

2

Características do Estado de Direito a Partir da Ampliação do Acesso à Justiça

2.1

Direitos humanos

O século XVIII foi o século das revoluções burguesas. Ainda no final do anterior, em 1688, a Revolução Gloriosa na Inglaterra destrona os Stuart absolutistas e, em 1789, os Bourbon são depostos com a Revolução Francesa. Ecos desses acontecimentos chegam ao Novo Mundo, em movimentos de emancipação como a Independência dos Estados Unidos (1776), a Inconfidência Mineira (1789) e a Conjuração Baiana (1798) (Gaarder, 1995).

Segundo Aranha; Martins (1994), com a influência da nova classe burguesa no panorama político, passa-se a defender a separação entre o público e o privado. Na Idade Média a Igreja Católica tinha o poder da tortura e da punição; o poder político pertencia ao senhor feudal dono de terras, e era transmitido aos filhos como herança juntamente com seus bens. Com as revoluções burguesas as esferas do público e do privado se dissociam e o poder não é mais herdado, mas conquistado pelo voto.

O poder se torna um poder *de direito*, e sua legitimidade repousa não no uso da violência, nem no privilégio, mas no mandato popular. Não havendo privilégios, todos são iguais e têm os mesmos direitos e deveres. O súdito transforma-se em cidadão, já que participa ativamente da comunidade cívica (Aranha; Martins, 1994).

Sob o impacto do Século das Luzes, expande-se a defesa do *constitucionalismo*, entendido como a teoria e a prática dos limites do poder exercido pelo *direito* e pelas *leis*. As *Declarações dos direitos do homem e do cidadão* em documentos célebres resultaram da Independência dos Estados Unidos e da Revolução Francesa. Não é por acaso que no século XVIII o jurista italiano César Beccaria condena as penas cruéis e a tortura, abrindo novas sendas para a discussão a respeito dos Direitos Fundamentais do Homem. Portanto, o

poder torna-se legítimo porque emana do povo e se faz em conformidade com a lei (Aranha; Martins, 1994).

Sabe-se que os Direitos Fundamentais são os direitos essenciais à própria espécie humana e, que estão previstos pelo ordenamento jurídico. É difícil achar um conceito determinante do que realmente entende-se por Direitos Fundamentais do Homem, isso tudo, em função da inexistência de um consenso comum entre os estudiosos do assunto.

Silva (2002) nos fornece as definições de cada um dos respectivos termos referidos a respeito dos direitos fundamentais, aduzindo que:

a) Direitos Naturais: por entender-se que se tratava de direitos inerentes a natureza do homem; direitos inatos que cabem ao homem só pelo fato de ser homem. Não se aceita esta definição com muita facilidade, este termo como se sabe a historicidade dos direitos muda constantemente;

b) Direitos Humanos: contra essa expressão se tem a teoria em que não é apenas o homem como titular de direitos, pois aos poucos, se vai formar o direito especial de proteção à fauna e à flora;

c) Direitos Individuais: dizem-se os direitos do indivíduo isolado, cada vez mais é desprezado esse termo, contudo, é ainda empregado para corresponder aos denominados direitos civis ou liberdade civis. É usada na constituição para exprimir o conjunto de direitos fundamentais concernentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade;

d) Direitos Fundamentais do Homem: esse é o termo mais correto a ser usado, pois além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo, no nível de direito positivo, com prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre, e igual de todas as pessoas. Fundamentais, porque exprime situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza e às vezes nem sobrevive.

Muitos consideram que tais definições formais não esclarecem o assunto, e geram ainda mais dúvidas sobre o que realmente significa direito fundamental, neste prisma Schäfer, (2001, p.26) para clarear a definição do que seria direito fundamental afirma que:

A expressão direitos fundamentais deve ser reservada para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional estatal, enquanto o termo direitos humanos guarda relação com os documentos de direito internacional, por se referir aquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, aspirando, dessa forma, a validade universal, para todos os povos e tempos, revelando um inquestionável caráter supranacional (internacional).

Tem-se aqui, um ensinamento diferente entre direitos fundamentais e direitos humanos, o primeiro está associado à positivação do que está previsto na Constituição, enquanto que o segundo refere-se ao direito internacional, isto é, as garantias jurídicas de que o homem tem direito, em relação aos tratados, contratos e convenções entre países, afim de sempre assegurar, em primeiro lugar o direito do homem, enquanto, ser humano.

Conforme Canotilho (2002, p.392), em relação a esta classificação:

[...] pressupõe uma separação talhante entre *status negativus* e *status activus*, entre direito individual e direito político, vendo bem as coisas, a distinção em referência é uma seqüela da teoria da separação entre sociedade e Estado, pois o binômio homem-cidadão assenta no pressuposto de que a sociedade civil, separada da sociedade política é hostil a qualquer intervenção estadual, é por essência, a política.

Avalia-se, assim que os direitos do homem, ainda não estando positivados, são explícitos e, por encontrar-se nessa categoria é reforçada a necessidade de seu cumprimento e, também o devido respeito que eles devam receber.

Embora direitos humanos e direitos fundamentais sejam utilizados como sinônimos, Sarlet (2001) os diferencia, trazendo uma abordagem significativa a respeito do assunto: O termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com documentos de direito internacional por referir-se aquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente da sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram a validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.

Segundo Costa (2010), Direitos Humanos são os direitos do homem, podem ser considerados como os direitos que visam resguardar os valores mais preciosos

da pessoa humana, isto é, direitos que buscam concretizar o ideal de solidariedade, igualdade, fraternidade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana. No entanto, apesar de facilmente identificado, a construção de um conceito que o defina, não é uma tarefa fácil, em razão da amplitude do tema.

Bonavides (1998) entende que quem diz direitos humanos, diz direitos fundamentais, e quem diz estes diz aqueles, sendo aceitável a utilização das duas expressões indistintamente, como sinônimas. Porém, afirma que razões de vantagem didática recomendam, para maior clareza e precisão, o uso das duas expressões com leve variação de percepção, sendo a fórmula direitos humanos, por suas raízes históricas, adotada para referir-se aos direitos da pessoa humana antes de sua constitucionalização ou positivação nos ordenamentos nacionais, enquanto direitos fundamentais designam os direitos humanos quando trasladados para os espaços normativos.

O Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. Não se nutre das barganhas da reciprocidade, mas se inspira nas considerações de *ordre public* em defesa dos interesses superiores, da realização da justiça. É o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, cujos avanços em sua evolução histórica se têm devido em grande parte à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão. Neste domínio de proteção, as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas tendo sempre presentes as necessidades prementes de proteção das supostas vítimas (Trindade, 2006, p. XXXI-XXXII).

De acordo com Dirienzo (2000), os Direitos Humanos fundamentam-se na preservação da vida e sua integridade física, moral e social. A vida humana em sua plenitude manifesta-se como liberdade. Assim, a transgressão dos direitos fundamentais incide no que viola a vida – bem supremo – e sua pujança, a qual, em termos humanos, significa o direito de ser e de ser diferente, ter a liberdade de ter suas próprias crenças, bem como não sofrer discriminação em virtude de raça, cor ou condição etária ou sexual.

Ademais, além dos aspectos normativos, os direitos humanos são produtos de lutas políticas e dependem de fatores históricos e sociais que refletem os valores e aspirações de cada sociedade, sendo que também requerem um ambiente propício para que sejam respeitados. Por isso, os direitos humanos devem ser

examinados sistematicamente a partir de uma perspectiva interdisciplinar que considere todos os seus aspectos e não perca de vista o contexto histórico e social em que estão inseridos (Guerra Filho, 1995).

Embora os direitos humanos e direitos fundamentais normalmente sejam empregados de forma idênticos, os dois têm denotações diferentes. Percebe-se, então, que direitos humanos estão positivados na esfera do direito internacional, enquanto que os direitos fundamentais estão reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional de cada Estado.

Os direitos fundamentais são direitos *prima facie*, ou melhor, potenciais, não absolutos, somente assumindo contornos definitivos após aplicados a um problema concreto. Dessa forma é possível restringir o âmbito de proteção de um direito fundamental no momento da elaboração da norma de decisão do caso, mediante ponderação, para prevalecer em determinada circunstância concreta, um bem constitucional com maior peso do que o outro direito (STF, Recl 2.040-1- DF (Tribunal Pleno, rel. Néri da Silveira, p.193)

Os confrontos entre direitos fundamentais acontecem devido às normas que os regulam se mostrarem abertas e móveis quanto ao seu aproveitamento na vida social dos indivíduos. Cabendo neste sentido mencionar Larenz (1997), o qual afirma que os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são abertos, móveis, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque sua amplitude não está de antemão fixada.

Dá-se, então, a colisão de direitos fundamentais em razão de que os direitos não estão dados ou positivados de uma só vez, isto é, eles não se esgotam no plano da interpretação *in abstracto* (Pacheco, 2007). A descrição de Andrade (1987, p. 220) é precisa e clara neste sentido, onde o autor afirma que “[...] haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta”.

Assim, a colisão entre direitos decorre da proteção de vários direitos pelo mesmo documento. O que significa dizer que, à primeira vista, a Constituição Brasileira pode parecer um tanto “esquizofrênica”, isto é, com uma mentalidade dividida a ponto de produzir aparentes paradoxos entre princípios constitucionais, o que acarreta nos dias de hoje a necessidade de juízes com excelentes capacidades hermenêuticas e exegeticas.

2.1.1 Colisão de direitos e equilíbrio de interesses

O titular de um direito fundamental, ao exercê-lo, pode ver este em conflito com outros direitos fundamentais titularizados por outros indivíduos. Nesses casos há o que a doutrina tem chamado de colisão de direitos. Na definição de Canotilho; Moreira (1991) ocorre colisão de direitos quando o exercício de um direito fundamental colide: com o exercício do mesmo ou de outro direito fundamental por parte de outro titular (*conflito de direitos* em sentido estrito); com a defesa e proteção de bens da coletividade e do Estado constitucionalmente protegidos (*conflito entre direitos e outros bens constitucionais*).

Sendo assim, não se tem um critério universal estabelecido de forma geral e abstrata que seja utilizado para a solução de todos os casos de conflito. Porém há certos caminhos já consagrados pela doutrina e que são importantes instrumentos para a superação dos impasses. Soluções distintas serão tomadas, dependendo da natureza das normas em conflito, se estas se apresentam como regras ou como princípios.

O que parece bastante positivo já que não há uma regra exclusiva ou única para todos os casos, mesmo porque é necessário que a lei deixe portas abertas, principalmente nos casos em que existem variáveis tantas que se torna praticamente impossível prevê-las todas. Sabe-se que as ciências e as tecnologias mantêm um fluxo de “milagres” e descobertas jamais vistos em outras épocas. Já que o Direito não tem condições de acompanhar os ritmos científico e cultural, por exemplo, ele não tem outra saída a não ser deixar as portas abertas, através dos princípios, para que os juízes não fiquem com as mãos atadas e que possam criar jurisprudências que correspondam às inovações sociais.

Por outro lado, o Direito não pode ficar dormindo em berço esplêndido por muito tempo, para não dar vez ao subjetivismo dos juízes e às suas matizes ideológicas, ao bel prazer do Direito Alternativo. Mais cedo ou mais tarde a legislação infraconstitucional terá de trabalhar e se manifestar do modo mais específico possível sobre uma questão específica, como, por exemplo, a questão da clonagem, que anteriormente tinha no direito alternativo do cristianismo seu principal crítico e porta-voz.

Percebe-se que os direitos fundamentais não têm a atitude absoluta, são dotados de relatividade, haja vista não estar afastada a probabilidade de entrarem em conflitos. Se assim não fosse os direitos fundamentais não teriam a capacidade de ser concorrentes, ou seja, se num determinado fato incidisse dois direitos contrapostos um acabaria invalidando o outro, já que absoluto, e o fato deixaria de ter um resguardo jurídico-constitucional. Por isso, os direitos fundamentais são limitados mutuamente para que convivam em conformidade e possam ser limitados por bens constitucionalmente protegidos.

É importante ressaltar que a limitação de direitos fundamentais, por outro lado, só pode operar *in concreto*, analisando todas as circunstâncias do fato. Falar em limitação, em tese, pode ser um posicionamento que se aproxime da arbitrariedade. O método empregado para distinguir qual o direito que irá prevalecer reside no campo da ponderação. Limitar um direito em benefício do outro requer um julgamento de todo conteúdo, não se pode esquecer que do outro lado também estará um direito tão importante quanto aquele, mas que será sacrificado.

Nesse sentido expõe Sarmiento (2003, p.111):

Um limite que a doutrina impõe à ponderação de interesses é o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Considera-se que existe um conteúdo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito. Assim, o núcleo essencial traduz o 'limite dos limites', ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição.

O princípio da proporcionalidade¹ deve ser acolhido na solução desses confrontos. É fundamental enfatizar que o conflito de interesses, seja mediante colisão, seja através da concorrência, não se apresenta apenas com os direitos fundamentais, poderá ser entre estes e bens jurídicos constitucionais. Ademais, tanto um como outro, requer um resultado justo e harmônico.

É incontestável a realidade de diversas formas de conflito. Na concorrência, um único titular diante de um fato atrai diversos direitos fundamentais, sendo que apenas um será aplicado na solução do caso. Enquanto que na colisão é necessário

¹O princípio da proporcionalidade (que em inúmeras oportunidades é tratado como princípio contido no âmbito da razoabilidade) tem por finalidade precípua equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade. De acordo com Cunha Júnior, a proporcionalidade “é um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais” (Cunha Júnior, 2009, p.50).

a existência de mais de um titular de direitos fundamentais, de forma que o exercício do direito de um impeça o exercício por parte do outro.

Clève; Freire (2003) definem o que venha a ser concorrência e colisão de direitos. A concorrência de direitos fundamentais poderá decorrer do cruzamento de direitos fundamentais, ou seja, o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias. O conteúdo destes direitos possui, em certos setores limitados, uma cobertura normativa igual. Uma outra sorte de concorrência surge a partir da acumulação de direitos, circunstância em que determinado bem jurídico leva à acumulação de direitos fundamentais em um único sujeito.

[...] Em relação às colisões de direitos fundamentais, estas ocorrem quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular, sendo irrelevante a coincidência dos direitos envolvidos (Clève; Freire, 2003, p.32).

O magistrado, ao definir os conflitos deve avaliar os interesses envolvidos e empregar o princípio da proporcionalidade em todas as suas etapas, para alcançar uma decisão justa. Ao realizar isso, uma vantagem será desprezada, entretanto não será por isso que terá seu valor desmerecido.

Para que a reflexão chegue a uma conclusão, deve ser afastada a idéia de divisão entre direitos, o que de fato não existe. Os direitos e interesses fundamentais têm a mesma força jurídica. Se assim não fosse, não seria possível analisar os interesses, visto que o emprego integral de um deles expurgaria o outro.

Não se pode impor aos postulados e aos direitos a regra do “tudo ou nada”, de maneira que aquele afastado seja dotado de invalidade por não ter sido aplicado. Os direitos precisam coexistir harmoniosamente, daí se falar em ponderação e concordância prática.

2.2 Acesso à justiça gratuita

Observa-se assim uma longa caminhada em direção ao pleno Estado de Direito, sendo o ordenamento jurídico pátrio resultante de estudos multidisciplinares (Direito, Sociologia, Psicologia, Economia, Serviço Social, entre outras ciências afins), com vistas à identificação dos variantes e complexos problemas que norteiam o acesso à Justiça, com o objetivo de facilitar a acessibilidade do cidadão ao poder judiciário.

Isto porque, ações individuais muitas vezes não obtinham a mesma efetividade se comparadas às ações coletivas. Assim, para citar um exemplo de acesso a Justiça, embora já existisse a Lei de Ação Civil Pública, o Código do Consumidor trouxe disposições sobre a ação coletiva destinada aos consumidores, ou seja, encontra-se bem mais específico e restrito este novo campo inaugurado nos anos 90 (Guido, 2005).

A função do judiciário, que já vinha se ampliando por força da mudança na própria concepção das funções do Estado moderno, foi definitivamente modificada com essas alterações das leis material e processual. O Judiciário passou a solucionar não somente os conflitos intersubjetivos de interesses, segundo o modelo liberal individualista, como também atuar como órgão calibrador de tensões sociais, solucionando conflitos de conteúdo social, político e jurídico, e também implementando o conteúdo promocional do direito, como os contidos nas normas constitucionais e nas leis que consagram os direitos sociais e protegem o meio ambiente, o consumidor e outros interesses difusos e coletivos. Como conseqüências, houve mudanças nos escopos da ação, do processo e da jurisdição, que passaram a constituir-se em conduto importante de participação política através de Judiciário e em instrumentos de racionalização do poder político, econômico e social e de mediação dos conflitos de interesses e tensões sociais (Watanabe, 1996, p. 149-150).

A função do Poder Judiciário, no Estado democrático, é aplicar a lei em casos concretos, para manter a soberania da justiça e a realização dos direitos individuais nas relações sociais. Enquanto o Poder Legislativo ocupa-se em elaborar as leis o Poder Executivo deve executá-las. O Poder Judiciário tem a obrigação de julgar quaisquer conflitos que possam surgir no País, baseando-se nas Leis que se encontram em vigor. Acontece que o Estado brasileiro tomou para si uma gama formidável de responsabilidades sob a orientação da Carta Magna de

88, que, por sua vez, está corretamente impregnada de princípios de cidadania e bem-estar.

Entretanto, sabe-se que há uma distância enorme entre a teoria e a utopia e a realidade social. Por isso, o poder judiciário brasileiro encontra-se numa areia movediça ou numa camisa-de-força. Os meios de comunicação, principalmente nos noticiários do dia a dia dos cidadãos, revelam o abismo existente entre o que prega a Constituição, com seus ideais de Justiça, e a dura realidade de uma parcela significativa da população brasileira.

O Poder Judiciário há que se desdobrar, de forma inventiva e criativa para que o acesso à justiça seja garantido de modo universalizado, onde as dificuldades sejam exceções e não a regra geral; novas maneiras de resolução de conflitos devem ser criadas, dando destaque, principalmente, aos conflitos de pouca complexidade e baixo valor.

Em 1995, a Lei dos Juizados Especiais, por exemplo, trouxe em seu art. 57, parágrafo único, o seguinte: “Valerá como título executivo extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público”; isso demonstra o quanto essa forma de resolução de conflitos passou a ser valorizada pelo mundo jurídico, devido à demanda excessiva de processos (Wellen; Silva, 2001).

A atuação jurídica cada vez mais estará comprometida com a busca de vida com dignidade para todos. A busca de um instrumental prático-teórico a ser utilizado pelos aplicadores do direito visará, por certo, colocar o saber dos magistrados e sua atuação sob a perspectiva de uma sociedade democrática, libertando-a da dominação injusta. Cada vez mais os povos deixarão de ser massas de manobra e lutarão para acabar com as contradições do Direito Positivo e com as convergências insanas daquele com as do Estado e não das classes e grupos dominantes; isto já está acontecendo. Os povos cada vez mais parecem estar dispostos a enfrentar ditadores facínoras como o “coronel” Muammar al-Kadhafi e juízes estatais criminosos, que se tornaram mercenários do Estado.

Só há sociedade com direito se este direito não estiver voltado para a fria aplicação da lei, e sim para a realização da justiça, em respeito ao direito natural. Assim, o verdadeiro Direito não coincidirá com legalidade do Estado desses ditadores perversos, assistidos covardemente pelas grandes potências mundiais que se auto proclamam “democráticas” até debaixo d’água. Em virtude da

insuficiência dos Estados na resolução de conflitos através do direito dogmático, professores universitários, advogados e juízes de boa vontade darão bons exemplos.

Para Lima (2009), o que se deseja é que o Direito e os juristas em geral (pensadores, professores, Juízes de Direito, Promotores de Justiça, Advogados, etc.), passem por um processo de humanização, baixando ao nível das ruas, das fábricas, das favelas, dos cortiços, das prisões, das quilométricas filas da Previdência social, caminhando com os que sofrem o peso da opressão tantas vezes legitimada por um Direito que se apresenta como neutro e justo para ocultar a violência institucionalizada.

Para Lima (2009), a mudança de atitude trará o Direito e os juristas para o meio do povo. O povo que clama por saúde, por escola, pelo fim da tortura nas delegacias de polícia, pelo fim da impunidade dos criminosos do “colarinho branco”, por terra para plantar, por moradia, por alimento acessível, pela proteção da criança e do adolescente contra qualquer forma de negligência, de opressão, de violência e crueldade, por garantia de emprego e segurança social.

De acordo com Deodato (1997), nos tempos atuais, diz-se moderno o Direito que se dogmatizou, isto é, aquele que atingiu determinado grau de complexidade e organização. Ao juiz brasileiro, que atua num Estado Democrático de Direito, porém, não é permitido ocultar-se nos labirintos dos dogmas jurídicos tradicionais.

A legitimidade de suas decisões é diretamente proporcional a sua capacidade de compreender a vontade de seu povo expressada no grande contrato social chamado Constituição Federal (Emerim, 2009).

As imposições jurídicas faz menção a juízos prescritivos, do dever-ser. Sendo assim, não se deve equivocar o dogma jurídico com os dogmas religiosos das religiões, da monarquia do Vaticano ou das teocracias, visto que estes dizem respeito apenas ao mundo do ser, da revelação sobrenatural, impositiva. Caracteriza-se, portanto, o Direito Dogmático, por uma maior força e presença do Estado na produção e aplicação, e por uma independência no tocante à ingerência de outros subsistemas éticos.

Para Peixoto (2007), tal enfoque implica ter-se como inegáveis as normas jurídicas do ordenamento e também obriga o Estado-juiz a apreciar toda e qualquer lide que lhe é trazida. Vê-se, por esses pressupostos e característicos

acima apontados, que é lenta a modernização do Direito, ou seja, árdua se torna a tarefa daqueles que buscam dogmatizar o ordenamento jurídico de determinado local.

Cappelletti; Garth apud Morais (1996) afirmou que as ondas de litigiosidades são três: a primeira diria respeito à prestação de assistência jurídica àqueles impossibilitados de autofinanciarem sua atuação frente ao judiciário; a segunda incorporaria o problema do acesso à justiça dos novos interesses transindividuais; a última, agregada às demais, centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.

A primeira onda nas soluções para os problemas de acesso à Justiça, segundo Cappelletti (1992), era justamente a assistência judiciária para os pobres, já que a possibilidade de acesso à Justiça não é de fato igual para todos, sendo gritantes as desigualdades econômicas, sociais, culturais, regionais, etárias, mentais. Não é suficiente a extinção das custas, já que a necessidade de um advogado encarece a parte quando tem de litigar na Justiça e, por outro lado, é nítida a diferença entre o trabalho do advogado constituído e o do dativo. Depois, o patrocínio da causa de um pobre corre um risco muito grande de ser desmotivado, muito ao contrário do que normalmente os advogados costumam sentir defendendo um cliente rico.

Explicando melhor, as três ondas renovatórias são as seguintes: uma consistente nos estudos para a melhoria da assistência judiciária aos necessitados; a segunda voltada à tutela dos interesses supra-individuais, especialmente no tocante aos consumidores e à hígidez ambiental (interesses coletivos e interesses difusos); a terceira traduzida em múltiplas tentativas com vistas à obtenção de fins diversos, ligados ao modo-de-ser do processo (simplificação e racionalização de procedimento, conciliação, equidade social distributiva, justiça mais acessível e participativa etc.).

A partir desses ideais de acesso à Justiça, infere-se que a meta maior é efetivar o que seria a real finalidade do Direito, isto é, dirimir as desigualdades sociais e econômicas presentes na sociedade. Isso somente seria exequível através de uma estrutura alicerçada na justiça social e na população de modo a permitir a todos o exercício de direitos e garantias presentes num Estado de Direito.

O Juizado Especial Cível orienta-se pelos princípios da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade, tendo como meta primordial a conciliação. Eles facilitam o desenrolar do processo e fazem com que as pessoas dispensem, até, a figura do advogado. Quanto à dispensabilidade do advogado, muitos setores insurgiram-se contra esse dispositivo alegando flagrante inconstitucionalidade, pois a Carta Magna elege o advogado como figura indispensável à administração da justiça.

De acordo com Chueiri (1997), a Lei nº 9.099/95 tornou facultativa a presença do advogado para as ações com valor de até 20 salários mínimos, sendo que para valores acima, até 40 vezes o salário, o bacharel é indispensável. O que se pretendeu realizar com isso foi a facilitação dos procedimentos judiciais, pois estão incrustados de burocracia e formalismos enormes que entravam o processo e possibilitam prejuízos para ambas as partes, além do que a própria Constituição propõe o amplo acesso à Justiça.

O Juizado Especial Cível é composto por Juiz togado, Juiz leigo e Conciliador. O segundo e o terceiro são bacharéis em direito. O processo no Juizado admite três fases: conciliação, instrução e julgamento e recurso. A conciliação, como finalidade precípua do juizado, é realizada por um dos três entes formadores desse órgão.

De acordo com Chueiri (1997) a celeridade é um dos princípios mais importantes, pois o retardamento numa resposta do judiciário pode resultar num verdadeiro sentimento de injustiça, sendo a rapidez no resultado um imperativo para a consecução de um amplo projeto de justiça.

Assim como o Ministério Público, o Juizado Especial Cível tem como objetivo o acordo, e diferentemente daquele, poderá dar uma sentença julgando o fato. A sentença deverá ser emitida em último caso, buscando-se o acordo acima de tudo, evitando as complicações.

A partir de um novo modelo de pensamento de acesso ao jurisdicionado, a sociedade tornou-se o único foco de aplicação do direito com base nos novos mecanismos que viabilizem o acesso à justiça. Vez que, numa visão meramente jurídica e formal de justiça, o que se tem, é o distanciamento da sociedade do poder judiciário. Nesse contexto, a justiça precisa entendida como um instrumento de participação de todos, voltada para a busca da finalidade social, adequando-se à nova realidade existente.

Nesse sentido, corrobora Pinsky; Pinsky (2008, p.9):

Ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei; é, em resumo, ter direitos civis, é também participar no destino da sociedade, votar, ser votado, ter direitos políticos. Os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: O direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranqüila. Exercer a cidadania plena é ter direitos civis, políticos e sociais.

À luz dessas idéias, se percebe que o conceito de acesso à justiça não está limitado apenas ao Poder Judiciário, ao procedimento, e sim ao acesso a uma ordem jurídica justa, capaz de transpor estigmas sociais arraigados no modelo atual de justiça, que vem penalizando a grande maioria da população brasileira, haja vista não permitir a esses grupos de pessoas excluídas assistência jurídica plena, integral e justa.

A Lei, muitas vezes, resulta de prevalência de interesses de grupos, na tramitação legislativa. Aparentemente, ela seria o ápice da pirâmide jurídica. Nada acima dela, nada contra ela, com seu famoso adágio “Decisão judicial não se discute, cumpre-se”. Porém visível é a existência de lacunas, contradições e ambiguidades no Direito Oficial, ou positivo (Souza, s.d.).

Os entraves jurídicos e a baixa e confusa operacionalidade da estrutura executiva governamental são fábricas de desgraças nacionais que vão desde episódios terríveis, coletivos ou individuais, que enchem as pautas dos noticiários, há décadas. Somente a lembrança de dois deles entre centenas de milhares: um dos últimos grandes episódios que chocou a opinião pública brasileira e internacional foi o massacre de Eldorado dos Carajás, que entrou para a história como um dos conflitos mais marcantes pela posse de terras no Brasil. Este conflito resultou na morte de 19 trabalhadores rurais, centenas de feridos e 69 mutilados.

Recentemente, mais precisamente em setembro de 2010, aconteceu uma história absurda do menino que morreu aos 14 anos porque as autoridades médicas se recusaram – mesmo com ordem da Justiça – a oferecer um aparelho de R\$ 520,00 para ajudá-lo a respirar. Pergunta-se agora onde estava o Estatuto do Menor e do Adolescente (ECA), que parece, a muitos, só servir para proteger menores que cometem crimes hediondos, mas que, pela força da lei, são

considerados apenas infrações, mesmo para casos de estupro, que não deveria ser crime de “menor”.

A República brasileira parece ter sido, desde a sua proclamação, uma terrível fraude, do Estado e dos partidos fisiologistas principalmente; a democracia brasileira, nas palavras de Sérgio Buarque de Holanda, foi sempre um lamentável mal-entendido, o que retrata bem a ilusão ou utopia política vivida pelos brasileiros, intensificando-se com o famoso “Brasil, o país do futuro”.

Conforme Souza (s.d.), o mundo contemporâneo vive a crise o Direito Dogmático, havendo a insuficiência e a inércia estatais, que transformam em ficção a pretensão do monopólio das normas jurídicas pelo Estado. Para muitos juristas, o famoso “*dura lex sed lex*” não passa de um ranço autoritário, arrogante e prepotente, que sempre foi usado sem pudor, mais para impor o “sabes com quem estás falando” do que para fazer justiça. O conceito dogmático de direito, adotado pelo mundo ocidental moderno, tem seu fundamento nos juízos prescritivos e inquestionáveis do dever-ser.

É evidente a carência do Estado para adequar todas as relações existentes na sociedade. Dessa forma, é necessária a existência de lacunas e incoerência no Direito. A ineficácia e a inércia do Estado impedem que o Direito alcance o seu objetivo de modernização e qualidade. Agora, onde, na História da humanidade, um poder judiciário, por mais milagroso que fosse, tenha feito uma revolução que pudesse ter trazido ordem, justiça, liberdade, igualdade e fraternidade à sociedade, ao povo, onde antes havia tirania e corrupção das elites?

Com a popularização da Rede Mundial de Computadores, a Internet, os Estados-Leviatã ganharam um inimigo a altura. Informação e comunicação fácil em todas as nações do mundo. Não se pode mais admitir que já no século XXI não se dê justiça a quem tem sede de justiça. O Poder Judiciário brasileiro até a bem pouco tempo ficou paralisado frente ao jogo cartas marcadas da política corrupta, insana e brutal dos governos que se sucederam a partir da República.

Embora a Constituição de 1988 permaneça utópica e ilusória, em boa parte, ela tem como modelo de atuação para que o Estado tenha respeito incondicional aos direitos fundamentais², justamente pelo processo histórico de

²No que se refere ao conceito de Direito Fundamental, será utilizada nesta dissertação a concepção de Canotilho (1999, p.369), para quem “as expressões ‘Direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado

redemocratização sofrido pelo país em decorrência do regime militar de 1964. Por isso, a Constituição de 1988 foi denominada por Ulysses Guimarães como “Constituição Cidadã”, contemplando uma série de direitos fundamentais no rol do art. 5º, pertencentes às cláusulas pétreas. Porém, estes direitos não são ilimitados, pelo contrário, são passíveis de restrições, como é possível verificar na própria Constituição Federal.

Conforme Marques (s.d.), a Constituição de 1824 foi o primeiro ensaio de acesso à justiça, criada durante o império, através de uma Assembléia Constituinte, e teve como primeiro cuidado elaborar uma coleção das leis existentes. É necessário enfatizar suas mais importantes características que foram à proteção aos direitos civis e políticos dos cidadãos, a abolição de privilégios não essenciais e inteiramente ligados aos cargos por utilidade pública e a abolição das penas de açoite, tortura, marca de ferro quente e todas as penas cruéis. Começava então, uma tentativa de acesso à justiça.

Na Constituição de 1891³ que foi logo após a Proclamação da República predominou os interesses ligados à oligarquia, tendo como característica marcante o voto universal, um Estado laico, sendo que as províncias viraram Estados, tendo, portanto, maior autonomia. Embora a CF/88 tenha sido um divisor de águas, a sociedade brasileira ainda se depara de forma contumaz com situações de desigualdade com relação às diferentes realidades de quem busca a tutela jurisdicional (Marques, s.d.).

Os novos direitos humanos apresentados pela Constituição Francesa de 1946 são antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. Destacam-se entre os principais direitos garantidos nas modernas constituições os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Observa-se que neste momento, para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais ter-se-á uma atuação mais expressiva do Estado (Monteiro, 2010).

poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direito do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.

³ Cabe ressaltar que foi mencionada a Constituição de 1891 somente para que se tenha uma idéia da antiguidade ou de temporalidade do tema, sendo que a análise constitucional histórica foge ao escopo desta dissertação.

O acesso à Justiça deveria ser pleno e presente em todas as camadas da sociedade. No entanto, o que se observa no Brasil é o inverso; um processo judicial demorado, limitado àqueles que pode esperar e tem poder aquisitivo. O ordenamento jurídico pátrio é enormemente burocratizado, com muitas despesas, taxas judiciais, honorários advocatícios e periciais, que obstam o acesso da população economicamente débil, tornando a função do Estado-juiz ineficaz, haja vista que não alcança a maioria da população nacional.

Destaca Adorno (2009) que a sociedade brasileira convive com amplas parcelas de sua população, excluídas dos direitos, a despeito da reconstrução da normalidade democrática após vinte e um anos de regime autoritário. Diferentes clivagens contribuem para este cenário social: situação ocupacional, carência de profissionalização, baixa escolaridade, gênero, origem regional, idade e acima de tudo, negros (homens e mulheres, adultos e crianças) encontram-se situados nos degraus mais inferiores das hierarquias sociais na sociedade brasileira, como vêm demonstrando inúmeros estudos e pesquisas.

De acordo com Henriques (2003), a vergonhosa desigualdade brasileira⁴ não decorre de nenhuma fatalidade histórica, apesar da perturbadora naturalidade com que a sociedade a encara. A desigualdade tornada uma experiência natural não se apresenta aos olhos da sociedade como um artifício. No entanto, trata-se de um artifício, de uma máquina, de um produto de cultura que resulta de um acordo social excludente, que não reconhece a cidadania para todos, onde a cidadania dos incluídos é distinta da dos excluídos e, em decorrência, também são distintos os direitos, as oportunidades e os horizontes.

O Brasil, ao completar 500 anos, talvez esteja descobrindo seu principal desafio. A pobreza é o mais agudo problema econômico do país. A desigualdade é o maior problema estrutural do país. Erradicar a pobreza e combater a desigualdade, binômio complexo que sustenta o projeto de uma nova sociedade. O

⁴ O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) lançou o IDH-D, que mede o Índice de Desenvolvimento Humano corrigido pela desigualdade. Por esse parâmetro, o Brasil perde 19% no IDH e deixaria de ser considerado um país de alto desenvolvimento humano. As estimativas deste relatório mostram que a desigualdade afasta o Brasil do alto desenvolvimento humano em uma magnitude de 19%, o IDH é uma medida comparativa que engloba três dimensões: riqueza, educação e expectativa de vida ao nascer. Levando-se em conta o IDH-D, o Brasil não apresentaria um alto índice de desenvolvimento humano. Quando você leva em conta a desigualdade, o Brasil cai 19% no IDH, para diminuir a desigualdade é preciso que os países tenham políticas públicas que promovam educação de qualidade e igualdade de oportunidades (G1/Globo.Com., 2010).

desenho das políticas de redistribuição de renda e de combate à pobreza, no entanto, não é nada trivial. Desigualdade e pobreza, apesar de serem confundidas em diversos momentos na discussão cotidiana, são dimensões radicalmente distintas de nossa realidade e solicitam, portanto, soluções diferenciadas. Soluções complexas e múltiplas (Henriques, 2003).

Segundo Escorel (2006, p.74):

Há uma ruptura da integração social por quebra dos mecanismos de inserção. O estrangeiro está lá mas a diferença nega qualquer similitude, até a humana. A exclusão social no Brasil onde a “diferença” é a pobreza, pode também designar essa passagem de um estatuto inferior para o “sem lugar” caracterizado por uma diferença desumanizadora.

Na verdade, o complicado mosaico de problemas que afetam a sociedade brasileira ainda é um labirinto que envolve justiça social, distribuição de rendas, qualidade na educação, impotência do povo contra os três poderes constituídos da República altamente corrompidos. A justiça gratuita ou assistência jurídica, por seu turno, vai depender do caráter pessoal do juiz, o qual está relacionado com a convicção de ter um olhar diferenciado em favor do mais fraco, sem ultrajar a lei ou cometer injustiça contra a parte forte da questão.

Além disso, tal tipo de assistência requer que o juiz seja provido de excepcionais condições de disseminador de informações ou conhecimentos sobre direito e justiça àqueles que foram vítimas da primeira injustiça do Estado, ou seja, a incapacidade de leitura.

Antes de dizer o Direito, incumbe ao juiz fazer conhecer o Direito. Pois na medida em que o conhecimento daquilo que está disponível constitui pré-requisito da solução do problema da necessidade jurídica não atendida, é preciso fazer muito mais para aumentar o grau de conhecimento do público a respeito dos meios disponíveis e de como utilizá-los.

A visão contemporânea de acesso à Justiça, originada de Cappelletti (1992), que evoluiu do abstrato ao concreto, do individual ao social e do nacional ao internacional, representando o acesso à ordem jurídica justa, assim compreendida como a efetiva satisfação de um direito e não como o simples direito de demandar em juízo, um direito satisfeito no tempo adequado e no momento oportuno, não se limitando ao mero acesso aos tribunais.

Demo (2003, p.18-19) afirma que: “Como *razão humana*, politicidade detém o signo do sujeito, não mais como soberania do ser humano sobre todos os outros seres, mas como habilidade de se constituir capaz de conduzir, até certo ponto, sua história ou de fazer história própria”.

Grandes são as discussões acerca da imperiosa necessidade de se adotar mecanismos alternativos e institutos de direito como forma de viabilizar o acesso do cidadão à Justiça. Não a restringindo à esfera judiciária, mas ampliando a acepção do termo justiça, incluindo e incrementando uma gama de opções para as classes populares através de escritórios modelo, ligados às universidades ou não, em todas as áreas do Direito.

O Estado é o meio próprio e constitucionalmente legítimo à realização da ordem jurídica justa, tendo como fim o bem comum, que só pode ser alcançado com uma distribuição de Justiça equânime, pacificando-se os conflitos intersubjetivos. Partindo desta idéia, Dagnino (2004) revela, então, um “processo de alargamento da democracia” que se faz presente através da participação cada vez maior da sociedade nos processos de discussão e de tomadas de decisão no que diz respeito às políticas públicas, tendo, no entanto, o seu marco expressivo na Constituição de 1988.

A premissa do fenômeno da distribuição da justiça e da participação cada vez maior da população é, exatamente, a noção aristotélica de Justiça, isto é, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na proporção de suas desigualdades. Explicando melhor: não se pode distribuir justiça tratando, por exemplo, um indivíduo analfabeto e desempregado, que roubou uma lata de leite em pó num supermercado, com os mesmos paradigmas de justiça com que se julgaria um político rico, que já teve cátedras até mesmo em universidade do exterior, e que aqui, no velho e bom Brasil, paraíso dos corruptos, “desviou” verbas públicas. Desastrosamente, o Poder Judiciário brasileiro via de regra se comporta injustamente dessa maneira.

Os corruptos poderosos estão à solta e os miseráveis que roubam para comer estão encarcerados num sistema prisional digno de cenários de filmes de terror, indignos até mesmos dos animais. Com as feras de zoológico, fortunas são gastas, em espaços que reproduzem suas condições naturais de vida, somente para distração de outra espécie, que em nome de Deus foi permitida reinar absoluta sobre tudo e sobre todas as demais espécies.

Aliás, vale acrescentar que esses animais (dos quais os humanos subtraem a liberdade e a dignidade, ecológica ou ambientalmente falando), sem dúvida alguma, devem viver com toda a dignidade possível; entretanto seria necessário deixá-los em seu *habitat* natural, pelo menos até que todos os brasileiros, contribuintes que são, pudessem ter moradas dignas. Cabe lembrar que as classes populares estão vivendo amontoadas em cortiços, cujos barracos podem, a qualquer momento de chuva, ficarem soterrados por avalanches lodo e escombros.

É necessário pensar a dignidade da pessoa humana como uma forma de repressão às injustiças sociais, principalmente sofridas pelos cidadãos socialmente injustiçados. O Estado tem o dever de proteger a dignidade de todo o ser humano, como leciona Sarlet (2001, p.113).

[...] o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos, podendo-se sustentar, na esteira da luminosa proposta de Clèmerson Clève, a necessidade de uma política de dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

Segundo afirma Dias (2006, p.52) o princípio da dignidade humana “[...] é o mais universal de todos os princípios”. É dele que se irradiam todos os demais princípios éticos, como o princípio da igualdade, da solidariedade, da liberdade, da autonomia privada, da cidadania.

A insuficiência reconhecida da igualdade formal levou o legislador brasileiro constituinte a adotar, paralelamente a esta o princípio fundamental a igualdade substancial, consagrada no art. 3º, inc. III, do texto constitucional. Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, suprimindo as carências físicas, intelectuais, econômicas ou sociais dos menos favorecidos, no sentido de oferecer-lhes igualdade de oportunidades é o caminho para a obtenção da igualdade substancial (Bernardo, 2011).

Deixar tudo nas mãos do *laissez-faire*, da igualdade formal e do mercado regular, significaria aumento do poder do mais forte sobre o mais fraco. Sendo assim, a apologia constitucional de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, significa que se faz imperioso a presença da interdisciplinaridade no Direito.

Filosoficamente pode-se até dizer que os conflitos entre os princípios constitucionais, que parecem tão contraditórios e paradoxais, foram criados à

imagem e semelhança da Teoria da Relatividade, do físico e matemático Albert Einstein. De acordo com tal tese, por exemplo, o passageiro de um trem não saberia dizer se aquilo que está se movimentando é o trem que anda ao lado do seu e em sentido contrário ou o próprio trem do observador em foco. Portanto, o ponto de vista do juiz num caso que envolve princípios em conflito é muito relevante.

Depois dessa breve reflexão sobre igualdade e desigualdade, de modo comparado e simplista, regressamos ao parágrafo onde foi dito que o Estado é o meio próprio e constitucionalmente legítimo à realização da ordem jurídica justa e que cada vez mais é necessário um “processo de alargamento da democracia”, conforme referiu Dagnino (2004), devido aos problemas relacionados com a escassez e ou dificuldade de acesso à justiça por parte das populações carentes.

Sendo assim, os estudiosos e operadores do Direito têm-se deparado com esta inegável realidade, articulando-se, e, dessa forma, buscando mecanismos céleres e eficazes e assim tendo como resultado, a adaptação de institutos clássicos à necessidade da ordem social em vigor.

Além de proporcionar, aos cidadãos que recorrerem ao poder judiciário, fácil ingresso em juízo, imprescindível é que o processo ofereça às partes resultados efetivos, capazes de reverter situações injustas e desfavoráveis de forma rápida e transparente, diminuindo, por consequência, os resíduos externos e prejudiciais ao processo. Esta é a idéia da efetiva prestação da tutela jurisdicional, coincidente com a da plenitude do acesso à Justiça.

De acordo com CF/88, art. 5º, XXXV, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Com base nesta previsão constitucional faz-se mister salientar que o acesso à Justiça é princípio mor, do qual decorrem todos os demais. É o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou do controle jurisdicional, abrangendo também o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Conforme Dinamarco (2002) mais do que um princípio, o acesso à Justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. O acesso é a possibilidade colocada à disposição da pessoa lesada ou ameaçada de lesão, de deduzir em juízo sua pretensão. Provoca-se o Estado, até então desconhecedor daquele pedido. O Estado agora determina as diretrizes,

submetendo toda sistemática dos procedimentos e processos específicos para o caso concreto. É a tutela específica prestada.

No decurso desse processo, o legislador constituinte estabelece as regras do devido processo legal (*due process of Law*), como garantia ao atendimento dos ditames legais conferidos em espécie; depreende-se aí a idéia de ação e defesa, ou seja, contempla-se o princípio do contraditório e a ampla defesa no mais moderno grau de significação, qual seja, o direito à oportunidade de agir e à informação dos atos praticados no processo.

Diversas normas e princípios processuais acham-se inseridos no texto constitucional, considerando a Constituição Federal como coluna basilar da edificação da teoria do processo. A Carta Magna regulamenta normas que asseguram e garantem o acesso à Justiça, restando ao processo à instrumentalização dos meios à realização.

O art. 5º, XXXV da CF/88, declara que formalmente, a igualdade perante a Justiça está assegurada pela Constituição, desde a garantia de acessibilidade a ela. Mas realmente essa igualdade não existe, pois está bem claro hoje, que tratar como igual a sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem, não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e de injustiça. Os pobres têm acesso muito precário à Justiça. Carecem de recursos para contratar bons advogados. O patrocínio gratuito se revelou de alarmante deficiência. A Constituição tomou, a esse propósito, providência que pode concorrer para a eficácia do dispositivo, segundo o qual o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (Paula, 2002).

Daí a necessidade de um Estado com uma economia estável, haja vista ser este um dos elementos preponderantes para o desenvolvimento social, uma vez que assim não se está subordinado à assistência econômica dos bancos mundiais e fundos monetários internacionais, fatores que provocam a perda da identidade do Estado e a falência política.

De acordo com Bauman (1999, p.78):

As quase soberanias, as divisões territoriais e a segregação de identidades promovidas e transformadas num *must* pela globalização dos mercados e da informação não refletem uma diversidade de parceiros iguais. O que é opção livre para alguns abate-se sobre os outros como destino cruel. E uma vez que esses “outros” tendem a aumentar incessantemente em número e afundar cada vez mais no desespero, fruto de uma existência sem perspectiva, é melhor falar em

“glocalização” (termo adequado de Roland Robertson que expõe a inquebrantável unidade entre as pressões globalizantes e locais – fenômeno encoberto no conceito unilateral de globalização) e defini-lo essencialmente como o processo de concentração de capitais, das finanças e de todos os outros recursos de escolha e ação efetiva, mas também – talvez sobretudo – de concentração da liberdade de se mover e agir (duas liberdades que para todos os efeitos práticos são sinônimas).

Nesse sentido, vislumbra-se a democratização, por meio do engajamento da sociedade na busca de seus direitos e garantias, pelos auspícios do Estado-Juiz. E não poderia deixar de ser diferente. Conforme Greco Filho (2006), a jurisdição atua através de um instrumento que é o processo, e aos interessados a ordem jurídica outorga o direito de ação, isto é, o direito de pleitear em juízo a reparação das violações dos direitos ou ameaça de violação a direito.

Sendo assim, uma forma importante de acesso à Justiça é o Escritório Modelo, o qual é oferecido pelas Instituições Educativas com o objetivo de servir a população e propiciar ao acadêmico de direito a oportunidade de lidar com a prática jurídica. Ficou claro a necessidade de uma mudança de mentalidade dos operadores do direito que precisam desvincular-se do modelo tradicional de Justiça e adotarem como norte uma Justiça que não vê o cidadão como objeto e que passem a usar formas personalizadas e cidadãs de atenderem a sociedade.

Para Pellizzari (s.d.) o escritório modelo funciona como instrumento não só de efetivação da garantia constitucional da assistência jurídica gratuita, mas também como instrumento de conscientização dos setores sociais menos favorecidos de seus direitos, a fim de que tenham o conhecimento necessário para reclamá-los, já que além do atendimento processual o escritório modelo oferece também orientação e mediações extrajudiciais, ressaltando que muitas vezes os problemas são resolvidos sem a necessidade da tutela jurisdicional do Estado.

A Constituição Federal preceitua em seu artigo 5º, LXXIV, que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.” Estabelece também, em seu artigo 134, *caput*, que a “Defensoria Pública é a instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV” (Paula, 2002).

Ocorre, todavia, que o número de necessitados é muito grande e a Defensoria Pública não possui estruturas material e humana suficientes para atender toda esta população. Num país como o Brasil, com altos desmandos,

corrupção, e inchaço e ineficácia da máquina pública, deveria ter havido primeiramente a resolução desses problemas e somente numa fase imediatamente posterior a criação das legislações necessárias, de modo que pudessem ser cumpridas.

Por isso, a atuação do escritório modelo é extremamente valiosa para toda a sociedade, pois vai ao encontro de uma mudança de mentalidade dos operadores do direito que precisam desvincular-se do modelo tradicional de Justiça e adotarem como norte uma Justiça que não vê o cidadão como objeto e que passem a usar formas personalizadas e cidadãs de atenderem a sociedade.

A Defensoria Pública está prevista no texto de 1988; até então a assistência judiciária era exercida, e ainda é nos Estados em que a Defensoria Pública não foi implantada e no âmbito da justiça federal, pelo Ministério Público, pelas Procuradorias dos Estados e pelos advogados dativos. Parece válido salientar que o exercício da assistência judiciária gratuita pelos membros do Ministério Público e Procuradores dos Estados é atípico as suas atribuições.

A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, CF/88. Está no art. 134, caput, CF/88. Aos representantes da Defensoria Pública aplica-se o princípio da indivisibilidade, que autoriza os seus membros livremente substituir uns aos outros na atuação de determinado processo.

A assistência jurídica integral e gratuita está veiculada no art. 5º, LXXIV, CF/88, norma de eficácia contida ou restringível, tem natureza de direito público subjetivo. Trata-se de gênero que compreende a assistência jurídica gratuita *stricto sensu*, a assistência administrativa gratuita, a assistência judiciária gratuita e a gratuidade de justiça.

O advogado dativo⁵, por sua vez, tem lugar onde não há atendimento da Defensoria Pública ou similares. Se na comarca houver serviço da Defensoria Pública ou similar, o Juiz, em deferindo a assistência judiciária, determinará que o órgão indique o Defensor Público ou ocupante de cargo equivalente que

⁵ Advogado dativo é o defensor nomeado pelo juiz para representar o réu que não tem condições financeiras de contratar um advogado. *Secvndum legem*, a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária gratuita com a simples afirmação, na petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado (Peixoto, 2007).

patrocinará a causa, no prazo de dois dias. Se não houver aquele serviço estatal, a nomeação de advogado dativo cabe à OAB.

Seguindo a corrente mais forte, ensina Lippman (1996):

A assistência judiciária [...] não se confunde com justiça gratuita (assistência judiciária gratuita). A primeira é fornecida pelo Estado, que possibilita ao necessitado o acesso aos serviços profissionais do advogado e dos demais auxiliares da justiça, inclusive os peritos, seja mediante a defensoria pública ou da designação de um profissional liberal pelo Juiz. Quanto à justiça gratuita, consiste na isenção de todas as despesas inerentes à demanda, e é instituto de direito processual. [...] Ambas são essenciais para que os menos favorecidos tenham acesso à Justiça, pois ainda que o advogado que se abstenha de cobrar honorários ao trabalhar para os mais pobres, faltam a estes condições para arcar com outros gastos inerentes à demanda, como custas, perícias, etc.

Dessa forma, a assistência jurídica deve ser totalmente gratuita, compreendendo a consultoria, o auxílio extrajudicial e a própria assistência judiciária. Todos sendo fornecidos gratuitamente pelo Estado àqueles que necessitarem, através de órgãos públicos e instituições específicas e em geral, como as Defensorias Públicas, Promotorias e Conselhos Tutelares, que devem orientar e prestar informações sem ônus.

Segundo Scriboni (2010), o benefício da assistência jurídica existe no Brasil desde 1950, quando a Lei 1.060 passou a vigorar. Para a concessão da gratuidade, basta a simples declaração, por parte do requerente, de seu estado de hipossuficiência. O pedido pode ser deferido ou indeferido em qualquer grau jurisdicional.

Assim, a assistência jurídica deve ser totalmente gratuita, compreendendo a consultoria, o auxílio extrajudicial e a própria assistência judiciária. Todos sendo fornecidos gratuitamente pelo Estado àqueles que necessitarem, através de órgãos públicos e instituições específicas e em geral, como as Defensorias Públicas, Promotorias e Conselhos Tutelares, que devem orientar e prestar informações sem ônus.

2.3 Dos beneficiários da lei 1.060/50

A Lei nº 1.060/50, é aplicável aos nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitem recorrer à justiça penal, civil, militar ou do trabalho. A Lei esclarece (art. 2º, parágrafo único) que, para os fins legais, considera-se necessitado, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários do advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

O pedido pode ser deferido ou indeferido em qualquer grau jurisdicional (Scriboni, 2010). Vê-se que o *aqui e agora* a hipossuficiência é bem semelhante ou igual ao *lá e então* de 1950, conforme já foi mencionado nesta dissertação. Uma importante distinção há de ser feita entre o conceito de necessitado econômico e necessitado jurídico.

Enquanto que, perante a Justiça Civil levamos em consideração o conceito de necessitado econômico (aquele que não possa pagar pelo serviço, nem pelas despesas do processo, sem prejuízo do sustento próprio e de sua família), perante a Justiça Penal; deve-se considerar o conceito de necessitado jurídico. Como salienta Grinover (1990, p.246) na medida em que o processo penal é necessário para que haja condenação, o acusado rico ou pobre, é necessitado de serviço jurídico para poder se defender.

A lei não estipulou um *quantum* específico para considerar a pessoa como sendo ou não necessitada. Disse tão somente que considerar-se-á necessitada, aquela pessoa que não puder, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, pagar as custas do processo ou os honorários do advogado, ficando tal fato sujeito a prova da parte requerente.

Denota-se, que a Lei quando conceitua necessitado par os fins legais, usa a disjuntiva ou quando diz:

[...] sem prejuízo do sustento próprio ou da família. De sorte que, se a parte requerente dos benefícios da assistência judiciária, puder suportar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio, mas contudo em prejuízo do sustento da família, seu pedido há de ser negado pelo juiz. “O salário do pretendente, ao contrário do que é difundido nos cursos jurídicos, em que se estabelece o limite de até dois salários mínimos, não deve servir de parâmetro para a concessão do benefício, primeiramente por ser tal critério bastante falho e irreal, deve-se levar

em conta o fato de a carência não estar circunscrita apenas às camadas sociais cuja renda aproxima-se daquele valor, por demais ínfimo, e depois porque a condição de necessitado não pode ser medida com instrumento de precisão, considerando-se que o fato de a parte ser proprietária de poucos bens não constitui óbice, importando, nas verdade, não de confundir necessidade com dificuldade (Eduardo Bezerra de Medeiros Pinheiro RT- 733/100).

Cada caso deve ser analisado como único; pois pode acontecer, que um chefe de uma família numerosa, que pague aluguel e que tenha filhos em idade escolar, por exemplo, mesmo percebendo o equivalente a dez salários mínimos pode não ter condições de arcar com as despesas de um processo. De outro lado, um jovem que ganhe um salário mínimo, mas que viva com os pais que lhe provêm o seu sustento, pode ser considerado como um não hipossuficiente, portanto, não merecedor dos benefícios da justiça gratuita.

Conforme Betine (2001), mesmo pessoas mais abastadas, ou pessoas que tenham uma vida mais confortável, e não somente as pessoas pobres ou miseráveis, podem ser beneficiárias da assistência judiciária gratuita no Brasil. Apesar de não ocorrer com frequência, há casos em que pessoas de classe mais avantajada, requerem os benefícios da assistência judiciária gratuita, e são bem sucedidas no pedido, pois, provado que não poderiam suportar as despesas processuais e tão pouco pagar os honorários advocatícios, sem prejuízo próprio ou da família, não há o juiz, outro caminho senão o de deferir o pedido feito.

A assistência judiciária, conforme determina o art. 3º da Lei 1.060/50, compreende as isenções das taxas judiciárias e dos selos; dos emolumentos e custas devidos aos juizes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça; das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público Federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual nos Estados, e por fim, a isenção dos honorários de advogado e peritos (Betine, 2001).

Os benefícios da assistência judiciária gratuita compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias. Porém, o beneficiário que, dentro de cinco anos a contar da sentença final, adquirir condições de pagar as custas do processo, terá que fazê-lo.

A lei foi pensada no sentido de permitir o acesso ao aparato jurídico sem que, com isso, a pessoa ameaçasse a própria sobrevivência. O desembargador Nepomuceno Silva lembra que, “o estado de pobreza, a que se refere a norma, liga-se, necessariamente, à demonstração de que, por ocasião da demanda, a parte beneficiária não dispõe de meios financeiros para suportar os ônus do processo”. Assim, como expõe o artigo 2º, é necessitado todo aquele “cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família” (Scriboni, 2010).

Araújo Castro (1935, p.369), respaldado no texto constitucional, escreveu:

Nada mais justo do que assistência judiciária aos necessitados, porque, se é no Poder Judiciário que todos vão encontrar a maior garantia de seus direitos individuais, é bem dever que sem tal assistência as classes pobres estariam impossibilitadas de fazer valer tais direitos.

A isenção de custas processuais e demais objetiva prevenir ou até mesmo mitigar a injustiça, com o escopo de garantir o acesso ao judiciário quando o necessitado não esteja em condições de se defender sem esse auxílio.

Nesse aspecto Miranda (1995, p.383) afirma que:

Assistência judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo.

Distinguindo-se de ambos institutos, a assistência jurídica tem conotação mais ampla. Não só abrange a assistência judiciária em sentido estrito, como também a prestação de informação e consultoria jurídicas, visando não necessariamente a propositura de ação judicial, mas ao efetivo esclarecimento aos hipossuficientes de quais sejam seus direitos e obrigações numa relação jurídica, orientando-os quanto às providências necessárias à composição extrajudicial de interesses em conflito, assim como prevenir litígios.

A gratuidade de justiça [também denominada justiça gratuita] abrange a dispensa de antecipação e a isenção de despesas processuais próprias, bem assim a dispensa provisória de ressarcimento de despesas processuais e do pagamento de

honorários de advogado da parte contrária, exercitável em relação processual. Trata-se de instituto de Direito Processual (Miranda, 1987).

Conforme leciona Marcacini (1996, p.33):

[...] a assistência jurídica engloba a assistência judiciária, sendo ainda mais ampla que esta, por envolver também serviços jurídicos não relacionados ao processo, tais como orientações individuais ou coletivas, o esclarecimento de dúvidas, e mesmo um programa de informação a toda a comunidade.

Ainda no sentido do texto, tem-se a seguinte lição Moraes (1996) apud Moraes (1997), de acordo com doutrina defendida pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, embasada no artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal onde a expressão “assistência jurídica” é desta forma tratada:

[...] conquanto a assistência judiciária deva ser havida como atividade dinamizada perante o Poder Judiciário, a assistência jurídica, ligada a tutela dos direitos subjetivos de variados matizes, porta fronteiras acentuadamente dilargadas, compreendendo, ainda, atividades técnico jurídicas nos campos da prevenção, da informação, da consultoria, do aconselhamento, do procuratório extrajudicial e dos atos notariais.

A assistência jurídica está conectada ao direito à informação, especificamente, à informação jurídica. Nesse aspecto, a assistência jurídica, é um corolário. A Constituição Federal assegura o direito à assistência judiciária gratuita a todo aquele que comprovar a insuficiência de recursos para arcar com a ação pretendida; tal comprovação se faz através de petição ao juiz no início ou no transcurso do processo judicial.

Segundo a legislação estadual, que também trata da matéria, a petição deve conter os seguintes dados e documentos: nome; nacionalidade; estado civil; profissão; endereço completo; número de filhos; valor dos rendimentos mensais (se os tiver); declaração de que não é filiado à entidade sindical ou de classe; declaração de rendimentos (se os tiver) expedida pelo empregador; declaração assinada pelo próprio beneficiário de que possui, ou não, bens móveis e imóveis e de que não tem condições de prover as despesas do processo e dos honorários advocatícios sem prejuízo próprio e de sua família (TJ/SC, 2010).

No que diz respeito à informação, Canotilho; Moreira (1984) apud Bastos; Martins (1989, p.81), assim asseveram:

O Direito de informação integra três níveis: o direito ‘de informar’, o direito ‘de se informar’, e o direito ‘de ser informado’. O primeiro consiste, desde logo, na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de as difundir sem impedimentos, mas pode também revestir uma forma positiva, enquanto direito a informar, ou seja, direito a meios para informar. O direito de se informar consiste designadamente na liberdade de escolha de informação, de procura de fontes de informação, isto é, no direito de não ser impedido de se informar. Finalmente, o direito a ser informado é a versão positiva do direito de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequadamente e verdadeiramente informado, desde logo, pelos meios de comunicação e pelos poderes públicos, sem esquecer outros direitos específicos à informação reconhecidos na Constituição, diretamente ou indiretamente).

Entretanto, expõe Bastos; Martins (1989, p.81), em seus comentários à Constituição do Brasil, que:

O nosso Texto consagra o chamado direito de se informar. O que não vislumbramos na Lei Maior é a plenitude do direito, assegurado na Constituição portuguesa, de ser mantido adequada e verdadeiramente informado desde logo pelos meios de comunicação. Vamos é certo encontrar uma modalidade deste direito no inc. XXXIII deste artigo, que assegura o direito de ser informado pelos órgãos públicos.

Trazendo tais ensinamentos ao âmbito da assistência jurídica no seu aspecto de dever-função do Estado em prestar informação ao hipossuficiente que assim se declarar, tem-se que o direito a tal assistência jurídica é também direito público subjetivo à informação jurídica, a dados do direito, que assim, deve ser prestada pelos órgãos estatais competentes. Mas o direito à assistência jurídica não se restringe ao dever estatal de prestar informação sobre direito. Abrange também a consultoria e o aconselhamento jurídicos, bem como o procuratório extrajudicial, sem se falar, é claro, do procuratório judicial (Castro & Giotri, 2010).

Conforme Cappelletti (1988) o acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva. Devendo a expressão acesso à justiça trazer o sentimento de que o sistema deve ser igualmente acessível a todos, e deve produzir resultado individual e socialmente justo.

Concentrando a atenção no Brasil, observa-se que desde 1946 as constituições pátrias, asseguram de forma expressa o acesso à Justiça (artigo 141, §4º), cumprindo observar que a Constituição de 1988 inovou ao garantir o acesso à justiça também no caso de ameaça a direito. Devida tamanha importância o tema

integra o rol dos Direitos Humanos, pois toca diretamente a dignidade da pessoa humana e age como limitador da atuação do Estado.

O Estado de Direito, tem com um de seus alicerces, o princípio da legalidade, regendo, a convivência social, tal princípio tem tamanha relevância que ganhou vestimenta de garantia constitucional, concedendo o direito de ingressar em juízo, para se defender de ameaças ou agressões, a qual quer bem seja material ou imaterial (artigo 5º XXXV da Constituição da República).

2.4

Justiça e cidadania

Para Ross (2000), a idéia de justiça parece ser uma idéia clara e simples dotada de uma poderosa força motivadora. Em todas as partes parece haver uma compreensão instintiva das exigências de justiça. As crianças de tenra idade já apelam para justiça se uma delas recebe um pedaço de maçã maior que os pedaços das outras. Tem-se afirmado que mesmo os animais possuem o gérmen de um sentimento de justiça. O poder da justiça é grande. Lutar por uma causa “justa” fortalece e excita uma pessoa. Todas as guerras têm sido travadas em nome da justiça e o mesmo se pode dizer dos conflitos políticos entre as classes sociais.

Observa ainda Ross que não pode ser visto como injusto as diferenças reais existentes entre as pessoas, pois os direitos e deveres devem ser distribuídos levando-se em conta as circunstâncias condicionantes, ou seja: os casados e os solteiros, os maiores e os menores, os criminosos e cidadãos respeitadores da lei, não devem possuir o mesmo “status” na sociedade.

Entretanto, as desigualdades sociais são bastante evidentes na sociedade brasileira; o estado de miséria de uma parcela significativa da população, as disparidades sociais, a extrema concentração de renda, os salários baixos, o desemprego, a fome que atinge milhões de brasileiros, a desnutrição, a mortalidade infantil, a marginalidade, a violência, etc., são expressões do grau a que chegaram as desigualdades sociais no Brasil.

A desigualdade social não é imponderável ou acidental, e sim produzida por um conjunto de relações na vida social. Na economia, existe exploração do trabalho e a concentração da riqueza; na política, a população é excluída das decisões governamentais.

O Brasil conseguiu um maior grau de industrialização e mesmo assim o subdesenvolvimento não acabou; ao contrário, a concentração de renda e de riquezas gerou uma conseqüente reserva de capital nas mãos da minoria. Vale observar que a concentração de renda, riqueza e capital, por seu turno, foi fruto de uma gama anterior de “acumulação” de leis construídas pelas elites dominantes que dominavam o Estado através da imposição de partidos políticos e governos.

As desigualdades sociais são enormes, e os custos ou impostos que a maioria da população tem de pagar são muito altos. Do ponto de vista político esse processo só favoreceu alguns setores, e não considerou os reais problemas do povo brasileiro: moradia, educação, saúde, etc. A pobreza do povo brasileiro aumentou assustadoramente, e a população pobre tornou-se mais miserável ainda.

Marshall (1967, p.84), destaca que cidadania exige um elo de natureza diferente do parentesco ou descendência, requer um sentimento direto de participação numa comunidade baseada numa lealdade a uma civilização que é um patrimônio comum. Compreende a lealdade de homens livres, imbuídos de direitos e protegidos por uma lei comum.

Para o sociólogo o desenvolvimento da cidadania é estimulado não só pela luta por direitos, mas também pelo exercício e materialização dos direitos já adquiridos. Complementa Marshall (1967, p.315):

O requisito de igualdade encerra unicamente a exigência de que ninguém, de forma arbitrária e sem razão suficiente para isso, seja submetido a um tratamento que difere daquele que se dá a qualquer outra pessoa. A exigência de igualdade deve ser compreendida, portanto, num sentido relativo, isto é, como uma exigência de que os iguais sejam tratados da mesma maneira. Isto significa que, como pré-requisito para a aplicação de uma norma de igualdade e com independência dela, é preciso que haja algum critério para determinar o que será considerado igual; em outras palavras, a exigência de igualdade contida na idéia de justiça não é dirigida de forma absoluta a todos e a cada um, mas a todos os membros de uma classe determinados por certos critérios relevantes.

Marshall analisa a sociedade inglesa, um contexto bastante diferente da realidade brasileira, sua teoria sobre a cidadania enfoca os interesses dos grupos e

a criação de direitos de cidadania pelo Estado, sustentando com base nos estudos sobre a sociedade inglesa, que esses direitos tendem a progredir do âmbito legal para o político, e então para os direitos sociais. Embora as diferenças entre Brasil e Inglaterra sejam evidentes, os estudos de Marshall são uma importante referência no que se alude ao debate sobre a constituição da cidadania Brasileira.

O politicamente comprometido significa praticar cidadania substantiva, seja no âmbito interno do Estado ou no âmbito transnacional, como está acontecendo no mundo árabe (Tunísia, Egito, Líbia, dentre outros), envolvendo interesses que superam as fronteiras. Essas novas configurações conduziram a uma definição informada socialmente acerca da cidadania, na qual a ênfase se dá menos em regras legais e mais nas normas práticas, significados e identidades.

Segundo Anchieschi; Santos (2004, p.30), “cidadania é o exercício equilibrado e harmonioso dos direitos e deveres de todos e de cada um: mas os direitos de uns nunca devem se firmar em detrimento dos direitos dos outros”. Andrade (2010) considera cidadão aquele indivíduo a quem a Constituição confere direitos e garantias – individuais, políticos, sociais, econômicos e culturais –, e lhe dá o poder de seu efetivo exercício, além de meios processuais eficientes contra a violação de seu gozo ou fruição por parte do Poder Público. Responder pelo caráter de cidadão, portanto, é ter consciência dos direitos e deveres constitucionalmente estabelecidos e participar ativamente de todas as questões que envolvem o âmbito de sua comunidade, de seu bairro, de sua cidade, de seu Estado e de seu país, inclusive no que se refere ao aparato legal que tutela sua conduta e assegura seus direitos.

A cidadania é ressaltada não só pela legislação pátria, como também pela literatura que é considerável não só a nível nacional, mas também internacionalmente, tal relevo é exaltado também na expressão de Saes (2000, p.1):

Dentre os temas que na atual conjuntura intelectual, mobilizam os espíritos sobressaem-se o da globalização e o da cidadania. E ambos os temas funcionam, no atual processo ideológico - cada um a sua moda-, como “mitos”; isto é, como idéias dotadas de um tal impacto emocional que chegam ao ponto de provocar a paralisia do pensamento [...].

A cidadania é constituída pelos direitos que permitem o exercício da liberdade individual, e resta evidente que a informação é um dos elementos essenciais para que o indivíduo possa exercer plenamente seus direitos e lutar por uma maior inclusão social, inclusive no contexto das relações com o Judiciário. Os obstáculos econômicos, sociais e culturais ao efetivo acesso à Justiça nas camadas menos favorecidas economicamente da população brasileira evoca, necessariamente, meios ou condições urgentes para fazer valer os direitos (Andrade, 2010).

Porém a questão da cidadania é algo bem mais complexo do que se pode pensar; cidadania pressupõe um sentimento direto de participação baseado na lealdade à comunidade, reconhecendo-a como um patrimônio comum, sendo que seu desenvolvimento é motivado pela luta para adquirir direitos e pela satisfação em vivenciar tais conquistas. Porém, a História da humanidade, bem como os noticiários atuais, mostram que não é algo fácil conseguir tais direitos.

Atualmente, a meta dos direitos sociais não repousa mais na igualdade utópica, semelhante a dos regimes comunistas que desmoronaram na história recente, e sim na questão da redução das diferenças de classe, assumindo aspecto de ação modificadora do padrão total da desigualdade social.

De acordo com Pinski; Pinski (2008, p.9):

Cidadania não é uma definição estanque, mas um conceito histórico, o que significa que seu sentido varia no tempo e no espaço. É muito diferente ser cidadão na Alemanha, nos Estados Unidos ou no Brasil (para não falar dos países em que a palavra é tabu), não apenas pelas regras que definem quem é ou não titular da cidadania (por direito territorial ou de sangue), mas também pelos direitos e deveres distintos que caracterizam o cidadão em cada um dos Estados-nacionais contemporâneos. Mesmo dentro de cada Estado-nacional o conceito e a prática da cidadania vêm se alterando ao longo dos últimos duzentos ou trezentos anos. Isso ocorre tanto em relação a uma abertura maior ou menor do estatuto de cidadão para sua população (por exemplo, pela maior ou menor incorporação dos imigrantes à cidadania), ao grau de participação política de diferentes grupos (o voto da mulher, do analfabeto), quanto aos direitos sociais, à proteção social oferecida pelos Estados aos que dela necessitam.

A visão de Pinsky; Pinsky (2008) faz pensar que não há uma única cidadania, mas sim diversas formas de ser cidadão (ou não). Segundo Carvalho (2003) a cidadania é plena, quando os direitos civis, políticos e sociais são

consentidos⁶; pode ser incompleta, quando se possui apenas alguns direitos ou uma não-cidadania, quando não se possui nenhum direito. Desta forma, a cidadania incompleta e a não cidadania são as formas mais presentes de cidadania existentes na história do Brasil, principalmente no que se refere aos direitos sociais. Vive-se então em um contexto de “cidadania restrita”.

A evolução do conceito de cidadania revela muitas situações, que vistas como absurdas no passado, se incorporam ao conceito de cidadão com o passar do tempo, ilustram a assertiva: A situação da mulher, da criança, do negro, do portador de deficiência, o acesso ao voto, etc. Assim, a compreensão da cidadania requer uma contextualização, e deve se ligar, intrinsecamente, às lutas e reivindicações de cada povo e ao pleno exercício da democracia (Cavalcante, 2010).

2.5 Estado social de direito

Para Moura (1999), os pilares do Estado Social de Direito⁷ datam do período entre os anos 1920 e 1930, “caracterizados por uma turbulência totalitária

⁶Segundo Carvalho (2003) os Direitos civis são: “os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei. Eles se desdobram na garantia de ir e vir, de escolher o trabalho, de manifestar o pensamento, de organizar-se de ter respeitada a inviolabilidade do lar e da correspondência, de não ser preso a não ser pela autoridade competente e de acordo com as leis, de não ser condenado sem processo legal regular. São direitos cuja garantia se baseia na existência de uma justiça independente, eficiente, barata e acessível a todos. São eles que garantem as relações civilizadas entre as pessoas e a própria existência da sociedade civil surgida com o desenvolvimento do capitalismo. Sua pedra de toque é a liberdade individual. Os Direitos políticos referem-se à “participação do cidadão no governo da sociedade. Seu exercício é limitado a parcela da população e consiste na capacidade de fazer demonstrações políticas, de organizar partidos, de votar, de ser votado. Em geral, quando se fala de direitos políticos, é do direito do voto que se está falando. [...] Os direitos políticos têm como instituição principal os partidos e um parlamento livre e representativo. São eles que conferem legitimidade à organização política da sociedade. Sua essência é de autogoverno”. E, os Direitos Sociais incluem “o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, à aposentadoria. A garantia de sua vigência depende da existência de uma eficiente máquina administrativa do Poder Executivo. [...] Eles permitem às sociedades politicamente organizadas reduzir os excessos de desigualdade produzidos pelo capitalismo e garantir um mínimo de bem-estar para todos. A idéia central em que se baseiam é a da justiça social” (2003,p.10).

⁷O Estado social é, pois, uma fase, ou o resultado de uma longa transformação por que passou o Estado Liberal clássico e, conseqüentemente, é parte do histórico Estado de Direito, quando incorpora os direitos sociais para além dos direitos civis. “El Estado social se define como modelo de organización política que remonta su separación con respecto a la sociedad civil, separación

da Europa, quando há uma avalanche de transformações com o deslocamento da primazia do setor primário de produção (agricultura) para o setor industriário”. Ainda de acordo com a mencionada autora, tais mudanças repercutem também na família. Aquela do tipo patriarcal, tradicional e conservadora começa a ceder lugar à família nuclear, onde impera o individualismo.

Em relação a essas transformações e às insatisfações da sociedade desse período, Moura (1999, p.4-5) salienta o seguinte:

Porém, neste período de transformações a que nos referimos [1920 e1930], quando vigora a crise da Democracia e a impopularidade do Estado de Direito, cuja característica precípua era ser um estado estático, com normas obsoletas, não adequadas às transformações econômicas e sociais, o homem percebe a dura realidade em que vive e a necessidade de uma urgente adequação deste Estado de Direito às novas transformações, ou seja das normas às cada vez mais latentes, alterações econômicas e necessidades sociais. Não há que se falar em renúncia do Estado de Direito, sendo indiscutível o valor do mesmo, urge dar-lhe um conteúdo econômico e social, realizando dentro de seus quadros, uma nova ordem de trabalho e de distribuição de bens.

Observa-se na citação acima que o estado estático não acompanhou os avanços sociais oriundos dos avanços tecnológicos da indústria que geraria muitos empregos. A mulher sai em massa para o mercado de trabalho; evidentemente a estrutura familiar começa a sofrer alterações. A mulher se liberta da sociedade bíblica patriarcal tradicional que a escraviza e ruma para a liberdade. Mais tarde, a ciência e a tecnologia dariam mais liberdade ainda às mulheres, com o advento dos contraceptivos (ela não mais seria obrigada a engravidar com frequência), dos antibióticos (liberdade sexual, pois perderia o medo das doenças venéreas). Sem dúvida, o direito ao voto também foi uma grande vitória para a mulher.

Na Alemanha de 1949, institucionalizou-se a idéia de Estado Social na Constituição da República Federal como resposta e proposta histórica ao processo de desenvolvimento tecnológico. O Estado Social significa a adaptação do Estado tradicional às condições econômicas e sociais da civilização industrial e pós

pregonada por los partidarios del *laissez faire*, y que predominó, al menos como arquetipo dogmático, desde el comienzo de la época moderna, hasta al final del Siglo XIX y las primeras décadas del Siglo XX. El Estado Social es el producto de la simbiosis entre el Estado y la sociedad, o como especifica el tópico, es el resultado de la estatalización de la sociedad y de la socialización del Estado” (Bernal Pulido, 2005, p.349).

industrial, que gerou novos e complexos problemas a serem resolvidos (Moura, 1999).

Keynes, a partir de 1936, propõe a conexão entre Estado e sociedade civil, em resposta ao exagero do poder privado na economia, o que acabou levando ao *crack* na bolsa americana, em 1929. Estado não adquire a propriedade dos meios de produção, porém toma para si a tarefa de orientar e controlar o sistema econômico. Foi um grande passo na relação Estado *versus* Economia, que sentia a influência nefasta da era Fisiocrata, onde o Estado não interferia em absolutamente nada.

Observa-se que Keynes tinha razões de sobra para tais preocupações as quais foram resolvidas em muitos Estados Modernos e Contemporâneos. A economia, por certo, deve ser direcionada, fiscalizada, pois nem tudo pode ficar a mercê dos capitalistas selvagens, travestidos de neoliberais, possivelmente sem exagerar na dose como fazem os burocratas do Governo brasileiro e os do Banco Central. Em relação à adaptação do Estado de Direito às constantes transformações decorrentes das novas condições sociais da civilização industrial e pós-industrial assim se pronuncia Moura (1999, p. 2):

[A adaptação do Estado de Direito frente às transformações sociais] visa também a sobrevivência do Estado nos tempos modernos. Sabe-se que o Estado está submetido a constantes pressões, a crises políticas permanentes, gerando crises sociais gigantescas, sendo que a história nos mostra que tais situações geralmente foram abafadas mediante a imposição de formas estatais totalitárias acarretando a supressão da liberdade, a violência constante, o império do terror, a política externa agressiva. Desta forma, se o Estado como instituição desejasse subsistir-se deveria primeiramente empenhar-se em controlar de modo permanente, os aspectos econômicos, sociais e culturais da sociedade. Em relação ao Estado Democrático de Direito, a sobrevivência do mesmo depende, além das adequações acima citadas, do acréscimo aos seus objetivos, da regulamentação permanente do sistema social, ou seja, da constante adaptação das normas às mudanças sociais visando a primazia do coletivo (promoção pelo estado do bem estar social).

De acordo com Moura (1999), sociedade e Estado podem ser entendidos como dois sistemas fortemente inter-relacionados entre si através de relações complexas, fazendo parte de um macro-sistema que embora não limite a respectiva autonomia, os submete a fins específicos.

Vê-se que quando ambos não operam para a coexistência pacífica ambas as instituições caem em desgraça. Quando os governos não fazem a lição de casa o

povo paga um alto preço, perde-se o trem da história, não há avanços sociais, políticos, culturais, jurídicos, científicos e tecnológicos. A nação fica estagnada.

Moura (1999) ressalta um traço distintivo do Estado Contemporâneo, seu caráter empresarial, sob a égide da globalização e do neoliberalismo. Alguns querem um Estado anão, que procura privatizar tudo o que é possível no intuito de cortar despesas e “desinchar” a máquina administrativa.

Daí para frente, o Estado passa a investir e ou participar de empresas mistas. Por outro lado, e eis aqui um conflito de interesses, é também característica precípua do estado contemporâneo a primazia da função social da propriedade. A propriedade (principalmente a grande empresa) perde gradualmente o seu significado de direito adquirido e passa a se destinar ao bem-estar social.

Sendo assim, tem-se um conflito de “princípios” entre o capitalismo que sempre foi selvagem no Brasil, cuja finalidade é e sempre foi o lucro e a finalidade social do lucro. No Brasil esse paradoxo tem agravantes, um deles é o financiamento não público de campanha; quem dá muito dinheiro aos políticos é justamente o capital.

Sobre a função social do Estado, Moura acrescenta ainda:

O estado contemporâneo tem função eminentemente social; é o Estado das Prestações. O estado tem como função precípua zelar pelo bem estar social, para tanto destina parte do produto nacional bruto para tal. Na função social do estado, inclui-se também a prestação de serviços que o cidadão como indivíduo pode não considerar como sendo prioritários, como a defesa nacional, porém, ao zelar pelo bem estar social, cabe ao estado zelar pela segurança nacional do território. Acredita-se que tal função social do estado contemporâneo contribui para a redistribuição de renda decorrente da implantação e o funcionamento de serviços públicos mediante organizações complexas que confiam a eficiência de tais serviços à responsabilidade coletiva, visando a confiança no bem público, na propriedade de todos e de ninguém.

A propósito da citação acima, observa-se que o Brasil nesse aspecto perdeu o “trem da história” já que está entre as principais economias do mundo e em matéria de distribuição de renda se coloca no mesmo patamar dos países mais miseráveis do mundo.

Assim sendo vê-se que o Estado brasileiro está a anos-luz de ser um estado contemporâneo que tem função eminentemente social, o Estado das Prestações, de acordo com as palavras de Moura, mencionadas na citação acima; estado que tem

como função precípua zelar pelo bem-estar social e para tanto “destina parte do produto nacional bruto para tal”. Pode-se até duvidar que o Produto Interno Bruto tenha algo a ver com o bem-estar social, haja vista que as exportações de *commodities* brasileiras, principal variável PIB, são praticamente isentas de taxas e impostos.

Pasold (2006) ressalta que em decorrência da economia globalizada as nações são obrigadas a sair do isolamento tanto quanto o indivíduo não pode viver como ermitão, isolado da sociedade. Para o referido autor tais imposições são indiscutíveis já que a desnacionalização progressiva do fluxo internacional de bens é uma distorção que dá lucros astronômicos às empresas multinacionais, em detrimento da economia local e das contundentes questões sociais e ecológicas.

Isto quer dizer que se o ser social – característica tão cantada e decantada do Homem, desde os adventos da ilustração e do iluminismo – não pode ser ermitão, eremita ou hermético, tampouco um Robison Crusoé, ou uma ilha deserta, como se pode admitir que o Estado seja “anão”, isto é, diminuto, a ponto de ter de se prostrar frente ao gigantesco capitalismo neoliberal.

Sob o ponto de vista prescritivo Pasold (2006) propõe que tais características sejam compostas da seguinte maneira:

a) as conformações jurídicas necessitam guardar relação fiel com a realidade que lhes cabe representar e regular;

b) as colocações juridicamente estabelecidas quanto à submissão do Estado à Sociedade, pressupõem que sejam fixados e eficientemente operados os mecanismos políticos voltados para a realização dos princípios que as sustentam;

c) o reconhecimento constitucional e infra-constitucional dos compromissos do Estado para com a Sociedade que o mantém, não é suficiente quando desacompanhado do aparelhamento institucional e administrativo, necessário à sua consagração prática;

d) os fundamentos e as modernas técnicas para um desempenho administrativo eficaz somente se justificam se todo o conjunto tentacular estiver submisso às demandas que, em função da realidade, a Sociedade reclama que sejam atendidas com presteza pelo Estado Contemporâneo;

e) o Estado Contemporâneo deve comportar-se sob a égide da primazia do humano, submetendo o econômico à força social.

O que proponho, com ênfase, é que o Estado seja um instrumento eficaz a serviço do Todo Social.

Pasold (2006) afirma que Estado deve ser um conjunto de atividades legítimas efetivamente comprometidas com uma Função Social, com as seguintes ações: o Estado executa, respeitando, valorizando e envolvendo o seu Sujeito; tem como objetivo o Bem Comum ou Interesse Coletivo, fixado de forma dinâmica pelo Todo Social.

Entretanto, considera-se que os países que inserem as propostas acima mencionadas por Pasold e que não as cumprem não deveriam ser considerados “Estados Contemporâneos” já que a classificação de um Estado não pode ser feita com base em utopias e sim em bases práticas. Sabe-se que Brasil e México, por exemplo, não devem ser considerados Estados Contemporâneos e sim, com muito esforço, Estados rumo à modernidade, já que os graves problemas sociais de uma parcela muito grande da população nesses países são tristemente notáveis.

2.6 Judicialização

Conforme Tate; Vallinder (1995), a expressão “judicialização” é um neologismo, traduzido do inglês “*judicialization*”, utilizado para designar dois fenômenos distintos, “resultantes do crescente protagonismo do Poder Judiciário nas sociedades democráticas” (Garapon, 2001, p. 26).

Segundo Oliveira (2005, p. 561), a idéia de uma lei superior, acima dos poderes do Estado e das leis produzidas no Parlamento é de origem inglesa e foi introduzida nos EUA:

[...] a partir de uma interpretação da Constituição de 1787, embora essa não especificasse, em nenhum artigo, o mecanismo do judicial review. De acordo com o artigo VI, a Constituição é a ‘Lei Suprema da Nação, e os juízes de todos os estados devem se guiar por ela a partir de então’. Foi a partir de uma interpretação, que o juiz da Suprema Corte, John Marshall, fez desse artigo da Constituição, na decisão proferida no caso *Marbury versus Madison*, em 1803, que o mecanismo de judicial review se instalou nos Estados Unidos. Com a prerrogativa de controle de

constitucionalidade das leis, a Suprema Corte americana assumiu também o poder de controlar os outros órgãos políticos – Executivo e Legislativo.

“Judicialização é a reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição” (Carvalho, 2004, p.127).

Em consequência das modificações do Estado, o Judiciário tem sido convocado a participar de decisões dos outros poderes em razão de um pré-conceito, especialmente forte nos dias de hoje, de que as decisões governamentais, executivas ou legislativas, não possuem a *res publica* e o bem comum em tão elevada conta como deveriam.

Vianna (1997, p.241), aponta as conclusões da pesquisa “*Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*” em que 83% dos juízes assinalaram que: “o Poder Judiciário não é neutro” e que “em suas decisões, o magistrado deve interpretar a lei no sentido de aproximá-la dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social”.

A judicialização é adotada como um artifício utilizado para defender propostas de mudança na organização do judiciário ou na cultura jurídica, considerada defasada face às novas necessidades sociais. Essa expansão pode ser interpretada em sentido sistêmico, em que a judicialização implicaria risco de perda das diferenciações funcionais entre os subsistemas do direito e da política (Campilongo, 2000).

Segundo Vieira et. al. (2009, p.76), a judicialização é um fenômeno bastante complexo e possui diferentes dimensões:

De um ponto de vista institucional, a judicialização da política define-se como um processo de transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para os magistrados e tribunais, que passam, dentre outros temas controversos, a revisar e implementar políticas públicas e rever as regras do jogo democrático. A partir de um enfoque mais sociológico, a judicialização das relações sociais ressalta o surgimento do Judiciário como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação da cidadania. Por último, segundo uma perspectiva lógico-argumentativa, a judicialização também significa a difusão das formas de argumentação e decisão tipicamente jurídicas para fóruns políticos, institucionais ou não, representando, assim, a completa domesticação da política e das relações sociais pela “linguagem dos direitos” e, sobretudo, pelo discurso constitucional.

A judicialização causa grande prejuízo à sociedade e enriquecimento da classe jurídica em face de confrontos duradouros que poderiam ser equacionados de outra forma, mas a exploração do mercado de trabalho de juristas implica no enfraquecimento da sociedade.

A judicialização ganha corpo quando os integrantes de uma sociedade chegam a um consenso de que indivíduos e minorias têm direitos que podem ser opostos a majorias (Tate & Vallinder, 1995), e recrudescer ainda mais quando o próprio texto constitucional passa a abrigar um catálogo destes direitos, além dos mecanismos processuais (Cittadino, 2002. p. 25) e institucionais (Moro, 2004, p. 104) destinados a dar eficácia a eles.

A maneira mais correta de solução de conflitos é a prevenção, ou seja, evitar o conflito através de acompanhamento das medidas legislativas, atuar junto à mídia para orientar e outras várias formas preventivas. A segunda forma seria o acordo e como última opção a obrigação de uma determinação externa. Mas hoje em dia o que deveria ser a última alternativa tem sido a primeira.

Se antes o Judiciário era um poder periférico encapsulado em uma lógica com pretensões autopoiéticas inacessíveis aos leigos, distante da agenda pública e dos atores sociais, mostra-se, atualmente, uma instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua intervenção no âmbito social, como também na política (Vianna et. al., 1999).

A judicialização da política pode ser compreendida como resultado de um processo histórico que abrange: o avanço do individualismo, intensificado pela ameaça à integração social, devido ao crescimento do desemprego e ao declínio das políticas sociais; a reação da sociedade aos abusos do poder do Estado, bem como a ameaça dos regimes totalitários; o processo de democratização que se iniciou com a elaboração da legislação para regulação do trabalho e do Welfare State; as reivindicações das minorias em contraposição à cultura dominante sendo, portanto, uma conquista dos movimentos sociais (Garapon, 2001; Salas, 1998; Vianna, 1999).

Vianna (1999) ressalta ainda que este fenômeno, para além da esfera política, também vem alcançando a regulação da sociabilidade e das práticas sociais, incluindo aquelas tidas, tradicionalmente, como de natureza estritamente privada e, assim, impermeáveis à intervenção do Estado, como são os casos das

relações de gênero no ambiente familiar e do tratamento dispensado às crianças por seus pais ou responsáveis.

Para Sorj (2000) a bibliografia sobre a juridificação e a judicialização do conflito social no Brasil focaliza em geral as carências, a morosidade e a ineficiência do Poder Judiciário e as propostas para reformá-lo. Esses aspectos, segundo ele, não refletem no entanto que existe uma dinâmica social nas últimas duas décadas de recepção e defesa de um sentimento democrático, de permanente luta de organismos da sociedade civil e de setores do governo contra a violação dos direitos fundamentais, os quais, para ele, convém ressaltar, jamais foram plenamente garantidos nas sociedades modernas.

Conforme Carvalho (2002) há, nos últimos anos, um deslocamento da cidadania cívica para a cidadania jurídica. Isso não significa que haja uma substituição do sistema representativo, ou mesmo a condenação da cidadania cívica, mas, sim, a convivência de ambas as cidadanias numa democracia contemporânea, numa sociedade complexa como a brasileira.

Bonavides (2005) ao analisar a concretização expõe que a figura do juiz social deve incorporar em seu juízo a nova hermenêutica constitucional e o conceito de concretização postulando pela justiça, inspirado na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais. Demonstrando, mais uma vez, a nova postura do judiciário brasileiro, mais ativa, buscando efetivar os direitos fundamentais em especial ao que tange os direitos sociais.

Neste mesmo, sentido Sarlet (2001, p.243) afirma:

O Constituinte de 1988, além de ter consagrado expressamente uma gama variada de direitos fundamentais sociais, considerou todos os direitos fundamentais como normas de aplicabilidade imediata. Além disso, já se verificou que boa parte dos direitos fundamentais sociais (as assim denominadas liberdades sociais) se enquadra, por sua estrutura normativa e por sua função, no grupo dos direitos de defesa, razão pela qual não existem maiores problemas em considerá-los normas auto-aplicáveis, mesmo de acordo com os padrões da concepção clássica referida. Cuida-se, sem dúvida, de normas imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, o que, por outro lado, não significa que a elas não aplique o disposto no art. 5º, §1º, de nossa Constituição, mas, sim, que este preceito assume, quanto aos direitos de defesa, um significado diferenciado.

Entretanto, o dogma da vedação da atuação do juiz como legislador positivo é frequentemente invocado, sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal, como óbice de concretização de normas constitucionais pelo Judiciário. Para melhor

compreensão, eis em que consiste o dogma, nos termos do próprio Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2002).

Para Garapon (2001), a judicialização nem sempre é entendida como um fato positivo, ao perceber que o crescimento do Judiciário como ator político deve-se à crise de representação política e da própria democracia moderna, na medida em que ocorre um enfraquecimento dos poderes Legislativo e Executivo o autor reconhece na Justiça o último refúgio de um ideal democrático desencantado. O sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causadas pela crise de desinteresse e perda do espírito público.

Segundo Melo (2005), para efetivar o monopólio do judiciário, a sociedade é impelida a crer que “o acesso à Justiça é apenas acesso ao Judiciário. Mas acesso à justiça não é apenas ‘entrar’ e também ‘sair’ com a solução definitiva”. Assim, segundo o autor “o que se veda ao cidadão é o exercício violento do seu direito” (p.2).

Melo (2005, p. 2-3) afirma ainda que: outro aspecto desta judicialização refere-se à administração do país por instituições jurídicas autocráticas e sem respaldo popular e acrescenta:

[...] em geral decidem individualmente de acordo com interesses pessoais e dizem estar fazendo justiça social, a melhor justiça social é a preventiva e feita com a participação do povo. A maioria dos "juristas" não sabe como obter um auxílio reclusão, ou pensão por morte ou uma assistência social junto ao INSS, pois somente conhecem o processo judicial.

A judicialização só se amplia quando os juízes determinam a necessidade de participar das decisões que poderiam ser deixadas à boa ou má discricção de outras instituições, e, ocasionalmente, substituí-las pelas suas.

Segundo Cappelletti (2002), a exata compreensão do acesso à justiça, que se transformou em direito fundamental do cidadão nas modernas democracias, deve abranger tanto a acessibilidade do sistema a todos os indivíduos que necessitem da tutela estatal quanto o bom funcionamento da estrutura judiciária, proporcionando aos cidadãos a produção de resultados socialmente justos.

Santos et. al. (1996) identificam o processo de incremento do acesso à justiça como uma reforma de informação. Tal ocorreria devido ao aumento das desigualdades e, portanto, dos conflitos, que, contudo, não se desdobram

automaticamente em aumento da litigância, já que esta depende também da cultura jurídica presente na sociedade. Aponta, também, que são muitas as etapas necessárias para se chegar ao sistema de justiça. Inicialmente, deve ocorrer uma situação de injustiça. Para tanto, porém, é preciso uma concepção de direitos.

Assim, fica mais bem dimensionado o equivoco da idéia de excesso de litigância e do conceito de judicialização das relações sociais, como na clara assertiva de Koener; Maciel (2002, p. 129):

Fica, pois, a impressão de que quanto mais contextualizado o foco analítico, menos consistente e vantajoso parece ser o recurso ao conceito de judicialização pra identificar a dinâmica da expansão das fronteiras do sistema judicial e os seus efeitos institucionais.

O fenômeno da judicialização das relações sociais está efetivamente ocorrendo e o direito tem realmente influído na vida social das pessoas. São vários os exemplos em que essa situação se verifica, como nos casos de mulheres que são agredidas pelos companheiros e crianças em situação de risco. Pôr evidente que o direito deve regular essas relações, até mesmo em defesa da dignidade da pessoa humana (Bacelar, 2002, p.2).

Os tribunais e juízes dão um passo além da histórica e tradicional independência em relação aos demais poderes, para assumirem-se como uma verdadeira “liderança judicial” da sociedade, com a disposição de fixar uma agenda e fazer valer efetivamente os direitos fundamentais (Moro, 2004, p. 103). A partir da legitimação do Judiciário como “campeão da cidadania”, há, de forma acentuada, uma sobrevalorização dos meios judiciais de controle e, conseqüentemente uma subvalorização dos meios não judiciais, como as manifestações inerentes à cidadania como o voto.

Segundo Santos apud Terra de Direitos (2010), a tendência à judicialização dos conflitos sociais também gera uma inevitável politização da justiça. Fato e análise que não podem passar despercebidos pela sociedade. Tratando-se desta interação entre política e justiça, o que põe à análise contemporânea uma clássica polêmica, cumpre questionar qual o grau de adequação democrática da estrutura, organização e cultura do judiciário em relação aos princípios, objetivos, direitos e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Discutir sobre o procedimento histórico do judiciário e suas estruturas internas é um dos caminhos para a democratização da justiça. Ter conhecimento da forma de sua estrutura, identificar e dialogar com juízes comprometidos com a efetivação dos direitos humanos permitirá à sociedade compreender a crise do judiciário, e finalmente participar do seu processo de reforma, apresentando uma agenda da sociedade para a efetivação dos direitos humanos, em sua relação com a justiça.