

ONTEM E HOJE: OS VARIADOS ENFOQUES DO ACESSO À JUSTIÇA

Lúcio Delfino

Advogado em Minas Gerais. Diretor da *Revista Brasileira de Direito Processual*. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Franca (UNIFRAN). Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pós-doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Membro do Instituto Pan-Americano de Direito Processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

Luciano Camargos

Advogado em Minas Gerais. Membro do Conselho Editorial da *Revista Brasileira de Direito Processual*. Pós-graduado em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor do Curso de Direito da Universidade de Uberaba (UNIUBE).

Artigo elaborado para homenagear a **Professora Thereza Alvim**, que tanto colaborou, e ainda muito colabora, para a construção de uma dogmática processual civil séria e influente no Brasil, seja por meio de seus escritos, seja ainda pelo trabalho árduo e criterioso de formação intelectual de seus inúmeros alunos e admiradores.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Uma visita à tradição: breve esboço histórico. 2.1 Período antigo. 2.2 Período medieval. 2.3 Período moderno. 2.4 Período contemporâneo. 2.5 A evolução do acesso à justiça no Brasil. 3. As derivações da expressão acesso à justiça. 3.1 Direito subjetivo à obtenção de uma tutela jurisdicional (ou direito de acesso à jurisdição). 3.2 Obrigação de não fazer, cujo destinatário é o legislador. 3.3 Acesso igualitário a todos perante o Judiciário. 3.4 Direito à tutela jurisdicional adequada. 3.5 Direito ao *judicial review*. 3.6 Direito ao *controle de convencionalidade*. 3.7 Direito a um julgamento conforme a legalidade. 3.8 Direito fundamental ao justo processo. 4. Abordagem pragmática: explorando o cotidiano jurídico.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O *acesso à justiça* – também denominado “direito à ação”, “inafastabilidade da jurisdição”, “inafastabilidade do controle jurisdicional”, “acesso à ordem jurídica justa”, “direito à tutela jurisdicional adequada” – é, como assevera André Ramos Tavares, um dos pilares sobre os quais se ergue o Estado Constitucional de Direito. Afinal, de nada adiantariam textos legislativos regularmente votados pelos representantes populares se, caso desrespeitados, não houvesse órgão legitimado a exercer o controle de sua observância.¹

Estar-se-á a tratar, nas palavras de Nelson Nery Junior, de um *direito cívico e abstrato*, vale dizer, um *direito subjetivo à sentença tout court*, seja de acolhimento ou de rejeição da pretensão.² É, em verdade, pressuposto dos demais direitos fundamentais processuais,³ estruturante e sobranceiro de toda a normatização vinculada à ação e à defesa,⁴ não restrito apenas ao mero *acesso ao Judiciário*, mas que compreende, em última análise, o direito a uma tutela jurisdicional legitimada pelo devido processo legal.⁵ Com o passar do tempo, frente ao impacto ideológico de cada época, a essa expressão se acresceram novos conteúdos que o aproximaram à própria ideia de devido processo legal. É certo que tal mirada acaba criando problemas, a ponto de parte da doutrina abjurar a

¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 666.

² JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo na Constituição Federal. Processo civil, penal e administrativo*, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 175.

³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil*. v. 1, São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 24.

⁴ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*, 6. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 109.

⁵ Citando Teori Albino Zavascki, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Kazuo Watanabe, Sérgio Luís Wetzel de Mattos pontua, em precisas lições, a amplitude do acesso à justiça: “Acesso à justiça, conforme se sabe, não significa apenas possibilidade de ingresso em juízo, ou simples admissão em juízo. Não basta simplesmente ‘abrir as portas de entrada do Poder Judiciário’. Impõe-se, isto sim, ‘prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa’, concedendo-se ‘ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus’. Trata-se, portanto, de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Neste sentido, o direito de acesso à justiça é fundamentalmente direito de acesso à ordem jurídica justa. Vale dizer, o direito de acesso à justiça ‘não pode nem deve significar apenas o direito como forma de invocar a jurisdição, mas o direito a uma decisão justa’. Concluindo, o direito fundamental de acesso à justiça compreende não apenas o direito de provocar a atuação dos órgãos do Poder Judiciário, mas também e principalmente o de obter, em prazo razoável, uma decisão justa, eficaz e efetiva” (WETZEL DE MATTOS, Sérgio Luís. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 179-180).

expressão acesso à justiça e rotulá-la de imprecisa, pouco alvissareira e mesmo carente de seriedade científica, exatamente por sua ambiguidade.⁶

A despeito disso, a meta aqui foi a de apego aos matizes que a ciência processual, de antanho até a contemporaneidade, legou para as gerações futuras. Crê-se que esta é a melhor alternativa porque, além de assim não se desdenhar a longa tradição edificada em tempos idos, responsável pela evolução teórica do acesso à justiça, segue-se a perspectiva doutrinária que hoje tangencia a realidade forense, permitindo, ao fim e ao cabo, uma continuação de sua exploração de forma progressiva em todas as suas possibilidades.

Por isso é que o acesso à justiça será examinado em atenção, primeiramente, a suas premissas históricas e, num segundo momento, aos significados que lhe foram sendo acoplados diante da intensa evolução pela qual passaram as sociedades ocidentais.

2. UMA VISITA À TRADIÇÃO: BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

Intencionado a traçar uma linha de evolução do acesso à ordem jurídica, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro⁷ trafega pelos períodos antigo, medieval, moderno e contemporâneo. Depois, sua abordagem volta-se estritamente aos aspectos que caracterizam esse avanço no Brasil, numa investida que considera a ditadura militar e as transformações legislativas a partir da década de 1980.

As linhas subsequentes, que estruturam formal e substancialmente este tópico, foram todas elaboradas com base na séria pesquisa desenvolvida por

⁶ Rosemiro Pereira Leal, por exemplo, critica veemente a expressão “acesso à justiça”, e assim por entender que a palavra “justiça” pode assumir significados vários e perturbar a unidade semântica e seriedade científica do texto expositivo. Para o mestre mineiro, o “acesso à jurisdição” faz-se pelo direito-de-ação criado pela norma constitucional como direito incondicionado de movimentar a atividade judicial do Estado. Em suas próprias palavras: “o direito-de-ação será instituto de direito constitucionalizado que enseja o exercício do direito de movimentar a jurisdição, seja de modo juridicamente adequado ou não, não se misturando ao direito de agir que, para nós e perante várias legislações processuais, inclusive a brasileira, significa o direito de estar no procedimento apurável após a instauração do procedimento pela existência e observância de pressupostos e condições que a lei estabelecer para a formação técnico-jurídica do procedimento, o que a lei brasileira denomina impropriamente formação do processo” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Primeiros Estudos. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 137).

⁷ PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. *Acesso à justiça*. Juizados Especiais cíveis e ação civil pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 3-54.

Pinheiro Carneiro na obra mencionada, somadas de aportes doutrinários e frases que acompanham e complementam o texto.⁸

2.1 Período antigo

O Código de Hamurabi traz importantes previsões impedindo a opressão do fraco (por exemplo, as viúvas e os órfãos) pelo forte, além de incentivar o primeiro a buscar solução perante o soberano. Tratava-se de um direito de inspiração divina, cujo acesso à justiça se atrelava à religião, razão pela qual estrangeiros e escravos somente às vezes eram tutelados por normas especiais.

Berço das primeiras discussões filosóficas sobre o direito, a Grécia Antiga deu início à tomada de forma da expressão hoje conhecida por isonomia e que teria grande influência no futuro, no concernente à questão dos direitos humanos. Já os pré-socráticos, por influência da Escola Pitagórica, preocupavam-se com essa ideia, simbolizando a justiça com a figura geométrica do quadrado, sobretudo pela igualdade absoluta de seus lados. Decerto influenciado por tal pensamento, Aristóteles formulou o que atualmente se entende por *teoria da justiça*, porém optou por situar a questão da proporcionalidade num ponto de vista concernente à igualdade de razões: utilizando a imagem da régua de Lesbos – que por ser de chumbo, era flexível o suficiente para moldar-se à forma da pedra –, defendia a possibilidade de o julgador adaptar a lei à situação concreta, distinguindo, a contrapelo do que fez Sócrates, o *justo equitativo* do *justo segundo a lei*, uma vez que para ele aquele seria um valor superior, plenamente capaz de ultrapassar e corrigir a própria lei escrita.

No modelo democrático adotado por algumas cidades-estados gregas, os casos concretos não eram julgados por um juiz tecnicamente especializado, senão pelos próprios cidadãos reunidos em assembleia – aos magistrados cabia tão somente a execução das decisões tomadas (função ancilar). E pelo predomínio do ideal democrático, qualquer cidadão estava autorizado a acionar a justiça, posta em funcionamento por sua ação e decisão; o acesso deles era amplo e quase irrestrito, não obstante algumas reservas indiretas, como imposições de multas por acusações improcedentes e a necessidade de possuir interesse na demanda.

⁸ A parte histórica no presente artigo está estruturada fundamentalmente na obra referida, excetuados alguns ajustes de linguagem e poucos complementos. Optou-se por tal menção, já aqui, para evitar excessivas notas em pé de página. O importante, sobretudo, é identificar a autoria da preciosa pesquisa de Pinheiro Carneiro.

Com a influência do pensamento grego na cultura romana, e com o consequente surgimento do sistema romano-germânico, muitas importantes noções tiveram origem, como, por exemplo, a do patrocínio em juízo, a da necessidade da presença de advogado para o equilíbrio das partes em litígio e tantas outras. Constantino, aliás, tomou a iniciativa na elaboração de uma lei que assegurasse o patrocínio gratuito aos necessitados, mecanismo de acesso à justiça cujo berço foi Atenas, previsão que posteriormente se incorporou ao Código Justiniano.

No direito romano, de sua vez, um notável desenvolvimento dos institutos jurídicos sucedeu-se. Num primeiro momento vigorava a autotutela (justiça privada), progredindo para o modelo de resolução de conflitos mediante a escolha de árbitros. A religião avançou e com ela também o Estado, que assume a função de resolver conflitos intersubjetivos: de início, o cidadão precisava comparecer diante do magistrado (o pretor), que elaborava a regra a ser aplicada e indicava um árbitro que decidiria a questão; com o tempo, o pretor, além de elaborar a regra a ser aplicada, assumiu a função de julgar, aplicar o direito e até submeter o cidadão a seu poder (poder estatal), exurgindo daí a chamada justiça pública.

2.2 Período medieval

A evolução do acesso à justiça prosseguiu durante o período medieval, marcado pela Idade Média bizantina e europeia, séculos IV e V, até o começo do pensamento moderno, com o Renascimento, séculos XV e XVI. Como nesse tempo o cristianismo predominou, ao direito foi agregada forte concepção religiosa: o homem justo era medido por sua fé.

A marcante autoridade da religião e do pensamento religioso sobre a filosofia e o direito influenciou sobremaneira a organização social da época, e de forma tão intensa que eclodiu numa esfera jurídica própria, o chamado direito canônico. Enfim, tinha-se uma *ordem jurídica pluralista* na sociedade europeia medieval.

A ênfase estava não no solicitante da jurisdição, mas no prestador: à medida que o poder de distribuição de justiça era o principal atributo da autoridade (pluralidade de jurisdições: eclesiástica, real territorial, senhorial, feudal), dele derivando os demais atributos, a distribuição da justiça era ampla, o que assegurava, segundo os historiadores, livre acesso ao julgamento.

Contudo, a verdade é que as elaboradas discussões acerca da justiça e do justo não tiveram correspondência na prática judiciária institucional. Lembre-se, apenas, que as ordálias ou juízos de Deus (provas de água, de fogo, duelos) constituíam a fonte primária de julgamento, razão pela qual a representação em juízo era praticamente desnecessária. As próprias partes, enfim, participavam do ordálio. O que se tinha aí, obviamente não nos moldes atuais, era o acesso a um julgamento tido como justo pelo grupo social naquela época.

Registro importante é o referente ao panorama nas Ilhas Britânicas daquele tempo, cuja estrutura era tipicamente feudal. Frente ao conflito entre o poder central do rei e os senhores das terras, João sem Terra foi compelido a assinar a Magna Carta da Liberdade em 1215, episódio que marcou fortemente o que viria a ser a consagração dos direitos do homem. Nesse documento foi assentado que “[n]enhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou despido de seus direitos ou posses, ou posto fora da lei, ou exilado ou privado de sua posição por qualquer outro meio. Nem procederemos à força contra ele ou enviaremos outros para fazê-lo, senão pelo legítimo julgamento de seus iguais ou pela lei da terra. A ninguém venderemos nem negaremos ou retardaremos o direito ou a justiça” (parágrafos 39 e 40).

A partir do século XIV, ganha vigor a luta empreendida contra pretensões dos representantes da Igreja pela liberdade cristã e o poder temporal cresce de importância. A Igreja entra em crise (o grande Cisma): a cristandade é dividida entre dois papas, um em Roma e outro em Avignon. As explicações medievais passam a não mais satisfazer: uma revisão do pensamento greco-romano tem início e surge o movimento conhecido como Renascimento, uma nova tomada de consciência do homem, com reflexos nos planos artístico, social, filosófico, permitindo sua emancipação e a livre expansão de sua força criadora.

2.3 Período moderno

A partir do século XVII, tiveram fortíssima influência muitos movimentos difundindo a noção de que o poder teria por fim a felicidade do povo, acirrando o conflito entre realeza e classe burguesa, cujo estopim não só era a concentração dos poderes exercidos arbitrariamente, mas também, e especialmente, os tributos abusivos que a primeira imponha à segunda a fim de manter os privilégios da aristocracia.

Nessa época, a Inglaterra consolida seu processo revolucionário – a Revolução Gloriosa de 1689 –, incorporando algumas ideias básicas da Escola Clássica do Direito Natural, sobretudo a da limitação do poder real. A partir daí,

outros movimentos ganharam força: em 1776, deu-se a insurreição das colônias norte-americanas contra a coroa britânica, dando origem à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e também à Declaração dos Direitos da Virgínia, ambas já anunciando a consagração dos direitos fundamentais do homem; na França, entre 1789 e 1799, ocorreu a Revolução Francesa, conhecida como a universalização dos direitos do homem, com armas intelectuais obtidas do movimento denominado Enciclopédia.

O mundo mudou. Surgiram os princípios da separação de poderes e da legalidade como arsenais teóricos destinados a garantir a limitação dos poderes do Estado, então marcado por uma visão individualista, notadamente destinado a proteger a propriedade e a autonomia privada. A intromissão do Estado em assuntos que diziam respeito à sociedade era restrita, direcionada sobretudo em defesa da liberdade do mercado e da igualdade (formal) das pessoas que nele atuam. Os estados nacionais ganharam estabilidade. Esgotada a visão de identidade de grupo advinda do soberano, criou-se um novo conceito de Estado Nacional, cuja base se situava na Constituição, um documento destinado a expressar o sentimento e a homogeneidade de um grupo que não mais, pelo menos em tese, prescindia do poder de coerção de alguém para se constituir.

Nessa fase, conhecida como liberal-individualista, o Judiciário também foi alvo de forte reação: se antes os juízes constituíam o braço forte da opressão estatal, com o advento das revoluções burguesas, o que se fez foi retirar o poder deles a ponto de reduzir a função jurisdicional a mera declaração do conteúdo da lei. Recrudescer-se a figura do legislador; reduziu-se a importância e autoridade do juiz. A lei era mesmo o melhor sinônimo de direito.

Uma situação paradoxal surge, todavia. Ao passo que a Constituição assegurava (formalmente) a igualdade entre os indivíduos, esperava-se também que fosse garantido igual acesso à justiça; sem embargo, a realidade era bastante diversa. A verdade é que não se tinha tal preocupação, algo até perceptível pelo enfraquecimento do Judiciário empreendido naqueles tempos. Não havia porque, afinal, preocupar-se com a questão do acesso se a própria instância judiciária era desimportante.

De toda sorte, a face do Estado Liberal predominante até o século XIX, e nos primeiros anos do século XX, centrado no aspecto econômico (*laissez-faire, laissez-passer* dos fisiocratas), trouxe à tona graves desigualdades socioeconômicas, gerou a concentração e acumulação de riquezas pela classe burguesa industrial e determinou o surgimento de questões sociais de mais alta relevância. Viu-se formar um abismo de desigualdades provocado pela ideologia liberal-burguesa, efeito colateral do canibalismo econômico e social causado pelas

crenças sem limites na liberdade e no individualismo. As reações, no plano da filosofia política, não foram poucas e expressaram-se nas teorias das correntes socialistas e anarquistas e outras mais moderadas.

2.4 Período contemporâneo

A partir da segunda metade do século XIX, e já no século XX, mormente pela influência da filosofia marxista, uma nova disputa veio a lume entre a classe abastada e a classe obreira – burguesia *versus* proletariado. O Estado assume novo papel: torna-se intervencionista para assegurar direitos, principalmente no campo social, onde o livre jogo do mercado não permitia. Ingressa-se, pois, no Estado Social: seu propósito era afiançar a *igualdade material* e, deste modo, permitir aos desfavorecidos acesso à escola, à cultura, à saúde, à participação, enfim, à felicidade.

Foi, sem dúvida, relevante a participação do professor italiano Mauro Cappelletti na democratização de acesso à justiça, uma vez que efetuou uma série de importantes estudos e desenvolveu pesquisa considerada o *turning point* do movimento. Com apoio de seu Instituto de Pesquisas (Florença), da AIDP e de diversas Escolas no mundo inteiro, colheu relatórios sobre a situação do acesso à justiça em diversos países e relatou, com acuidade peculiar, a situação global. A divulgação do resultado desses estudos, com suas conclusões e sugestões (as três famosas “ondas renovatórias”), em sua obra escrita em parceria com Bryant Garth, denominada “*Acess to Justice*”, em quatro volumes, desencadeou um movimento mundial de busca pelo acesso à justiça.

As reivindicações, especialmente no campo trabalhista, serviram de marco histórico em muitos países para a discussão do que significava o acesso à justiça como proteção ao trabalhador. Daí que no Direito do Trabalho sobrevieram várias conquistas relacionadas ao acesso à justiça: prevalência da mediação e conciliação, índole protetiva ao trabalhador no que tange ao ônus da prova, visão da defesa coletiva da massa trabalhadora.

O Judiciário ganhou papel de destaque na busca da realização dos direitos e, num curto espaço de tempo, converteu-se realmente em instância de solução de toda sorte de conflitos. A demanda por justiça ampliou-se exponencialmente. E, *pari passu*, as evoluções no seio da Ciência do Direito conferiram ao aplicador da lei instrumentos teóricos e técnicos para a produção de decisões tidas por mais justas. Cresceu a importância do real significado da justiça mediante a conscientização de que seu papel é servir a todos, desde os mais carentes aos mais privilegiados, desde o indivíduo isoladamente considerado até a

coletividade. Por isso, frente às reivindicações sociais, surgidas primeiramente em países desenvolvidos, nasceram demandas por formas céleres e efetivas de solução de crises de interesses para a população em geral, resultando em importantes conquistas (*Small Claim Courts*, abertura de caminhos para a defesa coletiva, instituição de julgamentos sumários, técnica da sumariedade da cognição, etc.).

Foi a partir da década de 1970, nos Estados Unidos da América, que os programas de apoio aos cidadãos para a defesa dos direitos difusos tomaram corpo, sobretudo nas áreas ambiental e de consumo. Na mesma época, os EUA procuraram desenvolver e incentivar meios alternativos para a resolução dos conflitos sem as formalidades exigidas pelos tribunais.

Por sua vez, na Europa, especificamente na Áustria, surgiu o primeiro texto legislativo baseado numa concepção social do processo (a reforma do Código de Processo Civil de 1895), priorizando a simplicidade, a celeridade, os poderes do juiz e o comportamento ético das partes, vindo a influenciar as legislações de outros países.

Na quadra atual, porém, o que se constata é uma contrarreação ao Estado Social. Primeiro, havia o liberalismo sem peias; depois, o Estado intervencionista e assistencialista, comprometido com a efetiva tutela dos direitos sociais; agora, fala-se numa terceira fase, a *pós-social*, na qual a intervenção é cada vez menor em função das economias dos Estados, que impossibilitam a manutenção de importantes programas sociais, optando pela privatização de serviços não essenciais e diminuição de seus investimentos naqueles considerados essenciais, gerando crises de desemprego, insuficiente assistência e desatenção a direitos básicos.

2.5 A evolução do acesso à justiça no Brasil

O acesso à justiça teve inicialmente lento progresso em terras brasileiras. Da época do descobrimento até os séculos XVII e XVIII – período no qual fervilhava nos países desenvolvidos a luta contra o absolutismo, com discussões filosóficas de ideais que culminaram nas revoluções inglesa, americana e francesa –, no Brasil praticamente nada de relevante acontecia nesse campo, salvo o movimento conhecido como Inconfidência Mineira. Até o final do século XVIII, aliás, pouquíssimas eram as referências legislativas a um direito próprio e exigível de acesso à justiça. As Ordenações Filipinas, vigorantes no país a partir de 11 de janeiro de 1603, continham algumas disposições relativas a um suposto direito de as pessoas miseráveis terem o patrocínio de um advogado.

Mesmo após a proclamação da Independência do Brasil, em 1822, na primeira quadra do século XIX, o panorama, no que se refere ao acesso à justiça e à própria noção de liberdade colhida das revoluções europeias, pouco se modificara. A Constituição de 1824, fortemente centralista, concedia ao Imperador poderes que o colocavam na vanguarda de um governo absolutista. A legislação infraconstitucional era basicamente formada pelas Ordenações Filipinas, regimentos, cartas régias que continham resoluções do rei especificamente para autoridades públicas brasileiras, cartas de lei de caráter geral e alvarás com normas específicas. Havia na aludida Constituição dispositivo determinando a organização dos Códigos Civil e Criminal, fundados nas bases sólidas da justiça e da equidade. O Código Civil veio a lume só em 1916, ao passo que o Código Criminal passou a vigor em 1830, surgindo em seguida o Código de Processo Criminal de 1832. Do ponto de vista histórico, o primeiro Código de Processo Civil elaborado no Brasil foi o Regulamento 737, de 1850, destinado a determinar a ordem do juízo no processo comercial com inovações especialmente no que se refere à simplicidade dos feitos; seguiu a ele o Regulamento 738, que dispunha sobre os Tribunais de Comércio e o processo das falências; posteriormente, elaborou-se uma Consolidação das Leis do Processo Civil, que tomou força de lei em 28 de dezembro de 1876. A verdade, contudo, é que o acesso à justiça, nos moldes como é hoje entendido, inexistiu no Império brasileiro, até porque fruto de um processo histórico e político ainda não consolidado àquela altura da evolução do país.

Pelos idos de 1870, a literatura científica produzida na Europa, sobretudo o evolucionismo de Spencer e Darwin e o positivismo de Comte, passou a ser consumida com avidez por bacharéis, médicos, artistas e negociantes. O Rio de Janeiro era então palco de uma série de conferências e debates para discutir tais concepções. Seguiu-se a esse cenário a fundação do partido republicano, a abolição da escravatura e, por fim, a queda do Império e a proclamação da República, no ano de 1889.

A tônica dominante durante grande parte do século XX relacionava-se, de forma direta, com a noção de acesso à justiça, como favor prestado aos mais pobres, exclusivamente, no campo da litigância, em especial na área penal que, nos países em desenvolvimento, como o Brasil, retratou o ideário do Estado Liberal, tendo como única ressalva de monta a criação da Justiça do Trabalho. Sem embargo, a legislação brasileira surgida durante esse período, e praticamente até a década de 1980, apresentava também tendências sociais, em adesão a uma política largamente intervencionista por parte do Estado, na trilha teórica e institucional daquelas editadas nos países desenvolvidos.

A Constituição de 1934 trouxe, então, muitas novidades, mormente no que se refere aos direitos trabalhistas (salário mínimo e sindicalismo), instituindo

uma Justiça do Trabalho própria. De mais a mais, veio a lume a ação popular e a assistência judiciária para os necessitados, prevendo também a obrigação dos Estados e da União quanto à criação de órgãos especiais para tal fim – daí o surgimento, anos depois, da Lei 1.060/1950, até hoje em vigor, e disso também a criação, em São Paulo (1954) e no Rio de Janeiro (1962), do cargo de defensor público.

A lenta, porém progressiva, passagem do Estado Liberal para o Estado Social, teoricamente iniciada a partir da Constituição de 1934, teve continuidade nas Constituições que sobrevieram, não obstante alguns recuos. A Carta Política de 1937 inaugura o Estado Novo e representa um desses mais marcantes retrocessos: descrevia um Estado autoritário, enfeixando nas mãos do presidente poderes quase absolutos. Com a redemocratização do país, a Constituição de 1946, além de preservar as inovações da Carta de 1934, alargou o campo dos direitos sociais, tratando, em título próprio, da família, da educação e da cultura. Entretanto, o sistema estabelecido pela Carta de 1946 foi profundamente afetado por força dos atos institucionais que se sucederam a partir de 09/04/1964, com o estabelecimento da ditadura militar no Brasil, que perdurou por cerca de longos vinte anos. A nova Carta de 1967, apesar de semelhante à anterior do ponto de vista da distribuição formal das matérias, novamente fortalece o Executivo e concentra nas mãos do presidente muitos poderes. Nesse período, o Ato Institucional nº 5 foi a expressão mais acabada da ditadura militar brasileira: o Congresso foi fechado, a censura prévia imposta, manifestações de caráter popular proibidas, entre outras medidas arbitrárias. A partir da Carta de 1969, com exceção do período do governo Médici, a ditadura foi recuando progressivamente até a edição da Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978, que revogou os chamados atos de exceção, seguindo-se a ela a Lei da Anistia, o movimento “Diretas Já”, até a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, que elaborou a Carta de 1988, ora vigente.

No que se refere à legislação ordinária, merece destaque a Consolidação das Leis do Trabalho, editada em 01/05/1943, o primeiro diploma legal que se preocupou com o sentimento de coletividade, opondo-se ao individualismo dominante. Especificamente do ponto de vista do acesso à justiça, a CLT: i) enfatizou a conciliação extrajudicial para dirimir conflitos; ii) previu, em título próprio, a organização sindical; iii) conferiu legitimação aos sindicatos para celebrar convenções ou acordos coletivos do trabalho, cuja matéria também foi objeto de título próprio; iv) estabeleceu um procedimento contencioso para dirimir conflitos, simples, rápido, relativamente informal, concentrado, voltado à conciliação judicial e à oralidade; v) criou um procedimento de natureza coletiva como prerrogativa das associações sindicais, havendo previsão sobre a possibilidade da extensão da coisa

julgada no dissídio à totalidade dos empregados da mesma empresa ou até a todos os empregados de uma mesma categoria profissional compreendida na jurisdição do tribunal. A respeito do direito processual civil, até a década de 1980, a prática dos tribunais brasileiros permaneceu individualista, tecnicista, elitizada e conservadora, a despeito do notável avanço científico e apuro técnico do Código de Processo Civil de 1973, que substituiu o anterior (1939).

A partir da década de 1980, praticamente já consolidada a reabertura política com a Lei de Anistia, a Nova Lei Orgânica dos Partidos, que ensejou inclusive a criação do Partido dos Trabalhadores (PT), começaram a tomar corpo movimentos sociais diversos, seja das classes dominadas, seja de outros matizes. Foi nesse contexto que surgiram a Central Única dos Trabalhadores, o Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra, Movimentos Ecológicos e ONGs diversas, exigindo a efetivação de direitos fundamentais e sociais, uma vida digna e livre, vale dizer, postulando o ideal de justiça em sua concepção mais ampla.

Foram muitas as publicações científicas, afetas a variegadas áreas de conhecimento (sociologia, jurídica, filosofia, psicanálise, política) que, a partir de uma visão interdisciplinar, abordavam temas ligados aos direitos fundamentais e sociais, em especial, ao acesso à justiça de forma igualitária e eficiente, sempre na busca de um sistema jurídico mais atuante, moderno e eficiente. Nesse período, realizaram-se vários congressos nacionais e internacionais, preocupados com a mesma temática de um efetivo acesso à justiça, com destaque aos organizados pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, nas décadas de 1970 e 1980.

E os primeiros resultados decorrentes de todos esses movimentos tendentes à democratização do acesso à justiça, como veículo de efetiva e justa concretização de direitos individuais, sociais e coletivos, começaram a surgir no campo legislativo a partir da década de 1980. No que tange ao plano da defesa dos direitos individuais, despontaram: i) a Lei 7.019/1982, que criou o procedimento de arrolamento de bens em caso de partilha amigável; ii) a Lei 7.244/1984, que instituiu o Juizado de Pequenas Causas, responsável pelo atendimento de uma série de finalidades resultantes dos clamores sociais já aventados (descentralização da justiça; valorização da conciliação extrajudicial; solução de causas de pequena monta a fim de assegurar o exercício, em todos os níveis, da cidadania; incentivo à participação popular na administração da justiça mediante a contribuição de pessoas do próprio bairro nas resoluções dos conflitos; conscientização das pessoas do povo para que se informassem sobre seus direitos em geral e sobre como fazer para efetivá-los; gratuidade da justiça; rapidez, desburocratização, efetividade e informalidade; desafogamento da justiça tradicional); iii) a Lei 6.938/1981, que regulava a Política Nacional de Meio Ambiente e legitimava o Ministério Público para promover, no juízo cível, ação de responsabilidade civil por danos causados ao

meio ambiente; iv) a Lei 7.347/1985, disciplinando a ação civil pública para proteger o meio ambiente, o consumidor e bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; v) a Constituição brasileira de 1988, consagrando e alargando o âmbito dos direitos fundamentais, individuais e sociais e prevendo a criação de mecanismos adequados para garanti-los, especialmente no que se refere ao acesso à justiça, cabendo destacar a consagração do princípio da igualdade material, o alargamento do direito à assistência judiciária aos necessitados, que passa a ser integral e compreender informação, consultas, assistência judicial e extrajudicial, a previsão para a criação de Juizados Especiais e de uma Justiça de Paz, o tratamento constitucional da ação civil pública, a criação de novos instrumentos destinados à defesa coletiva de direitos (mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, outorga de legitimidade para os sindicatos e para entidades associativas defenderem os direitos coletivos e individuais homogêneos de seus filiados), a reestruturação e fortalecimento do Ministério Público, elevação da Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, com incumbência da orientação jurídica à defesa dos necessitados.

Daí por diante, depois da Constituição Federal, muitas outras legislações irromperam, como, por exemplo, a Lei 7.853/1989 (disciplinando a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiências), a Lei 7.913/1989 (dispondo sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários), a Lei 8.069/1990 (tratando do Estatuto da Criança e do Adolescente), a Lei 8.078/1990 (instituído o Código de Defesa do Consumidor e modificando a Lei 7.347/1985), a Lei 9.099/1995 (criando os Juizados Especiais Cíveis), a Lei 9.307/1996 (regrando a jurisdição arbitral). Na seara processual, sempre visando à efetividade, outras legislações introduziram modificações no Código de Processo Civil (exemplos: ampliação dos casos de citação postal, regramento da intimação postal, extinção da modalidade de liquidação por cálculos ao contador, a inserção da técnica da tutela antecipada de maneira generalizada, alterações na conciliação, modificações na execução civil e no sistema recursal). Instituições consideradas essenciais para o funcionamento da justiça foram devidamente reguladas: i) o Ministério Público, através de sua Lei Orgânica Nacional n. 8.625/1993 e da Lei Complementar 75/1993; ii) o Ministério Público da União e a Defensoria Pública, por meio da Lei Complementar 80/1994.

Em 2004, adveio a Emenda Constitucional 45, trazendo uma série de novidades atinentes ao acesso à justiça, em especial a inclusão no texto constitucional: i) do direito fundamental à duração razoável do processo; ii) da proporcionalidade entre o número de juizes na unidade jurisdicional, a efetiva demanda judicial e a respectiva população; iii) do funcionamento ininterrupto da

atividade jurisdicional; iv) da distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição; e v) da instituição do Conselho Nacional de Justiça.

Por fim, e não menos importante, tramita atualmente no Congresso Nacional, já em fase adiantada, um projeto para um novo Código de Processo Civil, trazendo inovações vinculadas à empreitada de promover o acesso à justiça, como, por exemplo: i) mecanismos de mediação tendentes a proporcionar solução pacífica aos conflitos sociais; ii) eliminação de incidentes processuais desnecessários a fim de combater os tempos mortos do processo; iii) simplificação do sistema recursal com o propósito de assegurar maior efetividade e permitir uma tutela jurisdicional mais célere; iv) instituição de um capítulo destinado à tratativa da figura dos precedentes judiciais, em prol da segurança e previsibilidade; v) criação do incidente de resolução de demandas repetitivas destinado a equacionar o problema da litigância serial; entre outras.

3. AS DERIVAÇÕES DA EXPRESSÃO ACESSO À JUSTIÇA

Consoante já indicado, o direito de acesso à justiça sofreu ao longo da história da humanidade intenso bombardeio de distintas ideologias, de modo que presentemente representa algo cujo âmago vai além de seus contornos rudimentares e assume feição multifacetada e de largo alcance.

Atualmente é pouco entendê-lo meramente como *direito de ignição à máquina judiciária* para assim apartá-lo, por completo, de outros matizes, também de calibre constitucional. A bem da verdade, falar em acesso à justiça na contemporaneidade implica operar com toda a gama de direitos fundamentais processuais; mais que isso, denota uma tratativa fundante por significar, em última análise, o próprio direito fundamental ao devido processo legal, condição inexorável para a legitimação do procedimento e da própria tutela jurisdicional produzida no âmbito processual. *Portanto, ao longo do tempo uma visão expansiva do direito de acesso à justiça ganhou cada vez mais espaço.*

De resto, a expressão *acesso à justiça* em si mesma possui, como já anotado, riqueza semântica. Dela extraem-se acepções, desde aquelas tradicionais a outras já encampadas pelo Estado Democrático de Direito, embora sem se concretizarem completamente. Adiante, todos esses significados agora atribuídos ao acesso à justiça serão enfrentados, tratando-os um a um, como sugere a melhor didática, e sempre com escoro na doutrina mais especializada.

3.1 Direito subjetivo à obtenção de uma tutela jurisdicional (ou direito de acesso à jurisdição)

Segundo uma perspectiva tradicional (meramente formal), o *acesso à justiça* traduz-se na real possibilidade de todos acionarem o Judiciário quando acreditarem *ameaçado* ou *lesado* algum direito seu,⁹ e dele receberem uma resposta ao clamor deduzido.¹⁰ Ou nas palavras de Guilherme Botelho: representa um direito subjetivo público ao exame, pelo Judiciário, de uma afirmação de lesão ou ameaça a direito, de natureza *pré-processual* e cujo exercício é amplo, autorizada sua postulação por qualquer membro da sociedade.¹¹ É, pois, um direito de acesso à jurisdição ou, simplesmente, um direito de ação.¹²

⁹ A provocação da jurisdição, isto é, o acesso à justiça não exige que o interessado seja mesmo o titular do direito material envolvido. É suficiente, para o exercício do direito de ação, sustentar (afirmar) a existência de um direito material e sua titularidade (TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 669).

¹⁰ Na lição de Nelson Nery Junior, “[o] direito à tutela jurisdicional não se confunde com o direito de petição, este último garantido pela CF 5º XXXIV, a, conforme experiência haurida do estado liberal. O direito de petição é conferido para que se possa reclamar, junto aos poderes públicos, em defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder. O direito de petição é um direito político, que pode ser exercido por qualquer um, pessoa física ou judicial, sem forma rígida de procedimento para fazer-se valer, caracterizando-se pela informalidade, bastando a identificação do peticionário e o conteúdo sumário do que se pretende do órgão público destinatário do pedido. Pode vir exteriorizado por intermédio de *petição*, no sentido estrito do termo, *representação*, *queixa* ou *reclamação*. A característica que diferencia o direito de petição do direito de ação é a necessidade, neste último, de se vir a juízo pleitear a tutela jurisdicional, porque se trata de direito pessoal. Em outras palavras, é preciso preencher a condição da ação *interesse processual*. Para legitimar-se ao direito de petição não é preciso que o peticionário tenha sofrido gravame pessoal ou lesão em seu direito, porque se caracteriza como direito de participação política, onde está presente o interesse geral no cumprimento da ordem jurídica. Enquanto o direito de ação é um direito público subjetivo, pessoal, portanto, salvo no caso dos direitos difusos e coletivos, onde os titulares são indetermináveis e indeterminados, respectivamente, o direito de petição, por ser político, é impessoal, porque dirigido à autoridade para noticiar a existência de ilegalidade ou abuso de poder, solicitando as providências cabíveis” (JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. Processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 173-174).

¹¹ BOTELHO, Guilherme. *Direito ao Processo Qualificado. O Processo Civil na Perspectiva do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 183.

¹² A afirmação segundo a qual cumpre ao Estado atuar a jurisdição não implica apego à ideia tradicional no sentido de que a jurisdição é atividade *unicamente* exercida pelo juiz. Afinal, nas palavras de André Cordeiro Leal, hodiernamente, no Estado Democrático de Direito, não mais é adequado afirmar que a jurisdição é a atividade do juiz no desenvolvimento do poder do Estado em dizer o direito ou em aplicá-lo ao caso concreto; além disso, ela é resultado necessário da atividade discursiva dos sujeitos no âmbito processual, a partir de argumentos internos ao ordenamento (LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2008, p. 34). Basta pensar no direito fundamental ao contraditório, hoje encarado

De mais a mais, frente a tal direito, o Estado-juiz jamais há de negar o exame a uma afirmação de lesão ou de ameaça a direito que lhe fora direcionado, mercê do que se extrai da própria literalidade do art. 5º, XXXV, da CRFB – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Acionado, o Judiciário prestará a tutela jurisdicional preventiva ou reparatória, seja o direito envolvido individual ou coletivo (*lato sensu*),¹³ cumprindo-lhe, sempre atento ao devido processo legal e à participação democrática das partes, encontrar a resposta correta para a solução do conflito em julgamento.

3.2 Obrigação de *não fazer*, cujo destinatário é o legislador

Ainda preso a sua perspectiva formal, avance-se um pouco mais para realçar que a garantia de acesso à justiça se dirige por igual ao legislador, que não está autorizado a, *salvo eventual ressalva constitucional*, tergiversar, restringindo a esfera de atividade do Judiciário, excluindo de sua apreciação particulares lesões ou ameaças a direito. Enfim, é uma miragem cuja essência impõe autêntica obrigação de *não fazer* ao legislador.

Nesse ponto, uma observação merece referência: é consequência do acesso à justiça encarado segundo essa nuance a rejeição da denominada “instância administrativa forçada” (ou “jurisdição condicionada”), à qual obrigava aquele que pretendesse discutir com a Administração Pública a primeiramente buscar socorro nas vias administrativas para, somente depois, esgotado tal caminho, lançar-se às vias judiciais – restrição esta franqueada por força da Emenda Constitucional nº 7/77 à Constituição de 1967/69.¹⁴ Entretanto, frente à amplitude em que é colocado o

como *direito de influência e não surpresa*, que impele a revisão do conceito de jurisdição para lhe atribuir contornos ajustados ao paradigma contemporâneo. Para aprofundamento da temática relacionada ao contraditório: NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 151-172.

¹³ Destaca Nelson Nery Junior que “[o] direito de ação pode ser exercido independentemente da qualificação jurídica do direito material a ser por ele protegido. Com isso, tanto o titular do direito *individual*, quanto o do direito *meta-individual* (difuso, coletivo ou individual homogêneo) têm o direito constitucional de pleitear ao Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada” (JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. Processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 172-173).

¹⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 667-668.

princípio atualmente, não há mais lugar para esse tipo de imposição que criava, nas palavras de Celso Bastos, um “contencioso completamente desfigurado”.¹⁵

É tal, aliás, a plenitude da incidência do acesso à justiça, que apenas uma ressalva a ele hoje se admite quanto à ilegitimidade do condicionamento a jurisdição no Brasil. O único caso consentido pelo direito pátrio refere-se à “Justiça Desportiva”, e assim porque a própria Constituição impõe o prévio esgotamento das instâncias administrativas que lhe são próprias, no caso de ações relativas à disciplina e às competições desportivas (CRFB, art. 217, §1º).¹⁶ Não obstante, para evitar procrastinação no trâmite dos feitos e, por conseguinte, impedimento (indireto) de acesso ao Judiciário, o constituinte, sabiamente, inseriu um prazo máximo de sessenta dias para a manifestação final dessa instância jurisdicional administrativa (CRFB, art. 217, §2º); depois de superado esse lapso, resta afastada a necessidade do prévio esgotamento, vale dizer, subentende-se já estar cumprido o curso administrativo forçado que, no caso, é temporalmente delimitado.¹⁷

3.3 Acesso igualitário a todos perante o Judiciário

Afirmar que o *direito à ação* denota *acesso igualitário a todos perante o Judiciário*, quer significar, acima de tudo, que a *hipossuficiência econômica* não há de ser empecilho ao direito a uma tutela jurisdicional adequada. É fácil perceber que aqui o Estado não se sujeita à posição meramente passiva, oriunda dos significados anteriores, pois assume postura intervencionista, destinada a *garantir* o acesso igualitário à justiça e não apenas proclamá-la, de modo formal, como direito de todos.¹⁸

Por isso, assegura-se constitucionalmente – um direito fundamental que também confere contornos ao acesso à justiça – a *assistência jurídica integral e gratuita* àqueles que efetivamente comprovarem insuficiência de recursos (CRFB, art. 5º, LXXIV). Sobre o tema, leciona Nelson Nery Junior:

O princípio do direito de ação tem, ainda, como decorrência a atribuição de assistência jurídica gratuita e integral aos necessitados (CRFB, art. 5º, LXXIV). Diferentemente da assistência judiciária prevista na Constituição anterior, a assistência jurídica

¹⁵ BASTOS, Celso *apud* TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 667-668.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabbri, 1988, p. 12.

tem conceito mais abrangente e abarca a consultoria e a atividade jurídica extrajudicial em geral. Agora, portanto, o Estado promoverá a assistência aos necessitados no que pertine a aspectos legais, prestando informações sobre comportamentos a serem seguidos diante de problemas jurídicos e, ainda, propondo ações e defendendo o necessitado nas ações em face dele propostas.¹⁹

Coube à vetusta Lei 1.060/1950 regular a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Segundo seu art. 4º, a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária *mediante simples afirmação*, na própria petição inicial, de que não está em condições de arcar com as custas processuais. *Não obstante, tal legislação é anterior à Constituição Federal e, especificamente neste ponto, não foi por ela recepcionada.* Basta perceber que a Carta Magna exige a *comprovação* da insuficiência de recursos para que o interessado possa obter o benefício da assistência jurídica gratuita: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita *aos que comprovarem insuficiência de recursos*” (CRFB/88, art. 5º, LXXIV). Se a Carta Magna exige a *comprovação* (= provar, demonstrar, revelar) da insuficiência de recursos, não pode a lei infraconstitucional, a toda evidência, dispensar tal prova.²⁰ *Superar os limites semânticos do dispositivo aludido via “interpretação criativa” nada mais é que adotar um protagonismo judicial atentatório à separação de poderes, que fraudava o próprio trabalho do constituinte originário.*

E por certo não se pode atribuir *valor* à chamada “declaração de pobreza”, documento elaborado de próprio punho, alheio ao devido processo legal

¹⁹ JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. Processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 176.

²⁰ Nessa linha, a lição de Wendel de Brito Lemos Teixeira: “Além de a Carta Magna exigir a comprovação da miserabilidade jurídica para deferimento da assistência jurídica gratuita, tal ainda se mostra salutar para coibir os rotineiros abusos nas lides forenses. Como outrora mencionado, o acesso à justiça é discrepado por muitos litigantes, motivo pelo qual desponta, parafraseando Lorenzetti, “o excesso no acesso”. A facilitação do acesso à justiça (atitude nobre do constituinte e legislador brasileiro) foi totalmente deturpada, e assim pessoas utilizam-se da assistência jurídica gratuita mesmo sem comprovar sua miserabilidade jurídica, trazendo grande rombo ao erário público, emperrando o Judiciário e inviabilizando a utilização dessa benesse por pessoas que dela realmente necessitam” (LEMONS TEIXEIRA, Wendel de Brito. *Repensando a assistência jurídica gratuita no processo civil: o excesso no acesso à justiça*. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 70. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 165-177). É outra, contudo, a orientação do Supremo Tribunal Federal ao sublinhar que o art. 5º, LXXIV (assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos) não revogou a garantia de assistência judiciária gratuita da Lei 1.060/1950 e que, para sua obtenção, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que sua situação econômica não permite vir a juízo sem prejuízo de sua subsistência (RE 205746/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento em 26/11/1997, 2ª Turma, disponível em: <www.stf.jus.br>).

e assinado pelo interessado, artifício utilizado para burlar a imposição constitucional e inverter o ônus probatório, favorecendo justamente aquele a quem cumpre produzir a prova a fim de obter o favorecimento estatal.

É, enfim, corolário do acesso à justiça o comando que obriga – não só o legislador, mas também o próprio juiz – a adotar medidas que contornem obstáculos econômicos e, deste modo, permitam ao hipossuficiente o acesso ao Judiciário e, sobretudo, a obtenção real e concreta de uma *adequada* tutela jurisdicional, desde que, cumprido o comando constitucional, *demonstre* sua condição de miserabilidade.

3.4 Direito à tutela jurisdicional adequada

Se o Estado vedou a autotutela e avocou o poder de solucionar os conflitos surgidos na sociedade, assumiu, além disso, o importante *dever* de prestar aos cidadãos aquilo que se denomina, numa visão *lato*, de *adequada tutela jurisdicional*, vale dizer, aquela tutela jurisdicional que não seja anódina ou embotada, revestida isto sim dos predicados *adequação formal, duração razoável, efetividade*.²¹

É *formalmente adequada (adequação formal)* a tutela jurisdicional prestada segundo procedimentos e técnicas processuais que se apresentem sensíveis às particularidades fáticas do caso concreto, que se afinem às necessidades do direito material perseguido, bem assim se harmonizem às diretrizes constitucionais.²² Assim que, num primeiro momento, o acesso à justiça

²¹ Segundo se posiciona Gustavo de Medeiros Melo, a “moderna doutrina chegou ao consenso de que o direito de ação não se reduz ao direito de mero acesso ao processo. Em termos correlatos, o acesso ao processo, por sua vez, não se satisfaz com a simples obtenção da sentença de mérito. A dimensão do acesso à justiça é muito maior do que se imagina. A garantia constitucional impõe aos poderes públicos o compromisso com o fornecimento de uma tutela jurisdicional de qualidade, capaz de solucionar o conflito de modo adequado e correspondente com os valores essenciais do Estado Democrático de Direito” (MELO, Gustavo de Medeiros. *O acesso adequado à justiça na perspectiva do processo justo*. Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Coordenação: Luiz Fux; Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 684-706).

²² Entra aqui também a temática do *formalismo*. É evidente sua indispensabilidade, pois confere previsibilidade e segurança às relações travadas no palco processual, demarcando os limites temporais e possibilidades de todos aqueles que ali exercem algum papel. O que é inaceitável, todavia, é o chamado *formalismo exacerbado*, cuja presteza não encontra respaldo num modelo constitucional adepto ao acesso democrático à justiça, visto que impõe excessivos estorvos formais destoantes da necessária aproximação que se deve ter em mente entre os direitos processual e material.

impõe ao legislador que desenvolva *técnicas e procedimentos* sintonizados ao direito material, além de ajustadas (ou permitam o ajuste) às particularidades do caso concreto e às prescrições constitucionais²³ (como ilustração, lembre-se da indispensabilidade de técnicas e procedimentos diferenciados para a tutela de direitos coletivos *lato sensu*²⁴ ou mesmo das técnicas hábeis para possibilitar tutelas urgentes, protetivas ou satisfativas).²⁵ E como não poderia ser diferente, porventura ausente técnica processual *adequada*, ou mesmo em face da inaptidão daquela positivada para solução do caso concreto, a mesma garantia constitucional, segundo a perspectiva ora examinada, obriga o próprio juiz,²⁶ sempre em atenção ao devido processo (especialmente o contraditório em sua feição substancial),

²³ Esclarecem Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustárroz ter sido a partir da ideia de que compete ao Estado facilitar ao cidadão as formas de acesso à solução de seus conflitos, foram, no século XX, incorporados paulatinamente à ordem jurídica nacional figuras como o mandado de segurança, a ação civil pública, a ação coletiva, o *habeas data*, a injunção, a ação direta de inconstitucionalidade e tantos outros remédios que se somaram aos já presentes no século, como o próprio *habeas corpus*, já garantido pela Constituição da primeira República, embora desfigurado pela Revisão de 3 de setembro de 1926 (PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil*. O conteúdo processual da Constituição Federal. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 41-42).

²⁴ Embora não exista no Brasil um Código para a tutela dos direitos coletivos, é certo que, pela conjugação de normas específicas e pela atuação responsável da jurisprudência, é possível admitir a existência de um verdadeiro sistema de processo coletivo, cujo delineamento, na ordem infraconstitucional, é formado principalmente pela Lei da Ação Civil Pública, Lei da Improbidade Administrativa, Lei da Ação Popular e pelo Código de Defesa do Consumidor, todos contendo disposições que permitem a apreciação da vasta maioria dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos com projeção social (PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil*. O conteúdo processual da Constituição Federal. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 41-42).

²⁵ Nelson Nery Junior elucida que, pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm direito de obter do Judiciário a tutela jurisdicional adequada, não sendo suficiente o mero direito à tutela jurisdicional. Consoante afirma, é preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. E vai além, exemplificando que, quando a tutela adequada se referir à medida de urgência, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, ainda que inexistia lei autorizando ou mesmo proibindo seu deferimento (JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. Processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 172).

²⁶ Para uma ampla compreensão dessa feição do acesso à justiça, indispensável a leitura da obra: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. Curso de Processo Civil. 3. ed. Revista dos Tribunais, 2009. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero mostram que a adequação formal pode concretizar-se, por exemplo, na previsão legislativa de ritos especiais com níveis ajustados de cognição, com provimentos também adequados, dotados de técnicas processuais conformes às necessidades do caso; esse ideal pode ser levado a efeito tanto em abstrato, pelo legislador, como em concreto, pelo órgão jurisdicional, dada a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e os contornos do Estado Constitucional (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. v.1, São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 29).

impelindo-o a indicar, atento à necessária colaboração das partes, técnica hábil para a justa pacificação social.²⁷

Noutro ângulo, é corolário do acesso à justiça a *duração razoável*. Hoje, aliás, em função da Emenda Constitucional nº 45/2004, essa diretriz se encontra expressa no corpo da Constituição nos seguintes dizeres: "*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*" (CRFB, art. 5º, LXXVIII).²⁸ Aqui se vê um comando constitucional que realça a indispensabilidade de a tutela

²⁷ Aqui se insere naturalmente o *poder de adaptabilidade do procedimento* conferido ao juiz. No sistema atual, a doutrina não é unânime em admitir sua aplicação. Há, contudo, aqueles que o aceitam hoje, entre eles Fredie Didier Jr., Cassio Scarpinella Bueno, Luiz Guilherme Marinoni e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Melhor mesmo é já aceitar tal possibilidade, não obstante a ausência de positivação legal nesse sentido. Trata-se de um poder implícito, de cariz constitucional por ser extraído do *direito fundamental à tutela jurisdicional adequada* (CF/88, art. 5º, XXXV). Quando o constituinte afirmou que "a lei não excluirá da apreciação do Judiciário a lesão ou ameaça a direito", quis, com isso, estabelecer possibilidades, endereçadas tanto ao legislador como também ao próprio juiz e às partes. Numa visão atual, enfim, o "princípio da inafastabilidade" — ou "direito fundamental à tutela jurisdicional adequada" — apresenta, entre outros significados, o *direito a técnicas procedimentais adequadas às tutelas pretendidas no plano do direito material, às particularidades do caso concreto e aos valores constitucionais*. E, se assim realmente é, caso ausente técnica processual idônea à tutela de direito material, seja por carência de previsão legal, seja ainda por existir previsão de técnica inidônea a essa tutela, certamente o juiz está autorizado, observado o "modelo constitucional do processo", a identificar a técnica processual mais adequada ao caso. Por fim, é mister fazer uma crítica de cunho prático. É que, no Brasil, se mostra quase utópico falar em "flexibilidade procedimental" como um poder geral confiado ao juiz, simplesmente porque esse cenário estrutural tão acinzentado que hoje reflete a realidade viva do País leva a distorções rotineiras no sistema. Não são raras as oportunidades nas quais, por exemplo, juízes, em plena audiência de instrução e julgamento, evidenciam não ter lido uma lauda sequer do caderno processual —; alguns, desolados, confessam isso aos advogados e às partes ali presentes, justificando que o excesso de trabalho apenas lhes permite tomar ciência do conteúdo dos autos quando chega o momento de proferir a sentença. Há verdadeiramente um poço abissal entre o que se prega em teoria e aquilo que se exercita no foro. A aplicação prática do *princípio da adaptabilidade procedimental* exige um Judiciário de ponta, devidamente aparelhado e estruturado, juízes ainda mais compromissados com as diretrizes democráticas constitucionalmente previstas e que apresentem, sobretudo, grande senso de responsabilidade. Infelizmente, porém, esse patamar ideal não foi ainda atingido.

²⁸ Regra interessante, e polêmica, do CPC projetado é a que impõe, salvo exceções nele mesmo previstas, aos órgãos judiciais obediência à ordem cronológica de conclusão dos processos nos momentos de proferir sentença ou acórdão, como forma de agilizar a prestação jurisdicional e primar pela igualdade daqueles que litigam em juízo. A lista de processos aptos a julgamento deverá permanecer a disposição, em cartório e na rede mundial de computadores, para consulta pública, e eventual requerimento formulado por uma das partes não alterará a ordem cronológica para a decisão dos processos já inclusos na lista, exceto quando implicar reabertura da instrução ou a conversão do julgamento em diligência. Quer-se com isso decerto obter agilidade na prestação jurisdicional.

jurisdicional ser prestada em tempo razoável e sem dilações indevidas, em consideração às particularidades e complexidades da causa, não significando tal garantia um dever imposto ao Estado-juiz para inexoravelmente prestar a tutela jurisdicional de forma expedita.

Além de *adequada formalmente* e de *duração razoável*, deve a tutela jurisdicional ser também *efetiva*.²⁹ Quer isso significar que há de realizar concretamente os direitos, não apenas declará-los (ou proclamá-los, pois a lei já cuida disso), ou simplesmente condenar o demandado a pagar o equivalente ao valor do direito.³⁰ Trabalhar o valor *efetividade* é relacioná-lo ao conceito de *utilidade*.³¹ *Efetivo* é mesmo aquilo que é *útil*.³² Enfim, uma vez obtido o

²⁹ Um dos valores essenciais à adequada compreensão do direito processual civil contemporâneo é, sem dúvida, a *efetividade*. Fala-se, mais propriamente, em *direito à tutela jurisdicional efetiva*, cujo significado também é extraído do art. 5.º, XXXV, da Constituição. Representa, enfim, uma nuance contemporânea atribuída à garantia de *acesso à justiça*. Trabalhar o valor *efetividade* é relacioná-lo ao conceito de *utilidade*. *Efetivo* é mesmo aquilo que é *útil*. A ideia, na essência, parece simples, mas sua real percepção impõe um pensar que direciona o direito processual civil e o próprio processo à resolução de problemas *práticos*, à construção de uma ciência realmente engajada com os escopos que dela se esperam. Neste turno, *efetiva* será a *tutela jurisdicional* capaz de *realizar concretamente* os direitos – ou ainda prevenir *concretamente* a violação de direitos –, e não apenas de reconhecê-los (ou certificá-los). O legislador – leciona Luiz Guilherme Marinoni – está obrigado a instituir procedimentos e técnicas processuais capazes de permitir a realização das tutelas prometidas pelo direito material e, inclusive, pelos direitos fundamentais materiais, mas que não foram alcançadas à distância da jurisdição. Exemplos: os procedimentos que restringem a produção de determinadas provas ou a discussão de determinadas questões, os procedimentos dirigidos a proteger os direitos transindividuais, a técnica antecipatória, as sentenças e meios de execução diferenciados (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200, p. 115). No entanto, como o legislador nem sempre atua idealmente, o dever de compreender as normas processuais a partir do valor *efetividade* atinge também o juiz. Cumpre à autoridade jurisdicional, portanto, encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) dos direitos materiais que se busca tutelar por intermédio da jurisdição, sempre que ausente técnica positivada ou, se presente, que se mostre inidônea às particularidades do caso concreto e ou às necessidades do próprio direito material perseguido (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 115).

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 67.

³¹ É lúcido o tratamento que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira confere à efetividade, sempre amparado por respeitadas doutrinas: “A questão da realização do direito e, por consequência, da efetividade processual, encontra raízes profundas no próprio conceito de direito. Mesmo que não se concorde com a *Zweckjurisprudenz* de R. Jhering, não se pode deixar de reconhecer plena razão ao jurista alemão quando proclamava que ‘O direito existe para se realizar. A realização do direito é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito. O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e sobre o papel, não é mais do que um fantasma de direito, não são senão palavras. Ao contrário, o que se realiza como direito é o direito (...). E, como bem ressalta Castanheira Neves, ‘há

reconhecimento (certificação) do direito indicado como ameaçado ou lesionado, que justifique a atuação do Estado-juiz, seus resultados devem ser concretos, palpáveis, sensíveis no plano exterior do processo.³³ É justamente neste ponto que se sustentam constitucionalmente técnicas como a *antecipatória* (CPC, art. 273) e as sentenças que impõem um não fazer ou um fazer sob pena de multa (CPC, art. 461).³⁴ Também, neste particular, é que se aúfere legitimidade ao agir do juiz, em

uma razão essencial para que as coisas se compreendam assim. É que também no direito – e, sobretudo no direito como entidade prática – a determinação da ‘essência’ não comprova a ‘existência’: o direito não é (não é direito) sem se manifestar na prática e como prática. Não temos direito só porque pensamos a essência jurídica ou a juridicidade ou porque construímos um sistema de normatividade jurídica – teremos quando muito a possibilidade (ideal) do jurídico e nada mais. Só o cumprimento histórico-concreto naquele modo de ser que é a vigência e que lhe permite afirmar-se como efetiva dimensão da prática humano-social, transforma a juridicidade em direito.’ Nessa perspectiva, desponta substancialmente o direito fundamental de acesso à jurisdição, assegurando de forma expressa no art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição da República, compreendendo não só a afirmação de lesão como a de ameaça de lesão a direito” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 125-126).

³² Insista-se na ideia de que a pedra de toque é mesmo a *utilidade*. É bem verdade que, em dadas situações, suficiente à *satisfação* dos provimentos *meramente declaratórios* e *constitutivos*, uma vez que proporcionam a *utilidade* que o demandante almeja alcançar com o exercício do *direito de ação*. No mais das vezes, contudo, a *certificação* do direito não se mostra suficientemente capaz de *satisfazer* a pretensão submetida à apreciação judicial. Há, ademais, casos nos quais a *satisfação* do direito (ou *provável* direito) deve ser obtida antes mesmo de sua *certificação definitiva*, sobretudo em razão de peculiaridades fáticas e das necessidades do direito material (urgência, abuso do direito de defesa, etc.), que justificam a alteração da lógica procedimental; em tais hipóteses, cumpre ao órgão julgador deferir o pedido de tutela antecipada formulado pelo demandante e, por conseguinte, diligenciar meios que acelerem, ainda que provisoriamente, a *satisfação* perseguida.

³³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Teoria geral do processo civil. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 146. Digno de críticas é o texto final, recentemente aprovado pela Câmara dos Deputados, do art. 298 do CPC projetado, que limita o bloqueio de ativos financeiros nos casos de antecipação de tutela: "Art. 298 – O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela antecipada. Parágrafo único. A efetivação da tutela antecipada observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber, vedados o bloqueio e a penhora de dinheiro, de aplicação financeira ou de outros ativos financeiros." Curiosa a redação. O legislador preocupou-se apenas com a fase instrutória da execução (ou efetivação) da tutela antecipada, proibindo os atos constritivos mais eficazes. E as demais fases? Quer dizer que, em tese, é possível, na execução de tutela antecipada, penhorar-se um imóvel, expropriá-lo e convertê-lo em dinheiro a fim de satisfazer o demandante (com caução, que seja). O caminho mais longo, enfim, é admitido, mas aquele mais breve, eficiente e menos custoso, não. A previsão legal em destaque preza por sua inconstitucionalidade: é um retrocesso jurídico ilógico, lesivo à efetividade e que fere assim o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual de Processo de Conhecimento. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 67. Outra técnica utilizada pelo legislador, em prol da consecução do *direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*, é a instituição de *normas processuais abertas*. O legislador – leciona Luiz Guilherme Marinoni – está consciente que deve dar aos

atenção à necessária participação dinâmica das partes, que busca encontrar técnica processual idônea à proteção dos direitos materiais que se pretende tutelar pela via jurisdicional, quando ausente técnica positivada ou, ainda que presente, mostre-se inidônea às particularidades do caso concreto e ou às necessidades do próprio direito material perseguido.³⁵

É de se sublinhar, ainda, que uma tutela jurisdicional adequada, promovida segundo todas as facetas examinadas alhures, depende outrossim de questões alheias à legislação processual, um desafio permanente e que amiúde envolve a atuação conjunta da sociedade civil e do Estado:³⁶ i) é preciso investir em material humano, contratar mais juízes e treiná-los, a eles e aos servidores, para o desempenho de suas atividades de modo apropriado e eficaz, com exigências de reciclagem e aprimoramento de tempos e tempos; ii) a especialização de varas, câmaras ou turmas é essencial porque dinamiza a atividade jurisdicional e traz qualidade às decisões proferidas; iii) os juízes, em específico, não podem mais ser privados de técnicas de gestão administrativa, pois só assim terão sucesso em

jurisdicionados e ao juiz maior poder para a utilização do processo, motivo pelo qual institui *normas processuais abertas* (como a do art. 461 do CPC), ou seja, normas que oferecem um leque de instrumentos processuais, dando ao cidadão o poder de construir o modelo processual adequado e ao juiz o poder de utilizar a técnica processual idônea à tutela da situação concreta. Ao fixá-las, parte da premissa de que, por ser impossível predizer todas as necessidades futuras e concretas, é imprescindível dar poder aos operadores do direito para a identificação e a utilização dos meios processuais adequados às várias situações. A concretização da norma processual, nessas hipóteses, deve levar em conta as necessidades de direito material reveladas no caso, mas sua instituição decorre do *direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. O legislador atua – continua o mestre – porque é ciente de que a jurisdição não pode dar conta das variadas situações concretas sem a outorga de maior poder e mobilidade, de modo que o autor fica incumbido da identificação das necessidades concretas para modelar a ação processual e o juiz, investido do poder-dever de, mediante argumentação própria e expressa na fundamentação de sua decisão, individuar a técnica processual capaz de lhe permitir a efetiva tutela do direito (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 116).

³⁵ Segundo Luiz Guilherme Marinoni, o encontro da técnica processual adequada exige a interpretação da norma processual de acordo com o *direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. E mais: para se evitar a declaração da inconstitucionalidade de uma regra processual, cumpre ao juiz seu tratamento através de técnicas da *interpretação conforme* e da *declaração parcial de nulidade sem redução de texto*. Ainda, esclarece o processualista, quando as particularidades do caso concreto reclamarem técnica processual não prevista em lei, cumpre ao juiz suprir a omissão que obstaculiza a realização do *direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*, e assim o fará mediante o que se pode denominar de *técnica de controle de inconstitucionalidade por omissão* (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 114).

³⁶ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil*. O conteúdo processual da Constituição Federal. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 49.

administrar os processos que se acumulam em seu poder; iv) a adoção de tecnologias hoje disponíveis para o combate da lentidão do Judiciário é algo simplesmente indispensável, sobretudo frente ao vertiginoso crescimento da demanda por serviços judiciais; v) é imperativo que se fortaleça o Ministério Público (CRFB, art. 127 e seg.) e a Defensoria Pública (CRFB, art. 134), órgãos oficiais de apoio, cuja atuação assegura a efetiva igualdade das partes ao longo do embate travado no arco procedimental, democratiza o acesso à justiça, sobretudo atendendo a classe menos abastada economicamente e qualifica e legitima a tutela jurisdicional; vi) também é essencial que os próprios advogados, de importância reconhecida constitucionalmente (CRFB, art. 133), sejam instados a práticas de constante aprendizado e aperfeiçoamento, nivelando o debate processual em grau de excelência, em prol de provimentos judiciais mais sensíveis às particularidades do caso concreto e aos diversos ângulos interpretativos do direito em jogo; vii) o incremento de iniciativas para aprimorar o acesso à justiça, a exemplo de serviços gratuitos de assistência jurídica, prestados por alunos, professores e funcionários de Faculdades de Direito, ou ainda, o engajamento de Organizações Não-Governamentais, que pautam sua atuação pela defesa de direitos reconhecidos e pela crítica ao sistema jurídico, aproximando a sociedade civil.³⁷

3.5 Direito ao *judicial review*

Com o advento da República, o modelo difuso do controle de constitucionalidade (via de exceção ou defesa) consagrou-se no Brasil, o que foi feito por intermédio do Decreto 848, de 11/10/1890, cuja previsão, em seu art. 3º, rezava que “na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura só intervirá em espécie e por provocação da parte”.³⁸ O desenvolvimento superveniente consolidou tal tendência, de modo que a matéria não sofreu alterações profundas nos textos subsequentes.³⁹ Especificamente na Constituição Federal de 1988, o controle incidental difuso continuou a ser previsto, mas de forma oblíqua, na disciplina do cabimento do recurso extraordinário, da qual decorre a inequívoca possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por juízes e tribunais,⁴⁰ além de corolário óbvio do acesso à justiça.

Sobre o controle difuso de constitucionalidade, leciona Bernardo Gonçalves Fernandes:

³⁷ *Ibidem*, p. 48.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 1010-1011.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 86-87.

(...) o controle difuso ocorre num caso concreto, via exceção e de modo incidental. Nesse sentido, existindo a dúvida ou controvérsia sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma jurídica que envolve um caso concreto (entre autor e réu), o juiz então decidirá sobre a constitucionalidade ou não da norma e, com isso, enfrentada essa questão incidental (tipicamente prejudicial), ele decidirá a questão fundamental (principal) do caso (seja ela penal, civil, empresarial, tributária, trabalhista, ambiental, etc.). Nesses termos, certo é que processualmente a alegação de inconstitucionalidade envolverá a causa de pedir e não o pedido.⁴¹

Cumpra ao juiz, *mesmo de ofício*,⁴² pautado pelas demarcações do devido processo legal, a realização do controle (difuso) de constitucionalidade da lei (e demais atos de natureza normativa) que será aplicada ao caso concreto. *Havendo lesão ou ameaça a direito decorrente de dispositivo inconstitucional, é papel do Judiciário atuar a fim de afastar sua aplicação, assegurando a efetividade do direito em jogo e, por tabela, a autoridade da própria Constituição.* Ou numa perspectiva diversa: a importância do controle difuso é aferida sobretudo tendo-se em vista que, por meio da defesa de interesses subjetivos, dá-se por igual a defesa da própria

⁴¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 878. Bernardo Gonçalves Fernandes avança para sublinhar ponto importante: "O interessante é que, nos Tribunais, os magistrados situados em turmas ou câmaras (órgãos fracionários) não poderão realizar o controle difuso de constitucionalidade declarando a inconstitucionalidade de uma norma jurídica, devido à intitulada cláusula de reserva de plenário do art. 97 da CR/88 (também chamada de *full bench*). Assim sendo, enquanto o Juiz de 1ª instância (ou mesmo os juízes e Turmas Recursais de Juizados Especiais) pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma incidentalmente em um caso concreto e, com isso, decidir o caso (a sua questão principal), nos Tribunais a declaração de inconstitucionalidade será afeta apenas ao Pleno ou ao órgão especial" (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 879).

⁴² É sempre importante lembrar que atuação judicial de ofício não significa atuação judicial alheia ao contraditório em sua perspectiva dinâmica. A respeito do tema, a abalizada lição de Daniel Amorim Assunção Neves: "Infelizmente não se percebe a diferença basilar entre 'decidir de ofício' e 'decidir sem a oitiva das partes'. Determinadas matérias e questões devem ser conhecidas de ofício, significando que, independentemente de serem levadas ao conhecimento do juiz pelas partes, elas devem ser conhecidas, enfrentadas e decididas no processo. No entanto, o que isso tem a ver com a ausência de oitiva das partes? Continua a ser providência de ofício o juiz levar a matéria ao processo, ouvir as partes e decidir a respeito dela. Como a surpresa das partes deve ser evitada em homenagem ao princípio do contraditório, parece que, mesmo nas matérias e questões que deva conhecer de ofício, o juiz deve intimar as partes para manifestação prévia antes de proferir sua decisão, conforme inclusive consagrado na legislação francesa e portuguesa" (NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009, p. 58).

Constituição, e isso desde a judicatura de primeira instância.⁴³ Como lecionam Lenio Luiz Streck e Georges Abboud, inexistente o *judicial review*, o acesso à justiça estaria seriamente prejudicado, na medida em que, frente a restrições aos direitos fundamentais oriundas de algum ato estatal, somente por meio do controle difuso é possível corrigir a inconstitucionalidade e preservar o direito fundamental. Não é por outra razão que as partes estão sempre autorizadas a invocar a inconstitucionalidade de qualquer texto normativo, inclusive das súmulas vinculantes.⁴⁴

Naturalmente que não se deve, para aferir a (in)constitucionalidade de um dispositivo qualquer, apegar-se exclusivamente aos limites formais, senão também àqueles de ordem material, constituídos especialmente pelos conteúdos essenciais de cada direito positivado. É que, se antes, na era do Estado de Direito, a produção legislativa ordinária se achava cercada tão somente de limites formais (legitimidade para legislar, *quorum* mínimo de aprovação de uma lei, procedimento para sua edição, forma de publicação, etc.), hoje, no novo paradigma do Estado Constitucional do Direito, os limites a serem observados são formais e materiais, o

⁴³ CORRÊA DE ARAÚJO; Marcelo Labanca; PINHEIRO BARROS; Luciano José. O estreitamento da via difusa no controle de constitucionalidade e a comprovação da repercussão geral nos recursos extraordinários. Disponível em: <www.conpedi.org>.

⁴⁴ Sobre o controle de constitucionalidade das súmulas vinculantes, lecionam Lenio Luiz Streck e Georges Abboud, citando Castanheira Neves: "Outrossim, o controle difuso de constitucionalidade é assegurado desde 1891 no Brasil e corroborado pelo inciso XXXV do art. 5º da CF: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. A impossibilidade de controlar a constitucionalidade das súmulas vinculantes, perante o caso concreto, não só afrontaria o *judicial control* e o direito de ação, como ainda confrontaria a independência judicial, posto que 'a independência do tribunal ou do juiz manifesta-se como garantia de que a sentença judicial pode valer como emanção do direito e não simplesmente como ato decisionista do Estado'". Em outro trecho, o raciocínio é concluído: "Diante desse contexto, reafirmamos a necessidade de admitir o controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculantes sob pena de infringirmos os princípios constitucionais do direito de ação e da independência decisória, e do Judiciário se transformar numa estrutura autoritária, hierarquizada e burocrática, no qual não há lugar para a independência apenas para a obediência e dependência, em total confronto com o Estado Democrático de Direito presente na CF de 1988, diante do qual os juízes são independentes, mesmo que existam diversos graus de jurisdição. Na realidade, negar-se a possibilidade de desaplicação da súmula vinculante, quando sua incidência acarretar inconstitucionalidade, seria a derrota da particularidade do próprio caso concreto, bem como da atividade judicante" (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Versão eletrônica. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011, p. 107 e 119-120). Também admitindo o controle de constitucionalidade das súmulas vinculantes: JUNIOR, Nelson Nery; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Constituição Federal comentada e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 667.

que implica impedimento de violação ao núcleo essencial de cada direito, de restrição desarrazoada de direitos fundamentais.⁴⁵

Em síntese, é perfeitamente correto advogar um direito fundamental ao *judicial review* cuja valorização e alcance institui: i) a garantia a todos de meios jurídicos para fazer valer seus direitos (expressa ou implicitamente)⁴⁶ constitucionais, motivo pelo qual eventual inércia dos entes legitimados a propor as chamadas “ações constitucionais” não se mostra em tese prejudicial ao cidadão, porque ele próprio está autorizado a provocar o controle difuso – e, acrescente-se, se não o fizer, haverá o juiz de realizá-lo assim mesmo – para ver respeitado seu direito fundamental de não ser obrigado a cumprir ato normativo inconstitucional;⁴⁷ ii) a garantia de todos de não ter seu direito material afastado pela incidência de norma inconstitucional;⁴⁸ iii) o impedimento de que o controle difuso de constitucionalidade seja obstado por restrições de cunho legislativo; iv) a impossibilidade de o Judiciário desdenhar o controle difuso de constitucionalidade, sobretudo pelo recrudescimento das decisões de efeito vinculante do Superior Tribunal de Justiça;⁴⁹ e v) garantia de que as particularidades do caso concreto em julgamento serão observadas em sua plenitude,⁵⁰ uma vez que toda interpretação normativa depende certamente dos fatos influenciadores ali presentes.

⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 65.

⁴⁶ Na precisa lição de Valério de Oliveira Mazzuoli: “Existe dispositivo na Constituição de 1988 que demonstra claramente existir três vertentes dos direitos e garantias fundamentais na ordem jurídica brasileira. Trata-se do art. 5º, §2º, da CF/1988, segundo o qual os direitos e garantias expressos nesta Constituição [1ª vertente] não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [2ª vertente] ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte [3ª vertente]”. “Assim, desmembrando este dispositivo, o que dele se extrai é que, além dos direitos expressos na Constituição (primeira vertente), existem também os direitos nela implícitos (segunda vertente), que decorrem do regime (primeira subdivisão da segunda vertente) e dos princípios (segunda subdivisão da segunda vertente) por ela adotados, e os direitos provenientes de tratados (terceira vertente), que não estão nem expressa nem implicitamente previstos na Constituição, mas provêm ou podem vir a provir dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do 'diálogo das fontes'. *Revista Argumenta (UENP)*, 15. Jacarezinho, 2011, p. 91).

⁴⁷ CORRÊA DE ARAÚJO; Marcelo Labanca; PINHEIRO BARROS; Luciano José. O estreitamento da via difusa no controle de constitucionalidade e a comprovação da repercussão geral nos recursos extraordinários. Disponível em: <www.conpedi.org>.

⁴⁸ PASCHOAL DA COSTA, Letícia Zuccolo. A natureza jurídica do direito de ação e do controle de constitucionalidade. *Revista Direito e Humanidades*, 23. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/about>. Acesso em: 13/12/2013.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Idem*.

3.6 Direito ao *controle de convencionalidade* ⁵¹

A eficácia interna das normas de um tratado internacional no País está condicionada à referenda por parte do Congresso Nacional por meio de um *decreto legislativo*, cuja publicação deve ocorrer no Diário Oficial da União.⁵² Uma vez internalizado o tratado internacional na ordem interna, ocupará ele, de regra, posição hierárquica de *lei ordinária*, situação que se mantém desde a aurora do período republicano.

Não obstante, com o advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, sempre que o enunciado legal, oriundo de tratado internacional do qual a República Federativa do Brasil seja parte, se referir a um direito fundamental e for aprovado em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, *seu ingresso no ordenamento jurídico se dará com status (material e formalmente) constitucional* – a Constituição lhe atribui equivalência à *emenda constitucional* – e não meramente à lei ordinária (CF/88, art. 5º, §3º).⁵³

⁵¹ Valério de Oliveira Mazzuoli pontua, na introdução de um de seus artigos, a importância e originalidade do tema *controle de convencionalidade*: “O tema deste ensaio é inédito no Brasil. Seu aparecimento se deu entre nós a partir da entrada em vigor da EC 45/2004. No entanto, até o presente momento, – passados vários anos dessa alteração constitucional – nenhum jurista pátrio chegou a desenvolvê-lo. Sequer um autor brasileiro (constitucionalista ou internacionalista) percebeu, até o presente momento, a amplitude e a importância dessa nova temática capaz de modificar todo o sistema de controle no direito brasileiro” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do 'diálogo das fontes'. *Revista Argumenta (UENP)*, 15. Jacarezinho, 2011, p. 77-114).

⁵² A doutrina divide-se em duas correntes ao tratar dos conflitos entre normas provenientes dos tratados e normas do sistema jurídico interno dos Estados. O *monismo* alberga a tese de que o tratado internacional ingressa de imediato na ordem jurídica interna do Estado contratante. No *dualismo*, as ordens interna e internacional têm coexistências independentes, não se podendo, em princípio, falar da existência de conflitos entre elas. Esta última corrente advoga o entendimento de que as normas internacionais apenas possuem validade na ordem interna quando sofrerem um processo de recepção, destinado a transformá-las em norma jurídica do sistema jurídico do Estado. No Brasil, vigem as diretrizes da *teoria dualista*.

⁵³ Nas palavras de Valério de Oliveira Mazzuoli, “[a] partir da EC 45/2004, é necessário entender que a expressão ‘guarda da Constituição’, utilizada pelo art. 102, I, alberga, além do texto da Constituição propriamente dito, também as normas constitucionais por equiparação. Assim, ainda que a Constituição silencie a respeito de um determinado direito, mas estando este mesmo direito previsto em tratado de direitos humanos constitucionalizado pelo rito do art. 5º, §3º, passa a caber, no STF, o controle concentrado de constitucionalidade (v.g., uma ação direta de inconstitucionalidade) para compatibilizar a norma infraconstitucional com os preceitos do tratado constitucionalizado” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do 'diálogo das fontes'. *Revista Argumenta (UENP)*, 15. Jacarezinho, 2011, p. 104).

Questão mais difícil, todavia, é a de definir o *status normativo* de diplomas internacionais sobre direitos humanos *não aprovados com as formalidades predicadas pela Constituição*. Segundo orientação prevalecente no Supremo Tribunal Federal, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos não submetidos às formalidades constitucionais (aprovação por três quintos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em dois turnos de votação), *anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional n.º 45/2004*, apresentam eficácia *supralegal*, e assim se situam hierarquicamente entre a Constituição e as leis infraconstitucionais (ordinárias e complementares, cuja distinção não é hierárquica, mas apenas de *quorum* de aprovação e de matéria).⁵⁴ Esta hierarquização, diferenciando na ordem jurídica brasileira o grau de autoridade entre *leis ordinárias* e *tratados internacionais de direitos humanos*, permite içar os últimos ao patamar de *parâmetro de controle de legitimidade* das primeiras. Dito de outro modo: os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos sempre se encontrarão posicionados hierarquicamente em degrau superior à legislação infraconstitucional, seja assumindo *status* constitucional (quando congregam aspecto material, versando sobre direitos humanos, e aspecto formal, aprovado de acordo com o procedimento legislativo constitucional), seja assumindo *status supralegal* (quando trouxer consigo apenas aspecto de ordem material e, assim, versar sobre direitos humanos), neste último caso pairando acima da legislação infraconstitucional, mas em nível inferior à Constituição.⁵⁵

Aqui importa justamente esse caráter *supralegal* confiado a alguns desses tratados pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica, incorporado à ordem jurídica brasileira em 1992.⁵⁶ É que a emanação de

⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*. Teoria Geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, p. 47. Os prestigiados civilistas indicam, como reforço à tese por eles abraçada, os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, com relatoria do Ministro Cezar Peluso, e no *Habeas Corpus* 87.585/TO, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio, julgados em 03 de dezembro de 2008 e publicados no *Informativo* 531. Luiz Guilherme Marinoni faz uma síntese da temática e mostra que “os tratados internacionais de direitos humanos aprovados em conformidade aos ditames do §3º do art. 5º da Constituição Federal são equivalentes às emendas constitucionais; os demais tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil constituem direito supralegal; e os tratados internacionais que não tratam de direitos humanos têm valor legal” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro)*. Disponível em: <www.marinoni.adv.br>. Acesso em: 13/12/2013).

⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*. Teoria Geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, p. 47.

⁵⁶ O Pacto de São José da Costa Rica (ou Convenção Americana de Direitos Humanos), em vigor desde 1978, foi incorporado à ordem jurídica brasileira em 1992, pelo Decreto 678, de 06 de novembro de 1992, e representa bom exemplo de *fonte formal* de normas processuais, notadamente porque traz consigo uma série de garantias processuais. Uma delas é o *direito a um processo em*

efeitos da legislação infraconstitucional depende de sua consonância não apenas com a Constituição, *mas por igual com o direito supralegal, que igualmente representa parâmetro de controle*. Enfim, a Emenda Constitucional 45/2004, com a interpretação prevalecente no Supremo Tribunal Federal acima indicada, permite afirmar a existência de uma nova espécie de controle da produção normativa doméstica no país: o chamado *controle de convencionalidade*.

Conforme enfatiza Luiz Guilherme Marinoni:

(...) a legislação infraconstitucional, para produzir efeitos, não deve apenas estar em consonância com a Constituição Federal, mas também com os tratados internacionais dos direitos humanos. Nesta perspectiva, existem dois parâmetros de controle e dois programas de validação do direito ordinário. Além da Constituição, o direito supralegal está a condicionar e a controlar a validade da lei.⁵⁷

tempo razoável, hoje, e em função da Emenda Constitucional n.º 45/2004, devidamente inserido no texto constitucional (CF/88, art. 5º, LXXVIII) nos seguintes termos: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro)*. Disponível em: <www.marinoni.adv.br>. Acesso em: 13/12/2013. Valério de Oliveira Mazzuoli adota entendimento particularmente diferente em relação ao tema. Para ele o direito doméstico deve, além do exame de sua compatibilidade com a Constituição (*controle de constitucionalidade*), superar dois níveis de aprovação cujos parâmetros seriam: i) os tratados de direitos humanos (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e ii) os tratados internacionais comuns também ratificados e em vigor no país. No primeiro caso, ter-se-ia o *controle de convencionalidade das leis* (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados de direitos humanos em vigor no país); no segundo, o *controle de supralegalidade* (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados comuns em vigor no país). Por conseguinte, pouco importaria se o tratado de direito humano é material ou formalmente constitucional, vale dizer, se aprovado respectivamente conforme o §2º ou em conformidade com o §3º, ambos do art. 5º da Constituição. Trocando em miúdos: tendo a análise por base o tratado de direitos humanos, o controle que se faria seria de *convencionalidade*; tendo por base tratados internacionais comuns (e que, portanto, não dizem respeito aos direitos humanos), o controle seria de *supralegalidade*. Em suas palavras: "... a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante validade no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada vigente (pois, repita-se, está de acordo com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados –, mas não poderá ser tida como válida, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. Ou seja, a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna inválidas as normas jurídicas de direito interno"

Daí se afirmar que há também um *direito fundamental ao controle de convencionalidade*, que igualmente dimana do acesso à justiça, em semelhança àquilo já tratado no tópico anterior sobre o *judicial review*. Havendo lesão ou ameaça a direito oriunda de dispositivo contrário à ordem *supralegal*, cumpre ao Judiciário atuar, mediante o competente controle difuso (de convencionalidade),⁵⁸ e até mesmo oficiosamente, a fim de compatibilizar as normas internas com as convencionais.

As consequências práticas originadas desse perspectiva são as mais diversas: i) a garantia de meios jurídicos para fazer valer seus direitos supra legalmente previstos — inclusive recurso extraordinário⁵⁹ —, motivo pelo qual eventual inércia dos entes legitimados a propor as chamadas “ações constitucionais” não se mostra em tese prejudicial ao cidadão, porque ele próprio está autorizado a provocar o *controle difuso de convencionalidade* — e, acrescente-se, se não o fizer, haverá o juiz de realizá-lo assim mesmo — para ver respeitado seu direito fundamental de não ser obrigado a cumprir ato normativo atentatório às normas convencionais; ii) a garantia a todo cidadão de não ter seu direito material afastado pela incidência de texto legal atentatório ao direito supralegal; iii) o impedimento de que o *controle difuso de convencionalidade* seja obstado por restrições de cunho legislativo; iv) a impossibilidade de o Judiciário desdenhar o *controle difuso de convencionalidade*, sobretudo pelo recrudescimento das decisões de efeito vinculante do Superior Tribunal de Justiça; e v) a garantia de que as particularidades do caso concreto em julgamento serão observadas em sua plenitude, uma vez que toda interpretação normativa depende certamente dos fatos influenciadores ali presentes.

(MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do 'diálogo das fontes'. *Revista Argumenta (UENP)*, 15. Jacarezinho, 2011, p. 77-114).

⁵⁸ No Brasil, a compatibilidade entre ordem jurídica interna e convencional é realizada apenas mediante controle difuso.

⁵⁹ Nesse sentido, leciona Luiz Guilherme Marinoni: “Questão interessante se relaciona com a oportunidade de o Supremo Tribunal Federal realizar controle difuso, em face do direito supralegal, mediante recurso extraordinário. É que se poderia argumentar, em primeiro lugar, que tratado não constitui norma constitucional e, depois, que violação de direito supralegal não abre oportunidade à interposição de recurso extraordinário (art. 102, CF). É óbvio que tratado não se confunde com norma constitucional, podendo assumir este *status* quando aprovado mediante o quórum qualificado do §3º do art. 5º da Constituição Federal. Sucede que também certamente não se equipara, na qualidade de direito supralegal, com direito federal, cuja alegação de violação abre ensejo ao recurso especial (art. 105, CF). Lembre-se que o Supremo Tribunal Federal admitiu e julgou recurso extraordinário em que se alegou violação de direito reconhecido como supralegal exatamente quando enfrentou a questão da legitimidade da prisão civil do depositário infiel (RE n. 466.343)” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro)*. Disponível em: <www.marinoni.adv.br>. Acesso em: 13/12/2013).

3.7 Direito a um julgamento conforme a legalidade

O acesso à justiça toca também no *direito fundamental à legalidade* (CFRB, art. 5º, II e 37, *caput*), que permanece como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, a despeito das transformações de sentido que sofreu, razão pela qual se fala hoje em *legalidade constitucionalizada*:⁶⁰ a lei não é mais aceita *per se*, como algo cuja supremacia esteja nela própria, isoladamente considerada, pois apenas se legitima, é validada, *se conforme* a Constituição, isto é, caso esteja ajustada às cargas axiológica e deontológica das normas constitucionais.⁶¹

Frente à previsão constitucional da legalidade, o constituinte afirmou a incoerência, no atual regime republicano, de um “governo dos homens”, aquele cujas decisões cedem ao sabor dos caprichos do governante; quis realçar que hoje se vivencia um “governo das leis”, fruto da vontade geral (CF/88, art. 1º, parágrafo único), avesso a arbitrariedades praticadas pelo Estado. E a respeito disso, dessa sua importância axial, sejam pontuadas duas obviedades: i) a Carta Magna prescreve, de maneira categórica, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa *senão em virtude de lei*” (CFRB, art. 5º, II) – ou seja, o *princípio da legalidade* está positivado expressamente no âmbito da Constituição; e ii) em todo o texto

⁶⁰ A expressão *legalidade constitucionalizada* tem importância na atual quadra da história porque atrelada à interpretação jurídica contemporânea, sobretudo por exortar os atores processuais a avaliarem a legitimidade (formal e material) dos textos legais, a compreendê-los e deles extrair significados à luz da Constituição. É papel do intérprete valer-se de uma *filtragem ativa*, direcionada não apenas à depuração de sentidos do ordenamento jurídico, expurgando aquilo que destoava da Carta Constitucional, mas por igual voltada a agregar aos enunciados infraconstitucionais perspectivas possíveis, mediante exegeses que levem em consideração o imperativo de desvelamento dos direitos fundamentais.

⁶¹ Conforme pontua Lenio Streck, “(...) a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma Constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático. Isso tem consequências drásticas para a concepção do direito como um todo! Quero dizer: saltamos de um legalismo rasteiro, que reduzia o elemento central do direito ora a um conceito estrito de lei (como no caso dos códigos oitocentistas, base para o positivismo primitivo), ora a um conceito abstrato universalizante de norma (que se encontra plasmado na ideia de direito presente no positivismo normativo), para uma concepção da legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade. Afinal – e me recorde aqui de Elias Dias –, não seríamos capazes, nesta quadra da história, de admitir uma legalidade inconstitucional. Isso deveria ser evidente” (STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ – Eletrônica*, 15, n.1, p. 158-153. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 06/02/2013). Essa percepção assegura que o resultado do processo se dará segundo parâmetros fixados pelas normas constitucionais, segundo os valores que ali foram inseridos e traduzidos normativamente. Afinal, a produção de decisões inconstitucionais, em perspectiva material ou processual, implica desatenção ao paradigma do Estado Democrático de Direito, desprezo a seus objetivos e fundamentos, ao rol de direitos fundamentais que devem iluminar as relações sociais.

constitucional não há enunciado algum, nenhuma *cláusula de exceção* que legitime uma fissura no *princípio da legalidade* – não há exceções previstas no âmbito da Constituição para o *princípio da legalidade*. Em outras palavras: inexistente base normativa legítima (=constitucional) que sirva de fundamento para decisões proferidas em desacordo com o ordenamento jurídico, e assim porque é impossível justificar uma exceção ao princípio (constitucional) da legalidade que esteja prevista em legislação infraconstitucional.⁶²

Uma tal concepção tem por escopo, por conseguinte, impedir julgamentos conforme elementos exógenos ao ordenamento jurídico, calcados naquilo que para o juiz, em seu particular subjetivismo, se apresenta *justo*⁶³ para a solução do caso concreto. Ninguém se encontra, por exemplo, autorizado para julgar por *equidade*,⁶⁴ pois se assim fosse, se estaria a reconhecer, no âmbito do

⁶² Sobre a força da legalidade, nunca é demais lembrar trecho do voto, proferido na década de 1940, pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal Orozimbo Nonato: “Se o juiz pode e deve preferir, entre várias interpretações aquela que atende mais às aspirações da justiça e ao bem público, se ele é o adaptador consciente da lei ao fato, da norma legal à vida e, dentro nessa função move-se com liberdade, não pode jamais perder de vista o ponto de partida de sua atividade, e que é a lei, em sua letra e em seu espírito, e que lhe cumpre aplicar inteligentemente e não modificar ou alterar, com habilidade e argúcia, fazendo contra ela prevalecer seus sentimentos pessoais de cidadão e jurista” (Disponível em: <www.stf.jus.br>). Depois disso, o Supremo Tribunal Federal reafirmou sua posição em outro julgado: “Não pode o juiz, sob a alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável. Mitigue o juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério. Recurso extraordinário conhecido e provido” (In: *Revista Brasileira de Direito Processual*, 50. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986, p. 159-193).

⁶³ O livro de Michael J. Sandel é um bom exemplo sobre a dificuldade de se compreender o *justo*. Numa perspectiva filosófica, trabalha o conceito de *justiça* sob várias facetas (utilitarismo, ideologia libertária, ótica do mercado, conceitos morais, etc.), passando pela visão de vários filósofos, como Aristóteles, Kant, John Rawls, Robert Nozicks, entre outros (SANDEL, Michael. J. *Justiça*. O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012).

⁶⁴ A expressão *equidade* é amorfa, indeterminada, com significância multifacetada, o que é verificável pelas divergências que a envolvem em sede doutrinária e jurisprudencial. Para Pontes de Miranda, por exemplo, “o conceito de equidade é, de sua natureza e origem, indeterminado. Enche-o a consciência, mais frequentemente o sentimento de cada um. No entanto, quando se lhe quer qualificar o sentimento que lhe dá o conteúdo, levanta-se a questão de ser individual ou coletivo. Os romanos distinguiam *ius* e *aequitas*, sem se saber bem se essa havia de informar àquele ou aquele a essa. Por aí aparecem todas as muitas teorias do direito justo. Nos próprios textos romanos, às vezes a *aequitas* prima. A *exceptio doli* ... A dois milênios de distância alguns juristas pensam que a liberdade do juiz é liberdade do povo. Elogiam o povo romano, quer dizer os seus governantes e juizes. No entanto, o problema é muito mais complexo. O juiz pode servir a sentimentos de desigualdade (a pretexto de adaptar a solução às circunstâncias) ou causar o desprestígio da lei” (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947, p. 413-414). Aqui, no âmbito deste texto, a referência que se faz, e cuja ideia não encontra resguardo no âmbito constitucional, é acerca das chamadas “decisões por equidade”. Em apego às

sistema normativo, a possibilidade de ingresso mágico em uma espécie de *realidade paralela*, que libertaria o magistrado das amarras da lei a ponto de lhe permitir respirar e fazer uso de práticas concernentes a uma espécie de *realismo jurídico à brasileira*,⁶⁵ em absoluto divorciadas das diretrizes que se colhem do arcabouço constitucional hodierno.⁶⁶

É, segundo essa perspectiva, que leciona Ronaldo Brêtas:

(...) no Estado Democrático de Direito brasileiro, que adota o sistema jurídico romano-germânico (*civil law*), o juiz não pode decidir *por equidade*. Se houver alguma norma que o autorize a tanto, será inconstitucional, porque o agente público decisor (juiz) sempre estará vinculado à reserva legal, garantia fundamental do povo, conforme prevê o art. 5º, inc. II, da Constituição Federal: 'Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'. A expressão lei, no texto constitucional, deve ser entendida como ordenamento jurídico, vale dizer, conjunto de princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais que o compõem, vinculando os órgãos jurisdicionais, quando proferem suas decisões.⁶⁷

lições aristotélicas, muitos veem na *equidade* a base para decisões que menosprezam o direito positivo, proferidas por assim dizer *contra legem*. Seria ela superior ao *justo legal* porque expressão do *justo natural*, ou seja, seria o *justo*, mas não o *justo legal* tal e como se desprenderia das palavras da lei, senão o *autenticamente justo* em relação ao caso concreto. O juiz, então, poderia decidir segundo seu *prudente arbítrio* quando *ele próprio* entendesse inaceitável a aplicação do texto legal, isto é, quando considerar que o resultado daí advindo seja disparatado. A fim de julgar com *acerto*, buscaria apelo *em sua própria consciência*, uma espécie de *canal de acesso* à opinião comum do grupo social em que vive – *ao julgar por equidade, o juiz estaria canalizando em sua decisão a consciência coletiva que habita a sociedade*. A equidade teria, pois, a função de *correção* (ou *retificação*) daquela lei que, *aos olhos do julgador*, se mostrar injusta para solucionar o caso concreto.

⁶⁵ A alusão feita acima pretende estabelecer um contraponto com o chamado Realismo Jurídico Americano, Escola Hermenêutica que eclodiu na primeira metade do século XX, cujos defensores afirmavam que o importante para o surgimento dos provimentos judiciais eram fatores psicológicos, muitas vezes irracionais, que levariam o juiz, primeiramente, a atingir o resultado de seu julgamento para só então, e num segundo plano, procurar as premissas convenientes que o justificassem. As decisões se orientariam por razões emocionais; o direito desprenderia da normatividade para ser encarado como uma *aposta* ou *suposição* sobre o que decidirão os juízes e tribunais.

⁶⁶ Para maiores esclarecimentos sobre a inconstitucionalidade de textos legais que autorizam julgamentos *por equidade*: DELFINO, Lúcio. A paradoxal decisão por equidade no Estado Democrático de Direito: apontamentos sobre o "Relatório Paulo Teixeira". *Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Coordenação: Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira. Vol. 3. Salvador: Editora JusPodivm, 2014. p. 235-254.

⁶⁷ CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. Projeto do novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado – Exame técnico e constitucional. In: *Futuro do Processo Civil Brasileiro: uma Análise Crítica ao*

Um exame acurado do sistema normativo brasileiro demonstra que decisões judiciais ultrajantes à legalidade são uma anomalia. Já se constatou que na esfera constitucional há expressa previsão acerca da legalidade, cujo enquadramento a coloca entre as chamadas cláusulas pétreas e *que confere a todos do povo o direito fundamental de serem julgados conforme a lei*. De resto, é esclarecedor o art. 485, V, do Código de Processo Civil, que autoriza a rescisão da sentença de mérito que “violou literal disposição de lei”. Afinal, tal dispositivo realça a gravidade dos vícios caracterizados por julgamentos atentatórios à ordem jurídica, tanto que autoriza a medida extrema e excepcional atinente à rescisão do próprio julgado. Se, então, o juiz atropela os limites hermenêuticos de um determinado texto legal, ou mesmo o afasta sem justificativas, o julgado daí produzido é defeituoso, sujeitando-se à invalidação mediante ação rescisória.⁶⁸

3.8 Direito fundamental ao justo processo

Há ainda um último significado confiado ao acesso à justiça, que não apenas sintetiza todos aqueles tratados até aqui, mas também imprime a ele um alcance ainda maior.

A garantia constitucional em comento, numa primeira análise, tem sido compreendida, ao fim e ao cabo, como direito ao *due process*, algo que inexoravelmente destaca seu caráter dinâmico, além de sublinhar, até por

Projeto do Novo CPC. Organizadores: Fernando Rossi, Glauco Gumerato Ramos, Jefferson Carus Guedes, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão e Lúcio Delfino. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 551-566.

⁶⁸ Não se está defendendo que o intérprete, no Estado Democrático de Direito, estaria maniatado ao estilo de interpretação meramente gramatical – uma espécie de exegese *sintática*. Não se prega uma atitude hermenêutica própria ao *positivismo exegético* (ou *legalista*), oriunda da Escola da Exegese ou da Jurisprudência dos Conceitos. Tampouco se advoga um retorno ao *positivismo normativo* (Hans Kelsen). Pretende-se, isso sim, trabalhar com alternativas alinhadas à superação da discricionariedade judicial, o que *per se* significa o afastamento das teorias positivistas. Hoje, afinal, é incoerente com o paradigma estatal inaugurado com a Carta de 1988, insistir na positivação de verdadeiras *janelas legislativas*, uma vez que permitem o acesso à discricionariedade, fonte de arbítrio, como é propriamente o caso da *equidade*. Os limites presentes nos próprios textos de lei democraticamente construídos devem ser sempre considerados. É indispensável que se observem os enunciados legais salvo se soçobrem frente à filtragem constitucional. Enfim, perceber e respeitar a *autonomia* do Direito é algo imperioso, não se podendo admitir protagonismos judiciais direcionados à correção desse mesmo Direito segundo parâmetros exógenos (moral, economia, política), pois tudo aquilo que interessa e deve ser considerado (inclusive questões morais, econômicas, políticas) já está situado no âmbito constitucional. Para melhor compreensão dessas nuances é recomendável a leitura do brilhante artigo: STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ – Eletrônica*, 15, n.1, p. 158-153. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 06/02/2013.

implicação, a insuficiência da empreitada de simplesmente abrir ao cidadão as portas da jurisdição, permitindo que busque socorro sempre que lesado ou ameaçado em seu direito. Esse é a primeira ideia associada ao acesso à justiça caracterizado como direito fundamental ao justo processo.

A atividade jurisdicional, de tal sorte, é legitimada e controlada mediante o processo, submetida a uma espécie de filtragem constitucional (e *supralegal*) vital e inevitável, cujo propósito é o ajuste de todo o conjunto de atos praticados pelos atores processuais (sobretudo os de natureza judicial) a um programa normativo-principiológico previamente descrito e positivado na Constituição – os chamados direitos fundamentais processuais.⁶⁹ Enfim, devido processo legal é o processo instituído ou especificado em lei, sem a fiel observância do qual ninguém pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens, vale dizer, é um processo legal, ordenado ou regular, cuja observância rigorosa é condição para a legitimação de medidas privativas da liberdade ou de bens.⁷⁰

Estar-se-á a falar daquilo que fora denominado por eminente processualista italiano de *modelo constitucional do processo*, um sistema de importantes garantias e direitos constitucionais hábeis para *legitimar* democraticamente e *controlar* a própria atividade jurisdicional e os resultados dela provenientes. Em termos diretos: todo e qualquer ato praticado no âmbito processual há de se pautar no amplo acesso à justiça, afinado a todas as características que atribuem contornos ao devido processo legal, isto é, no respeito ao contraditório e à ampla defesa, ao juiz natural, à isonomia, à motivação e publicidade das decisões judiciais, ao direito a um advogado e à prestação jurisdicional em tempo razoável.⁷¹

⁶⁹ Veja-se, por exemplo, a relação entre acesso à justiça e ampla defesa. O acesso à justiça, como direito subjetivo à tutela jurisdicional, impõe considerar as implicações dessa ideia com relação ao réu. Vale dizer, o acesso à justiça não atinge unicamente o autor, aquele que instaurou a atividade jurisdicional mediante uma demanda. Para além disso, também o próprio réu sofre influências desse direito fundamental processual, na medida em que, depois de citado, tem interesse em obter, ele próprio, tutela jurisdicional que o favoreça. Por isso, o acesso à justiça se exerce mediante a participação do autor e do réu, e amiúde de outros atores processuais (terceiros, auxiliares do juízo), em contraditório segundo sua feição dinâmica, significando a um só tempo *direito de ação* e *direito de defesa*.

⁷⁰ WETZEL DE MATTOS, Sérgio Luís. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 190.

⁷¹ Leciona Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias: “o devido processo legal, principal alicerce do processo constitucional ou modelo constitucional do processo, considerado este o princípio metodológico constitucional de garantia dos direitos fundamentais, deve ser entendido como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis, ostentados pelas pessoas do povo (partes), quando deduzem pretensão à tutela jurídica nos processos, perante os órgãos jurisdicionais: a) – direito de amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso

Evidente aqui a ligação entre *segurança jurídica* e o *devido processo legal*. Ou, nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o devido processo legal é a concretização deontológica do valor da segurança no Estado Constitucional.⁷² E tal conexão – como bem mostra Sérgio Wetzel – pode ser detalhada em algumas circunstâncias mais evidentes na praxe jurídica, a exemplo: i) da intangibilidade da coisa julgada que conduz à estabilidade das relações jurídicas; ii) da exigência de respeito aos prazos processuais; iii) da observância à igualdade das partes; iv) da proteção da confiança do jurisdicionado; v) do respeito às etapas processuais ritualísticas previstas em lei; vi) da observância de todos os direitos fundamentais processuais expressos ou implícitos na Constituição, informativos do conteúdo mesmo do *due process*; vii) da possibilidade de adaptabilidade ou criação procedimental, quando silente a lei processual ou quando aquele procedimento previsto mostrar-se inadequado às particularidades do caso concreto e ou às especificidades do direito material, ou mesmo apresentar-se excessivamente formalista; viii) da exigência de respeito ao *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa e leal, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.⁷³

Além disso, basta a afirmação de que, ausentes os direitos fundamentais processuais – que delineiam o devido processo legal e funcionam no âmbito processual demarcando a atividade jurisdicional –, não há propriamente Estado (Constitucional) de Direito – ou como prefere J.J. Gomes Canotilho, “há muito que foi respondido aos críticos do formalismo que a forma, no Estado de Direito, é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade” (Rudolf von Jhering).⁷⁴

Não só isso, contudo. Pensar em acesso à justiça como *justo processo* é algo que extrapola a legitimação da decisão pelo procedimento, ou melhor, vai além de uma atividade jurisdicional conformada milimetricamente aos direitos fundamentais processuais (devido processo legal). Afinal, ainda assim, respeitados o

temporal razoável; b) – garantia do juízo natural; c) – garantia do contraditório; d) garantia da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluído o direito à presença de advogado ou de defensor público; e) – garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, com base no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); f) – garantia de um processo sem dilações indevidas” (CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012, p. 129).

⁷² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/66>>. Acesso em: 03/02/2014.

⁷³ WETZEL DE MATTOS, Sérgio Luís. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 188-189.

⁷⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 70-72.

procedimento e as garantias constitucionais que o conformam, a decisão judicial poderá ser injusta. Portanto, é imperioso que se observem também:

i) *a apuração adequada dos fatos relevantes da causa*: cumpre ao magistrado permitir a mais ampla instrução probatória possível, respeitados os direitos fundamentais e os limites do procedimento, de modo que cada um dos litigantes tenha condições de exonerarem-se do seu direito à ampla defesa, fazendo assim prova dos fatos que dão consistência às suas teses;

ii) *o respeito à legalidade constitucionalizada e supralegal*: não é justa decisão proferida com desdém ao ordenamento jurídico válido, em desatenção à legalidade constitucionalizada e supralegal. Como já apontado noutra parte, o órgão judicial por isso não está autorizado a adotar em seus julgamentos os “predadores exógenos”, isto é, aqueles alheios ao ordenamento jurídico, calcados naquilo que para ele, em seu particular subjetivismo, apresente-se justo para a solução do caso concreto. Por exemplo, ao juiz não é lícito decidir por equidade, ou pautado em critérios morais, religiosos, políticos ou econômicos não assimilados pelo ordenamento jurídico. Também são um mal em si mesmos – leciona Lenio Streck – os “predadores endógenos”, que por igual fragilizam o Direito (v.g., protagonismos judiciais; discricionarismo positivista; inquisitivismo; carência do dever de fundamentação; transformação dos julgamentos colegiados em decisões monocráticas, a maioria baseada em “jurisprudência dominante”, cujo DNA não vem demonstrado; a standardização das decisões; o panprincipiologismo, transformado em uma espécie de terceiro turno do processo constituinte e paraíso do decisionismo/pragmatismo/axiologismo); o crescimento da relativização da coisa julgada, entre outros).⁷⁵ Possui o Direito enfim autonomia, e esta deve ser a todo custo preservada e protegida pelo Judiciário, marginalizando de vez tais “predadores” que só fazem ferir a Constituição e sobretudo ulcerar a democracia.

iii) *uma adequada interpretação jurídica*: é imperioso a adoção de uma interpretação jurídica direcionada à finalidade de desvelar os significados do texto normativo, por meio da qual se supera a generalidade presente entre o texto a ser compreendido e a situação fática emergente dos casos particulares. Para se atingir tal desiderato, cumpre ao intérprete, em seu labor hermenêutico, considerar necessariamente: as singularidades fáticas do caso concreto; a autoridade da tradição autêntica; a reverência à intersubjetividade; a ideia de legalidade constitucionalmente (e

⁷⁵ STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

supralegalmente) válida; a fusão de horizontes entre texto e intérprete; a percepção e avaliação dos pré-juízos do próprio intérprete e a devida suspensão daqueles que se mostrarem inautênticos.

4. ABORDAGEM PRAGMÁTICA: EXPLORANDO O COTIDIANO JURÍDICO

A ciência processual é desenvolvida para fins práticos. O que se busca é utilidade afeiçãoada ao modelo do Estado Democrático de Direito,⁷⁶ isto é, resultados que se atenham à plataforma normativa constitucionalmente prevista (devido processo legal e normas constitucionais materialmente consideradas), até porque, não sendo assim, haverá sério déficit de legitimação a comprometer a própria tutela jurisdicional engendrada.

É, pois, sempre acertado aproximar teoria e prática, revelando que os esquemas lógico-jurídicos trabalhados não são puramente elucubratórios, mas ao contrário alcançam a parcela da realidade que descrevem e procuram regulamentar. Por conseguinte, serão elencadas adiante, sem qualquer intento de esgotamento e com fins ilustrativos, assertivas amiúde reproduzidas que elucidam, mesmo com alguma polêmica, aplicações práticas do acesso à justiça – algumas até já indicadas ao longo do artigo de maneira genérica ou específica – em toda a riqueza semântica e histórica examinada até então:

- i) Cumpre ao órgão julgador decidir o litígio nos limites em que as partes o delinearam (princípio da correlação ou da congruência), sob pena de violação do devido processo legal, sobretudo do contraditório e da ampla defesa, que também caracterizam o direito ao acesso à justiça em sua perspectiva dinâmica.
- ii) É inconstitucional texto normativo que autorize o abatimento (regime de compensação obrigatório) de quantias, inscritas ou não em dívida ativa, que a

⁷⁶ Não se trata, pois, de focar apenas na utilidade. Mesmo porque, em termos processuais, não há propriamente como se pensar em utilidade sem que se respeitem as garantias processuais, ou mesmo, em decisões judiciais produzidas à margem de uma interpretação que se apresente afinada à substância constitucional. Integra o conceito de utilidade o próprio respeito ao devido processo legal. Não está o juiz autorizado, por exemplo, a primar pela celeridade como algo absoluto, a fim de imprimir ao processo marcha incompatível ao tempo indispensável para que o contraditório e a ampla defesa se aperfeiçoem em sua inteireza, para que o provimento jurisdicional seja prolatado de forma madura e o mais seguramente possível. Ecoam na memória, a respeito disso, as palavras contundentes de Eric Voegelin, “[é] impossível desculpar as consequências malélicas de atos morais pela moralidade ou nobreza das intenções do agente. A intenção moralizadora não justifica a imoralidade da ação” (VOEGELIN, Eric. *Reflexões autobiográficas*. São Paulo: Editora Realizações, 2008, p. 31-32).

Fazenda entende ser-lhes de direito no momento da expedição do precatório em favor do contribuinte que logrou vencedor em ação judicial, por ofensa manifesta ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que não há discussão prévia sobre a natureza do crédito fazendário.⁷⁷

iii) A atividade jurisdicional é típica do Judiciário – “a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito” –, de modo que apenas ao texto constitucional é permitido abrir-lhe exceções. Carecem de constitucionalidade leis que atribuem natureza jurisdicional às decisões praticadas por órgãos não judiciais – repita-se: com exceção dos órgãos não judiciais que tenham prerrogativas jurisdicionais devido a previsão constitucional –, ou mesmo que pretendam excluir da apreciação judicial esferas de sua atuação (como, por exemplo, a fase executiva).

iv) A Lei de Arbitragem não fere o acesso à justiça. O que reza, afinal, não é a exclusão da apreciação do Judiciário de lesão ou ameaça a direito. Autoriza, isto sim, que as próprias partes, sendo capazes e tratando o conflito de direitos disponíveis, que assim o façam voluntariamente.

v) Julgamentos que extinguem o processo *sem resolução de mérito* não afrontam o acesso à justiça. Não se estará, em tal caso, afastando da atuação do Judiciário lesão ou ameaça a direito, tanto assim que nova ação judicial poderá ser promovida e resolvida mediante sentença definitiva (CPC, art. 269), desde que preenchidos os requisitos mínimos para tanto (condições da ação e pressupostos processuais). Na mesma toada, não há violação à Constituição quando a lei estabelece prazos e a observância de determinados formalismos (por exemplo, exigência de prova pré-constituída do direito líquido e certo no mandado de segurança) como condição para que o Judiciário efetivamente resolva o mérito, porquanto há nisso propriamente mera limitação e não impedimento à tutela jurisdicional de direito.

vi) É inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85, que veda ações civis públicas para veicular pretensões que envolvam tributos,

⁷⁷ É o que fez a Emenda Constitucional 62/2009, ao inserir na Constituição os §§ 9º e 10º do art. 100. Apesar dos argumentos em contrário, o Ministro Ayres Britto, relator da ADI n. 4.357, assim se pronunciou sobre a questão em seu voto: “E se é assim, o que se tem – penso – é um acréscimo de prerrogativa processual do Estado, como se já fosse pouco a prerrogativa do regime em si do precatório. No entanto, uma ‘super’ ou sobreprerrogativa que, ao menos quanto aos créditos privados já reconhecidos em decisão judicial com trânsito em julgado, vai implicar violação da *res judicata*. Mais até, vai consagrar um tipo de superioridade processual da parte pública sem a menor observância da garantia do devido processo legal e seus principais desdobramentos: o contraditório e a ampla defesa” (Supremo Tribunal Federal, ADIn 4357, Relator Ministro Ayres Britto, Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 18/02/2014).

contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo e do Serviço (FGTS) ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. Não obstante a Constituição proíba a lei de excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito, o dispositivo em comento despreza a obstrução constitucional e impede o acesso à jurisdição nas hipóteses ali elencadas.

vii) Leis e medidas provisórias que restringem ou proíbem a concessão de tutelas de urgência atentam contra a Constituição, razão pela qual o Estado-juiz deve, mediante controle difuso, ignorá-las e deferir, se for o caso, as medidas postuladas.

viii) A cobrança de taxas judiciária excessivas e sem limites claros fere o acesso à justiça por criar dificuldades descabidas ao jurisdicionado (STF, Súmula 667) (acesso igualitário a todos perante o Judiciário). Isso não significa, entretanto, que a simples circunstância de não haver sido estipulado um teto-limite para a taxa judiciária constitua razão suficiente para que se tenha por violado o livre acesso ao Judiciário. (AI 564.642-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 30-6-2009, Primeira Turma, *DJE* de 21-8-2009.) Vide: ADI 1.772-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 15-4-1998, Plenário, *DJ* de 8-9-200).

ix) Ferem a Constituição determinações normativas que condicionem a utilização do Judiciário ao prévio esgotamento da via administrativa (instância administrativa de curso forçado). O próprio texto constitucional prevê uma única hipótese em que o esgotamento das esferas administrativas ocorre – a “Justiça Desportiva” (CFRB, art. 217, § 2º) – e ainda assim regula o tempo máximo em que a decisão dali oriunda deva ser prolatada.

x) É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário (STF, Súmula Vinculante 28).

xi) Não golpeia a Constituição a exigência do depósito de 5% sobre o valor da causa, como condição de procedibilidade para o ajuizamento da ação rescisória (CPC, art. 488, II). Afinal, o que se pretende em tal caso é uma excepcionalidade, vale dizer, a rescisão da coisa julgada, o que *per se* justifica e autoriza o depósito, que será perdido pelo demandante, a título de multa, em favor do réu, se for declarada inadmissível ou improcedente, por unanimidade de votos.

xii) Aquele que deu causa ao processo deve restituir os valores despendidos pela outra parte com honorários contratuais, que integram o valor devido a

título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil (Superior Tribunal de Justiça, REsp n.º 1.134.725, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 24/06/2011, Disponível em <www.stj.jus.br>). Em outras palavras: o cidadão compelido a ingressar em juízo para postular direitos, ou mesmo obrigado a demandar porque citado para se defender, se vencedor, não deve jamais sofrer diminuição patrimonial. A situação reversa seria paradoxal: a despeito do seu sucesso, teria que arcar com prejuízo em sua esfera patrimonial que não deu causa, suportando assim nova lesão a direito.

xiii) Fere o acesso à justiça a negativa ou a omissão de apreciação das postulações feitas no âmbito processual pelas partes (por exemplo: quando o juiz decide que postergará o exame do pedido de antecipação de tutela para depois que a contestação for apresentada).

xiv) Leis estaduais, que autorizam a não inscrição em dívida ativa e o não ajuizamento de débitos de pequeno valor, não podem ser aplicadas a municípios na medida em que não se prestam a fundamentar a extinção das execuções fiscais por eles promovidas, sob pena de violação de sua competência tributária. O Município é ente federado detentor de autonomia tributária, com competência legislativa plena tanto para a instituição do tributo, como para eventuais desonerações. As normas comuns a todas as esferas restringem-se aos princípios constitucionais tributários, às limitações ao poder de tributar e às normas gerais de direito tributário estabelecidas por lei complementar. Negar ao município a possibilidade de executar seus créditos de pequeno valor sob o fundamento de ausência de interesse econômico contraria o direito do acesso à justiça. (RE 591.033, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 17-11-2010, Plenário, DJE de 25-2-2011, com repercussão geral).