
O ACESSO À JUSTIÇA COMO “DIREITO HUMANO BÁSICO” E A
CRISE DA JURISDIÇÃO NO BRASIL*

THE ACCESS TO JUSTICE AS THE “BASIC HUMAN RIGHT” AND THE
CRISIS IN THE JUDICIARY IN BRAZIL

Fabiana Marion Spengler**
Theobaldo Spengler Neto***

Resumo: O presente texto tem como objetivo discutir o acesso à justiça como o mais “básico dos direitos humanos” e o modo como ele vem se concretizando no Brasil pós Constituição de 1988. Nessa mesma linha de raciocínio o texto aborda o Estado como detentor do monopólio da força enquanto instituição legitimada a “dizer o direito” determinando quem ganha e quem perde a demanda. Assim, as crises pelas quais passa a jurisdição atual serão abordadas bem como se debaterá as possíveis alternativas a estas crises.

Palavras-chave: Direitos humanos. Acesso à justiça. Jurisdição. Mediação.

Abstract: The present text inquiry the access to Justice as the “basic human right” and the way they are enforced in Brazil, after the adoption of the Constitution of 1988. Trough this reason the text focuses the State as the possessor of the monopoly of the use of force, while a lawful institution to “decide the rights”, determining who succeed and who loses the litigation. Though, the crisis through which the actual jurisdiction faces are going to be exposed, as well as, inquiring the possible alternatives to this crisis.

Key-words: Human Rights. Access to Justice. Jurisdiction. Mediation.

* O presente texto foi elaborado a partir de pesquisa realizada junto ao projeto intitulado “Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz” financiado pelo CNPQ (Edital Universal 2009 – processo 470795/2009-3) e pela FAPERGS (Edital Recém-Doutor 03/2009, processo 0901814) coordenado pela primeira autora.

** Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação *lato e stricto sensu* da última instituição, advogada Email: fabianaspengler@viavale.com.br e fabiana@unisc.br.

*** Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2000), onde atualmente é professor adjunto. Professor de Direito Processual Civil (Processo de Conhecimento, Processo de Execução, Procedimentos Especiais e Processo Cautelar) e de Direito Civil - Responsabilidade Civil. Integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas Públicas no tratamento dos conflitos”, vinculado ao CNPq sob a coordenação da Prof.^a Dr.^a Fabiana Marion Spengler. Sócio titular do escritório Advocacia Spengler Assessoria Empresarial - SC. Email: theo_spengler@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Todas as considerações sobre a jurisdição brasileira e suas crises (criadas e fomentadas a partir da globalização cultural, política e econômica) são também consequências da crise estatal. Nascida de um deliberado processo de enfraquecimento do Estado, a crise se transfere para todas as suas instituições, pois o Direito que imediatamente conhecemos e aplicamos, posto pelo Estado, assim o é porque seus textos são escritos pelo Legislativo, mas também porque suas normas são aplicadas pelo Judiciário.

Em decorrência das pressões centrífugas da desterritorialização da produção e da transnacionalização dos mercados, o Judiciário, enquanto estrutura fortemente hierarquizada, fechada, orientada por uma lógica legal-racional, submisso à lei, se torna uma instituição que precisa enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais para sobreviver como um poder autônomo e independente. Em termos de jurisdição, os limites territoriais do Judiciário, até então organizados de modo preciso, têm seu alcance diminuído na mesma proporção que as barreiras geográficas vão sendo superadas pela expansão da informática, das comunicações, dos transportes, e os atores econômicos vão estabelecendo múltiplas redes de interação. Quanto maior a velocidade desse processo, mais o Judiciário é atravessado pelas justiça emergentes, nos espaços nacionais e internacionais, representadas por formas “inoficiais” de tratamento de conflitos. Em termos organizacionais, o Poder Judiciário foi estruturado para atuar sob a égide dos códigos, cujos prazos e ritos são incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, procedimentos decisórios, ritmos e horizontes temporais hoje presentes na economia globalizada. Nestes termos, o tempo do processo judicial é o tempo diferido. O tempo da economia globalizada é o real, isto é, o tempo da simultaneidade. Ainda, para o Judiciário faltam meios materiais de dispor de condições técnicas que tornem possível a compreensão, em termos de racionalidade subjetiva, dos litígios inerentes a contextos socioeconômicos cada vez mais complexos e transnacionalizados (FARIA, 2001, p. 8-9).

Diante de tais circunstâncias, a jurisdição torna-se alvo de uma preocupação constante voltada para a compreensão da racionalidade instrumental de aplicação do direito e, especialmente, da estrutura funcional necessária para sua realização. É possível observar que as várias instâncias determinadoras da perda de centralidade e de atribuição do Estado, no momento de produzir ou de aplicar o Direito. Nesse contexto, demonstrada a incapacidade do Estado de monopolizar esse processo, tendem a se desenvolver outros procedimentos jurisdicionais, como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação, almejando alcançar celeridade, informalização e pragmatividade.

Paralelamente, surgem novas categorias de direitos e de sujeitos jurídicos legitimados a pleiteá-los. São os direitos coletivos, individuais homogêneos e os difusos. Esses novos direitos produziram novos atores que determinaram a transferência do conflito da zona política para a jurisdicional. Então, as demandas sociais se tornam jurídicas e a consagração de novos direitos provoca um explosão de litigiosidade significativa (em termos qualitativos e quantitativos), realçando ainda mais a incapacidade e as deficiências da estrutura judiciária, que passou a ser requisitado de forma ampla.

Nesse sentido, o presente texto tem como objetivo discutir o acesso à justiça como direito humano e as dificuldades jurisdicionais enfrentadas no Brasil atualmente para fazer cumprir e valer esse direito.

Nestes termos primeiramente se abordará, ainda que de forma rápida, o conceito de acesso à justiça e os esforços feitos, especialmente no pós Constituição de 1988 e no pós Emenda Constitucional 45 (EC/45/2004), para viabilizar esse direito de modo quantitativo, e, principalmente, qualitativamente melhor. Posteriormente, se abordará as crises pelas quais passa a jurisdição brasileira, identificando seu caráter estrutural e identitário, para ao final elencar políticas públicas que estão sendo implementadas objetivando possibilitar o acesso a uma justiça mais humana e adequada a complexidade conflitiva atual.

Este é, pois, o texto que agora se apresenta.

1 O DIREITO HUMANO DE ACESSAR A JUSTIÇA NO BRASIL

Para fins de discutir o acesso à justiça como um dos direitos humanos é importante antes definir tal expressão. Assim, parafraseando Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), pode-se dizer, com simplicidade, que este tema está amplamente ligado ao binômio possibilidade-viabilidade de acessar o sistema jurídico em igualdade de condições. Esta prerrogativa foi democraticamente conquistada pelos cidadãos, sob a forma de “o mais básico dos Direitos Humanos”. Liga-se, também, à busca de tutela específica para o direito e/ou interesse ameaçado e, por óbvio, com a produção de resultados justos e efetivos. Esta preocupação evidencia a permanente busca pela efetividade do Direito e da Justiça no caso concreto. Nasce desvinculada de seu germe quando da dedução em juízo, ou melhor, no processo, procura-se apenas a obtenção de sua conclusão formal, pois o resultado final almejado em qualquer querela deve ser, na sua essência, pacificador do conflito. É só assim que se estará efetivando¹ a chamada Justiça Social, expressão da tentativa de adicionar ao Estado de direito uma dimensão social (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 30 et seq.).

Persistir em analisar o processo sob a dimensão da efetividade notoriamente restrita seria atender apenas ao seu escopo jurídico e, hoje, essa noção 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 da própria cidadania. Mas, para tal, há a necessidade de adequação do processo, pois o que se tem assistido é o somatório de insatisfações e decepções sentido pelos indivíduos, o que acaba por abalar e desgastar a credibilidade de que o nosso sistema ainda dispõe. Este paulatino descrédito² vem firmando raízes a partir e conforme se evidenciam as debilidades e impossibilidades de o mesmo atender a tão complexa missão.

Essa adequação será alcançada com uma “mudança de paradigma”, que só será obtida a partir da formação de uma consciência que rompa posturas anteriores marcadas pela introspecção e que passe a considerar o mundo político e social (a realidade da vida) que rodeia o processo³.

Esses *pontos vitais*⁴ referem-se aos diversos escopos da jurisdição e englobam os problemas essenciais da efetividade do processo. Assim:

¹ A concepção de efetividade que se pretende trabalhar aqui assume um caráter mais amplo do que aquela desenvolvida por Chiovenda cuja visão, de cunho essencialmente individualista, está ultrapassada, pois [...] na medida do que for praticamente possível o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter (CHIOVENDA, 1930, p. 110).

² Andiamo, dunque, con ordine, mettendoci nei panni del cittadino che entra in un palazzo o in un'aula di giustizia. La prima sensazione, in genere, è di avere a che fare con un sistema scarsamente comprensibile: con una macchina che gira per lo più vuoto (spesso provocando interminabili e incomprensibili perdite di tempo a chi ne è coinvolto), ma che può anche stritolare chi non sa - o non ha i mezzi per difendersi. Non è sempre così: ci sono isole felici in cui il primo impatto è positivo; e, in ogni caso, le difficoltà di accesso e di orientamento (anche sotto il profilo logistico o delle semplici informazioni) non preludono necessariamente a un inter processuale insoddisfacente. Ma, di regola, è questo l'inizio dell'avventura del cittadino (persona offesa o imputato, testimone o parte di un processo civile) che si affaccia in un tribunale. Ciò genera, inevitabilmente, un senso di approfonda inquietudine. Il passo verso la sfiducia non è automatico, ma certo a tale esito concorrono i tempi lunghi che il processo successivamente assume (CASELLI; PEPINO, 2005, p. 11-12).

³ [...] falta muito para que se tenha o processo que se deseja. Velhos formalismos e hábitos comodistas minam o sistema e de um momento para outro ele não se alterará. Além disso, a própria lei reflete atitudes privatistas e individualistas perante o processo, incluindo-se nisso o conformismo com algumas de suas supostas fraquezas e pouca disposição a superá-las. Para o exame crítico do sistema existente, é indispensável identificar pontos vitais em que as tomadas de posição se mostram particularmente importantes, considerando o tempo presente e o que hoje é lícito esperar do processo (DINAMARCO, 2004, p. 272).

As tradicionais *limitações ao ingresso na justiça, jurídicas ou de fato* (econômicas, sociais), refletem em decepções⁵ para a potencial clientela do Poder Judiciário. Essas limitações fáticas se referem ao custo do processo e à miserabilidade das pessoas, o que assola a universalidade da tutela jurisdicional, expressa de forma solene pela Constituição, no seu artigo 5º, LXXIV.

As limitações jurídicas também configuram estreitamentos das vias de acesso à Justiça. Refere-se aqui, à *legitimatío ad causam* ativa que, essencialmente individualista, restringe-se a *dar a cada um o que é seu*, sem manter uma visão solidarista, supraindividual, que se caracteriza por tratar o indivíduo como membro integrante de um grupo social e procurar tecer soluções condizentes com os interesses envolvidos (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 33).

Tais limitações, como se pode observar, privam inúmeras pessoas da tutela jurisdicional, o que lhes causa dano substancial, pois quem não vem a juízo ou não pode fazê-lo, renuncia àquilo que aspira ou busca satisfazer suas pretensões por outros meios.

Vencidas as limitações tradicionais e desobstruídas as vias de acesso ao processo, 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.

Por outro lado, a eliminação dos litígios deve atender ao critério de Justiça, pois o valor justiça figura como objetivo-síntese da jurisdição no plano social ou, do contrário, se teria mera sucessão de arbitrariedades.

Inobstante percorridos os problemas anteriores, o sistema, através de seus operadores, deve estar preparado para *produzir decisões que sejam capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos direitos reconhecidos*. Refere-se aqui, a *utilidade das decisões*.

Perquirindo sobre as garantias constitucionais do processo, conclui que o processo *é um fenômeno que atinge alguns dos mais fundamentais “Direitos Humanos”* (CAPPELLETTI, 1994, p. 13). O direito a um juiz imparcial corresponde à garantia da independência⁶ da magistratura diante do poder político, e essa imparcialidade

⁴ Sobre o assunto ver BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 32 e seguintes.

⁵ É interessante reforçar que o distanciamento e a descrença do cidadão comum pela jurisdição se dão não só quanto aos seus aspectos quantitativos (velocidade da prestação jurisdicional), mas também nos seus aspectos qualitativos (por exemplo, o problema da discricionariedade judicial). O problema reside, também, na forma como o juiz decide e não só na celeridade de sua decisão.

⁶ Baseado no formalismo, o Judiciário pôde garantir independência estabelecendo sua estrita vinculação à legalidade. Essa independência judicial pode ser classificada em independência da magistratura e do juiz. A primeira diz respeito aos órgãos judiciários e ao ministério público e que corresponde à função de autogoverno do

é quanto ao conteúdo da controvérsia, e não quanto ao andamento da relação processual, posto que o juiz deve assegurar o desenvolvimento do processo de maneira regular, rápida e leal, dentro de suas possibilidades.

O *due process of law* ou o devido processo legal e o contraditório processual implicam, obviamente, o direito de ambas as partes serem ouvidas. Aqui, Cappelletti aproveita para remeter este princípio ao estudo que se está introduzindo, referindo-se ao acesso à Justiça, *como espelho da cultura de uma época*, pois como diz, “[...] Que princípio é este, se há casos, em que, por razões econômicas, culturais e sociais, a parte não se encontra em condições de se fazer ouvir?” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 34) Por outro lado também é necessário questionar: que jurisdição é essa que, quando ouve responde tardiamente a tal ponto de sua resposta/decisão chegar “a destempo” e já não responder de maneira adequada ao conflito social? Esse é o ponto que se analisará adiante.

2 O ACESSO À JUSTIÇA E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A tão almejada celeridade processual se faz necessária frente aos atuais problemas da jurisdição rotulados de “explosão de litigiosidade”, “sobrecarga de legislação” (que muitas vezes é paradoxal e contraditória entre si), “acúmulo de processos”, e assim por diante. Verdadeiramente, todos os problemas do Judiciário brasileiro são conhecidos e detectados quando a lentidão e a ineficiência se fazem sentir pelas partes, que, mesmo desconhecedoras dos procedimentos, percebem que a jurisdição não responde de forma adequada⁸.

Judiciário, significando o exercício do poder de disciplinar. Já a segunda importa na garantia de que o magistrado não esteja submetido às pressões de poderes externos ou internos. Desse modo, o juiz independente não pode ser concebido como um empregado do Executivo ou do Legislativo, da corte ou do supremo tribunal. Em síntese, a independência (interna ou externa) do juiz existe como um espaço capaz de dotá-lo de independência moral para que possa decidir sem a pressão do Executivo, do Legislativo, do próprio Judiciário ou de pressões externas. Nesse sentido é importante a leitura de ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2005.

⁷ Aqui é importante referir que a morosidade judiciária encontra causa muitas vezes nas próprias partes que com sua prática exagerado de atos processuais (petições, recursos, agravos, produção de prova, etc.), ainda que legal e principalmente constitucional, têm por objetivo tão somente ganhar tempo. Assim, elas “instrumentalizam o Judiciário porque se aproveitam exatamente de sua maior deficiência: a lentidão, a morosidade, o ritualismo, o exacerbado procedimentalismo, que leva a ministra Eliana Calmon a afirmar que não é difícil o acesso à justiça: ‘o difícil é sair da justiça’”. (NALINI, 2008, p. 107).

Nesse sentido, a EC/45 traz uma série de polêmicas, muitas das quais objetos de ampla discussão (anterior e posteriormente à sua entrada em vigor). Pode-se mencionar, especialmente, a inclusão do inciso LXXVIII⁹ no art. 5º do texto constitucional, que repercute em temas já bastante discutidos como “acesso à justiça”¹⁰ e “cidadania”.

Porém, não se pode perder de vista que, antes mesmo na inserção do inciso referido ao art. 5º da CF pela EC/45, já se encontrava a garantia constitucional da tutela jurisdicional tempestiva no inciso LXXXV, o que possibilita o acesso à justiça e, numa interpretação extensiva, a uma justiça adequada e tempestiva¹¹. Aliás, as imbricações entre tutela jurisdicional e tempo são visíveis, especialmente quando a primeira é tida como uma resposta estatal às expectativas sociais e normativas e como uma forma importante de proteção do indivíduo à lesão ou ameaça de lesão através do direito de ação. No entanto, essas imbricações tornam-se frouxas e débeis quando se verifica que a tutela jurisdicional acontece “a destempo”. Tal afirmativa se deve ao fato de que o tempo, assim como perpetua situações de litígios e corrói direitos (que não são tutelados de forma adequada e “a tempo”), tem o poder de interferir na concepção processual, uma vez que se torna grande controlador da máquina judiciária¹². Desse modo, existe a possibilidade de limitar essa influência temporal através de dispositivos

⁸ Sobre o tema: SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁹ Artigo 5º [...] LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹⁰ De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11-12).

¹¹ Assim, “uma leitura mais moderna, no entanto, faz surgir a idéia de que essa norma constitucional garante não só o direito à ação, mas a possibilidade de um acesso efetivo à justiça e, assim, um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Não teria cabimento entender, com efeito, que a constituição da República garante ao cidadão que pode afirmar uma lesão ou uma ameaça a direito apenas e tão-somente uma resposta, independentemente de ser ela efetiva e tempestiva. Ora, se o direito de acesso à justiça é direito fundamental, porque garantidor de todos os demais, não há como imaginar que a Constituição da República proclama apenas que todos têm direito a uma mera resposta do juiz. O direito a uma mera resposta do juiz não é suficiente para garantir os demais direitos e, portanto, não pode ser pensado como garantia fundamental de justiça” (MARINONI, 1999, p. 218).

processuais de urgência, como os processos cautelares, as tutelas antecipadas ou específicas, que podem garantir a forma mínima do processo¹³.

O inciso LXXVIII no art. 5º determina uma garantia constitucional que deve ser executada desde logo, sem o risco de esperar por ações legislativas posteriores que lhe venham a dar carga eficaz. O dispositivo em comento guarda especial importância em quatro aspectos: (1) torna obrigatória a prestação jurisdicional em um prazo razoável¹⁴; (2) estabelece, ainda que de forma indireta, que prazo razoável é o prazo legal; (3) traz também a exigência de meios que garantam a celeridade processual; (4) por fim, introduz um conjunto de determinações relativas à organização do Poder Judiciário que, se implementadas de forma adequada, podem auxiliar decisivamente no cumprimento do mandamento constitucional (RODRIGUES, 2005, p. 288).

Todavia, resta a pergunta: no que consiste a “razoável duração do processo”? Como deve ser interpretada essa expressão? A resposta poderia considerar duas hipóteses: “a) tempo razoável é o tempo legal, expressamente previsto na legislação processual; b) tempo razoável é o tempo médio efetivamente despendido no País, para cada espécie concreta de processo (RODRIGUES,

¹² As relações temporais/processuais precisam ser analisadas levando em consideração que “o tempo do processo judicial é o tempo diferido, encarado como sinônimo de segurança e concebido como uma relação de ordem e autoridade, representada pela possibilidade de esgotamento de todos os recursos e procedimentos numa ação judicial. Cada parte intervindo no momento certo, pode apresentar seus argumentos e ter a garantia de ser ouvida na defesa de seus interesses. O tempo diferido, nesta perspectiva, é utilizado como instrumento de certeza, na medida que impede a realização de julgamentos precipitados, sem o devido distanciamento com relação aos acontecimentos que deram margem à ação judicial. Já o tempo da economia globalizada é o tempo real, isto é, o tempo da simultaneidade. À medida que se torna mais complexa, gerando novas contingências e incertezas, a economia globalizada obriga os agentes a desenvolver intrincados mecanismos para proteger seus negócios, capitais e investimentos da imprevisibilidade e do indeterminado. A presteza se converte assim numa das condições básicas para a neutralização dos riscos inerentes às tensões e aos desequilíbrios dos mercados, o que leva a um processo decisório orientado pelo sentido da vigência e baseado tanto na capacidade quanto na velocidade de processamento de informações técnicas e altamente especializadas” (FARIA; KUNTZ, 2002, p. 35).

¹³ Sobre esse assunto, é importante a leitura de SILVA, Ovídio Batista da. *Processo e Ideologia. O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004 e SILVA, Ovídio Batista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

¹⁴ A Convenção Americana de Direitos Humanos (pacto de San José da Costa Rica, de 22.11.1969), a qual o Brasil aderiu em 26.5.1992, realizando sua ratificação em 25.9.1992 e sua promulgação em 9.11.1992 (Dec. 678), dispõe expressamente em seu artigo 8º, item 1: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido

2005, p. 289)”. Nesses casos, a primeira opção reproduz um critério objetivo, sofrendo o desgaste de nem sempre existir, em cada etapa processual, tempo previamente definido em lei. Já a adoção da segunda hipótese traz a negativa da garantia constitucional, pois a média de duração dos processos no Brasil hoje se encontra muito acima do legal e do razoável¹⁵.

Nesse mesmo sentido, discutindo a delimitação da expressão “prazo razoável”, percebe-se que o seu sentido deve ser “preenchido no caso concreto, tendo como indicativo a melhor e maior realização da garantia de acesso à justiça na perspectiva de acesso a uma resposta à questão posta qualitativamente adequada e em tempo quantitativamente aceitável” (BOLZAN DE MORAIS, 2005, p. 16). Dessa maneira, fica clara a busca pela celeridade processual permeada pelo tratamento adequado resultante de uma resposta qualificada aos conflitos. Uma decisão judicial, por mais justa e correta que seja, muitas vezes pode tornar-se ineficaz quando chega tarde, ou seja, quando é entregue

anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza”. É possível afirmar, então, que a determinação de que o processo possua duração razoável e que sejam garantidos meios de celeridade na sua tramitação não é, propriamente, uma novidade no cenário brasileiro. No entanto, a Convenção Americana de Direitos Humanos não foi observada quanto a esse dispositivo.

¹⁵ Serve como exemplo da morosidade judiciária brasileira a recente notícia sobre a demora na tramitação de um processo que, incredivelmente, tramita ao longo de 70 anos. Trata-se do processo de inventário de Maria Eduarda Correa Simas, falecida em 31 de agosto de 1935, cuja abertura ocorreu em 29 de agosto de 1938, pelo inventariante Justino Correa Simas. O feito (nº 039/1.030032437-6) tramita na 2ª Vara Cível da Comarca de Viamão. Com a demora no tramitar do feito, as consequências foram nefastas: os herdeiros diretos faleceram; os bens foram todos alienados, ou cedidos onerosamente; ocorreu o esbulho de área rural de terceiros, o que determinou por parte dos prejudicados pedidos de providências policiais, bem como a abertura de processo criminal. Situação pior aconteceu em Rio Grande, onde os autos do processo do inventário do comendador Domingos Faustino Correa serão doados definitivamente ao Departamento de Biblioteconomia e História da Fundação Universidade Federal de Rio Grande. A decisão é do Conselho da Magistratura do TJRS. O processo tramitou durante 107 anos e é considerado o mais longo de toda a história do Judiciário do Brasil. O comendador, no leito de morte, mandou redigir seu testamento em 11 de junho de 1873, vindo a falecer 18 dias após. O inventário deu entrada no Foro de Rio Grande em 27 de junho de 1874. O processo tramitou por 107 anos, gerando uma verdadeira corrida atrás do “ouro” alegadamente deixado pelo inventariado. Ao longo desse tempo, milhares de “herdeiros” se habilitaram à herança. A meação do comendador jamais foi partilhada aos supostos herdeiros. A solução se deu a partir da designação de um juiz (Carlos Roberto Nunes Lengler) especialmente para presidir, sanear e julgar o feito. Todos os mais de 1.200 volumes processuais foram trazidos a Porto Alegre no início dos anos 80 e, seis meses depois,

ao jurisdicionado no momento em que não mais interessa nem mesmo o reconhecimento e a declaração do direito pleiteado. Se a função social do processo, que é o instrumento da jurisdição, é a distribuição da justiça, não há como negar que, nas atuais circunstâncias do Poder Judiciário, a entrega da prestação jurisdicional em tempo oportuno confere credibilidade. Porém, outras estratégias precisam ser desenvolvidas para que se fale no tratamento qualitativamente adequado dos litígios.

Mas, como se sabe, o acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário, traduzindo-se no direito de acesso a uma justiça organizada de forma adequada, cujos instrumentos processuais sejam aptos a realizar, efetivamente, os direitos assegurados ao cidadão¹⁶. É por isso que não basta apenas “garantir o acesso aos tribunais, mas principalmente possibilitar aos cidadãos a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos através de um acto de *jurisdictio* (CANOTILHO,

o processo teve sentença (Editado em Porto Alegre em 20.06.2006 - Editor: Marco Antonio Birnfeld - 123@espacovital.com.br).

Nessa mesma seara, discutindo a duração dos processos na Itália, Caselli e Pepino apontam para os prazos de toda a Europa: *Difficile o addirittura impossibili, date le profonde diversità dei rispettivi sistemi, effettuare una comparazione attendibile tra le statistiche giudiziarie del nostro Paese e quelle degli stati europei poi più vicini. In termini approssimati si può, peraltro, affermare che, con sopravvenienze quantitativamente simili, i tempi di definizione dei processi sono, nel resto d'Europa, assai più ridotti che in Italia. Da una recente ricerca dell'Istat risulta, infatti, che la durata media, in primo grado, di un processo civile è di cinque mesi nel Regno Unito, di nove mesi in Francia e in Germania, di dieci mesi in Spagna, mentre per definire, sempre in primo grado un processo penale occorrono pochi mesi nel Regno Unito, un anno in Spagna e due anni, comprensivi la fase istruttoria in Francia (esclusi i processi di Corte d'Assise, che hanno tempi più lunghi). A ciò deve aggiungersi che in tutti paesi considerati il numero e la durata delle impugnazioni sono nettamente inferiori che in Italia (e ciò si riverbera, ovviamente, in modo rilevante sui tempi complessivi dei processi). I dati comparati vanno utilizzati, come si è detto, con prudenza ma, pur con questa avvertenza, sono eloquenti e avvalorano la convezioni che c'è, nel sistema italiano, del patologico (perché si spende poco, perché le risorse sono distribuite irrazionalmente sul territorio, perché i sistemi processuali sono inadeguati, perché si assottiglia il confine tra garanzie e formalismo, e via seguitando)* (CASELLI; PEPINO, 2005, p. 14).

¹⁶ Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para além dos tribunais e utilizar métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13).

2000, p. 423)”. Nessa seara, mesmo que a EC/45 alcance resultados significativos tornando célere o trâmite processual, aproximando a justiça do cidadão, especializando varas para o melhor tratamento de uma parcela de direitos até então pouco observados, valorizando as defensorias públicas (o que implica de forma direta ou indireta na diminuição de custos e na possibilidade de inclusão do cidadão hipossuficiente), deve-se recordar que os mecanismos de tratamento dos conflitos precisam ser revistos. Os resultados atingidos pela Reforma do Judiciário, mesmo que significativos, não evitarão o necessário empreendimento de novos esforços na busca por outras estratégias de tratamento de conflitos, cuja base consensualizada possibilite à sociedade retomar a autonomia perdida, conquistando a possibilidade de encontrar respostas para suas demandas.

Consequentemente, essas novas garantias constitucionais vêm para integrar o sentido includente que deve ser conferido às normas constitucionais de um País que pretende reduzir desigualdades, erradicar a pobreza, fundar uma sociedade justa e solidária, etc, como forma de integrar a nação em um projeto de sociedade comprometida com a dignidade humana que, como escopo do “constitucionalismo social e democrático de direito”, repercute em todos os âmbitos da prestação estatal, seja administrativa ou jurisdicional (BOLZAN DE MORAIS, 2005, p. 18).

Nestes termos, é importante revisitar algumas das crises pelas quais passa a jurisdição brasileira e que tornaram necessária a implementação da EC/45 objetivando fazer efetivo o direito de acesso à justiça. Esse é, pois, o próximo assunto.

3 O MONOPÓLIO ESTATAL DA JURISDIÇÃO E A CRISE: O PODER JUDICIÁRIO É DESCARTÁVEL?

O Judiciário encontra-se no centro dos principais debates nas últimas décadas. Tais debates apontam para suas crises, das quais emerge a necessidade de reformas estruturais de caráter físico, pessoal e, principalmente, político. Todas as considerações sobre a jurisdição e suas crises (criadas e fomentadas a partir da globalização cultural, política e econômica) são conseqüências da crise estatal. Nascida de um deliberado processo de enfraquecimento do Estado, a crise se transfere para todas as suas instituições.

Devido a essa assertiva é que se deve discutir a tão aclamada crise da jurisdição a partir da crise do Estado, observando sua gradativa perda de soberania, sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais, de tomar as rédeas de seu destino, sua fragilidade nas esferas Legislativa, Executiva e Judiciária, enfim, sua quase total perda na exclusividade de dizer e aplicar o Direito. Em decorrência

da desterritorialização da produção e da transnacionalização dos mercados, o Judiciário, enquanto estrutura fortemente hierarquizada, fechada, orientada por uma lógica legal-racional, submetida à lei, se torna uma instituição que precisa enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais para sobreviver como um poder autônomo e independente.

Em termos de jurisdição, os limites territoriais do Judiciário, até então organizados de modo preciso, têm seu alcance diminuído na mesma proporção que as barreiras geográficas vão sendo superadas pela expansão da informática, das comunicações, dos transportes e os atores econômicos vão estabelecendo múltiplas redes de interação. Quanto maior a velocidade desse processo, mais o Judiciário é atravessado pelas justiça emergentes, nos espaços nacionais e internacionais, representadas por formas “inoficiais” de tratamento de conflitos. Em termos organizacionais, o Poder Judiciário foi estruturado para atuar sob a égide dos códigos, cujos prazos e ritos são incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, procedimentos decisórios, ritmos e horizontes temporais hoje presentes na economia globalizada. Nestes termos, o tempo do processo judicial é o tempo diferido. O tempo da economia globalizada é o real, isto é, o tempo da simultaneidade. Ainda, para o Judiciário faltam meios materiais de dispor de condições técnicas que tornem possível a compreensão, em termos de racionalidade subjetiva, dos litígios inerentes a contextos socioeconômicos cada vez mais complexos e transnacionalizados (FARIA, 2001, p. 8-9).

Diante de tais circunstâncias, a jurisdição torna-se alvo de uma preocupação constante voltada para a compreensão da racionalidade instrumental de aplicação do direito e, especialmente, da estrutura funcional necessária para sua realização. Todavia, a estrutura funcional do Estado, que deveria possibilitar a realização da jurisdição, também se encontra em crise. É possível observar que as várias instâncias determinadoras da perda de centralidade e de atribuição do Estado, no momento de produzir ou de aplicar o Direito, traduzidas pela globalização e pela abertura de fronteiras, pela desregulação e pela *lex mercatória*, permitem espaço para o surgimento de instâncias alternativas de tratamento de conflitos, o que se dá em âmbito nacional e internacional. Nesse contexto, demonstrada a incapacidade do Estado de monopolizar esse processo, tendem a se desenvolver procedimentos jurisdicionais alternativos, como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação, almejando alcançar celeridade, informalização e pragmaticidade.

Paralelamente, surgem novas categorias de direitos e de sujeitos jurídicos legitimados a pleiteá-los. São os direitos coletivos, individuais homogêneos e os difusos. Esses novos direitos produziram novos atores que determinaram

a transferência do conflito da zona política para a jurisdicional. Então, as demandas sociais se tornam jurídicas e a consagração de novos direitos provoca um explosão de litigiosidade significativa (em termos qualitativos e quantitativos), realçando ainda mais a incapacidade e as deficiências da estrutura judiciária, que passou a ser requisitada de forma ampla.

Assim, a análise da crise pela qual passa o Poder Judiciário encontra-se centrada em suas duas vertentes principais: a crise de eficiência e a crise de identidade e todos os reflexos a elas correlatos, principalmente o fato de que sua ocorrência está vinculada a um positivismo jurídico inflexível, o qual traz como consequência o “esmagamento” da justiça e a descrença do cidadão comum.

Enquanto instituição monopolizadora da justiça, chamando para si a atribuição de dizer o direito ao caso concreto, o Judiciário assume uma função anacrônica que não condiz com a atual complexidade social hodierna, tornando-se alvo de uma grande indagação: ele pode ser descartado?

Ao tomar para si o monopólio da jurisdição, determinando o Direito ao caso concreto de forma impositiva, o Estado pretende tratar o conflito através da aplicação do Direito positivo. Por conseguinte, a jurisdição aparece como uma atividade na qual o Estado substitui as partes num modelo baseado em princípios expressos na própria lei e universalmente reconhecidos. No entanto, o monopólio da jurisdição deixa gradativamente de pertencer ao Estado, principalmente em função da crescente e complexa litigiosidade fomentada pelas contradições sociais, das quais a marginalização e a exclusão são consequências. Além do aumento considerável da litigiosidade, a burocracia estatal se agiganta e a produção legislativa acontece de modo desenfreado¹⁷.

Porém, o Poder Judiciário já desenvolveu (e ainda desenvolve) diversas funções, desde a preservação da propriedade privada, o asseguramento dos direitos fundamentais, a garantia das liberdades públicas, até a proteção dos cidadãos contra os abusos estatais. Atualmente, vê a sua atividade comprometida e sem solução de continuidade diante de um novo e incerto cenário no qual o Estado perde a sua autonomia decisória, deixando de ser o posto central de poder do qual emanam comportamentos, escolhas e decisões¹⁸.

Conseqüentemente, a prática judicial de formas diferenciadas e não estatais de tratamento de conflitos criou um pluralismo de fontes de produção/ordens

¹⁷ Sobre o assunto é importante a leitura de MENÉNDEZ, Aurélio Menéndez; PE-DRÓN, Antonio Pau. **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho**. Madrid: Thomson Civitas/Colégio Libre de Eméritos, 2004, p. 15 et seq.

normativa constituídas à margem da jurisdição convencional operando com justiças não-profissionais baseadas em critérios de racionalidade material, deflagrando, no Judiciário, uma crise de identidade funcional¹⁹. Além da crise de identidade funcional, a crise do Poder Judiciário pode ser identificada, ainda, como uma crise de identidade e de eficiência. Enquanto crise de identidade, pode-se vislumbrá-la por um certo embaçamento do papel judicial como mediador central de conflitos, perdendo espaço para outros centros de poder, talvez mais aptos a lidar com a complexidade conflitiva atual, mais adequados em termos de tempo e espaço. Não se pode perder de vista, também, que o aparato judicial brasileiro, para tratar os conflitos atuais, serve-se de instrumentos e códigos muitas vezes ultrapassados, ainda que formalmente em vigor, com acanhado alcance e eficácia reduzida²⁰. Tal eficácia e alcance muitas vezes atingem somente os conflitos interindividuais, não estrapalando o domínio privado das partes,

¹⁸ Tal fato vem ilustrado pela substituição, gradativa, da política pelo mercado, ou seja, “por desconhecer limites de tempo e espaço, reduzir as fronteiras jurídicas e burocráticas, entre as nações, tornar os capitais financeiros imunes a fiscalizações governamentais, fragmentar as atividades produtivas em distintos países, regiões e continentes e reduzir a sociedade a um conjunto de grupos e mercados unidos em rede, a transnacionalização dos mercados de bens, serviços e finanças levou a política a ser substituída pelo mercado como instância máxima de regulação social. [...] Acima de tudo, ao gerar formas de poder e influência novas e autônomas, ela também pôs em xeque a centralidade e a exclusividade das estruturas jurídicas do Estado moderno, baseadas nos princípios da soberania e da territorialidade, no equilíbrio dos poderes, na distinção entre o público e o privado e na concepção do direito positivo como um sistema lógico-formal de normas abstratas, genéricas, claras e precisas (FARIA, 2001, p. 8).

¹⁹ A crise funcional da jurisdição desemboca na desregulamentação e na deslegalização que nem mesmo no Legislativo encontram barreiras, uma vez que “quanto mais os legisladores tentam planejar, controlar, dirigir menos conseguem ser eficazes e obter resultados satisfatórios”. Assim, não resta ao Legislativo outra alternativa para preservar sua autoridade funcional: “quanto menos tentarem disciplinar e intervir, menor será o risco de serem desmoralizados pela inefetividade de seu instrumental regulatório”. A consequência é nefasta: parte significativa dos direitos nacionais vem sendo internacionalizada e outra parte esvaziada pelo crescimento de normas “privadas”. Desse modo, a desregulamentação e a deslegalização do Estado-nação significam a re-regulamentação e a relegalização em termos de sociedade, mais precisamente, das organizações privadas. (FARIA, 2001, p. 11-12).

²⁰ Nesse sentido, a crise do Judiciário também influencia e é influenciada pela crise do modelo (modo de produção de Direito) que se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em nossos Códigos (civil, comercial, penal, processual penal e processual civil, etc.). Esse é o paradigma dominante nas práticas jurídicas de nossos tribunais, fóruns e na doutrina (STRECK, 2004, p. 35).

encontrando dificuldades quando instado a tratar de direitos coletivos ou difusos.

Intimamente ligada à crise de identidade encontra-se a crise de eficiência, uma vez que, impossibilitado de responder de modo eficiente à complexidade social e litigiosa diante da qual se depara, o Judiciário sucumbe perante a inovadora carga de tarefas a ele submetidas. Evidencia-se, então, o “flagrante descompasso entre a procura e a oferta de serviços judiciais, em termos tanto qualitativos quanto quantitativos (FARIA, 1995, p. 11)”. Esse descompasso entre a oferta e a procura gera uma frustração geral, decorrente da morosidade e da pouca eficiência dos serviços judiciais, quando não da sua simples negação aos segmentos desfavorecidos da população, que ainda precisam lidar com a diferença entre a singela concepção de justiça que possuem e a complexidade burocrático/formal dos ritos processuais²¹. A conjugação dessas duas circunstâncias acaba provocando o desprezo e o descrédito do cidadão comum pela justiça, afastando-o muitas vezes.

Essa descrença na justiça se dá não só pela distância entre o cidadão comum, os ritos e a linguagem que envolvem os processos judiciais, mas também pelo tempo percorrido por cada procedimento (tradicionalmente longo), pela inadequação das decisões vertidas frente à complexidade dos litígios, e pela impossibilidade de seu cumprimento²². O que verifica, então, é a desconexão entre o aparelho judicial e o sistema político e social, distanciando-se a lei (e, por conseguinte, sua interpretação e sua aplicação) da sociedade na qual se encontra inserida, não correspondendo, assim, à expectativa de tratamento adequado aos conflitos.

No mesmo contexto, a crise de eficiência da jurisdição é consequência de outros pontos de ruptura: primeiramente, uma crise estrutural, traduzida pelas dificuldades quanto à infra-estrutura de instalações, de pessoal, de equipamentos,

²¹Por isso, uma das formas de possibilitar o acesso à justiça, aproximando o cidadão de seus ritos, passa pela necessidade dos “juristas reconhecerem que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal, tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13).

²²É interessante reforçar que o distanciamento e a descrença do cidadão comum pela jurisdição se dão não só quanto aos seus aspectos quantitativos (velocidade da prestação jurisdicional), mas também nos seus aspectos qualitativos. O problema reside, também, na forma como o juiz decide e não só na celeridade de sua decisão.

de custos²³; posteriormente, pode-se verificar uma crise objetiva, especialmente relacionada à linguagem técnico-formal utilizada nos procedimentos e rituais forenses, a burocratização, a lentidão dos procedimentos e o acúmulo de demandas. Ainda, a crise subjetiva ou tecnológica se verifica ante a incapacidade dos operadores jurídicos tradicionais de lidarem com novas realidades fáticas que exigem não só reformulações legais, mas também a mudança cultural e de mentalidade, especialmente quanto ao mecanismo lógico-formal que já não atende – se é que algum dia atendeu – às respostas buscadas para os conflitos contemporâneos. Por fim, vem a crise paradigmática, que diz respeito aos métodos e conteúdos utilizados pelo Direito para buscar o tratamento pacífico dos conflitos partindo da atuação prática do direito aplicável ao caso *sub judice* (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 79)²⁴.

Permeada por todos estes pontos de ruptura, a crise de identidade aponta para outros três grandes problemas que, mesmo em menor escala, influenciam também a crise de eficiência e que podem, primeiramente, ser resumidos a uma desconexão entre a realidade social, econômica e cultural da qual são advindos os conflitos e a realidade legal obsoleta e ultrapassada. Por outro lado, a legislação mais moderna²⁵ (assim considerada porque editada a partir de concepções contemporâneas do Direito), aptas a lidar não só com conflitos individuais mas também coletivos, que envolvem questões de natureza distributiva ou social, esbarram numa cultura profissional dos operadores do Direito que sofre de um excessivo individualismo e formalismo. Esse individualismo se traduz pela convicção de que a parte precede o todo, ou seja, de que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade; como o que importa é o mercado, espaço onde as relações sociais e econômicas são travadas, o individualismo tende a

²³Esses custos podem ser traduzidos não só pelos valores despendidos nas custas processuais, nos honorários de perito ou advocatício, mas também por aqueles custos denominados diferidos que se refletem no prolongamento excessivo da demanda e que possuem maiores reflexos junto a camada hipossuficiente: “em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma declaração exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ele aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 20).

²⁴Nesse sentido ver também BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 03 et seq.

²⁵No Brasil, poderíamos exemplificar citando o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

transbordar em atomismo: a magistratura é treinada para lidar com as diferentes formas de ação, mas nem sempre consegue ter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas nas quais elas são travadas. Já o formalismo decorre do apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em nome da certeza jurídica e da segurança do processo (FARIA, 2001, p. 14-15).

Assim, a capacidade do Poder Judiciário de absorver e decidir conflitos, estando intimamente vinculada à sua maior ou menor sensibilidade a mudanças sociais, pode ser equacionada partindo de dois dados fundamentais: a profundidade das mencionadas mudanças projetadas pelos conflitos e a velocidade em que se processam na esfera social. É nesse sentido que o Judiciário (enquanto sistema) depende do próprio reconhecimento do meio social quanto à sua eficiência, a qual é medida através da sua capacidade (em termos estruturais e temporais) de absorver e tratar conflitos. A perda dessa capacidade contribui para fragilizar o papel judicial institucional e até mesmo político. A dúvida que se instala é quanto ao futuro do Poder Judiciário: está ele propenso a desaparecer?

A distância entre a função latente ou real do Judiciário e as demandas sociais gera o que, na concepção de Zaffaroni (1995, p. 3-4), se chamam “reclamações” e que se orientam em três aspectos: na concretização de demandas constantes no papel atribuído ao Judiciário, determinando quais delas são razoáveis e quais constituem escaramuças políticas de deslocamento de conflitos sem solução, ou seja, definir de modo não ingênuo os limites da sua função manifesta; depois, estabelecer os possíveis modelos de reformas estruturais, particularmente quanto ao organismo dirigente, à seleção e à distribuição orgânica, que permitam dotar de idoneidade o Judiciário para que possa cumprir com as suas funções manifestas, revertendo o que emocionalmente costuma se chamar de “crise do Judiciário”. Essas reclamações são causa e consequência da crise e apontam, de modo contundente, para a situação de descrença e de descartabilidade na qual se encontra inserida a jurisdição.

É certo que o Poder Judiciário vem tentando agir e reagir de modo a neutralizar a crise que o assola, buscando meios de vencê-la. Mas seu futuro dependerá do seu comportamento frente a quatro importantes e polêmicas áreas de atuação: a primeira, consequência social da globalização econômica, especialmente quanto aos excluídos economicamente que perdem, progressivamente, as condições materiais para exercer seus direitos básicos, mas que nem por isso são dispensados das obrigações e deveres estabelecidos pela legislação, principalmente a penal. A segunda diz respeito à relativização da

soberania, com o advento da globalização econômica. Quanto mais cambiante se tornou o cenário, mais o Judiciário se transforma no centro das discussões políticas, assumindo papel de gestor de conflitos, o que incentiva suas dificuldades para decidir. Esse fenômeno foi batizado de “tribunalização” ou “judicialização da política” (FARIA, 2005, p. 41-42).

Num terceiro momento, se evidencia a importância que assume a certeza jurídica quanto ao tratamento de conflitos para o investidor estrangeiro que necessita de tribunais com eficiência e previsão, capazes de compensar, em termos econômicos e de segurança jurídica, a rejeição de outras formas de administração dos litígios. Assim, tribunais lentos, ineptos e, por conseguinte, caros, incapazes de fixar uma jurisprudência uniforme e tomar decisões previsíveis, acabam induzindo ao tratamento de conflitos extrajurisdicionais e gerando custos adicionais que são, inexoravelmente, transferidos no preço dos empréstimos por meio de taxas de risco. Por isso, a decisão de investir ou de liberar créditos tem relação com a segurança que os investidores internacionais sentem nos encaminhamentos e na resolução de eventuais problemas envolvendo seus recursos ou os tomadores de empréstimo. Finalmente, a quarta área de atuação diz respeito aos tradicionais problemas da justiça “corretiva” ou “retributiva” e de acesso aos tribunais. Na tentativa de se transformar organizacionalmente, a justiça se “desoficializou” por meios de juizados de negociação e conciliação enquanto mecanismos alternativos de tratamento dos conflitos sociais (FARIA, 2005, p. 43-44).

Esses “mecanismos alternativos” (arbitragem, conciliação, mediação...) são estratégias utilizadas para tratar os conflitos sociais e interindividuais, salientando que é o próprio modelo conflitual de jurisdição que precisa ser revisto. Atualmente, ele se caracteriza pela oposição de interesses entre as partes, geralmente identificadas com indivíduos isolados, e a atribuição de um ganhador e um perdedor, no qual um terceiro, neutro e imparcial, representado pelo Estado, é chamado a dizer a quem pertence o Direito. Esse modelo é posto em xeque fazendo com que a possibilidade de repensar a jurisdição readquira consistência, partindo da idéia do consenso e da jurisconstrução²⁶, sem a intermediação de um terceiro entre as partes, conforme o modelo atual, de caráter triádico, no qual uma pessoa alheia intervém impondo uma decisão a partir da função do Estado de dizer o Direito (BOLZAN DE MORAIS, 2005, p. 6-7).

De fato, apesar das crises, o Judiciário ainda possui o papel de protagonista

²⁶ Sobre o tema: BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, especialmente p. 105 e seguintes.

no tratamento de litígios, subordinando-se à lei e dela retirando a sua existência e a sua legitimidade. Por conseguinte, os vínculos jurídicos/estatais podem ser expostos através da análise da complexidade crescente das relações e das estruturas sociais e políticas, que tem por berço as especializações promovidas pela industrialização. Estas especializações estão cimentadas entre si de maneira ainda precária e a isto se chama integração social fraca. Por outro lado, a ambigüidade de tal complexidade deriva da hierarquização e sobretudo da divisão de classes. Ainda, a expansão de instrumentos de controle social de caráter não jurídico, dentre eles os de tecnologia, de controle informal e de meios de comunicação de massa, redundam na necessidade de reorganização da justiça que vai além do simples reaparelhamento estatal, passando pela participação popular na sua administração, na abertura do Judiciário, a formas legítimas e razoáveis de democratização, revendo o papel dos operadores do Direito.

Entretanto, não se pode falar do Poder Judiciário como uma instituição descartável. De fato, ele passa por uma crise que também é a crise do Estado e do Direito, mas não pode ser dispensado. Novas estratégias de atuação da função jurisdicional precisam ser criadas para que o cidadão volte a crer na justiça, existindo, para tanto, algumas razões importantes: a primeira é a de que uma sociedade complexa não pode dispensar um sistema de regras e, conseqüentemente, uma jurisdição que garanta o seu respeito ou sanção (nos casos de infração). Renunciar à justiça não é possível sob pena de uma outra vez se ver instalada a guerra de todos contra todos no mais típico estado de natureza.

CONCLUSÃO

A crise atravessada pela jurisdição brasileira aponta a necessidade de superar os limites de suas funções tradicionais de proteção e de repressão para oferecer ao cidadão o controle social por meio da *promoção* de direitos que já não são apenas individuais, mas sociais. As dificuldades se apresentam frente a um Poder Judiciário de estrutura fortemente hierarquizada, orientada por uma lógica legal-racional e obrigada por uma rígida e linear submissão à lei. Instala-se o desafio no sentido de alargar os horizontes da jurisdição para, modernizando suas estruturas e seus procedimentos (administrativos e funcionais), possibilitar o acesso à justiça e lidar com os novos direitos, *promovendo-os*.

Assim, atualmente fica evidenciada a falta de respostas plausíveis, por parte das instituições estatais, frente às expectativas geradas não só pela criação de novos direitos, mas também perante a realidade econômica e social na qual os conflitos estão inseridos.

Além disso, o acesso à justiça é direito humano básico, previsto na

Constituição Brasileira 1988 que gradativamente vem sendo oferecido a população. O fomento aos serviços de justiça gratuita possibilitam o acesso a uma justiça que se pretende fazer mais próxima do cidadão. Porém, muitos entraves ainda existem. Dois deles foram objeto de debate no presente texto: o tempo do processo e a crise da jurisdição.

Tais constatações permitem perceber que o acesso à justiça somente poderá ser dito “efetivo” se o processo possuir uma duração razoável, oferecendo uma resposta ao conflito em tempo adequado. Tudo isso se dá porque justiça que chega tarde não é justiça.

Por outro lado, a jurisdição brasileira está em crise o que determina a necessidade de buscar meios alternativos de responder aos conflitos. Dentre esses meios se vislumbra a mediação, a conciliação e a arbitragem. Tais hipóteses podem oferecer ao cidadão meios de acesso à justiça e a um direito mais ágil e mais eficaz. Desse modo, frente às dificuldades de funcionamento do Judiciário, o que se pretende é diminuir a atuação do mesmo justamente visando autonomizar os cidadãos envolvidos na contenda a ponto de eles alcançarem o consenso “jurisconstruindo” o tratamento do conflito e acessando uma resposta mais adequada para os mesmos.

REFERÊNCIAS

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARIONI, Luiz Guilherme. *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.

CASELLI, Gian Carlo; PEPINO, Livio. *A un cittadino che non crede nella giustizia*. Bari-Roma: Laterza, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. In: *Saggi di diritto processuale civile*. Roma, Foro Italiano, 1930.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIA, José Eduardo. *O poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.

FARIA, José Eduardo. O poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. *Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, ano 22, n. 67, p. 7-17, set. 2001.

FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Estado, sociedade e direito. Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonada, 2002.

FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para a discussão. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Ajuris: 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia de tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: CRUZ; TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

MENÉNDEZ, Aurélio Menéndez; PEDRÓN, Antonio Pau. *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Madrid: Thomson Civitas/Colégio Libre de Eméritos, 2004.

NALINI, José Renato. *A Rebelião da Toga*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al. *Reforma do Judiciário*. Primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Ovídio Batista da. *Processo e Ideologia. O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Ovídio Batista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário. Crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.

Artigo recebido em 30/04/11 e
aprovado para publicação em 19/10/11

Como citar: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 15, n. 2, p. 53-74, dez. 2011. DOI: 10.5433/2178-8189.2011v15n2p53