

O ACESSO À JUSTIÇA DO PONTO DE VISTA CONSTITUCIONAL- PROCESSUAL.

MARLI EULÁLIA PORT ¹

¹ Advogada em Porto Alegre/RS e Florianópolis/SC. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo - IESA (2001); pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo - IESA (2004); egressa do Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul - AJURIS (2006).

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: CONCEITO E COMPREENSÃO

1.1 Conceituação

1.2 Fundamento constitucional

1.3 Suporte infraconstitucional

2 EMPECILHOS AO ACESSO À JUSTIÇA, CONSEQÜÊNCIAS DO DESRESPEITO E SOLUÇÕES

2.1 O custo do processo e a assistência judiciária gratuita

2.2 Os juizados especiais

2.3 O tempo do processo

2.4 Mediação dos conflitos

3 QUESTÕES RELEVANTES E PERTINENTES À APLICABILIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA NO PROCESSO

3.1 Extinção do processo sem resolução do mérito

3.1.1 Ausência de pressupostos processuais e de condições da ação

3.1.2 Preclusão

3.2 Prazo do mandado de segurança

4 ANÁLISE CRÍTICA DE JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

5 CONCLUSÃO

OBRAS CONSULTADAS

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: CONCEITO E COMPREENSÃO

O sistema jurídico é composto por uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais. Essa composição considera o sistema jurídico como um sistema aberto, com as idéias de adequação valorativa e unidade interior do Direito, o que permite ultrapassar os valores singulares e chegar aos valores fundamentais mais profundos, isto é, aos princípios gerais de uma ordem jurídica.² Nesse passo, a Constituição Federal dispôs que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]”³.

Segundo Rui Portanova,⁴ “os princípios [...] são enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos na lei, aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos”. O autor⁵ afirma, ainda:

[...] os princípios não têm cada qual sentido absolutamente autônomo e limites absolutamente rígidos [...]. Os seus significados se interpenetram e não é fácil dizer onde termina um princípio e começa outro, inclusive, **um poderá ser consequência do outro. O acesso à justiça é um princípio bem geral, pré-processual e até supraconstitucional [...]** (grifou-se)

Corroborando o entendimento quanto ao entrelaçamento dos princípios a noção de Luiz Guilherme Marinoni⁶ - interpretando as obras de Dworkin e Alexy -, ao

² Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 77 e 280.

³ Constituição Federal, art. 5º, § 2º.

⁴ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 14.

⁵ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**, p. 109.

afirmar que os princípios assumem importância nos casos de controle de constitucionalidade da lei, de dúvida interpretativa e de ausência de regra e, por sua natureza, devem conviver entre si em face das suas pluralidades, se aplicando-lhes a regra da ponderação, proporcionalidade ou sopesamento, considerada a impossibilidade de submetê-los à hierarquização.

Juarez Freitas, outrossim, ao tratar da correção das antinomias, aduz que estas somente são resolvidas mediante hierarquização segundo critérios múltiplos e inter-relacionados e que o princípio da hierarquização axiológica é um metaprincípio.⁷

Nos séculos XVIII e XIX, o acesso à justiça representava um ideal de proteção do Estado liberal aos cidadãos, isto é, o direito formal de um indivíduo interpor uma determinada ação ou dela defender-se. Sob esse prisma, o acesso à justiça confunde-se com o próprio direito de ação ou direito de defesa, razão pela qual alguns doutrinadores - dentre os quais, Portanova⁸ -, entendem que:

[...] o princípio do acesso à justiça, em última análise, informa todos os outros princípios ligados à ação e à defesa: demanda, autonomia de ação, dispositivo, ampla defesa, defesa global, eventualidade, estabilidade objetiva da demanda, estabilidade subjetiva da demanda. [...] **é um poder quase absoluto no processo civil**, mercê da natureza do direito material a que se visa atuar. (grifou-se)

No que tange à expressão “acesso à justiça”, há duas formas de interpretação para fins de se chegar a uma definição conceitual: a definição material e a definição formal. Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth,⁹ a expressão em análise “serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico [...]”.

⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo**. v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 47 e 51.

⁷ Cf. FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 298-300. O autor aduz, ainda, que o metacritério da hierarquização axiológica, inclusiva e exclusivamente, veda a incoerência e a incompletabilidade, de modo concomitante; e, mais adiante, reafirma a cogência de se considerar a hierarquização axiológica dos princípios para vencer antinomias na contemplação do problema da justiça. Idem, pp. 302-3

⁸ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**, p. 109.

⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. e Rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 8.

Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.”

Mas esse acesso meramente formal corresponde a uma igualdade também meramente formal e muitas vezes sem efetividade. Ao evoluírem as relações, naturalmente evoluiu também o Estado ao substituir a sua passividade por uma atuação mais positiva, visando à asseguuração concreta dos direitos sociais básicos, tais como: trabalho, saúde, educação, etc.¹⁰ Aliás, neste prisma, convém asseverar: acesso à justiça é “típico direito prestacional *lato sensu*.”¹¹ Por tal razão, não basta afirmar que o acesso à justiça seja tão somente o acesso ao sistema jurídico formal tendo em vista que o simples “propiciar o acesso” nem sempre se coaduna com o ideal de prestação jurisdicional: resultados justos.

Tratando do acesso ao direito à saúde, Vivian Rigo¹² ressalta que compete à Defensoria Pública promover o acesso à justiça das pessoas necessitadas, acesso esse que contém três ângulos a serem observados e integrados entre si: o objetivo (art. 5, XXXV, CF), o instrumental (o processo é instrumento indispensável para se chegar à justiça, conforme o art. 5º, LVI, CF), e o subjetivo (não é possível a salvaguarda do direito material sem que se delimite os sujeitos e a forma de tornar viável esse direito material).

Complementa Marinoni:¹³

As Constituições do século XX procuraram integrar as liberdades clássicas, inclusive as de natureza processual, com os direitos sociais, objetivando permitir a concreta participação do cidadão na sociedade, mediante, inclusive, **a realização do direito de ação, que passou a ser focalizado como ‘direito de acesso à justiça’** [...]. O problema da ‘efetividade’ do direito de ação, ainda que já fosse percebido no início do século XX, tornou-se mais nítido quando da consagração constitucional dos chamados ‘novos direitos’, ocasião em que a imprescindibilidade de um **real acesso à justiça** se tornou ainda mais evidente [...] porque se tomou consciência de que **os direitos** voltados a garantir uma nova forma de sociedade, identificados nas Constituições modernas, **apenas**

¹⁰ Cf. idem, pp. 9-11.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 206.

¹² RIGO, Vivian. Saúde: Direito de todos e de cada um. In ASSIS, Araken de (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 180.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo**. v. 1, pp. 184-5.

poderiam ser concretizados se garantido um real - e não um ilusório - acesso à justiça. (grifou-se)

Conforme acentuado por Eduardo Silva da Silva,¹⁴ o processo civil brasileiro ainda não se apercebeu da evolução das técnicas de solução de conflitos pelos meios alternativos; o autor entende que o acesso à justiça precisa ser visto sob outro prisma: com a observação das reformas legislativas que alteram o processo civil sob os princípios da efetividade e da instrumentalidade.

1.1 Conceituação

Para Cândido Rangel Dinamarco, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Ada Pellegrini Grinover,¹⁵ o acesso à justiça não é a mera admissão do processo ou a possibilidade de ingressar em juízo; é sim, a garantia de que os cidadãos possam demandar e defender-se adequadamente em juízo, isto é, ter acesso à efetividade no processo com os meios e recursos a ele inerentes de modo a obter um provimento jurisdicional saudável.

José Luís Bolzan de Moraes¹⁶ aduz que:

[...] a noção de efetividade deve englobar a eliminação de insatisfações, o cumprimento do direito com justiça, a participação ativa dos indivíduos..., além de constituir inspiração para o exercício e respeito dos direitos [e não] pretender apenas ao seu escopo jurídico. [...] deve-se viabilizar o **acesso à ordem jurídica justa**, que só se concretizará pela observância das garantias constitucionais do *due process of law* e da inafastabilidade do controle jurisdicional [...] (grifo do autor)

¹⁴ Cf. SILVA, Eduardo Silva da. Meios alternativos de Acesso à Justiça: fundamentos para uma teoria geral. Porto Alegre: **Revista Processo e Constituição**, Coleção Galeno Lacerda de Estudos de Direito Processual Constitucional, Faculdade de Direito UFRGS, n. 1, dezembro de 2004, pp. 164-5.

¹⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 34-5.

¹⁶ MORAIS, José Luiz Bolzan de. O direito da cidadania à composição de conflitos. O acesso à justiça como direito a uma resposta satisfatória e a atuação da advocacia pública. Porto Alegre: **Revista da AJURIS**, Ano XXVI, n. 77, março de 2000, pp. 184-6. O autor critica a visão de Chiovenda, tida por restritiva acerca da sua concepção de efetividade do processo.

A conceituação do princípio termo “acesso à justiça” pode ser elaborada tendo-se em conta dois aspectos: formal e material. Não olvide-se, que o princípio em comento, segundo Portanova,¹⁷ é evocado com a expressão: “a todos é garantido o pleno acesso à justiça”.

Assim, se o princípio do acesso à justiça for interpretado com o sentido e conteúdo de acesso ao Poder Judiciário, ter-se-á a conceituação meramente formal ou objetiva. De outra banda, se observada a tônica material ou substancial da expressão e considerada a justiça em seus termos axiológicos, o acesso à justiça será tido como o acesso a uma ordem jurídica justa, ou seja: “o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.”¹⁸

É imprescindível que se traga à baila o entendimento do Ministro Marco Aurélio no julgamento de Recurso Extraordinário, quando, ao tratar de inteireza de prestação jurisdicional, diz que “a ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível.”¹⁹

Poder-se-ia pretender atribuir à tão aclamada “ordem jurídica justa” a indeterminação conceitual, situação que ensejaria análise e adequação às situações concretas. Mas Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini²⁰ esclarecem que

[...] não se trata [...] de apenas assegurar o acesso, o ingresso, ao controle jurisdicional. Os mecanismos processuais (i.e., os procedimentos, os meios instrutórios, as eficácias das decisões, os meios executivos) devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados – assegurando-se *concretamente* os bens jurídicos devidos àquele que tem razão.

¹⁷ Cf. PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**, p. 112.

¹⁸ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**, p. 112.

¹⁹ STF, RE 158655-PA, j. em 20.08.1996, Segunda Turma, pub. DJ 02.05.1997. No mesmo sentido: RE 172.084, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29-11-94, DJ de 3-3-95. Denota-se, neste caso, a visão material do conceito da expressão “acesso à justiça”.

²⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; Almeida, Flávio Renato Correia de; Talamini, Eduardo. **Curso Avançado de Processo civil: teoria geral do processo e processo do conhecimento**. v. 1, 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 68.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o processo assume contornos antes não avaliados e não utilizados, principalmente no que se refere aos direitos e garantias fundamentais. Não é conveniente que se pense o processo como desassociado dos preceitos constitucionais; as garantias trazidas pela Constituição induzem à premência de um processo razoável, com observância dos mais elementares sustentáculos do Estado Democrático de Direito, dentre os quais, por exemplo, o devido processo legal.

Com a inafastabilidade, a universalidade e a efetividade da tutela jurisdicional garante-se formalmente que toda relação jurídica conflituosa seja objeto de apreciação pelo Poder Judiciário de modo a resolver o litígio a contento pelas partes, e isso não significa apenas assegurar o ingresso junto aos órgãos judiciários.²¹

Na mesma senda, Marinoni²² traduz o direito de acesso à justiça como um direito básico, já que tutela todos os outros direitos ao propiciar a tutela jurisdicional efetiva, inferindo o autor que o direito aos mecanismos processuais adequados constitui uma preocupação mais avançada em relação ao direito de pedir a tutela jurisdicional, “até porque só pode se preocupar com técnica processual idônea quem pode pedir a tutela jurisdicional”.

Em outras palavras, significa dizer que, para viabilizar o efetivo acesso à justiça tem de ser viabilizado - antes - o efetivo acesso à ordem jurídica. Não convém olvidar que o acesso à ordem jurídica traz conseqüências nefastas que devem ser combatidas por um Judiciário ágil, célere e atento às mudanças. O mero tornar disponível o acesso do cidadão não basta, é necessário que a resposta seja dada em tempo hábil e a contento. Nesse passo, as recentes reformas legislativas, a exemplo do que se passou com o processo de execução,²³ demonstram “a

²¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; Almeida, Flávio Renato Correia de; Talamini, Eduardo. **Curso Avançado de Processo civil: teoria geral do processo e processo do conhecimento**. v. 1, 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 68.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. *In Revista Jurídica*, n. 347, Nota Dez: Porto Alegre, setembro de 2006, p. 20.

²³ Por exemplo, as leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006.

tendência dos legisladores em tentar agilizar a Justiça, como resposta ao grande aumento do acesso à justiça.”²⁴

1.2 Fundamento constitucional

O fundamento constitucional para o princípio do acesso à justiça (ou acesso ao Poder Judiciário - sem a concreta distinção material-formal) pode ser visualizado no art. 5º, inciso XXXV, da CF, o qual prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Pela análise da expressão literal - “lei” -, é possível antever um âmbito de aplicação restritivo da garantia, podendo-se chegar a supor que a inafastabilidade e o controle jurisdicional direcionam-se tão somente ao legislador. Todavia, a mera interpretação literal do dispositivo não procede, pois o Poder Administrativo, o Poder Judiciário e até mesmo o particular podem impedir ou dificultar o acesso à justiça de outrem.²⁵

Considerando o ordenamento jurídico como um sistema aberto, Freitas²⁶ ensina que “a interpretação sistemática deve ser concebida como uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação [...] aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos”. Assim, em face de uma interpretação sistemática não seria lícito dizer que o princípio constitucional em comento esteja afetado tão somente à lei.

Destarte, a inafastabilidade do controle jurisdicional, afirmada no art. 5º, inc. XXXV, da CF/88, assegura o acesso à justiça e dirige-se a todos os poderes, inclusive aos particulares.²⁷

²⁴ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. v. 2, 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 401.

²⁵ Cf. CARPENA, Márcio Louzada. Da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional e o processo contemporâneo. *In* PORTO, Sérgio Gilberto (org). **As garantias do cidadão no processo civil. Relações entre Constituição e Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 13-4.

²⁶ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 294.

²⁷ Assim decidiu a 8ª CC do TJRS, no julgamento da AC nº 70018872754, cujo relator foi o Des. Rui Portanova, j. em 26.04.2007. O relator utiliza o conceito material do acesso à justiça, por ser o

Veja-se a decisão proferida pelo Tribunal Pleno do STF, em questão de ordem no mandado de segurança nº 22472, na qual foi decidida matéria referente à paralisação do Poder Judiciário do estado de Alagoas.²⁸

A competência excepcional conferida pelo artigo 102, I, "n", da Constituição Federal a esta Corte não abrange hipóteses - como a presente de paralisação total dos órgãos de primeiro e de segundo grau do Poder Judiciário de um Estado-membro [...] Diante, porém, de obstáculo dessa natureza ao **exercício do direito fundamental ao acesso ao Poder Judiciário previsto no artigo 5º, XXXV, da Carta Magna**, determina-se ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas que organize um plantão de juízes para a adoção das medidas judiciais de urgência que lhe forem requeridas, ou então, não o fazendo, chame a si a adoção dessas medidas que não podem aguardar que cesse a paralisação do Poder Judiciário do referido Estado-membro. (grifou-se)

Há decisões no sentido de que o acesso à justiça possui relação intrínseca com o princípio do devido processo legal²⁹ (previsto expressamente no inciso LV, do art. 5º da CF/88), corroborando a afirmação do entrelaçamento dos princípios constitucionais, expressos ou implícitos, na esteira do entendimento exarado por Portanova, retro noticiado.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a qual inseriu o inciso LXXVIII no art. 5º da CF,³⁰ agregaram-se ao princípio do acesso à justiça outros elementos aptos a proporcionar um processo cuja duração seja razoável através de meios para uma tramitação célere, o que ratifica o cabimento de visão mais abrangente do princípio em estudo. Tal questão será tratada oportunamente.³¹

É possível que se diga que há exceções com relação ao acesso ao judiciário, pela exigência de um exame preliminar ou um procedimento prévio à efetiva prestação jurisdicional. É o caso da justiça desportiva, conforme a regra disposta no art. 217, §1º, da CF.³² Sobre o tema, assim se pronunciou Tesheiner:³³

mais abrangente e estar ligado à efetividade dos direitos sociais, através de métodos idôneos para a busca e obtenção da igualdade material.

²⁸ STF, MS-QO 22472-AL, Rel. Min. Moreira Alves, j. em: 21/03/1996, DJ de 23/03/2001.

²⁹ STF, REsp. nº 202.308, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 16/12/97, DJ de 13/3/1998.

³⁰ CF, art. 5º, inc. LXXVII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

³¹ *Infra*: item 2.3

³² Art. 217. [...] §1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

Curiosamente, a formalização do princípio [da inafastabilidade do poder judiciário] levou a uma invasão ainda maior da esfera do indivíduo pelo Estado, representado, agora, pelo Poder Judiciário. **O princípio da inafastabilidade do Judiciário se converteu no princípio da onipresença do Judiciário.** Vemos, então, juizes a substituir professores, na aprovação ou reprovação de alunos. **Vemos juizes a interferir nas disputas esportivas, para apontar o campeão.** (grifou-se)

Ainda assim, essa situação não trata da exclusão do Poder Judiciário, mas tão somente da solução da contenda por grupos organizados no âmbito da matéria esportiva. Ou, como bem elucida Carpena:³⁴ “a inafastabilidade é no que concerne à disposição processual, o que nada tem a ver com o que diz respeito à ordem jurídica interna no campo do direito material, que poderá ser analisado como contrato.”

1.3 Suporte infraconstitucional

O processo não é mera técnica, mas instrumento para a realização da justiça. Seguindo essa linha de raciocínio, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³⁵ defende o processo como “instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais [ou seja,] direito constitucional aplicado”, não olvidando a estreita conexão que existe entre a jurisdição e processo para a proteção dos direitos e garantias constitucionais - cujo reflexo denota-se no conteúdo da decisão proferida pelo órgão judicial.

É incoerente pensar no processo desatado das matrizes constitucionais. O instrumento deve adequar-se aos preceitos elevados contidos na Carta, do contrário

³³ TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo.** São Paulo: Saraiva, 1993, p. 33.

³⁴ CARPENA, Márcio Louzada. Da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional e o processo contemporâneo. In PORTO, Sérgio Gilberto (org). **As garantias do cidadão no processo civil. Relações entre Constituição e Processo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 18.

³⁵ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In Porto Alegre: **Revista da AJURIS**, Ano XXIX, n. 87, t. I, setembro de 2002, p. 38.

estaria se pondo em perigo os princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Imprescindível também, no entendimento de Lenio Luiz Streck,³⁶

[...] é discutir as **formas de acesso do cidadão à jurisdição constitucional**, isto porque a realização dos direitos previstos na Constituição – quer sob a forma de preceitos, quer sob a forma de princípios – não pode depender apenas de mecanismos cuja titularidade afaste o cidadão. (grifo do autor)

Nessa esteira, segundo leciona Leonardo Greco³⁷ com relação ao tema atinente ao processo de execução, foi rompido “o respeitoso silêncio que repelia qualquer debate a respeito da qualidade e da eficiência do Poder Judiciário [...] e das suas normas de organização e de atuação, entre as quais as normas processuais.”

Atentos às mudanças efetuadas no sistema recursal, a exemplo da Lei nº 11.187/05, a qual atribuiu nova redação ao parágrafo único do art. 527, do CPC, Luciano Souto Dias e Thiara Viana Coelho³⁸ ressaltam o caráter recursal como extensão do próprio direito de ação, quando é oportunizado às partes manifestarem-se contra decisão judicial que lhes cause prejuízo.

Embora os autores supracitados aduzam que a nova ordem processual não fere o princípio do duplo grau de jurisdição - porque pressupõe que tal princípio não configura garantia constitucional -, entendem que qualquer norma objetivando obstruir o acesso ao ordenamento jurídico fere diretamente as garantias constitucionais, pois tenta reduzir o número de recursos tramitando nos tribunais ao impor como regra o agravo retido.

Denota-se, por conseguinte, que todas as normas infraconstitucionais que visem à obtenção de um processo mais célere, mais eficaz, apto a prestar a tutela jurisdicional de modo adequado e satisfatório em tempo hábil, têm respaldo no princípio constitucional do acesso à justiça. Nesta senda e, em contrapartida, todas

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de eficácia da Constituição. *In* Porto Alegre: **Revista da AJURIS**, Ano XXVI, n. 81, t. I, março de 2001, p. 100.

³⁷ GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3.

³⁸ DIAS, Luciano Souto Dias; COELHO, Thiara Viana. **Jus Navigandi**. Teresina, PI, 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7906>>. Acessado em 12.jun.2007.

as normas infraconstitucionais que, de uma forma ou de outra, impedirem o acesso à justiça (ou ao ordenamento jurídico) afrontam o princípio do acesso à justiça.

É preciso, nesse ponto, atentar com acuidade para com as reformas procedimentais visando à diminuição do número de processos nos tribunais; do contrário, haverá óbice à justiça plena. Ou, como exarado em sensível desabafo por um profissional da área da advocacia, Fábio Senci:³⁹ “é mais fácil e econômico vedar a prestação jurisdicional, ao invés de aparelhar o Poder Judiciário de forma efetiva.”

2 EMPECILHOS AO ACESSO À JUSTIÇA, CONSEQÜÊNCIAS DO DESRESPEITO E SOLUÇÕES

Cappelletti e Garth⁴⁰ denotam a vagueza do conceito de efetividade, referem a existência utópica de uma igualdade plena das partes e concluem aduzindo que as diferenças entre as partes jamais poderão ser completamente erradicadas. É a partir dessa premissa que os supracitados autores demonstram a existência de obstáculos que obrigatoriamente deverão ser transpostos para a realização do acesso pleno à justiça.

Os óbices ao efetivo e pleno acesso à justiça, as conseqüências da não-observação dos princípios e as possíveis soluções aos problemas serão abordados a seguir, mas antes, convém referir o entendimento adotado por Cappelletti e Garth,⁴¹ segundo os quais existem três *waves* (ondas) como empecilho ao acesso à justiça.

A primeira onda seria a pobreza econômica, cultural, social e jurídica cujas soluções podem se dar antes do processo (com a assistência jurídica fornecida por profissionais pagos pelo Estado) e durante a causa (com o patrocínio gratuito por intermédio do Estado para ação e defesa, além do atendimento das despesas processuais).

³⁹ SENCI, Fábio. **DireitoNet**. Sorocaba, SP, 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/35/18/3518/?email>>. Acessado em 12.jun.2007.

⁴⁰ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, p. 15.

⁴¹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, passim.

Francesco Carnelutti,⁴² tratando dos limites da jurisdição, afirma que podem existir interesses particulares que podem ser privados da tutela judicial - ou seja: lides ou negócios no todo irrelevantes para o Estado:

O processo como conjunto de meios para a consecução de um fim tem, inevitavelmente, seu custo. Se este custo é superior ao benefício que o Estado tira dele, pode compreender como, apesar da lide, a jurisdição não pode operar. Nessa ordem de idéias pode-se admitir que em casos de lides de valor mínimo, o Estado possa recusar a jurisdição; um limite tal, no entanto, não existe na ordem jurídica italiana.

Referem⁴³ a necessidade imperiosa de um advogado que os menos abastados economicamente possuem, para decifrar as leis e possibilitar a defesa de seus direitos, mas ressaltam as dificuldades desses cidadãos para se aproximarem dos profissionais, face às barreiras geográficas e culturais existentes entre eles. O problema, dizem os autores supracitados, é que “não é possível manter advogados em número suficiente para dar atendimento individual de primeira categoria a todos os pobres com problemas jurídicos”.

A segunda onda estaria representada pela falta da proteção aos direitos difusos, pois há casos que extrapolam as hipóteses de consumo, fraude publicitária, adulteração de alimentos, poluição, minorias raciais e de idosos e jovens, as quais têm previsão de leis processuais e materiais sobre o tema. Todavia, para os autores,⁴⁴ não se pensa em mudar a mentalidade do jurista (para a distinção entre público e privado, legitimação ativa e extensão da coisa julgada) e nem se acolhe o risco de burocratização do Poder Judiciário (sugerem que o julgador seja mais “humano” e que os procedimentos e atos sejam simplificados).

Refira-se que o Código de Defesa do Consumidor, a Ação Popular, a Lei da Ação Civil Pública são resultados do princípio do acesso à justiça com enfoque nos direitos coletivos, atentados pelo legislador pátrio.

⁴² CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**, Trad. Adrián Sotero de Witt Batista, v. I, Campinas: Servanda, 1999, p. 143.

⁴³ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, p. 43.

⁴⁴ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, passim.

Para os autores ora referidos,⁴⁵ a terceira onda representa a dificuldade da reforma com relação à advocacia, judicial ou extrajudicial, por advogados públicos ou particulares, isto é, diz respeito a uma representação judicial aperfeiçoada, sob o enfoque do acesso à justiça. Tal representação leva em consideração que existem direitos que exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exeqüíveis. Visa, a terceira onda, a racionalização do processo judicial, com a investigação de novos mecanismos de solução de controvérsias diversos do Judiciário.⁴⁶

2.1 O custo do processo e a assistência judiciária gratuita

O monopólio do Poder Judiciário é inerente à constituição do Estado Democrático de Direito, pois, ao proibir a autotutela, assume para si o poder-dever de prestar a jurisdição de forma satisfatória à eliminação dos conflitos existentes entre as partes.

Essa é a principal razão pela qual não há como imaginar a proibição da autotutela se o exercício do direito de ação estiver obstaculizado, isto é, sem a correspondente viabilização - a todos os jurisdicionados - da possibilidade de efetivo acesso ao Poder Judiciário, pois “ter direitos e não poder tutelá-los certamente é o mesmo que não os ter.”⁴⁷

Em um primeiro momento, as partes se deparam com a barreira dos altos custos para a realização da justiça com os quais devem arcar: custas judiciais, despesas com advogados e ônus de sucumbência. É que o Estado, indubitavelmente, para que logre êxito na prestação jurisdicional, tem de contratar juízes e servidores, construir prédios, equipá-los com tecnologia e outros recursos inerentes aos julgamentos, de modo que não tem como fazê-lo sem “repassar” aos litigantes os custos de tudo, ou seja: as custas judiciais.⁴⁸

⁴⁵ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, pp. 68-9.

⁴⁶ SILVA, Eduardo Silva da. Meios alternativos de Acesso à Justiça: fundamentos para uma teoria geral. Porto Alegre: **Revista Processo e Constituição**, Coleção Galeno Lacerda de Estudos de Direito Processual Constitucional, Faculdade de Direito UFRGS, n. 1, dezembro de 2004, p. 192.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo**. v. 1, p. 185.

⁴⁸ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, p 18.

No mesmo sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁴⁹ lecionam que “garantia de acesso à justiça não significa que o processo deva ser gratuito”, e ressaltam: “se a taxa judiciária for excessiva de modo a criar obstáculo ao acesso à justiça, tem-se entendido inconstitucional”, lembrando que “a facilitação do acesso do necessitado à justiça, com a assistência jurídica integral (CF, art. 5º, LXXIV) é manifestação do princípio do direito de ação”.

Aliás, sobre a violação a essa garantia, em 2003, foi editada a Súmula nº 667 pelo Supremo Tribunal Federal.⁵⁰

As partes igualmente têm de suportar as despesas com honorários advocatícios para os profissionais que contratarem e com aquelas necessárias à produção das provas;⁵¹ além de terem de arcar com os ônus sucumbenciais em caso de improcedência de suas demandas, tanto ativas quanto passivas.⁵²

Na lição de José Maria Rosa Tesheiner fica evidente a imprescindibilidade do interesse da parte na solução da sua demanda.⁵³

O acesso à justiça é um bem que a ninguém se deve negar. Trata-se, contudo, de um bem que tem o seu preço, que é pago pelos próprios interessados ou pela sociedade, através de impostos, e não se compreende que deva pagá-lo a sociedade se não o querem pagar os próprios interessados, por entenderem que não vale a pena. A banalização da justiça não é desejável. Produziria a intervenção do Estado em todos os aspectos das relações sociais. A sociedade precisa ter uma certa capacidade de auto-absorção dos conflitos, sem interferência do juiz. [...] Não parece desejável que se tenha um tribunal em cada esquina. Ao pobre, que não tem o que comer e onde morar, devemos oferecer oportunidade de trabalho, para que possa ter alimento e habitação, não advogados e tribunais. (grifou-se)

Ter condições financeiras, portanto, é um requisito fundamental para ajuizar uma ação ou defender direitos em juízo. Então, “antes mesmo de colocar os

⁴⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 7 ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2003, p. 128.

⁵⁰ Súmula 667: Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa.

⁵¹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo**. v. 1, p. 185.

⁵² Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, p. 17.

⁵³ TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 57.

necessitados em situação material de igualdade, no processo, urge fornecer-lhes meios mínimos para ingressar na Justiça.”⁵⁴

A legislação brasileira prevê a assistência jurídica integral no art. 5º, LXXIV, CF (a qual engloba consulta e orientação extrajudiciais, representação em juízo e gratuidade do processo). Existe, ainda, a assistência judiciária (que corresponde ao serviço público organizado, oferecido pelo Estado) e a gratuidade da justiça – (isenção das custas e despesas, judiciais ou não, conforme o art. 9º), objeto da Lei nº 1.060/50.⁵⁵

O STF assentou que a garantia da assistência jurídica integral prevista na Constituição não revogou a garantia de gratuidade da justiça da Lei nº 1.060/50. Para a obtenção desta, basta a declaração do necessitado de que a sua situação econômica não permite vir a juízo sem prejuízo de seu sustento ou do sustento da sua família, e a declaração cede à prova em contrário mediante impugnação.

A decisão ressalta que a norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro no espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça.⁵⁶ Frise-se que o art. 12, da Lei 1.060/50, prevê que a condenação ao pagamento das custas perdurará por até cinco anos contados da decisão final quando então prescreverá, e o art. 12 lei supracitada não é incompatível com o art. 5º, LXXIV, da Constituição.⁵⁷

Com relação à produção de provas, atento ao que dispõe o art. 3º, VI, da Lei 1.060/50, o STF considerou a jurisprudência da Corte no sentido de que é dever do Estado-membro o custeio do exame pericial de DNA quando a parte for beneficiária da justiça gratuita, o que viabiliza o efetivo exercício do direito à assistência judiciária, consagrado no art. 5º, LXXIV, da CF.⁵⁸

A Lei de Registros públicos, (de nº 9.534/97) prevê a gratuidade do registro civil de nascimento, assento de óbito, pela primeira certidão desses atos e por todas

⁵⁴ ASSIS, Araken de. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. In TUCCI, José Rogério Cruz e (org.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 10.

⁵⁵ Cf. ASSIS, Araken de. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. In TUCCI, José Rogério Cruz e (org.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 10.

⁵⁶ STF, RE 205.746, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 26/11/96, DJ de 28/2/97.

⁵⁷ STF, RE 184.841, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 21/3/95, DJ de 08/09/95.

⁵⁸ STF, ADI 3.394, Rel. Min. Eros Grau, j. em 02/04/2007.

as certidões aos reconhecidamente pobres. Assim o é, conforme decidiu o STF, porque os atos relativos ao nascimento e ao óbito relacionam-se com a cidadania e com seu exercício e são gratuitos na forma da lei (art. 5º, LXXVII, CF).⁵⁹

Recentemente, o STF decidiu que fica mantida a gratuidade do registro civil e da certidão de óbito para os pobres, declarando a constitucionalidade dos artigos 1º, 3º e 5º da Lei nº 9.534/1997, que dispõem sobre gratuidade do registro civil e da certidão de óbito para cidadãos reconhecidamente pobres, bem como dos atos necessários ao exercício da cidadania.⁶⁰

Na decisão do STF, o Ministro Ricardo Levandowski acrescentou que, embora as atividades desenvolvidas pelos cartórios sejam semelhantes à atividade empresarial, estão sujeitas a regime de direito público, pois exercidas por delegação do poder público.⁶¹⁻⁶²

Conforme adverte Araken de Assis,⁶³ a regra contida no art. 5º, inc. LXXIV, da CF, não distingue entre pessoas físicas e jurídicas, no âmbito da assistência judiciária, que é mais abrangente que a gratuidade, nem entre nacionais e estrangeiros residentes no país.

Ressalte-se que o entendimento do STF, ao contrário do que ocorre relativamente às pessoas naturais, é no sentido de que não basta a pessoa jurídica asseverar a insuficiência de recursos, devendo comprovar, isto sim, o fato de se

⁵⁹ STF, ADI n. 1.800-MC, Rel. Min. Nelson Jobim, j. em 06/04/1998, DJ de 03/10/2003.

⁶⁰ Vide a ADI n. 1800, ajuizada pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil (Anoreg) contra a edição da lei, sob o argumento de que houve ofensa ao princípio da proporcionalidade. Vide, também: a ADC nº 5, ajuizada pela Procuradoria Geral da República, que visou a declaração de constitucionalidade dos mesmos artigos pelo Supremo. O Plenário, por maioria, julgou improcedente a ADIn nº 1800 e confirmou a constitucionalidade das normas que prevêm a gratuidade do registro civil e da certidão de óbito para cidadãos reconhecidamente pobres, requerida na ADC nº 5, julgando esta procedente.

⁶¹ Vide, também: a ADC nº 5, ajuizada pela Procuradoria Geral da República, que visou a declaração de constitucionalidade dos mesmos artigos pelo Supremo. O Plenário, por maioria, julgou improcedente a ADIn nº 1800 e confirmou a constitucionalidade das normas que prevêm a gratuidade do registro civil e da certidão de óbito para cidadãos reconhecidamente pobres, requerida na ADC nº 5, julgando esta procedente.

⁶² O Plenário, por maioria, julgou improcedente a ADIn nº 1800 e confirmou a constitucionalidade das normas que prevêm a gratuidade do registro civil e da certidão de óbito para cidadãos reconhecidamente pobres, requerida na ADC nº 5, julgando esta procedente.

⁶³ Cf. ASSIS, Araken de. *Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade*. In TUCCI, José Rogério Cruz e (org.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 17 e 21.

encontrar em situação inviabilizadora da assunção dos ônus decorrentes do ingresso em juízo.⁶⁴

Embora o processo seja um expediente custoso e ainda assim se justifique, o ordenamento jurídico prevê certos meios ou instrumentos processuais adequados para que os necessitados tenham acesso ao Estado, ainda que de forma custeada pela sociedade, a qual rateia os custos para a concessão da assistência jurídica integral aos necessitados - esta entendida como corolário do princípio do acesso à justiça.

É que ambas, como garantias constitucionais do processo, sejam implícitas ou explícitas, visam assegurar mecanismo adequado à solução das controvérsias, ou seja: são garantias de meio e de resultado.⁶⁵

Não há dúvidas, outrossim, que a exigência excessiva de depósitos preparatórios bloqueia o acesso à justiça. Veja-se recente julgado do STF com o entendimento referido:⁶⁶

Por vislumbrar ofensa à garantia de **acesso ao Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV)**, [...] o Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria, para declarar a inconstitucionalidade do *caput* do art. 19, da Lei 8.870/94, que prevê que as ações judiciais [...] que tenham por objeto a discussão de débito para com o INSS serão, obrigatoriamente, precedidas de depósito preparatório. (grifou-se)

Convém ressaltar, ainda, que a exigência prévia do art. 488, inc. II, do CPC, não é abusiva, ao argumento de que ao jurisdicionado já foi possibilitado, anteriormente, o acesso à justiça e ao judiciário.⁶⁷

⁶⁴ STF, Rcl 1.905-ED-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 15/08/2002.

⁶⁵ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. *In* TUCCI, José Rogério Cruz e (org.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 158.

⁶⁶ STF, ADI 1.074, Rel. Min. Eros Grau, j. em 28/03/2007.

⁶⁷ Art. 485. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor: I [...]; II – depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente. Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 100. Em sentido contrário, entendendo que em determinados casos fáticos tal exigência viola o princípio da inafastabilidade: CARPENA, Márcio Louzada. Da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional e o processo contemporâneo. *In* PORTO, Sérgio Gilberto (org). **As garantias do**

Por fim, importante trazer a informação de que há decisões no sentido de que a assistência jurídica integral prevista no inciso LXXIV, do art. 5º, da CF/88, estende-se aos atos extrajudiciais necessários à efetivação das decisões judiciais, pois a exegese do dispositivo constitucional leva em conta o caráter axiológico da norma.⁶⁸

Todavia, a questão não é pacífica em nosso tribunal estadual, havendo decisões⁶⁹ no sentido de que somente a superveniência de uma norma específica tornará gratuito o ato do registrador, por exemplo, nos casos de averbação de sentença de separação consensual.

Conforme o entendimento exarado por Araken de Assis,⁷⁰ “à gratuidade refogem as despesas que não se exaurem no processo, principalmente aquelas geradas em decorrência de seu desfecho.”

2.2 Os Juizados especiais

Existindo causas judiciais cujo valor monetário seja ínfimo, evidente está que o custo do processo judiciário formal pode ultrapassar o valor da controvérsia, pois, como sabido, os valores das custas judiciais e dos honorários advocatícios acabam sendo um óbice para que a parte recorra ao Poder Judiciário.

Aos Juizados Especiais, conforme prevê a Lei nº 9.099/1995, compete a conciliação, o processo e o julgamento das causas cíveis de menor complexidade,

cidadão no processo civil. Relações entre Constituição e Processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. Ainda assim, refere-se que é possível a isenção do beneficiário da justiça gratuita, impedindo que a exigência da multa impeça o acesso à justiça, embora haja voto do Ministro Marco Aurélio Melo no seguinte sentido: não alcançam a Justiça gratuita aquelas multas previstas no Código de Processo Civil em benefício da parte contrária, porque não estão abrangidas pela isenção fixada em lei. Há peculiar decisão do STF, exarada pelo Tribunal Pleno, que merece análise: STF, Ação Rescisória 1.376-1/PR, j. em 09/11/2005, DJ 22/09/2006.

⁶⁸ Cf. TJ/RS, Apelação e Reexame Necessário nº 70011685872, 8ª CC, Rel. Rui Portanova, j. em 18/08/2005. No mesmo sentido: TJ/RS, Apelação e Reexame Necessário nº 70011574662, 7ª CC, Rel. Maria Berenice Dias, j. em 13/07/2005.

⁶⁹ TJ/RS, MS nº 593093404, 2º grupo cível, j. em 10/11/1995. V. art. 1124, do CPC c/c o art. 167, II, nº 14, da Lei nº 6.015/73.

⁷⁰ ASSIS, Araken de. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 81.

conforme prescreve o art. 3º da citada lei,⁷¹ mas não há obrigatoriedade quanto à adoção do seu procedimento. O julgamento dessas causas se pauta por critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Há quem afirme que o ajuizamento de demanda adotando o rito do Juizado Especial ou o rito ordinário passe por uma espécie de escolha: a celeridade do primeiro ou a maior segurança jurídica do segundo. Todavia, não é de bom alvitre supor-se que o julgamento efetuado nos juizados especiais desprezasse o zelo com a ação posta em causa.

A tramitação de processos nos Juizados Especiais cujo valor da causa seja de até vinte salários mínimos dispensa a assistência de advogado às partes, em que pese a imprescindibilidade da advocacia esteja prevista na Constituição e em legislação infraconstitucional. O advogado é indispensável à administração da justiça, segundo se depreende da redação do art. 2º, da Lei 8.906/94, e, conforme o art. 133 da Constituição Federal, é inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Destarte, questiona-se acerca da constitucionalidade dos dispositivos que prevêm a dispensa do advogado nas causas movidas perante o Juizado Especial Cível e Criminal (art. 9º, da Lei nº 9.099/99) e o Juizado Especial Cível e Criminal no âmbito da Justiça Federal (art. 10, da Lei nº 10.259/2001).

Em parte foi solucionada a questão, na decisão proferida pelo STF entendendo pela constitucionalidade do art. 10, da Lei nº 10.259/2001, asseverando, inclusive, que “o dispositivo visa ampliar o acesso à justiça”:⁷²

O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da OAB contra o art. 10 da Lei 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais), que permite que as partes designem representantes para a causa, advogado ou não. Entendeu-se que a faculdade de constituir ou não advogado para representá-los em juízo nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis não ofende a Constituição, seja

⁷¹ Art. 3º. O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo; II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil; III - a ação de despejo para uso próprio; IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

⁷² STF, ADI 3.168, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 08.06.2006.

porque se trata de exceção à indispensabilidade de advogado legitimamente estabelecida em lei, seja porque **o dispositivo visa ampliar o acesso à justiça.**” (grifou-se)

Segundo entende Márcio Louzada Carpena,⁷³ “[...] os juizados especiais [servem] para solucionar, [...] as pendências de pequeno porte econômico [e] demonstra o propósito de dinamizar a prestação jurisdicional, popularizando o ingresso do cidadão às Cortes, na mais alta tradução de acesso à Justiça.”

Todavia, salvo melhor juízo, a mais alta tradução de acesso à Justiça é mais que o simples popularizar o ingresso do cidadão ao Poder Judiciário: é, efetivamente, propiciar a solução do seu litígio de modo justo e equânime, com a segurança que o jurisdicionado espera do Judiciário.

Sob esse prisma, Paulo Perazzo⁷⁴ faz uma interpretação que não coincide com o que fora julgado na ADI nº 3.168, salientando a controvérsia oriunda das ações nos Juizados Especiais Federais sem que o cidadão esteja assistido por advogado: uma banda adere a tal tese, aduzindo que o acesso da população à Justiça estaria facilitado; outra alerta para o fato de o cidadão ter a sua defesa técnica prejudicada:

A intenção do legislador foi unicamente possibilitar a nomeação de prepostos. Nos Juizados Especiais Estaduais, por exemplo, não é possível ao autor nomear um preposto que o represente. O comparecimento às audiências deve ser pessoal, e a falta do autor acarreta a extinção do processo. Assim sendo, a nomeação de um preposto traz vantagens aos mais velhos, aos deficientes, aos enfermos, e aos que moram em localidades distantes, principalmente se forem pessoas pobres na forma da Lei, que não tem o dinheiro da passagem. **Ocorre que os Juízes Federais interpretaram a norma de forma equivocada.** Entenderam que os autores poderiam pleitear seus direitos nos Juizados sem a presença de advogados, e assim estão cometendo uma grande injustiça com todos os advogados brasileiros. (grifo do autor)

Assegurar o acesso à justiça, contudo, não é sinônimo de assegurar o acesso ao segundo grau de jurisdição, conforme decidiu a Terceira Turma Recursal

⁷³ CARPENA, Márcio Louzada. Da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional e o processo contemporâneo. In PORTO, Sérgio Gilberto (org). **As garantias do cidadão no processo civil. Relações entre Constituição e Processo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 19.

⁷⁴ PERAZZO, Paulo. **Consultor Jurídico.** São Paulo, SP, 2007. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/22789,1>>. Acessado em 27.mai.2007.

Cível do TJ/RS, no julgamento de Mandado de Segurança. Segundo tal entendimento, a gratuidade do acesso à justiça é mitigada e se restringe ao primeiro grau de jurisdição. E assim o é, segundo acórdão da lavra de Eugênio Facchini Neto, porque o objetivo é “estimular a rápida e definitiva solução do litígio, razão pela qual o sistema dificulta o acesso ao segundo grau de jurisdição, exigindo o preparo do recurso e a presença de advogado”.⁷⁵

Convém referir que os Juizados Especiais, contudo, não estão mais tendo o êxito inicial em julgar as suas causas conforme a orientação da celeridade. A lentidão dos julgamentos dá-se pelo excesso de demandas e deficiência de recursos humanos, e é visível tanto nos Juizados Especiais Cíveis quanto nos Juizados Especiais Federais. Adriana Aguiar traz um exemplo desse problema, oriundo do Juizado Especial Federal da 3ª Região, que julgava seus processos em média de seis a oito meses, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça. Agora, os julgamentos chegam a demorar até três anos para a designação da primeira audiência.⁷⁶

Outra questão discutida no âmbito dos Juizados Especiais refere-se à constitucionalidade, ou não, do art. 59, da Lei nº 9.099/95, o qual reza: “Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei.”⁷⁷

A dificuldade reside em saber se a regra do artigo ofende ou não os princípios do acesso à justiça, do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa. Sem adentrar em maiores elucubrações acerca da questão, importa noticiar a pesquisa efetuada e a conclusão exarada por Douglas Fischer:

[...] não se admitir ações rescisórias de decisões proferidas no âmbito dos Juizados Especiais Federais não significa violação de princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, na medida em que, como dito, estes princípios não podem ser analisados de formas estanque e absoluta, bem assim porque a própria Constituição

⁷⁵ TJ/RS, MS nº 71001120427, 3ª T. Recursal Cível, Rel. Eugênio Facchini Neto, j. em 24/10/2006.

⁷⁶ AGUIAR, Adriana. **Reclamando.com.br**. Disponível em: <<http://www.reclamando.com.br/?system=news&action=read&id=617&eid=142>>. Acessado em 30.mai.2007.

⁷⁷ Há precedentes jurisprudenciais do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, como, por exemplo: Ação Rescisória nº 2003.04.01.015418-9-PR e Ação Rescisória nº 2004.04.01.005096-0-PR.

remete à legislação ordinária o estabelecimento de quais as regras que norteiam os Juizados Especiais Federais.⁷⁸

2.3 O tempo do processo

Matéria que se correlaciona com o acesso à justiça e, como visto, também com os julgamentos dos Juizados Especiais, é a que trata da duração do processo até o provimento final, com o trânsito em julgado da decisão. O inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, previu expressamente que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Anteriormente à consignação expressa na Carta Magna, a garantia de celeridade da prestação jurisdicional já estava presente no direito brasileiro, ainda que implicitamente considerada, em virtude de o Brasil ter ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos,⁷⁹ assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

Todavia, a realidade brasileira muitas vezes é outra. Veja-se o exemplo do Rio Grande do Norte, estado federativo no qual existem, pelo menos, uma centena de processos ajuizados antes de 1972. O desembargador e corregedor do TJ-RN, Cristóvam Praxedes, solicitou levantamento de processos nessas condições, visando diminuir a morosidade e descobrir o porquê de processos tão antigos ainda estarem abertos. O mais antigo deles é um arrolamento que data de 1938. O desembargador adiantou-se à determinação que deverá ser exarada pelo Conselho

⁷⁸ FISCHER, Douglas. **Páginas de Direito**. Porto Alegre, RS, 2007. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/05de2005/epossivel_dougalsfischer.html>. Acessado em 30.mai.2007.

⁷⁹ O artigo 8 da Convenção trata das garantias judiciais: 1. **Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. **Inter-American Commission on Human Rights**. 1889, Washington, D.C., U.S.A. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Base3.htm>> Acessado em: 16.jun.2007. (grifou-se).

Nacional de Justiça, com o fito de se apurar a causa na demora do julgamento dos processos.⁸⁰

Nesses e em outros casos semelhantes aos que estão ocorrendo na capital potiguar ocorre a patente ofensa ao art. 5º, inc. LXXVIII, da CF, restando evidente que em tais situações a justiça já é inacessível ao cidadão, pois incalculáveis os prejuízos (econômicos, financeiros e emocionais) que a demora na solução de um litígio judicial traz.

Frente à iniquidade presente em tais situações, o legislador se precaveu e, visando proporcionar acesso à ordem jurídica justa, editou normas instrumentais - tutelas de urgência - a serem utilizadas pelas partes para adiantar os efeitos da tutela pretendida, desde que presentes alguns requisitos, como é o caso do art. 273, do CPC.

Segundo Humberto Theodoro Júnior,⁸¹ “[...] não se pode privar os jurisdicionados das tutelas de urgência, sem malferir a garantia de efetividade do acesso à Justiça [...]”

As tutelas de urgência estão garantidas constitucionalmente, podendo ser interpretadas como manifestação indireta do princípio da inafastabilidade, o qual é garantido do acesso à ordem jurídica justa, ou de modo direto, observado o inc. LXXVIII, do art. 5º da Carta Constitucional.

Também o Poder Judiciário, através de seus órgãos, cria mecanismos para propiciar o acesso à ordem jurídica justa através da duração razoável do processo. Exemplo disso são os julgamentos “em massa” ou “em conjunto” de ações pelo STF, conforme decisão recente cuja parte é transcrita.⁸²

O Tribunal deu provimento a 4.908 recursos extraordinários interpostos pelo INSS nos quais se discutia se a Lei 9.032/95 seria aplicável a pensões por morte e aposentadorias concedidas antes de sua vigência. Inicialmente, o Tribunal, por maioria, salientando a homogeneidade da

⁸⁰ Marco Advogados. **Espaço Vital**. Porto Alegre, RS, 2007. Disponível em: http://www.espacovital.com.br/novo/noticia_ler.php?idnoticia=7537. Acessado em: 07.jun.2007.

⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do Código de Processo Civil, Leis n. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006**. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 80.

⁸² STF, RE 447.282, Rel. Min. Carlos Britto; RE 403.335, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 09/02/2007.

questão tratada nos recursos em pauta e, prestando homenagem ao que disposto no art. 5º, LXXVIII, da CF, que determina a **solução dos litígios em prazo razoável**, rejeitou questão de ordem suscitada pelo Min. Marco Aurélio (...), e deliberou dar prosseguimento ao julgamento conjunto dos recursos. (grifou-se)

Há norma infraconstitucional (consubstanciada no art. 17, inc. VII e art. 18, ambos do CPC) que prevê a responsabilidade das partes por dano processual que causarem quando interpuserem recurso com intuito manifestamente protelatório, culminando a punição do litigante de má-fé com multa.

Adverte-se, no entanto, para casos em que a demora é imputada ao próprio Poder Judiciário, principalmente no direito processual penal, conforme decisão:⁸³

O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu - traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da **coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável** ou superior àquele estabelecido em lei. (grifou-se)

Ainda no âmbito do Poder Judiciário, se ocorrer vício de julgamento em qualquer instância, por ausência de fundamentação ou inadequado exame das questões de fato e de direito, essa situação configurará nulidade de caráter processual, mas não denegação de jurisdição.⁸⁴

Igualmente há considerável possibilidade de serem declaradas inconstitucionais as normas que circunscrevem liminares ou antecipações de tutela quando a parte adversa é o Poder Público.

Importa referir que há, na legislação infraconstitucional, norma cogente dirigida aos juízes, para que protejam e promovam a rápida solução do litígio.⁸⁵

⁸³ HC 85.237, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17/03/95, DJ de 29/04/2005. No mesmo sentido: HC 87.164, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 04/04/2006, DJ de 29/09/2006.

⁸⁴ AI 185.669-AgR, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 17/09/96, DJ de 29/11/96.

⁸⁵ CPC, art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela rápida solução do litígio; III - prevenir

Na esteira da celeridade da prestação jurisdicional, aliada a outro princípio - o da segurança jurídica -, foi promulgada a Lei nº 11.419, em 19/12/2006, a qual dispõe, precipuamente, sobre a informatização do processo judicial. A proposta é de que a união do processo com as tecnologias da informática propicie ao cidadão um processo mais célere e menos dispendioso, permitindo maior simplicidade e agilidade na rotina do Poder Judiciário.

Todavia, se questiona se a população mais carente terá garantido o acesso à justiça através do processo eletrônico, ou se a ela caberá as vias normais de tramitação do processo como hoje ele é processado. Lembra José Carlos de Araújo Almeida Filho⁸⁶ que, muitas vezes, a própria Defensoria Pública encontra-se totalmente desaparelhada no que se refere a recursos humanos e equipamentos para realizar a sua função precípua.

Segundo o IBGE, conforme pesquisa desenvolvida em 2003, a cada cem (100) habitantes o Brasil possui somente oito (08) com acesso à Internet, enquanto na Austrália esse número sobe para cinqüenta e sete (57); na Argentina são onze (11); nos Estados Unidos são cinqüenta e seis (56); no Japão são quarenta e oito (48).⁸⁷

Todavia, a informatização do processo judicial não pode se configurar num meio que limite ou restrinja o acesso à justiça e ao Poder Judiciário, sob pena de transformar-se num odioso meio de exclusão.

É por tal razão que devem ser estudadas e trabalhadas as formas mais eficazes de acolhimento dos cidadãos e dos profissionais da advocacia menos favorecidos, propiciando-lhes o acesso material aos equipamentos e o acesso intelectual ao domínio da informática.

2.4 Mediação dos conflitos

ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

⁸⁶ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 58-9.

⁸⁷ **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Brasil, 2007. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/paisesat/>> Acessado em: 14.jun.2007.

Lembrando que a relativização deve ser adotada com parcimônia, somente utilizável em casos extremos, Sérgio Gilberto Porto⁸⁸ alerta para o desprestígio das garantias constitucionais com o fito de não engessar a efetividade do ordenamento jurídico constitucional, e exemplifica: “sustenta a Lei Fundamental a inafastabilidade do controle jurisdicional, entretanto, admite-se que decisões proferidas no juízo arbitral adquiram o *status* de coisa julgada.”

Carnelutti,⁸⁹ ainda referindo-se aos limites práticos da jurisdição italiana, aduz que o Estado pode rejeitar a prestação da tutela jurisdicional quando existir, no ordenamento jurídico, outros ordenamentos através dos quais seja possível obter a “tal prestação com menor custo ou maior utilidade”.

A oportuna observação está se referindo à Lei nº 9.307/96, que dispõe sobre a arbitragem - forma de resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, eleita por pessoas capazes de contratar. O art. 31, da aludida lei, equipara a sentença proferida pelo juízo arbitral à sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário.⁹⁰

Trata-se de uma extensão da *longa manus* do Estado? Essas decisões respeitam as demais garantias constitucionais, tais como contraditório, publicidade, isonomia? É em virtude dessas e outras tantas questões que se apresentam que a atenuação dos princípios deve ser cautelosa.

Silva⁹¹ afirma que a adoção dos meios alternativos para a solução de conflitos - em especial a convenção arbitral - para que seja incorporada definitivamente pelos tribunais e legisladores, passa pela observância de dois fatores, basicamente: a) a observância de que os mecanismos alternativos garantam todos os direitos e prerrogativas que às partes são assegurados por via

⁸⁸ PORTO, Sérgio Gilberto (org). **As garantias do cidadão no processo civil. Relações entre Constituição e Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 8.

⁸⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**, Trad. Adrián Sotero de Witt Batista, v. I, Campinas: Servanda, 1999, p. 144.

⁹⁰ Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

⁹¹ SILVA, Eduardo Silva da. Meios alternativos de Acesso à Justiça: fundamentos para uma teoria geral. Porto Alegre: **Revista Processo e Constituição**, Coleção Galeno Lacerda de Estudos de Direito Processual Constitucional, Faculdade de Direito UFRGS, n. 1, dezembro de 2004, p. 167.

constitucional e; b) se a adoção dessas tutelas não sirva como propósito de enfraquecimento do Estado Nacional e subjuço do Poder Judiciário.

Interessante ressaltar como vêm decidindo os tribunais pátrios acerca do tema em questão:⁹²

O manejo de ação judicial, desconsiderando a convenção de uso da arbitragem estipulada entre as partes, conduz à extinção do processo sem julgamento do mérito [...], uma vez que o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal não impede a renúncia das partes à submissão da questão litigiosa à apreciação judicial, antes de exaurir a instância arbitral. Por conseguinte, estando a vontade das partes manifesta na cláusula compromissória, permitir o seu suprimento judicial equivaleria a admitir a invalidação da vontade bilateral dos litigantes, o que somente é admissível nas hipóteses de cláusulas abusivas ou ilegais [...], sendo de se ressaltar que o juízo arbitral é autônomo e suas regras se conciliam com o princípio constitucional do livre acesso à Justiça. [...].

Traz-se à colação o modo como Kazuo Watanabe⁹³ pensa a mediação. O professor entende que o dispositivo constitucional que assegura o acesso à Justiça está atrelado implicitamente ao princípio da adequação, a fim de solução adequada às controvérsias. Para ele, não se assegura tão somente o acesso à justiça, mas se assegura a obtenção de solução adequada aos conflitos submetidos ao judiciário.

Traz como sugestão o desenvolvimento e a utilização de uma técnica de pacificação entre os conflitantes. Exemplifica o cabimento da técnica nos casos que envolvem duas pessoas em contato permanente (marido e mulher, dois vizinhos, pessoas que moram no mesmo condomínio etc.), pois, se as partes não se convencerem de que devem encontrar uma solução de convivência, fatalmente retornarão ao tribunal outras vezes e por variados outros motivos que surgirão.

Por fim, o professor faz ainda, duas distinções, entre mediação e conciliação, aduzindo que o juiz exerce a função de primeiro mediador e,⁹⁴

⁹² TJMG, Proc. nº 1.0024.03.147645-0/001, Rel. Antônio de Pádua, j. em 17/01/2006, DJ em 01/04/2006.

⁹³ Cf. WATANABE, Kazuo. **Portal da Justiça Federal**. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol22/artigo04.pdf>>. Acessado em 27.mai.2007.

⁹⁴ WATANABE, Kazuo. **Portal da Justiça Federal**. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol22/artigo04.pdf>>. Acessado em 27.mai.2007. O autor conclui: “numa sociedade como a nossa, para lançarmos uma semente tão generosa como a da mediação, precisaríamos preparar muito bem o terreno e as nossas academias para que os

[...] na mediação, o terceiro é neutro, procura criar as condições necessárias para que as próprias partes encontrem a solução, mas não intervém no sentido de adiantar alguma proposta de solução; na conciliação, isso não ocorreria, ou seja, a intervenção do terceiro é para interferir um pouco mais na tentativa de obter a solução do conflito, de apaziguar as partes, e, nesse momento, o conciliador poderá sugerir algumas soluções para o conflito. Porém, na prática, o mediador oferece alguma sugestão quanto à solução do conflito. Seria uma figura de mediador/conciliador.

Nessa esteira, desaconselha-se aos julgadores de primeira instância o pejo na aplicação do art. 331, do CPC, devendo a atuação judicial privilegiar as técnicas de pacificação entre os litigantes e evitar a transformação de tal procedimento em mera formalidade sem resultados efetivos.

3 QUESTÕES RELEVANTES E PERTINENTES À APLICABILIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA NO PROCESSO

Existe uma gama de questões acerca da aplicabilidade do princípio constitucional do acesso à justiça com repercussão no processo civil, dentre as quais: extinção do processo sem resolução do mérito por ausência dos pressupostos processuais ou das condições da ação, preclusão, o prazo decadencial do mandado de segurança. Veremos, a seguir, alguns temas.

3.1 Extinção do processo sem resolução do mérito

Sérgio Porto afirma que as garantias constitucionais-processuais suportam temperamentos.⁹⁵ Exemplo dessa mitigação é o fato da Constituição Federal assegurar o acesso à justiça enquanto que o processo impõe limitações à

futuros profissionais do Direito entrem no mundo prático com uma mentalidade mais comprometida com a sua atuação social.”

⁹⁵ Cf. PORTO, Sérgio Gilberto (org). **As garantias do cidadão no processo civil. Relações entre Constituição e Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 8.

legitimação de estar em juízo, conforme o disposto no art. 267, VI, do CPC. Questiona-se: ao Estado-juiz é possível abster-se de julgar o mérito de uma ação impetrada? Caso positivo, tal decisão não representa uma afronta ao acesso à justiça?

Para que se possa construir uma resposta, ainda que não se pretenda inacabada, convém ressaltar a incoerência que há em pensar o processo tão somente sob a ótica do autor. Perfila-se o entendimento de que, no processo, não de ser oferecidas iguais condições e oportunidades para autor e réu. Todavia, casos há em que a parte demandante ajuíza ação e sequer cumpre os requisitos mínimos para que o processo tenha seguimento e possa ser apreciado. E a ausência de tais requisitos conduz à prolação de sentenças terminativas, que extinguirão o processo sem a apreciação do seu mérito.

Aceitar como coerente todo o processamento do feito até a sentença, sabendo-se de antemão que a parte não é legítima, ou que o pedido é juridicamente impossível, respaldando-se no princípio constitucional em estudo, configura-se uma reprovável afronta aos direitos da parte demandada. Ademais, a parte autora têm condições de averiguar, anteriormente ao ajuizamento da demanda, se possui todas as condições e os pressupostos para que possa interpor e, quiçá, obter êxito na demanda, já que as normas processuais existem exatamente para que as partes saibam, de antemão, as “regras do jogo”, antes mesmo de iniciar a partida.

Vislumbra-se, no tópico, que as garantias constitucionais não são absolutas e devem ser apreciadas no caso concreto, ou seja, “a garantia de acesso ao Judiciário não pode ser tida como certeza de que as teses serão apreciadas de acordo com a conveniência das partes.”⁹⁶ Sob o mesmo prisma, não há de ser confundida a negativa de prestação jurisdicional com a decisão jurisdicional contrária à pretensão da parte.⁹⁷

3.1.1 Ausência de pressupostos processuais e de condições da ação

⁹⁶ STF, RE 113.958, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 15-10-96, DJ de 07/02/97.

⁹⁷ STF, AI 135.850-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 23/04/91, DJ de 24/05/91.

Assim, embora haja questionamentos se o fato de o autor ter a sua pretensão extinta sem resolução do mérito por carência de ação seja ou não uma forma de afronta ao princípio do acesso à justiça, é possível afirmar que não se configura um ultraje. Trata-se de “limites naturais ao direito de ação, os quais decorrem de outros princípios, tais como: o da isonomia, ampla defesa, contraditório, devido processo legal, etc.”⁹⁸ *In casu*, o STF assim decidiu:⁹⁹

O proprietário do prédio vizinho não ostenta o direito de impedir que se realize edificação capaz de tolher a vista desfrutada a partir de seu imóvel, fundando-se, para isso, no direito de propriedade. **A garantia do acesso à jurisdição não foi violada pelo fato de ter-se declarado a carência da ação. O art. 5º inc. XXXV da Constituição não assegura o acesso indiscriminado ao Poder Judiciário.** (grifou-se)

Semelhante recomendação legal e sem afronta ocorre nos casos em que estão ausentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido do regular do processo (constantes no art. 267, IV, CPC). É que a lei prevê requisitos básicos e essenciais para que ao processo se dê início e fim, de modo a não permitir o uso indiscriminado e abuso ao processo para obtenção de bens de forma ilegal.

3.1.2 Preclusão

No ordenamento processual civil, estão previstos ônus processuais às partes que deixarem de realizar atos processuais que lhe caibam. Assim, o art. 183, do CPC, trata da extinção do prazo para a prática do ato processual, ou, em outros termos, da preclusão.

Existe a preclusão lógica conceituada como a perda da possibilidade de levar a efeito ato processual, pela prática de outro ato com o primeiro incompatível.

⁹⁸ Cf. CARPENA, Márcio Louzada. Da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional e o processo contemporâneo. *In* PORTO, Sérgio Gilberto (org). **As garantias do cidadão no processo civil. Relações entre Constituição e Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 20.

⁹⁹ STF, RE 145.023, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 17/11/92, DJ de 18/12/92.

Destarte, a parte que aceitar expressamente ou tacitamente a sentença ou a decisão, dela não mais poderá recorrer (art. 503, do CPC).

Por preclusão temporal entende-se a perda da faculdade de praticar o ato processual pelo transcurso do prazo fixado para o seu exercício *in albis* ou tenha praticado a destempo ou de forma incompleta ou irregular.¹⁰⁰

Configura-se como consumativa a preclusão quando a perda da faculdade de praticar o ato processual advir da situação em que o ato já houver sido praticado.

Existem questionamentos no sentido de perquirir se há, ou não, afronta ao princípio do acesso à justiça pelo fato de o ato processual ser atingido pela preclusão.

Exemplifica-se trazendo decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Amapá, na qual os apelantes insurgiram-se contra sentença que extinguiu o processo por falta de complementação de preparo, alegando afronta ao princípio do acesso à justiça. O então Relator assim exarou o seu despacho:¹⁰¹

[...] os apelantes não atenderam ao chamamento judicial, deixando transcorrer em branco o prazo para complementação das custas. E o pior, sem que interpussem o devido agravo, dado que o despacho que indeferiu o pleito de pagamento mínimo, por se constituir decisão interlocutória, era atacável por agravo de instrumento. Assim, fecharam-se as vias para discussão da matéria em sede de apelação, tanto quanto a mesma não se constitui matéria de ordem pública, apreciável de ofício - inteligência do art. 473 do CPC, pela ocorrência da preclusão temporal, ou seja, “perda da faculdade processual, pelo seu não uso dentro do prazo peremptório previsto pela lei”. Agora, após terem deixado de atender o ônus processual que lhes cabia, por via transversa, **alegam que a lei estadual regulamentadora das custas processuais é inconstitucional, por lhes negar o acesso à justiça**. Ademais, ao opor os embargos, porque os apelantes não invocaram os benefícios da justiça gratuita? [...] (grifou-se)

Novamente convém recordar que o acesso à tutela jurisdicional deve sempre ser pautado de regras procedimentais, que têm, dentre suas finalidades, a de

¹⁰⁰ **Páginas de Direito**. Porto Alegre, RS, 2007. Disponível em: <www.tex.pro.br> Acessado em 27.mai.2007. O Código de Processo Civil, no entanto, admite que a parte possa provar a existência de justa causa (conceituada no § 1º, do art. 183) impeditiva da prática do ato no momento ou prazo devido.

¹⁰¹ TJ/AP, AC nº 2.278/05, Câmara Única, Rel. Dôglas Evangelista.

resguardar a segurança jurídica das partes envolvidas.¹⁰² Os princípios constitucionais garantidores do livre acesso ao Poder Judiciário não são absolutos e não de ser exercidos considerando-se as normas processuais que regem a matéria. Destarte, não se constitui negativa de prestação jurisdicional e cerceamento de defesa a inadmissão de recursos quando não observados os procedimentos estatuídos nas normas instrumentais.¹⁰³

O direito subjetivo público da ação deve observar o princípio da proporcionalidade, trazido pela doutrina alemã. Em outras palavras: o exercício de um direito não pode pôr em risco a efetividade de outras garantias que também contam com proteção constitucional, como a própria garantia da prestação jurisdicional.¹⁰⁴

3.2 Prazo do mandado de segurança

O art. 18 da Lei nº 1.533/51, que estabelece disposições atinentes ao mandado de segurança, prevê que “o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.”

Existem asserções acerca de que o prazo decadencial fixado por lei ordinária estaria limitando o acesso à justiça, já que a reparação buscada por quem alega ser titular do direito é amparada – exatamente – em direito líquido e certo, o qual sofre violação ou há justo receio de sofrê-la por parte da autoridade, que atua ilegalmente ou com abuso do poder.

No que tange à garantia do direito adquirido, princípio insculpido no inc. XXXVI, do art. 5º, da Constituição Federal, já decidiu o STF que não há impedimentos para a edição, pelo Estado, de norma retroativa (lei ou decreto) em benefício de particular.¹⁰⁵ O entendimento do STF, é no sentido de que o

¹⁰² STJ, AgRg no AI nº 774.970-RS, Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 17.10.06, DJ em 13/11/06.

¹⁰³ AI 152.676-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 15-9-95, DJ de 3-11-95

¹⁰⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, *passim*.

¹⁰⁵ STF, RE 184.099, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 18/04/97.

constituente, ao estabelecer a inviolabilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, diante da lei (art. 5º, XXXVI, CF), obviamente se excluiu dessa limitação, razão pela qual nada o impedia de recusar a garantia à situação jurídica em foco.

Assim é que, além de vedar, no art. 37, XIV, CF, a concessão de vantagens funcionais “em cascata”, determinou a imediata supressão de excessos da espécie, sem consideração a “direito adquirido”, expressão que há de ser entendida como compreendendo, não apenas o direito adquirido propriamente dito, mas também o decorrente do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.¹⁰⁶

O STF, guardião da Constituição Federal, procurando pacificar a questão, editou, em 24/09/2003, a Súmula nº 632, a qual afirma ser “constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança”. Segundo a deliberação do Ministro Celso de Mello, a supremacia jurídica das normas inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido.¹⁰⁷

4 ANÁLISE CRÍTICA DE JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A seguir, são trazidos a lume alguns julgados dos tribunais superiores quanto ao acesso à justiça, além daqueles já efetivamente trazidos ao longo do texto, para os quais se remete a consulta.

Inicialmente colaciona-se decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 540.054-MG, cujo Relator foi o Ministro Massami Uyeda. A expressão “acesso à justiça” é utilizada para definir tão somente o acesso da parte interessada aos órgãos do Poder Judiciário, nada referindo acerca da conceituação material do princípio constitucional.

No decorrer do voto, o Relator aduz que ambas as partes possuem equivalência econômica, e, portanto, não se enquadra o caso como relação de

¹⁰⁶ STF, RE 140.894, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 09/08/96.

¹⁰⁷ STF, ADI 248, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 08/04/94.

consumo, razão pela qual não se configura a nulidade da cláusula de contrato de adesão por “não haver dificuldades ao acesso à justiça e ao exercício do direito de defesa perante o foro livremente eleito”. Veja-se a ementa:¹⁰⁸

[...]1. A Segunda Seção deste Colegiado pacificou entendimento acerca da não-abusividade de cláusula de eleição de foro constante de contrato referente à aquisição de equipamentos médicos de vultoso valor. Mesmo em se cogitando da configuração de relação de consumo, não se haveria falar na hipossuficiência do adquirente de tais equipamentos, presumindo-se, ao revés, **a ausência de dificuldades ao respectivo acesso à Justiça e ao exercício do direito de defesa perante o foro livremente eleito**. 2. A solitária condição de a eleição do foro ter se dado em contrato não acarreta a nulidade dessa cláusula, sendo imprescindível a constatação de cerceamento de defesa e de hipossuficiência do aderente para sua inaplicação, incorrentes na hipótese em tela. 3. A questão da hipossuficiência do recorrente, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, em momento algum foi considerada pelas instâncias ordinárias competentes em sede de processo de conhecimento completado, não sendo lícito cogitar-se a respeito nesta seara recursal, sob pena de inadmissível supressão de instância. 4. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (grifou-se)

Denota-se que o termo objeto central desta exposição é tido no seu conceito meramente formal, ou seja: o acesso à justiça é sinônimo de direito de ação ou de defesa. Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁰⁹ perfilam deste mesmo entendimento, quando aduzem que “todos têm *acesso à justiça* para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória de um direito individual, coletivo ou difuso. Ter *direito constitucional de ação* significa poder *deduzir pretensão em juízo* e também *poder dela defender-se*.”

Os doutrinadores asseveram que o princípio constitucional do direito de ação representa a garantia ao jurisdicionado do direito de obter a tutela jurisdicional adequada do Poder Judiciário. Por tutela jurisdicional adequada entendem como a

¹⁰⁸ STJ REsp. nº 540.054-MG, Relator: Ministro Massami Uyeda, Recorrente: Carlos Doubles Correa, Advogado: Humberto Theodoro Junior e Outros, Recorrido: Mitsui e Co. Ltda., Advogado: Fernando Rosa de Sousa.

¹⁰⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. p. 127. (grifou-se) Faz-se a devida ressalva que tal opinião foi exarada anteriormente ao advento da Emenda Constitucional nº 45.

tutela revestida de efetividade e eficácia esperada, nem que para isso o Poder Judiciário tenha de conceder liminar ainda que não haja legislação a prevendo.¹¹⁰

No acórdão em comento, o relator referiu o acórdão proferido no REsp nº 379949/PR, citando o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, para o qual: “a validade e a eficácia da cláusula de eleição de foro apenas poderiam ser colocadas em dúvida[...] se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário[...]”.¹¹¹ Percebe-se, novamente, o acesso à justiça como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, garantido pelo direito de ação.

5 CONCLUSÃO

Embora a Constituição não seja “uma panacéia que tudo resolve, apenas pode mostrar caminhos”,¹¹² é indubitável que a Carta Magna Brasileira é a mais democrática até hoje vista, que abarcou inúmeras conquistas sociais e a sua defesa deve ser pautada pelo inexorável desejo de consolidação da democracia e das instituições.

Resta evidenciada a existência de contradições ou conflitos aparentes entre princípios constitucionais entre si, emanados da interpretação da Lei Maior. Todavia, como fez notar Osmar Veronese:¹¹³

[é] exatamente nas contradições, tão combatidas pelos seus opositores, reside a grandeza de nossa Constituição. Tais contradições nada mais espelham do que uma opção democrática, dando vazão filtrada às aspirações das várias facções sociais representadas no processo constituinte.

¹¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. p. 128.

¹¹¹ STJ, REsp nº 379949/PR, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 26/2/2002, DJ 15/04/02.

¹¹² VERONESE, Osmar. **Constituição: reformar para que(m)?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 171.

¹¹³ VERONESE, Osmar. **Constituição: reformar para que(m)?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 171.

Por tal razão, não deve ser desconsiderada a primazia da Constituição Federal e de seus princípios basilares, em atenção ao ora estudado princípio do acesso à justiça. O acesso à justiça é mais que o simples acesso ao Poder Judiciário, transcendendo a este, de modo a propiciar ao cidadão jurisdicionado uma garantia eficaz de que o seu processo será processado e julgado com a celeridade necessária e com o resguardo de seus direitos fundamentais.

Destarte, as garantias constitucionais-processuais podem e devem ser ponderadas no caso concreto, para que todos os cidadãos usufruam da garantia de exercerem seus direitos perante os tribunais, seja no plano constitucional, seja no ordinário. E tal mister é obtido com a retirada ou, ao menos, a minimização, dos obstáculos antepostos à efetiva prestação jurisdicional visando a prevenção de conflitos e almejando a efetivação da cidadania.

OBRAS CONSULTADAS

AGUIAR, Adriana. **Reclamando.com.br.** Disponível em: <<http://www.reclamando.com.br/?system=news&action=read&id=617&eid=142>>. Acessado em 30.mai.2007.

ALMEIDA FILHO, JOSÉ CARLOS DE ARAÚJO. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil.** v. 2, 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

ASSIS, Araken de. **Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ASSIS, Araken de. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Garantia da amplitude de produção probatória.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil,** Trad. Adrián Sotero de Witt Batista, v. I, Campinas: Servanda, 1999.

CARPENA, Márcio Louzada. **Da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional e o processo contemporâneo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

DIAS, Luciano Souto Dias; COELHO, Thiara Viana. **Jus Navigandi**. Teresina, PI, 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7906>>. Acessado em 12.jun.2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

FISCHER, Douglas. **Páginas de Direito**. Porto Alegre, RS, 2007. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/05de2005/epossivel_dougalsfischer.html>. Acessado em 30.mai.2007.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Brasil, 2007. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/paisesat/>> Acessado em: 14.jun.2007.

Inter-American Commission on Human Rights. 1889, Washington, D.C., U.S.A. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Base3.htm>> Acessado em: 16.jun.2007.

MARCO ADVOGADOS. **Espaço Vital**. Porto Alegre, RS, 2007. Disponível em: http://www.espacovital.com.br/novo/noticia_ler.php?idnoticia=7537. Acessado em: 07.jun.2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo**. v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. *In Revista Jurídica*, n. 347, Porto Alegre: Nota Dez, setembro/2006.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. O direito da cidadania à composição de conflitos. O acesso à justiça como direito a uma resposta satisfatória e a atuação da advocacia pública. *In Revista da AJURIS*, Ano XXVI, n. 77, Porto Alegre: março de 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 7 ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *In Revista da AJURIS*, Ano XXIX, n. 87, t. I, Porto Alegre: setembro de 2002.

Páginas de Direito. Porto Alegre, RS, 2007. Disponível em: <www.tex.pro.br> Acessado em 27.mai.2007.

PERAZZO, Paulo. **Consultor Jurídico**. São Paulo, SP, 2007. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/22789,1>>. Acessado em 27.mai.2007.

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

PORTO, Sérgio Gilberto (org.). **As garantias do cidadão no processo civil. Relações entre Constituição e Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RIGO, Vivian; ASSIS, Araken de (Coord.). Saúde: Direito de todos e de cada um. *In Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*. Porto Alegre: Notadez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SENCI, Fábio. **DireitoNet**. Sorocaba, SP, 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/35/18/3518/?email>>. Acessado em 12.jun.2007.

SILVA, Eduardo Silva da. Meios alternativos de Acesso à Justiça: fundamentos para uma teoria geral. Porto Alegre: **Revista Processo e Constituição**, Coleção Galeno Lacerda de Estudos de Direito Processual Constitucional, Faculdade de Direito UFRGS, n. 1, dezembro de 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a argüição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de eficácia da Constituição**. *In Revista da AJURIS*, Ano XXVI, n. 81, t. I, Porto Alegre: março de 2001.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do Código de Processo Civil, Leis n. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006**. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e (org.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VERONESE, Osmar. **Constituição: reformar para que(m)?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; Almeida, Flávio Renato Correia de; Talamini, Eduardo. **Curso Avançado de Processo civil: teoria geral do processo e processo do conhecimento**. v. 1, 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WATANABE, Kazuo. **Portal da Justiça Federal**. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol22/artigo04.pdf>>. Acessado em 27.mai.2007.