more interested in the state of the law.*

simbólicas por ganhos concretos. Percebe-se que os LHs possuem maior capacidade de investirem nos recursos necessários para garantir a incorporação das regras mais favoráveis para eles, porquanto a incorporação das regras depende em parte dos recursos das partes, como conhecimento, atenção, serviços especializados e dinheiro.

É possível elaborar, através das vantagens dos litigantes habituais discutidas anteriormente, uma tipologia de estratégias para uma reforma judicial. Obtêm-se, inicialmente, quatro maneiras de uma reforma conseguir reduzir as desigualdades entre as partes, ou seja, tentar conferir vantagens para aqueles que não possuíam vantagens antes da suposta reforma. Estas se encontram diretamente ligadas aos quatro elementos que compõem o sistema legal.

As formas mencionadas correspondem à alteração de normas, à melhora das instalações institucionais, ao avanço na qualidade e na quantidade dos serviços legais oferecidos, incluindo a melhora da disponibilidade de informações sobre esses serviços, e ao progresso da posição estratégica das partes em desvantagem.

Neste último caso, a redução do desequilíbrio que prejudica os LOs depende da formação de grupos de litigantes aptos a agir no sistema de justiça de maneira coordenada em função de interesses comuns, da elaboração de estratégias de ação específicas, do acesso e utilização de serviços legais de alto nível, dentre outras medidas nesse sentido (GALANTER, 1994, p. 44). Verifica-se que os obstáculos ao acesso em tela exigem soluções multifacetadas, as quais abranjam a complexa problemática que envolve o cidadão hipossuficiente e a justiça, sendo inalcançável o esgotamento das mesmas em uma única oportunidade.

2 FORMALISMO E FUNCIONAMENTO DO JUDICIÁRIO

A grande parte dos movimentos que buscam a reforma do Judiciário propõe um conjunto de estratégias que incluem deslegalização, simplificação processual e soluções extrajudiciais. Percebe-se nestas propostas a compreensão sobre a incoerência existente entre o legalismo, expresso na forma de uma ideologia formalista, e os ideais substanciais invocados na democracia contemporânea e no neoconstitucionalismo para a realização dos direitos fundamentais.

Ao mesmo tempo, a vinculação histórica dos postulados do legalismo e do formalismo às raízes do liberalismo e da proteção às relações de mercado não se mostram suficientes para evitar sua crescente rejeição mesmo dentro dos segmentos empresariais. Por diversas perspectivas e orientações políticas ou teóricas, o modelo de justiça preso às fórmulas processuais rígidas, universais, pretensamente, técnicas e neutras sofre críticas.

As antigas reformas e as recentes continuam preservando, todavia, algumas das características básicas do “paradigma legalista” e nunca substituem a estrutura processual em si, apenas procurando complementar e aperfeiçoar a estrutura vigente (SHKLAR *apud* HARRINGTON, 1985, p. 10). Na primeira metade do século XX, com as primeiras reformas empreendidas nos EUA e em parte da Europa já se procuravam conciliar e harmonizar a justiça formal e a social.

Entretanto, não se mudavam os fundamentos do formalismo, considerado, numa leitura política, como a teoria tradicional utilizada por excelência para legitimar e diferenciar as instituições jurídicas dos outros meios de formar decisões dentro do Estado. Esta diferenciação expressar-se-ia numa forma peculiar de racionalidade jurídica, forjada numa grande teia que articula e dá coerência de ação aos operadores do direito desde os bancos universitários até a cúpula do Judiciário.

A crítica ao legalismo-formalismo integra-se, assim, a um conjunto amplo de ataques ao legado de doutrinas como a teoria kelseniana, a escola de exegese francesa, o padectismo germânico, entre outros. Para além da contestação teórico-doutrinária, exsurge a compreensão da incapacidade destes modelos de oferecerem respostas eficazes aos dilemas impostos à atuação do Judiciário ao longo do século XX. Se no Brasil esta crítica ganha corpo nas últimas décadas, nos EUA, regido por outra tradição jurídica, a rejeição aos efeitos perversos do culto às fórmulas legais e processuais rígidas ecoa há mais de um século.

A contrapartida da rejeição ao formalismo reside na formação de uma série de propostas orientadas pelo esforço de deslegalizar a solução dos conflitos e privilegiar mecanismos informais de atuação judicial. Todavia, verifica-se que o informalismo, como objetivo da reforma judicial, e a conseqüente tentativa de obter métodos informais não são soluções fáceis, sem problemáticas próprias, que irão solucionar todos os problemas combatidos por meio das reformas.

Os estudos realizados nesse sentido, ao contrário, tornam-se obscuros e nada inovadores, como os estudos realizados acerca da reforma gerada com as Cortes de Pequenas Causas norte americanas, *Small Claims Courts*, os quais atestam que esses tribunais falharam na utilização do seu potencial reformador, sem, no entanto, analisar detalhadamente as características peculiares dos tipos de causas submetidos aos tribunais mencionados. Para Harrington:

O objeto de análise – informalismo – torna-se o critério para julgamento de uma reforma. Procedimentos informais são idealizados como não adversariais, reabilitadores e métodos preventivos para a solução de conflitos. O objetivo da reforma – informalismo – é tratado como não problemático e, invariavelmente, centros de análises sobre as barreiras para implementar esse objetivo. Essa abordagem leva a previsíveis e não iluminadoras avaliações sobre as políticas da reforma. O fato de os movimentos das cortes juvenis e dos tribunais de pequenas causas não terem institucionalizado os ideais do informalismo não significa que eles foram simplesmente reformas sem sucesso. Claramente, ambos tem tido conseqüências significantes, tanto para os tribunais, como para as pessoas que os utilizam.⁸ (1985, p. 12, tradução nossa)

A rejeição aos efeitos do formalismo acaba por fomentar um movimento orientado pela defesa de soluções menos formais (ou informais) para os dilemas enfrentados pelo Direito e pelo Judiciário, principalmente diante da necessária conformação ao paradigma constitucional vigente em sistemas jurídicos como o brasileiro.

Forma-se o que se poderia chamar de uma ideologia do informalismo, com reflexos importantes e profundos sobre as perspectivas traçadas para as transformações do sistema de Justiça. Algumas mudanças no sistema, como os juizados nos Estados Unidos, originam-se sob o influxo deste conjunto de idéias e para a maioria dos autores brasileiros, passam

⁸ No original: *The subject of analysis – informalism – becomes the criterion for judging the reform. Informal procedures are idealized as nonadversarial, rehabilitative, and preventive methods for resolving conflict. The reform goal – informalism – is treated as nonproblematic and, invariably, analysis centers on barriers to implementing this goal. This approach leads to predictable and unilluminating evaluations of the politics of the reform. That the juvenile courts and Small Claims Court movements did not institutionalized the ideals of informalism does not mean they were simply failed reforms. Clearly both have had significant consequences for lower courts as well as for the people who use them.*

completamente despercebidas as finalidades e consequências da adoção de modelos informais de justiça e de processo.

2.1 A Ideologia do Informalismo

A ideologia do informalismo, especialmente no século XX, está relacionada à manutenção do poder e da autoridade do Poder Judiciário, em razão de o formalismo exacerbado ter maculado a confiança que a sociedade deposita neste Poder, por força da ineficiência da sua máquina e alheamento diante dos reclames populares. A autoridade do legalismo e os limites existentes para o acesso à justiça são, também, dimensões da mesma ideologia. Logo, a criação de uma ideologia do informalismo liga-se à remodelagem do poder e da autoridade judiciais. Harrington informa que:

A tarefa de criar e organizar um sistema para adjudicar conflitos que questionem a utilidade do formalismo reclama diferentes princípios sobre legitimidade e reorganização de um consenso legal (*legal consensus*). A legitimidade da reforma da deslegalização, assim como o formalismo legal, ainda está fundada no procedimento, mas, ao contrário do formalismo, esses procedimentos são caracterizados como alternativas informais. Essa reforma, entretanto, não é simplesmente um esforço para restabelecer a legitimidade das instituições judiciais em uma sociedade democrática. A reforma também busca aumentar o poder judicial. Esta constrói uma nova base para a legitimação da autoridade e a expansão do poder do sistema judiciário.⁹ (1985, p. 15, tradução nossa)

Pound, há mais de um século, já esclarecia alguns aspectos sobre as causas da insatisfação popular com o sistema jurídico. A insatisfação social com a administração da justiça não é exclusividade do modelo de justiça brasileiro. Ao contrário, esse dilema está presente em todos os sistemas legais e é tão antigo quanto a própria lei.

Embora a insatisfação popular com a administração da justiça constitua uma realidade que nunca será superada por completo, é indiscutível que o judiciário e as cortes que o compõem necessitam ser administrados de maneira mais eficiente e uniforme. Pound afirma que:

Basta um conhecimento superficial da literatura para mostrar que todos os sistemas legais têm causado as mesmas queixas entre todos os povos. Até mesmo o maravilhoso mecanismo moderno da administração judicial alemã é conhecido por não ser considerado confiável pelo povo, em relação ao sendo comum de que existe

⁹ No original: *The task of orchestrating a system for adjudicating conflict that questions the utility of formalism calls for different principles of legitimacy and the reorganization of a legal consensus. Like legal formalism, the legitimacy of delegatization reforms is still grounded in procedure, but, in contrast to formalism, these procedures are characterized as "informal alternatives". This reform, however, is not a simply patchwork effort to reestablish the legitimacy of judicial institutions in a democratic society. It is also a reform to increase judicial Power. It builds a new basis for both legitimating authority and expanding the Power of the judicial system.*

uma lei para os ricos e uma lei para os pobres. É óbvio, conseqüentemente, que deve existir alguma causa ou causas inerentes a toda lei e em todos os sistemas legais que produzam esse efeito universal e invariável. Acredito que essas causas de insatisfação com qualquer sistema legal sejam as seguintes: (1) A necessária operação mecânica das regras, e, dessa maneira, das leis; (2) a inevitável diferença entre os níveis de progresso entre a lei e a opinião pública; (3) a suposição popular geral de que a administração da justiça é uma tarefa fácil, para a qual qualquer um é competente; e (4) a impaciência popular com os controles.¹⁰ (1906, online, tradução nossa)

Os tribunais especiais para causas que envolvam direitos de vizinhança, conflitos domésticos e trabalhistas são apenas uma expressão do movimento em prol das formas informais de processo. A busca por formas alternativas de solução de conflitos possui diversas correntes de pensamento e utiliza alguns princípios do informalismo, o qual pode ser aplicado tanto no procedimento, como na própria forma de processo.

Algumas das teorias reformadoras que buscam efetivar a prestação jurisdicional modificam a própria essência do meio tradicional utilizado para a solução do litígio, ao aplicarem as formas alternativas de superação da lide, enquanto outras modificam apenas o procedimento tradicional, apesar de possuírem objetivos semelhantes e, também utilizarem o informalismo como ferramenta.

A maioria dos reformadores que adotam as referidas formas alternativas acredita que a estrutura de adversão criada entre as partes e a função de adjudicar o direito às mesmas impossibilita a representação das partes e a resolução efetiva do conflito, principalmente, quando o conflito ocorre entre pessoas da mesma família, ou, ainda, entre pessoas que mantêm relacionamento duradouro, como no trabalho ou na vizinhança.

A mediação é uma dessas formas alternativas. Conhecida por possuir uma estrutura e função diferenciadas, já que dentre as suas características está a flexibilidade do método, possibilita que as partes envolvidas façam propostas e compromissos que não estariam disponíveis na sistemática tradicional de resolução de controvérsias jurídicas. Verifica-se que essa estrutura permite que o conflito seja resolvido de maneira mais eficaz e duradoura do que

¹⁰ No original: *It needs but a superficial acquaintance with literature to show that all legal systems among all peoples have given rise to the same complaints. Even the wonderful mechanism of modern German judicial administration is said to be distrusted by the people on the time-worm ground that there is one law for the rich and another for the poor. It is obvious, therefore, that there must be some cause or causes inherent in all law and in all legal systems in order to produce this universal and invariable effect. These causes of dissatisfaction with any system of law I believe to be the following: (1) The necessarily mechanical operation of rules, and hence of laws; (2) the inevitable difference in rate of progress between law and public opinion; (3) the general popular assumption that the administration of justice is an easy task, to which anyone is competent; and (4) popular impatience of restraint.*

a estrutura que determina quem é o vencedor e o perdedor, acarretando a exacerbação do de grande parte dos conflitos.

Ainda sobre as formas alternativas, Harrington (1985, p. 17) evidencia que o crescimento dos tribunais arbitrais nos EUA no final do século XIX, independentes dos tribunais tradicionais, demonstrou que os empresários apresentavam grande aversão ao formato tradicional, já que se buscava, cada vez mais, a resolução de conflitos através da arbitragem. Na mesma época, como forma de justificar a citada preferência, os pensadores progressistas responsabilizavam o Legislativo pela ausência de criação de procedimentos mais informais e simplificados para processar as disputas comerciais, além de considerarem as disparidades entre os métodos comerciais e a administração judicial uma verdadeira fonte de crise para os tribunais.

A lentidão, o formalismo e a enorme quantidade de processos do Judiciário sempre foram citados como as razões pelas quais os empresários preferiam renunciar a grande parcela do direito referente a determinado negócio para evitar o processo tradicional. As deficiências criticadas pelos empresários no âmbito das relações comerciais podem facilmente ser estendidas a toda e qualquer classe social, especialmente, os pobres que não conseguem obter direitos por não possuírem recursos para buscar alternativas eficazes à ineficiência judicial.

O incentivo do uso voluntário da adjudicação do procedimento tradicional sob o formato de arbitragem, realizado no âmbito do Judiciário dos EUA, consistiu em parte de uma estratégia para restabelecer a credibilidade e a jurisdição dos tribunais, na medida em que se constatou a aversão dos empresários em relação ao procedimento legal e não aos princípios legais. O procedimento formal é apontado como o principal fundamento da crítica anti-legalista do setor privado.

Embora a forma de intervenção judicial tenha tomado a posição de eixo central do movimento pela deslegalização, a criação de um novo consenso legal tomou patamar de grande importância em relação à defesa da intervenção judicial por meio de métodos informais. Nesse diapasão, Harrington ensina que:

A organização de um novo consenso legal abrangeu mais do que a defesa de uma ideologia da intervenção judicial através de métodos informais. Requereu também a criação de estruturas da instituição para implementar formas de processamento informal da demanda. A arbitragem, supervisionada pela profissão legal e sancionada por instituições estatais e por leis, foi proposta como a forma de

intervenção para reconstruir a legitimidade de um consenso legal e para expandir a jurisdição para disputas comerciais diárias.¹¹ (1985, p. 19, tradução nossa).

Além de os tribunais tradicionais ficarem isolados dos litígios comerciais diários, não atendem às causas pequenas e comuns, já que a resolução destas mediante o procedimento ordinário é demorado e caro. Assim, revela-se indiscutível que a ineficácia no processamento da demanda, dentre outros motivos, causa o enfraquecimento da legitimidade dos tribunais nas mais diversas dimensões da vida social e não apenas para os mais pobres.

Deste modo, a mais da falta de compatibilidade do procedimento tradicional com as necessidades do comércio, percebe-se que o processo de industrialização e as migrações internas e externas no final do século XIX e ao longo do século XX levaram a uma grande concentração de trabalhadores pobres nos centros urbanos. O crescimento das cidades, o esgarçamento das relações tradicionais de poder e convivência, associado à dinâmica própria da vida industrial nas metrópoles trouxe reflexos severos sobre a ordem pública e conseqüentemente sobre a atuação dos tribunais.

Neste contexto, as leis não frequentavam o imaginário da maioria da população como expressão de modelos ou consensos aptos a solucionar conflitos ou a oferecer garantias de proteção mínima aos cidadãos. A ausência de uma referência à lei, especialmente entre trabalhadores pobres contava com interpretações que culpabilizavam e estigmatizavam ainda mais a pobreza, atribuindo características inerentemente desordeiras e perigosas à miséria ou fatores raciais e étnicos. Ao mesmo tempo, o distanciamento das instituições estatais, particularmente do Judiciário, legitimava o recurso às formas violentas de solução das disputas locais e amplificava a situação explosiva verificada nas grandes cidades.

É possível perceber, por outro lado, que há um longo tempo o receio de enfraquecer o perfil básico da profissionalização do trabalho jurídico, enquanto dimensão da institucionalização da função jurídica, impede a adoção de práticas informais na administração da justiça (SANTOS, 1988, p.83).

A justificativa utilizada para a socialização da lei por meio de procedimentos informais de solução de conflitos, conforme ressalta Harrington (1985, p. 22) baseou-se em duas concepções de acesso à justiça que fortaleceriam o Poder Judiciário. A primeira concepção

¹¹ No original: *The organization of a new legal consensus encompassed more than the advocacy of an ideology of judicial intervention through informal methods. It also required the creation of institution structures to implementing informal dispute processing. Arbitration, supervised by the legal profession and sanctioned by state institutions and laws, was proposed as the form of intervention to rebuild the legitimacy of a legal consensus and expand jurisdiction over everyday commercial disputes.*

diz respeito à eficiência administrativa da máquina judiciária, que deveria ser capaz de responder mais rapidamente às demandas trazidas para sua análise (*administrative approach*). A segunda fundamenta-se na crença de que a participação em procedimentos informais para a solução de conflitos mediados pelo Estado oferece uma ferramenta eficiente de socialização, ou seja, de interiorização da lei nos padrões sociais de conduta da população pobre.

Ambas as concepções são importantes para analisar as transformações ocorridas no processamento de pequenas causas em períodos distintos, como no progressista no final do século XIX e no período da deslegalização no final do século XX. A ideia de cortes socializadas foi introduzida naquele período, quando os progressistas afirmavam que tribunais especializados proporcionavam justiça social, em contraste com a justiça legal tradicional (HARRINGTON, 1985, p. 25).

As diferenças entre a reforma judicial nesses períodos exemplificados dizem respeito ao nível de mobilização política sobre as necessidades de mudança no Judiciário, já que o suporte político para as propostas se pulveriza num grande número de interesses diferenciados. Deste modo, torna-se inviável resolver todos os conflitos e problemas de forma satisfatória ou tentar integrá-los para reluzi-los em grandes pacotes de mudanças por força do elevado número de posicionamentos conflitantes.

2.2 Formalismo, acesso à justiça do hipossuficiente e a problemática dos Juizados Especiais

Percebe-se, por meio da análise da realidade normativa nos Estados Unidos do século XX, que as disparidades mais significativas no uso da lei e dos serviços legais não são entre os indivíduos ricos e pobres, e sim entre os indivíduos e as organizações (GALANTER, 1975, 240). Dessa maneira, o objetivo não seria apenas disponibilizar ao hipossuficiente a mesma qualidade e extensão dos serviços ofertados ao rico. Fazem-se necessárias medidas diferenciadas que favoreçam o indivíduo pobre, porquanto este é prejudicado duplamente ao ingressar no sistema de justiça.

Tradicionalmente, o Judiciário sofreu a influência teórica da doutrina italiana e seguiu o paradigma romano-germânico na busca pela verdade, especialmente diante das origens continentais do direito brasileiro, o que acentuou a tendência de apego às fórmulas rígidas, neutras e universais (LIEBMAN, 1985; MARINONI, 2008). Nesse sentido, é evidente que o efeito do formalismo sobre os operadores do direito faz que as inovações criadas para alcançar o acesso efetivo à justiça tenham o seu potencial neutralizado e, assim, os resultados

não modifiquem a base estrutural do sistema jurídico vigente e a forma de atuação de advogados, promotores, juízes e demais aplicadores do direito.

Existem inúmeros problemas causados pelo formalismo exacerbado, razão pela qual a solução não se encerra em disposições pontuais, como a oferta de serviços de justiça gratuita. A desarrazoada demora na prestação jurisdicional acarreta custos que se aproximam ou, até mesmo, superam o valor objeto do litígio.

O tempo excessivo entre o início e o término do processo leva a maioria das partes a optarem por acordos desvantajosos ou desistirem da causa. O conhecimento sobre a morosidade judicial repercute nas escolhas das partes, interfere na sua disponibilidade em ingressar em juízo e acaba por oferecer uma vantagem adicional àquele que pode suportar os custos da demora por mais tempo. Galanter considera que:

[...] quanto maior for a aversão pelo processo litigioso em uma população, maior serão as barreiras para os litigantes ocasionais proporem ou apresentarem defesa de causas, e maior serão as vantagens dos litigantes habituais, considerando-se que esses sentimentos afetariam os litigantes ocasionais, os quais tem maior probabilidade de serem indivíduos, mais do que os habituais, os quais, normalmente, são organizações.¹² (1994, p. 12, tradução nossa)

Na mesma linha, Galanter (1994, p. 3, tradução nossa)¹³ orienta que uma análise mais acurada sobre a realidade da sociedade que utiliza o sistema de justiça deve considerar “os diferentes tipos de partes e o efeito que estas diferenças podem ter no modo como o sistema funciona”. Assim, deve-se diferenciar o litigante habitual dos litigantes que demandam uma única vez ou ocasionalmente, dentre os quais se destacam as pessoas mais humildes.

De acordo com os preceitos adotados pelo movimento reformador de deslegalização, os tribunais são caracterizados como instituições fechadas e moldadas por procedimentos formais (HARRINGTON, 1985, p. 31). Os pensadores desse movimento acreditam que os conflitos sociais são submetidos a um processo no qual a comunicação é distorcida por estruturas legais, as quais desconsideram os aspectos sociais e interpessoais de um litígio, criando um vácuo entre a instituição e a sociedade. Esse vácuo entre os tribunais e a comunidade pode ser preenchido por tribunais públicos informais que sejam pró-ativos e não inertes como os tribunais tradicionais.

¹² No original: [...] *the greater the distaste for litigation in a population, the greater the barriers to OSs pressing or defending claims, and the greater the RP advantages, assuming that such sentiments would affect OSs, who are likely to be individuals, more than RPs, who are likely to be organizations.*

¹³ No original: [...] *the different kinds of parties and the effect these differences might have on the way the system works.*

Galanter (1994, p. 36) esclarece que o movimento pelas formas alternativas de resolução de conflitos é favorável à resolução de conflitos entre partes que mantêm relacionamento duradouro, como empregador e empregado, consumidores e vendedores, vizinhos e familiares, os quais, usualmente, utilizam formas privadas e informais para buscar a solução de conflitos. Diversos estudos demonstram que os conflitos entre indivíduos que mantem distância considerável na forma de relacionamento adaptam-se ao sistema tradicional, diferentemente dos relacionamentos em que essa distância é impossível.

Essa interpretação sobre a capacidade das cortes e a alternativa de processamento da demanda que se origina dela proporciona uma análise de funcionalismo estrutural tanto da “adjudicação”, como da mediação e demais formas alternativas. As alternativas de processamento da demanda substituem a capacidade das partes nos tribunais. A estrutura da mediação, diferentemente da adjudicação, aumenta a capacidade das partes chegarem a um consenso em comportamentos futuros, já que estão envolvidas mais diretamente na negociação e na elaboração do acordo. A estrutura da mediação proporciona ambiente mais favorável para as questões implícitas entre partes com relacionamento duradouro.

Nesse sentido, Harrington (1985, p. 33) elucida que apesar de as formas alternativas em questão, como a mediação, serem criadas para solucionar conflitos e facilitarem a obtenção de soluções mais efetivas do que o processamento tradicional, estas representam, em alguns casos concretos, apenas um suporte inovador para o modelo tradicional.

As ideologias das reformas judiciais sempre apresentaram alguns pontos estruturais em comum. Apesar de cada concepção reformadora partir de noções um pouco diferenciadas sobre o que constitui uma crise, o informalismo tem sido a solução comum em qualquer caso. Esse modelo comum de alternativa constituiu uma nova base para a legitimidade judicial e representa um afastamento das normas reformadoras para alcançar resultados reformadores.

A orientação do funcionalismo para a resolução de conflitos, ao contrário do formalismo, dá grande importância à participação dos envolvidos. Essa participação é considerada fator essencial na modelação do comportamento e na duração do consenso alcançado, além de reduzir a alienação e a insatisfação popular perante os tribunais.

Observa-se, diante de tais fatos, que as soluções para os problemas enfrentados para reconstruir o papel do Judiciário nas democracias contemporâneas, especialmente em países desiguais e de tradição autoritária como o Brasil, passam pela busca de soluções específicas capazes de abarcar aspectos de uma realidade excessivamente complexa. A nova base de

legitimidade para o processamento de pequenas causas é a participação efetiva das partes na aplicação da solução final para a demanda.

Assim, surgem soluções pontuais e parciais, como o procedimento simplificado e informal dos juizados especiais e a oferta do benefício da justiça gratuita, que, isoladamente, não representam respostas aos grandes dilemas do Judiciário, sendo indispensável a reunião de propostas de forma harmônica.

Na busca da superação do formalismo exagerado, os juizados especiais surgiram com grandes promessas, inclusive no âmbito da concretização de direitos pelos indivíduos carentes de recursos. Incorporou-se na Constituição Federal de 1988 a implantação dos “juizados de pequenas causas” no artigo 24, inciso X, os quais foram chamados posteriormente de Juizados Especiais, com competência para “causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo” (artigo 98, inciso I).

Os Juizados Especiais integraram-se ao Poder Judiciário para proporcionar o acesso mais fácil do jurisdicionado, especialmente o hipossuficiente, criando, inegavelmente, a oportunidade de obtenção da tutela para pretensões que dificilmente poderiam encontrar solução razoável através de mecanismos complexos, demorados e onerosos. O êxito do modelo corresponde ao fato de ter, pioneiramente, assegurado maior acesso físico das partes ao sistema de justiça por meio da criação de diversos juizados em bairros pobres e distantes das regiões centrais, além da promessa de celeridade. Nesse sentido, Marinoni afirma que:

[...] a filosofia dos juizados é tocada pela temática da demora procedimental porque o hipossuficiente, que deve ser o seu cliente, é aquele que mais sofre com o retardo na entrega da prestação jurisdicional. Em outras palavras, é preciso deixar claro, para que não ocorram distorções, que o escopo dos juizados não é o de simplesmente propiciar uma justiça mais célere, mas sim o de garantir maior e mais efetivo acesso à justiça, com o que a celeridade inegavelmente contribui, especialmente quando estão presentes as causas das pessoas menos favorecidas. (2000, p. 74)

De outro modo, propostas como a dos juizados levam em consideração não apenas a capacidade de aprimorar a forma de assegurar direitos judicialmente, mas incorporar demandas e litígios excluídos do horizonte de atuação das cortes. Além de se transformar procedimentos, os legisladores empenham-se em inovar para abarcar eventos parcial ou totalmente incompatíveis com a forma tradicional de fazer justiça.

Sobre este ponto, Cappelletti e Garth ressaltam que:

O acesso não é apenas um direito sócio fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente o ponto central da moderna processualística. Seu

estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica. (1988, p. 13)

Os juizados revelam, assim, uma estratégia para enfrentar problemas de acesso à justiça e de ineficácia na proteção de direitos a partir de inovações processuais que tentem solucionar os obstáculos encontrados no direito e na realidade forense.

Os juizados norte-americanos em sua origem continham uma forte visão elitista e preconceituosa dirigida às massas de trabalhadores urbanos e imigrantes pobres. Antes de proteger os direitos, almejava-se criar um mecanismo para legitimar o uso da lei como paradigma social de representação de um conflito, centrando-se a iniciativa em seu caráter disciplinador e de controle. A ideologia do informalismo, originada na crítica à ineficácia do judiciário, associava-se à preocupação crescente com a situação explosiva verificada em grandes centros industriais (HARRINGTON, 1985).

O desconhecimento sobre a dinâmica processual do *Common Law* e a incompatibilidade com a tradição jurídica brasileira continham o risco (que efetivamente se concretizou) da transposição das antigas práticas formalistas e da forma de atuar das varas cíveis ou criminais para dentro dos juizados. Reproduz-se, assim, um modelo, contudo há pouca capacidade de transpor uma cultura jurídica ou de produzir nos agentes envolvidos a adesão necessária ao funcionamento correto deste novo sistema. Acresce a isso o fato de não compreender com clareza as finalidades deste modelo, o público para o qual se dirige e as demandas que deverão ser julgadas, a fim de se pensar fórmulas adequadas para consecução dos objetivos reformadores.

Por em prática princípios como a informalidade e a simplicidade, frequentar bairros pobres, dirigir audiências sem a presença de advogados, solucionar conflitos tratados em linguagem coloquial e sem uso de fórmulas jurídicas, entre outras idéias, consistem em tarefas extremamente difíceis, porém fundamentais para o sucesso dos juizados. Percebe-se, entretanto que uma parcela dos juízes e dos demais operadores do direito não conseguiram alcançar o real significado do modelo dos juizados. Marinoni alerta que:

O problema da inefetividade da justiça, além de estar ligada à própria estrutura do nosso sistema de tutela dos direitos, passa pela necessidade da criação de um número de órgãos jurisdicionais, da adoção de um critério racional de distribuição de competências, de uma melhor formação dos juízes, de critérios mais eficientes e probos de seleção de auxiliares judiciários etc. [...] A ideologia do juizado requer uma mudança de mentalidade, ou, melhor, a instituição de uma mentalidade voltada para o trato das questões das pessoas carentes. [...] A má formação dos operadores do direito é fonte propícia para o retorno ao formalismo e para a dissolução da ideologia que marca o juizado, o que evidencia a necessidade de um maior investimento na formação dos profissionais do direito. (2000, p. 74)

Note-se que esse contexto reflete posicionamento comum da doutrina jurídica dos países periféricos, como o Brasil, os quais acabam sofrendo uma espécie de aculturação dos países centrais, onde os intelectuais locais tendem a adotar as teorias alienígenas sem maior questionamento e sem fazer os devidos temperamentos frente à nossa realidade social (SILVA, 2002, p. 17).

Assim, ainda são buscados procedimentos capazes de oferecer respostas eficazes, ágeis e, principalmente, reabilitar o Judiciário como locus adequado para a proteção de direitos tanto na sua dimensão patrimonial, como na esfera das garantias dos direitos fundamentais, tendo esta última recebido atenção especial dos estudiosos na nova era constitucional do direito.

3 DESIGUALDADE ENTRE AS PARTES E O ACESSO À JUSTIÇA

Diante de princípios constitucionais como o da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, passou-se a reclamar uma postura positiva do Estado na consecução da justiça social, por meio de prestações sociais estatais, como a assistência social e a saúde. Nota-se uma clara passagem da qualificadora formal da liberdade e da igualdade, as quais, vale ressaltar, caminham juntas, para a adjetivação de liberdade e igualdade substanciais. Transmuda-se de liberdades formais e meramente abstratas para as liberdades concretas.

O liberalismo e a ideologia individualista representavam os motivos suplementares para o desprezo da parte institucional dos direitos fundamentais. O formalismo e o positivismo não tem qualquer sentido para a relação imanente dos direitos fundamentais como institutos, na medida em que a essência da liberdade se esgotava com as liberdades negativas diante da coerção do Estado. (HABERLE, Peter, apud MARINONI, 2010, p. 32)

A ideia de igualdade formal reflete a impossibilidade de tratamento diferenciado às diferentes posições sociais e aos bens, unificando o valor dos direitos, permitindo a sua expressão em dinheiro. Marinoni esclarece que:

A ideia de lei genérica e abstrata, fundada no Estado legislativo supunha uma sociedade homogênea, composta por 'homens livres e iguais' e dotados das mesmas necessidades. É claro que essa pretensão foi rapidamente negada pela dimensão concreta da vida em sociedade, inexoravelmente formada por pessoas e classes sociais diferentes e com necessidades e aspirações completamente distintas. (2010, p. 42)

Tanto a lei genérica e abstrata, como a jurisdição uniforme são compatíveis apenas com uma sociedade homogênea, formada por iguais, ou seja, indivíduos que disfrutem as mesmas oportunidades e possuem condição social, educacional e moral semelhantes, o que, indiscutivelmente, configura mera utopia. Diante desse cenário genérico e uniforme, a única igualdade que seria alcançada na sociedade brasileira seria a formal. Nos casos em que o Estado ignora as desigualdades sociais para privilegiar a liberdade, tratando todos de maneira formalmente igual, as diferenças concretas são acentuadas vertiginosamente.

Por outro lado, entretanto, é importante destacar que a ingerência de forças sociais na elaboração e aplicação do direito nem sempre representa um avanço na busca da justiça social, na medida em que o interesse de grupos fortes ou de pessoas capazes de pressionar as casas legislativas desvirtua a criação do direito para conciliar as prioridades pessoais destes, em detrimento da maior fatia da sociedade. Nesses termos, Marinoni alerta que:

Atualmente, como se reconhece que a lei é o resultado de uma coalisão de forças dos vários grupos sociais, e que por isso frequentemente adquire contornos não só nebulosos, mas também egoísticos, torna-se evidente a necessidade de submeter a produção normativa a um controle que tome em consideração os princípios de justiça. (2010, p. 45)

Com o intuito de neutralizar essas distorções que podem acarretar a ocorrência de arbitrariedades e discriminações sob o manto de leis formalmente perfeitas, surgiu a teoria da legalidade substancial, a qual exige a adequação da lei à Constituição e aos direitos fundamentais. Na mesma linha, deve-se observar o cumprimento do princípio da legalidade sob esse novo paradigma no momento de interpretação da norma e da aplicação desta ao caso concreto.

O princípio da igualdade encontra-se semeado ao longo de todo o texto constitucional. A igualdade faz parte da própria essência do convívio humano, resultando da organização entre os homens, com o fito de igualizar as diferenças através das instituições. Dessa maneira, a carência de acesso efetivo à justiça significa perder o acesso à igualdade, na medida em que o indivíduo hipossuficiente que se vê impossibilitado de buscar seus direitos ocupa posição infera na sociedade, ficando destituído da sua própria cidadania.

Destaque-se que um dos objetivos da igualdade em comento é a busca do fundamento constitucional que é a erradicação da pobreza e da marginalização com a procura contínua pela redução das desigualdades sociais e regionais. O Estado Democrático e Social de Direito brasileiro consagrado pela Carta Magna deve garantir os direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça, o que constitui um objetivo permanente do Estado, como previsto expressamente no preâmbulo. Silva destaca que:

[...] a fórmula de democratização da Justiça é aproximá-la do povo, principalmente dos mais carentes, que têm fome e sede de Justiça, a começar pela própria situação de extrema desigualdade que sofrem com a falta de distribuição de renda. Adotar mecanismos para incluir os mais necessitados no acesso à Justiça estimula nossa frágil democracia e resgata cidadania. (2002, p. 58)

É nesse sentido que se faz necessária a análise dos novos mecanismos, como a redução das desigualdades existentes entre as partes, do ponto de vista social e prático, com o intuito de impedir que as normas permaneçam latentes no papel, sem eficácia social.

Este dilema representa um obstáculo muitas vezes intransponível a qualquer tentativa de reforma do Judiciário brasileiro. Uma longa distância separa as concepções reformadoras das iniciativas transformadas efetivamente em lei. E uma distância ainda maior separa as previsões legais da sua conversão em práticas efetivamente transformadoras. É importante destacar que as reformas idealizadas para o Poder Judiciário no Brasil, assim como nos

demais países periféricos, além da postura apegada ao formalismo, possuem significativas dificuldades relacionadas às disparidades sociais, já que existe um grande distanciamento entre ricos e pobres. Nesse sentido, Silva pondera que:

O Judiciário fica, então, frente a essas disparidades sociais, e aliado a uma legislação conservadora e formalista, um direito processual de cunho individualista que, com procedimentos demorados, faz que uma causa normal, de rito ordinário, se arraste por anos a fio, beneficiando os mais privilegiados economicamente e ao próprio poder público, quando litiga com particulares. [...] Assim, o Poder Judiciário no Brasil, como no resto dos países periféricos, deveria ser alvo de modificações concretas para que, aproveitando as normas mais avançadas, passasse a assumir posturas de efetiva democratização, buscando uma aproximação com os jurisdicionados, principalmente os das classes mais populares, que mais sentem a ausência do Poder Judiciário. (2002, p. 13-16)

Apesar de já estar bastante difundida a necessidade de obter-se acesso efetivo à justiça, o conceito de acesso efetivo é muito vago e pode ser abordado de diferentes maneiras. Alguns dos posicionamentos mais objetivos esclarecem que a efetividade almejada seria alcançada com a igualdade entre as partes quando tentarem obter determinado direito substantivo ou da derrubada de barreiras financeiras, sempre através da utilização de mecanismos processuais.

Sob esse aspecto, não deveria ser considerado qualquer fator estranho ao Direito, ao qual se submeteria a decisão final do Judiciário. Ocorre que, ao contrário desse entendimento, alguns fatores indispensáveis devem ser observados, como a desvantagem social entre as partes, já que a igualdade, em termos constitucionais, somente é alcançada se aos desiguais forem proporcionados recursos diferenciados. Cappelletti e Garth corroboram com esse entendimento nos seguintes termos:

O processo não deve ser colocado no vácuo. Os juristas precisam reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução dos conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal, tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. (1988, p. 12)

Destarte, as alterações realizadas não conseguem atingir o eixo central do Judiciário em razão de estar cercado por forças corporativas que repelem as mudanças. Verifica-se que os grandes grupos de interesse em torno do sistema justiça, como os magistrados, advogados ou membros do Ministério Público possuem como aspecto criador de sua identidade corporativa a lenta afirmação das maneiras de agir e pensar diferenciadas.

Estas idiossincrasias, que interligam os membros do campo jurídico e ao mesmo tempo o separa como um sistema próprio e peculiar, forçam a conversão às regras do mundo do Direito de toda forma de demanda social e política. As iniciativas de reforma representam

momentos de contato e fricção entre sistemas. Não se gestam reformas pela busca da excelência ou do aprimoramento em si, mas por força de pressões, críticas e necessidades sociais. A origem externa destas demandas implica em várias condicionantes sobre a forma de reação do Judiciário. De um lado, haverá sempre um empenho para garantir a primazia na condução das discussões sobre o modelo reformador e, de outro, a cautela para preservar papéis sociais lentamente elaborados e consolidados dentro da história nacional.

Assim, os operadores do direito tenderão inevitavelmente conter a força renovadora das reformas e adaptá-las às exigências como a garantia do mercado de trabalho dos advogados, a proteção das prerrogativas de magistrados e membros do MP, o controle interno sobre a organização do Judiciário, entre outras. Ainda que estas reformas conseguissem superar todas estas barreiras, ainda sim, dependeriam da maneira como as mudanças se operacionalizam na realidade judiciária, esta, sim, a etapa mais difícil de toda mudança institucional.

Nesse sentido, propostas, como os já mencionados juizados especiais e a virtualização do feito são exemplos de mudanças que dependem dos operadores do direito para se tornarem verdadeiramente reformadoras. A virtualização foi difundida através de um discurso reformador, capitaneado pelo Conselho Nacional de Justiça. A divulgação de uma revolução tecnológica para as práticas do Judiciário ganhou enorme destaque num ambiente de entusiasmo generalizado com o potencial de ferramentas como a Internet. A virtualização representa um procedimento novo e não um sistema reformado. Consiste numa ferramenta de transposição do processo tradicional para dentro de um sistema informatizado que permite a realização de atos através de redes de computadores.

A inovação tecnológica cria uma poderosa ferramenta gerencial, capaz de ampliar a produtividade do Judiciário nas situações em que se exigiria a manipulação de papeis e dos autos físicos, reduzindo, potencialmente e a longo prazo, os custos das demandas. Entretanto, em relação ao hipossuficiente, não se pode perder de vista o baixíssimo acesso à Internet, a reduzida escolaridade, o pouco conhecimento para utilizar novas tecnologias, entres outros problemas.

Parte dos reformadores tem entendido que a melhor forma de apresentar soluções para os limites existentes ao acesso à justiça é a criação de alternativas para o sistema judiciário formal e tradicional. No entanto, mesmo que sejam criadas alternativas para determinados casos específicos ou, ainda, para determinadas condições específicas desses casos, sempre existirão litígios que deverão ser submetidos à estrutura tradicional, tendo em vista que é

totalmente inviável desestruturar toda a máquina judiciária na sua essência para substituí-la por outra diversa.

Ademais, é importante ressaltar que até mesmo essas formas alternativas de processamento da demanda, as quais já foram discutidas anteriormente, acabam funcionando como suporte aos tribunais e ao procedimento tradicional. Assim, faz-se necessário que o informalismo e a forma de atuação dos aplicadores do direito, inclusive os magistrados, influencie diretamente o procedimento tradicional dos tribunais e não apenas as alternativas que circundam esse procedimento.

3.1 Desigualdade entre as partes

No que se refere à aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa, deve-se considerar a capacidade jurídica pessoal de cada parte. A maior parte das pessoas possui limitações para acessar a justiça que vão além dos recursos financeiros, como a falta de conhecimento jurídico básico que atinge todas as classes sociais.

Dessa maneira, o reconhecimento da existência de um direito juridicamente exigível ou de um direito violado que deve ser tutelado torna-se difícil para aqueles que não dominam o conhecimento jurídico aplicável ao caso concreto. Em alguns casos, o titular do direito possui alguma consciência de que o seu direito é exigível, no entanto desconhece a maneira de ajuizar uma demanda, principalmente, quando se trata de direitos que fogem às situações mais comuns na área de família ou relações de consumo.

Dentre as soluções apresentadas por alguns autores, os Juizados Especiais Virtuais amenizam algumas e, ao mesmo tempo, acentuam outras discrepâncias existentes entre os litigantes habituais e os hipossuficientes, que acabam sem condições econômicas e sociais de competir de forma igualitária. Ao oferecer a possibilidade de atuar eletronicamente nos processos, oferece-se uma vantagem de custo e operação àqueles para quem o uso da Internet mostra-se habitual.

As grandes empresas, que representam um número significativo dos demandados nas ações dos juizados, contarão com um recurso adicional para redução dos custos no gerenciamento e movimentação das ações em que são réis. As novas tecnologias oferecem, assim, benefícios superiores à parte que normalmente já possui mais recursos, conta com grande número de advogados e pode arcar com o ônus de prorrogar indefinidamente a solução da lide.

Algumas propostas reformadoras, ao contrário de representar um benefício para o cidadão mais carente, podem levantar barreiras adicionais, acentuando as desigualdades, principalmente se perseverar a pequena presença de defensores públicos nos juizados para o atendimento pessoal ao hipossuficiente, a baixa qualidade no atendimento e o uso pouco eficiente das soluções extrajudiciais. No que diz respeito aos obstáculos ao acesso dos pobres à justiça, Cappelletti e Garth elucidam um padrão no sistema jurídico:

Um exame dessas barreiras ao acesso, como se vê, revelou um padrão: os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais 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. (1988, p. 28)

Mostra-se importante que sejam questionadas e analisadas as formas capazes de concretizar os direitos dos indivíduos mais pobres, especialmente aqueles submetidos à miséria, em face das empresas, dos governos, dos poluidores e demais violadores. As formas mencionadas não podem negligenciar o inter-relacionamento entre as diversas barreiras à acessibilidade ao sistema jurídico. Nesse diapasão Silva ensina que:

Não resta dúvida de que fatores econômicos, sociais e culturais afastam da justiça o cidadão carente. Assim, para a população mais pobre, há sempre uma grande demanda reprimida em relação ao acesso à Justiça. São causas que, para o cidadão comum, talvez não tenham grande importância, mas para o cidadão mais necessitado tem enorme significado. (2002, p. 57)

Na realidade, a investigação sobre o papel social e político desempenhado pelo Judiciário brasileiro revela a importância de elaborarem propostas efetivamente inovadoras e informais destinadas a expandir as fronteiras tradicionais do que se considera fazer justiça e proteger direitos. A aplicação das novas formas de obtenção da prestação jurisdicional deve ser analisada sob um contexto social, com o fim de impedir que a discussão das reformas fique presa à dimensão técnica do procedimento. Sobre essa questão, Santos aponta que:

[...] a organização da justiça civil e, em particular, a tramitação processual não podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela teoria processualista, devendo investigar-se as funções sociais por elas desempenhadas e, em particular, o modo como as opções técnicas no seu seio veiculam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagônicos [...] (1999, p. 167-168)

As pessoas que vivem em condição de miséria são mais atingidas pelos obstáculos ao acesso efetivo à justiça, porquanto as deficiências econômicas, sociais e culturais apresentam dimensão alarmante no Brasil. Durante a evolução do sistema de justiça em diversos países, como o brasileiro, ficou evidente que os custos do acesso à prestação jurisdicional são muito elevados e que a incoerência entre o valor da causa e o custo do processamento da demanda aumentava conforme o primeiro diminuía.

Após analisar estudos realizados em países europeus, como a Alemanha e a Itália, sobre os obstáculos econômicos ao acesso à justiça, Santos pondera que:

Estes estudos revelam que a justiça civil é cara para os cidadãos em geral, mas revelam sobretudo que a justiça civil é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis. É que são eles fundamentalmente os protagonistas e os interessados nas acções de menos valor e é nessas acções que a justiça é proporcionalmente mais cara, o que configura um fenómeno da dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça. (1999, p. 168)

Alguns desses obstáculos podem ser minimizados tanto pela Defensoria Pública, como por outras formas assistenciais, como a disponibilização de profissionais de outras áreas no âmbito da máquina judiciária, como psicólogos e assistentes sociais, com o fim de atender problemas que com frequência alcançam o Judiciário, mas trazem consigo uma carga de outras necessidades insolúveis pela via judicial. Em consonância com essa ideia, Santos nota que:

[...] a discriminação social no acesso à justiça é um fenómeno muito mais complexo do que à primeira vista pode parecer, já que, para além das condicionantes económicas, sempre mais óbvias, envolve condicionantes sociais e culturais resultantes de processos de socialização e de interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar. A riqueza dos resultados das investigações sociológicas no domínio do acesso á justiça não pode deixar de reflectir nas inovações institucionais e organizacionais que, um pouco por toda parte, foram sendo levadas a cabo para minimizar as escandalosas discrepâncias verificadas entre justiça civil e justiça social. (1999, p. 170-171)

Assim, longe de rejeitar as grandes possibilidades oferecidas pelas novas propostas aplicadas no campo da Justiça, pretendeu-se analisar os limites de um discurso reformador no que diz respeito à efetivação do acesso à justiça do cidadão hipossuficiente. A recepção acrítica dessas novas políticas projetada sobre o Judiciário e falta de estudos sobre os efeitos da implementação das mesmas pode tão somente conservar ou ampliar distorções históricas na atuação do Judiciário brasileiro.

3.2 Postura Pró-ativa da Magistratura

A ideologia corporativa responsável pela formação e orientação da magistratura, bem como o próprio modelo doutrinário adotado na concepção do sistema jurídico brasileiro reforçam a compreensão do papel do juiz como um agente neutro, passivo e equidistante das partes. Ao tratar da observância de princípios constitucionais na prestação jurisdicional, Silva alerta que:

[...] os juízes de postura liberal, em sua grande maioria, arraigados a uma tradição jurídica de teor acadêmico, de índole estritamente dogmática, não aceitam o julgamento *contra legem*, nem mesmo sob a justificativa de fazer-se justiça, identificando-se com princípios maiores da Constituição. (2002, p. 4)

Se de um lado a postura inercial pode oferecer garantia relativa de equilíbrio processual, de outro, gera distorções no curso dos processos capazes de desvirtuar completamente o objetivo pretendido para um sistema como o Judiciário. Em raras situações, existem lides em que há real igualdade de recursos entre os litigantes. A rotina forense revela, de fato, um universo de desequilíbrios que espelham um verdadeiro microcosmo das mazelas e desigualdades contidas na sociedade brasileira.

Ao tratar dos direitos fundamentais a prestação jurídica, Paulo Gustavo ensina que o direito de acesso à justiça necessita de normas que estabeleçam a estrutura dos órgãos jurisdicionais e os aspectos processuais para viabilizar a solução de conflitos pelo Estado, ressaltando, ainda, que:

De outra parte, não se poderá interpretar o direito processual de modo excessivamente rigoroso, a ponto de inviabilizar, por motivos menores, a intervenção efetiva do Judiciário na solução de um litígio. As regras processuais devem ser entendidas como orientadas para proporcionar uma solução segura e justa dos conflitos, não podendo ser compreendidas de modo caprichoso, com o fito de dificultar desnecessariamente a prestação jurisdicional (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 336).

Segundo Cappelletti e Garth, tendo em vista que sempre existem grandes diferenças entre as possibilidades das partes em litígios, o julgador não deve se posicionar de forma passiva e permitir que a parte que possui maiores vantagens vença a causa por esse motivo e não por ser titular do direito merecedor de proteção jurisdicional:

[...] uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente. Julgadores passivos, apesar de suas outras e mais admiráveis características, exarcebam claramente esse problema, por deixarem às partes a tarefa de obter e apresentar as provas, desenvolver e discutir a causa. (1988, p. 21-22)

Trata-se de constatação banal na realidade Judiciária, que a disponibilidade financeira se expressa na forma de advogados mais hábeis e preparados, aptos a utilizarem-se dos instrumentos legais para desvirtuar a atuação da Justiça, procrastinando ou mesmo impossibilitando uma prestação jurisdicional coerente. A oferta de defensores públicos não se mostra suficiente para descaracterizar tal desequilíbrio e garantir um mínimo de igualdade processual ou uma resposta judicial mais justa.

Nessa linha, apesar de a propagação de uma postura pró-ativa entre os magistrados não representar a solução para todas as deficiências do judiciário, propõe-se destacar esta proposta, disseminada por parte da doutrina, na medida em que não demanda grandes recursos econômicos ou aperfeiçoamento tecnológico dos instrumentos disponíveis aos aplicadores do direito. A adoção de medidas pró-ativas pelos julgadores da lide, ao contrário

de outras propostas que encontram percalços na possibilidade econômica e tecnológica do Poder Judiciário, reflete uma medida viável para o judiciário brasileiro.

Apesar de não exigir grandes investimentos na órbita financeira, essa solução depende de trabalho árduo dos magistrados, o que representa investimentos pessoais imensuráveis, porquanto a tradição da magistratura brasileira representa a consagração de práticas formalistas, as quais distanciam o julgador das partes e não exigem o mesmo desgaste pessoal do juiz para alcançar o término da lide. A simples subsunção dos fatos às normas representa uma técnica cuja aplicação não atinge, muitas vezes, a verdadeira finalidade do direito, proporcionando um acesso formal das partes ao judiciário. Ao contrário, percebe-se que se fazem necessárias técnicas para aproximar os litigantes à solução apresentada.

Sobre a necessidade de uma postura proativa dos magistrados na aplicação do direito com o propósito de solucionar as demandas levadas ao judiciário, Pound afirma que:

O direito é mais que um agregado de leis. É o que torna as leis instrumentos vivos da justiça. É o que permite aos tribunais ministrar a justiça por meio de leis; restringi-las pela razão quando o legislador excede a própria razão e a desenvolvê-las em toda a extensão da razão quando o legislador se mostra insuficiente. (1965, p.64)

Percebe-se que um processamento proativo da demanda é capaz de reduzir consideravelmente a crise existente nos tribunais em relação ao número de demandas bastante superior à capacidade destes. Dessa maneira, é possível aumentar o envolvimento da comunidade no andamento dos conflitos diários e absorver a grande quantidade de pequenos conflitos não resolvidos, antes que se tornem conflitos de grande porte. Utilizam-se cidadãos leigos como mediadores no programa de justiça na vizinhança como uma forma de engajar a comunidade no processo e responsabilizar a comunidade por facilitar o processo de resolução de conflitos públicos (HARRINGTON, 1985, p. 31).

O segundo atributo da forma pró-ativa de processamento da demanda é a capacidade de prevenir e resolver o conflito. Este é um dos principais temas da ideologia da reforma da deslegalização. Este tipo de processamento é conhecido por sua habilidade de solucionar conflitos que são difíceis de serem regulados diretamente por lei, como conflitos acerca dos comportamentos sociais. Em tese, argumenta-se que a ordem social é alcançada de maneira mais eficiente sem a imposição da lei e com a participação ativa de ambas as partes envolvidas no conflito. Quando há a participação direta dos litigantes na criação e implementação de acordos, estes irão perdurar durante período bem maior do que uma ordem judicial (HARRINGTON, 1985, p. 32).

Percebe-se que o receio de enfraquecer o perfil básico da profissionalização do trabalho jurídico, enquanto dimensão da institucionalização da função jurídica, impede a adoção de práticas informais na administração da justiça (SANTOS, 1988, p.83).

Destarte, as instituições arraigadas aos procedimentos formalistas e distanciadas da realidade social predominante acarretam o excessivo acúmulo de causas estagnadas, o que acentua as desvantagens dos litigantes ocasionais e causa o descrédito social perante a instituição. No sistema apegado ao formalismo, composto por instituições passivas, existem mais normas do que recursos capazes de honrá-las, porquanto estes não são aplicados de maneira eficiente. Nesse sentido, Galanter ensina que:

As vantagens conferidas pela passividade institucional são acentuadas pela crônica sobrecarga que, tipicamente, caracteriza estas instituições. Tipicamente, existem bem mais causas do que recursos institucionais para adjudicarem por completo cada conflito. Sob diversas maneiras, a sobrecarga pressiona os demandantes a optarem pelo acordo e desistirem da adjudicação da lide: (a) causando atraso (desse modo descontando o valor da recuperação); (b) elevando os custos (de manter o curso do caso); (c) induzindo os encarregados pela instituição a valorizarem a redução do número de casos a serem julgados, desencorajando o julgamento final da lide através da adjudicação em favor da realização de acordos, criando estereótipos e rotinas processuais; (d) induzindo assembleias e fóruns a adotarem normas restritivas para desencorajar demandas (1994, p. 28, tradução nossa)¹⁴.

Apesar de não poder ser considerada uma regra, a realidade da grande parte dos litigantes habituais demonstra que eles possuem maiores vantagens e recursos do que os ocasionais, incluindo riqueza, *status* social e poder. O sistema formalista presente na máquina judiciária, o qual tem sido combatido pelas diversas reformas do judiciário, acentua as desigualdades entre as partes, prejudicando, especialmente, o litigante mais fraco que se encontra em posição de desvantagem de recursos.

A tendência em buscar igualdade formal é compatível com a dominação de uma parte sobre a outra, já que à medida que as regras são aplicadas da mesma maneira para o rico e para o pobre, a vantagem daquele sobre este aumenta consideravelmente. Galanter (1994, p. 10, tradução nossa) afirma que “[...] essa posição de vantagem é um dos meios através dos

¹⁴ No original: *The advantages conferred by institutional passivity are accentuated by the chronic overload which typically characterizes these institutions. Typically there are far more claims than there are institutional resources for full dress adjudication of each. In several ways overload creates pressures on claimants to settle rather than to adjudicate: (a) by causing delay (thereby discounting the value of recovery); (b) by raising costs (of keeping the case alive); (c) by inducing institutional incumbents to place a high value on clearing dockets, discouraging full-dress adjudication in favor of bargaining, stereotyping and routine processing; (d) by inducing the forum to adopt restrictive rules to discourage litigation.*

quais um sistema legal formalmente neutro, diante das vantagens e desvantagens das partes, pode perpetuar e aumentar essa posição de vantagem”¹⁵.

Deste modo, a deferência à igualdade substancial constitucionalmente consagrada por intermédio do respeito às finalidades básicas do sistema jurídico, quais sejam a acessibilidade igual a todos e a produção de resultados individual e socialmente justos, traz consigo os objetivos constitucionais de construir uma sociedade livre, justa e solidária. A justiça social, nesses termos, tem como pressuposto a concretização dos direitos de todo cidadão, especialmente o hipossuficiente, e a oferta dos meios necessários para tanto, o que torna manifesta a relevância da efetividade do direito constitucional de acesso à justiça.

¹⁵ No original: [...] *This position of advantage is one of the ways in which a legal system formally neutral as between haves and have-nots may perpetuate and augment the advantages of the former.*

CONCLUSÃO

A Constituição assume atualmente uma posição de supremacia no ordenamento, o qual está permeado pelos ditames constitucionais vigentes. Esta constatação já não admite recusa, tendo encorajado inúmeros estudiosos do direito a pesquisarem sobre o assunto, propondo novas soluções compatíveis com a nova ordem constitucional.

No caminho da busca pela plena justiça para todos, como albergado constitucionalmente, tanto o intérprete, como o aplicador do direito devem observar a garantia elementar e primordial de vias de acesso efetivo. O direito fundamental ao acesso à Justiça está consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, tendo o Estado, dessa forma, o papel indispensável de tornar esse direito uma realidade para todo cidadão, especialmente o hipossuficiente.

É nesse sentido que o direito constitucional em tela é considerado por Cappelletti e Garth como o “mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. O sistema jurídico deve ser acessível a todos de forma igualitária e produzir resultados individualmente e socialmente justos.

Princípios constitucionais, como o da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, passaram a reclamar uma postura positiva do Estado na consecução da justiça social, por meio de prestações sociais estatais. Nota-se uma clara passagem da qualificadora formal da liberdade e da igualdade, as quais caminham juntas, para a adjetivação de liberdade e igualdade substanciais. Assim, verifica-se a transposição de liberdades formais e meramente abstratas para as liberdades concretas.

A experiência brasileira, após a redemocratização, incorpora estratégias diversificadas para ampliar o acesso à justiça. Tal preocupação transborda a mera dimensão processual ou jurídica em sentido estrito, para ganhar contornos mais amplos com a clara constitucionalização do acesso à justiça.

O estudo sobre a progressão do pensamento de juristas evidencia que existem diversas tentativas de transpor obstáculos como o formalismo exacerbado e a grande desigualdade entre os litigantes, as quais, independente do sucesso prático alcançado, contribuíram para a sedimentação das teorias atuais e irão influenciar soluções futuras.

Em contraposição ao formalismo tradicional, surge a ideologia do informalismo como ponto central de diversas reformas norte-americanas para o Poder Judiciário. Sob esta orientação, este poder encontra-se no centro da crítica tanto de setores compostos por litigantes habituais, como de segmentos de partes ocasionais, inclusive de baixa renda. A crise de legitimidade exige a institucionalização de soluções extrajudiciais ou informais de solução de conflitos com o intuito de expandir as fronteiras de atuação do Judiciário e preservar seu papel social e político.

Vale ressaltar que a ausência de efetividade do acesso à justiça atinge o indivíduo carente de maneira perversa e traz consequências avassaladoras. Apontado como um dos obstáculos ao aperfeiçoamento desse cenário social, o formalismo, presente na máquina judiciária, acentua as desigualdades entre as partes, prejudicando os litigantes ocasionais, especialmente os mais humildes, que possuem inúmeras desvantagens, como a ínfima quantidade de recursos e a falta de experiência na obtenção de direitos.

Nessa linha, a adoção de uma postura pró-ativa pelos magistrados e de mecanismos práticos informais na prestação jurisdicional, além das alterações normativas de costume, se apresentam como medidas necessárias para a concretização do direito constitucional de acesso à justiça, capaz de solucionar os conflitos sociais e alcançar a verdadeira justiça. Não se pode olvidar a importância do respeito aos princípios e fundamentos basilares de nossa lei suprema, como a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e da garantia de igualdade entre as partes.

Revelou-se essencial uma análise acurada sobre a realidade de cada sociedade que utiliza o sistema de justiça, com o objetivo de considerar os diferentes tipos de litigantes e o efeito que estas diferenças acarretam no funcionamento do Judiciário.

O Poder Judiciário deve ser um meio hábil posto à disposição de qualquer pessoa para a solução dos conflitos gerados das relações sociais, independentemente da sua condição de litigante habitual ou ocasional e dos seus recursos econômicos e sociais, proporcionando oportunidades equivalentes, nos termos da igualdade substancial. Conclui-se que os limites ao acesso à justiça, os quais justificam o surgimento de Reformas do Sistema de Justiça há décadas, são inúmeros e exigem soluções complexas que abranjam as diversas deficiências das partes envolvidas, na medida em que as desigualdades sociais se manifestam sob variados aspectos.

REFERÊNCIAS

LIVROS:

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

HARRINGTON, Christine B. **Shadow Justice: The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court**. Connecticut: Greenwood Press, 1985.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. V.2. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

----- . **Novas Linhas do Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

----- . **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. São Paulo, IBRASA, 1965.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediação de conflitos: Família, escola e comunidade**. Florianópolis: Conceito, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. 5. ed. São Paulo: Cortez Editora, 1999.

----- . **O Discurso e o Poder: Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SILVA, Luís Praxedes Vieira da. **Juizados Especiais Federais Cíveis**. Campinas: Millennium, 2002.

DOCUMENTOS JURÍDICOS:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

POUND, Roscoe. The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice. **American Bar Association Reports**, 1906. Disponível em: <<http://www.answers.com/topic/the-causes-of-popular-dissatisfaction-with-the-administration-of-justice>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. São Paulo: Saraiva, 2009.

PERIÓDICOS:

GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. Originally published in Volume 9:1 **Law and Society Review**, 1974. Reprinted

(with corrections). In: COTTERRELL, R. (Ed.) **Law and Society**, Aldershot, Dartmouth, 1994. Disponível em: <<http://marcgalanter.net/>>. Acesso em 20 maio 2011.

----- . Delivering Legality: Some Proposals For The Direction Of Research.

Law & Society Review; v. 9, n. 2, p. 225-246, 1976.

MAYHEW, Leon. Institutions of Representation: Civil Justice and the Public. **Law & Society Review**, v. 9, n.3, p. 401-429, 1975.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 21, p. 11-43, nov 1986.