

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

CIRILO AUGUSTO FIUZA SALDANHA DE VARGAS

DEFESA TÉCNICA E JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS:  
ESTUDO COMPARADO ENTRE O MODELO JURÍDICO BRASILEIRO E O  
NORTE-AMERICANO

Belo Horizonte

2019

FACULDADE DE DIREITO – PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

CIRILO AUGUSTO FIUZA SALDANHA DE VARGAS

DEFESA TÉCNICA E JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS:  
ESTUDO COMPARADO ENTRE O MODELO JURÍDICO BRASILEIRO E O  
NORTE AMERICANO

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito e Justiça

Linha de Pesquisa: Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e efetividade.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Gonzaga Jayme

Belo Horizonte

2019

Universidade Federal de Minas Gerais  
Faculdade de Direito  
Programa de Pós-Graduação em Direito

Dissertação intitulada “Defesa técnica e Juizados Especiais Cíveis: estudo comparado entre o modelo jurídico brasileiro e o norte americano”, de autoria do mestrando Cirilo Augusto Fiuza Saldanha de Vargas, avaliada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

---

Prof. Dr. Fernando Gonzaga Jayme (Orientador) – Faculdade de Direito – UFMG

---

Prof. Dra. Renata Christiana Vieira Maia – Faculdade de Direito – UFMG

---

Prof. Dr. Cléber Francisco Alves – Faculdade de Direito – UFF

---

Prof. Dr. Érico Andrade (Suplente) – Faculdade de Direito – UFMG

Belo Horizonte, 18 de fevereiro de 2019.

*“Uma das mais claras realidades do nosso tempo é a crise em que o mundo se debate.*

*É manifesto que a Humanidade, mais enferma que culpada, se encontra num cruzamento e, pior que isso, à beira do abismo.*

*Os sintomas da doença que atingem as sociedades estão à vista de todos: diferenças ideológicas, dificuldades econômicas, incompreensão entre os homens, radicalismo, luta, inclusive a luta armada.*

*O mundo partiu-se em dois, para não falar nas inúmeras pequenas frações em que se divide cada um dos hemisférios político-sociais.*

*Profetas de uma nova ordem prometem a redenção na ponta das espadas.*

*Os novos apóstolos substituíram os livros sagrados pelas carabinas.*

*Qual a origem desse estado de cousas?”*

Hélio Tornaghi

*“A primeira coisa a fazer: matar todos os advogados.”*

Dick the Butcher, Henrique 6º, Parte 2  
William Shakespeare

*A DODÔRA, ALICE e HELENA, as três mulheres  
por quem me apaixonei à primeira vista.*

*A RAFAEL, nascido independente e audaz, à espera  
da bênção de Santo Antônio de Lisboa.*

## AGRADECIMENTOS

No dia 19 de setembro de 2016, ali pelas sete da noite, recebi um telefonema do Professor Gláucio Maciel, cumprimentando-me pela aprovação no duro processo seletivo da Pós-Graduação. Desliguei o telefone e chorei, diante de uma plateia atônita (meus filhos e minha esposa).

Depois daquele telefonema o tempo passou rápido demais. O que aprendi e os amigos que fiz, porém, nunca passarão. Aproveitei todas as oportunidades que estiveram ao meu alcance para extrair o máximo da experiência transformadora na Vetusta. É possível que meu trabalho final nada tenha de interessante. Isso importa menos. O fato é que encerro este ciclo com um aperto no coração. Acho que é saudade antecipada.

Portanto, agradeço inicialmente ao Professor Gláucio Maciel Gonçalves, homem cujas qualidades extrapolam, em muito, o vasto saber jurídico. Sua sensibilidade, inteligência e serenidade elevam-se como um farol num oceano de indiferença e de aversão ao debate.

Ao Professor Fernando Gonzaga Jayme, orientador, amigo e mestre, profundo conhecedor do Brasil e do seu povo pobre. Um indignado com o estado de coisas que subverteu nossa realidade. Desde o começo acreditou em mim e nas minhas ideias. Espero ter escapado do “lugar comum” e honrado sua confiança irrestrita.

À Professora Renata Christiana Vieira Maia, estudiosa cujas ideias influenciaram de maneira decisiva meu modo de enxergar o processo e as complexas nuances que por trás dele se escondem.

Ao Professor e colega Cleber Francisco Alves, que aceitou de pronto o convite para integrar minha banca. É difícil mensurar a relevância e a lucidez das suas considerações formuladas para enriquecer o meu trabalho.

À minha esposa, amiga e confidente, Alice de Azevedo Pereira, dona de uma inteligência privilegiada e que, nas mais adversas circunstâncias, sempre foi capaz de manter firmeza e tranquilidade. Obrigado pelos filhos maravilhosos que você me deu e pelo carinho e compreensão de todo dia!

Aos meus pais, Dodôra e Cirilinho, exemplos maiores de coragem, fé na vida e amor pelo conhecimento. Infelizmente, é tarde para mostrar este trabalho ao meu pai. Cedo, ainda, ele partiu.

Aos amigos Emílio Peluso Neder Meyer, Marcelo Paes Ferreira da Silva, Leandro Coelho de Carvalho e Alex Lamy de Gouvêa, pelos inestimáveis conselhos e observações feitas antes e no decorrer da Pós-Graduação.

Registro, por último, minha dívida de gratidão com o amigo, colega e ex-chefe Ricardo Sales Cordeiro, cujo apoio foi determinante para que eu pudesse me ausentar do Brasil e obter as informações que compõem o cerne desta pesquisa.

## RESUMO

Não há mais lugar, no Direito Processual Civil de vanguarda, para o exercício formal do princípio do contraditório. A dialética procedimental, antes tratada como “bilateralidade de audiência”, assumiu caráter dinâmico ou material, levando-se em consideração o *poder de influência* da parte na condução do procedimento, na definição da melhor estratégia instrutória e, conseqüentemente, na elaboração do provimento jurisdicional legítimo. Dentro da metodologia processual moderna, a defesa técnica tem posição de relevo. A Advocacia e a Defensoria Pública – qualificadas pelo Constituinte de 1988 como Funções Essenciais à Administração da Justiça – proporcionam às partes litigantes assistência jurídica, agregando concretude à participação em contraditório. Em outras palavras, a outorga de capacidade postulatória ao profissional detentor de conhecimento técnico jurídico constitui uma garantia pública de que o acesso à tutela jurisdicional dos direitos fundamentais não adquire contornos de mero simbolismo ou retórica. Infelizmente, por conta da subserviência cultural do legislador brasileiro, afeito à importação apriorística de modelos jurídicos estrangeiros, sem a devida certeza de eficiência no Estado de origem, incorporou-se ao sistema processual civil brasileiro procedimento norte-americano de solução de litígios de baixa repercussão econômica (a partir do qual deriva o modelo dos Juizados Especiais Cíveis), que relativiza a importância da defesa técnica. Logo, sob a justificativa de assegurar economia, celeridade e desburocratização, institucionalizou-se o acesso formal à justiça, contrário ao devido processo legal.

**Palavras-chave:** Acesso efetivo à justiça. Contraditório. Poder de influência. Defesa técnica. Juizados Especiais Cíveis.

## ABSTRACT

There is no longer place, in the vanguard Civil Procedural Law, for the formal exercise of the principle of adversary. The procedural dialectic, previously treated as “audience bilaterality”, assumed a dynamic or material character, taking into account the *power of influence* of the party in the conduct of the procedure, in the definition of the best instructional strategy and, consequently, in the elaboration of the legitimate judicial decision. Within the modern procedural methodology, technical defense has a prominent position. The Advocacy and the Public Defender’s Office – qualified by the 1988 Constituent Assembly as Essential Functions for the Administration of Justice – provide litigators with legal assistance, adding concreteness to the contradictory participation. In other words, the granting of postulatory capacity to the professional holding legal technical knowledge constitutes a public guarantee that access to the judicial protection of fundamental rights does not acquire contours of mere symbolism or rhetoric. Unfortunately, due to the cultural subservience of the Brazilian legislature, accustomed to the a priori importation of foreign legal models, without proper certainty of efficiency in the State of origin, was incorporated into the Brazilian civil procedural system the North American procedure for the settlement of disputes of low repercussion (from which derives the model of the small claims courts), which relativizes the importance of technical defense. Therefore, under the justification of ensuring economy, celerity and debureaucratization, formal access to justice was institutionalized, contrary to the due process of law.

**Keywords:** Effective access to justice. Contradictory. Power of influence. Technical defense. Small claims courts.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ABA – *American Bar Association*
- ADI – Ação direta de inconstitucionalidade
- ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
- AGU – Advocacia-Geral da União
- CEDH – Corte Europeia de Direitos Humanos
- CNJ – Conselho Nacional de Justiça
- CPC – Código de Processo Civil
- CR/88 – Constituição da República de 1988
- EUA – Estados Unidos da América
- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
- INSS – Instituto Nacional do Seguro Social
- JESP – Juizado Especial
- LSC – *Legal Services Corporation*
- MPF – Ministério Público Federal
- OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
- OEA – Organização dos Estados Americanos
- PAD – Processo administrativo disciplinar
- PEC – Proposta de Emenda Constitucional
- RE – Recurso extraordinário
- SCC – *Small claims courts*
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STJ – Superior Tribunal de Justiça
- TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais
- UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro
- UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais
- USSC – *United States Supreme Court*
- WJP – *World Justice Project*

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 A GARANTIA DE PROTEÇÃO JUDICIÁRIA.....	15
1.1 Processo efetivo no Estado Democrático de Direito.....	20
1.2 A crise da justiça: fenômeno atemporal e universal.....	25
1.3 <i>Equal justice under law?</i> .....	33
2 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	38
2.1 Contraditório formal ou estático.....	43
2.2 Contraditório material ou dinâmico.....	48
2.3 Aspectos do contraditório no processo civil norte-americano.....	51
3 A DEFESA TÉCNICA NO PROCESSO CIVIL.....	55
3.1 Capacidade postulatória no Direito brasileiro.....	57
3.2 O vínculo entre a defesa técnica e o contraditório.....	58
3.3 O (des)valor da defesa técnica no Direito norte-americano.....	67
3.4 O paradoxo da <i>pro se litigation</i> .....	74
4 O MODELO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.....	80
4.1 Origem das <i>small claims courts</i> norte-americanas e sua influência na criação dos Juizados de Pequenas Causas brasileiros.....	85
4.2 Principais problemas enfrentados pelas <i>small claims courts</i> nos Estados Unidos.....	90
4.3 Adequação do modelo dos Juizados Especiais Cíveis à Constituição da República.....	100
5 ANÁLISE COMPARATIVA.....	111
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	126
REFERÊNCIAS.....	130

## INTRODUÇÃO

Inexiste correspondência necessária entre a pujança econômica de um país e índices elevados de desenvolvimento social, igualdade de oportunidades e bem-estar da população. A incoerência da realidade nacional corrobora tal assertiva: a despeito de integrar o grupo das maiores potências financeiras do planeta e destinar parte considerável do seu Produto Interno Bruto para manutenção da máquina judiciária, o Brasil mantém uma sociedade estamental e mostra-se incapaz de superar a ineficiência crônica da atividade jurisdicional.

Não raro se enxerga com naturalidade (e certa dose de passividade) a eternização dos processos, a legalidade substituída pela equidade, o apego à burocracia e a *fragilização paulatina do contraditório*, acompanhada da desvalorização da defesa técnica. Garantias processuais cedem espaço para a busca pela celeridade que, ao cabo, presta-se tão somente a elevar a produção judicial, quantificando os litígios e, conseqüentemente, as pessoas que buscam tutela jurisdicional. O resultado é um *déficit de normatividade*, caracterizado pelo descompasso entre o outorgado pela Constituição da República e a realidade vivenciada pela massa dos excluídos de privilégios, alheios a qualquer forma de controle sobre as causas determinantes da sua própria exclusão.

Em tempos de polarização política e intolerância, a busca frenética por produtividade judicial fez emergir a ideia de que quantidade supera qualidade decisória, ocultando um quadro de *desumanização do processo*. O litígio de massa e a colossal estrutura concebida para reduzir seu impacto (sob o ponto de vista estatístico) relegaram a segundo plano os próprios indivíduos dependentes da proteção judiciária e da afirmação do direito objetivo, progressivamente alienados da construção dos provimentos.

Dois exemplos extraídos da Justiça mineira ilustram o ostracismo experimentado pelo que se pode nominar de “jurisdicionado invisível”: no mês de julho de 2018, diversas audiências de usucapião, envolvendo grupos fragilizados da sociedade (idosos, negros e pobres) assistidos pela Defensoria Pública, foram subitamente canceladas pela Vara de Registros Públicos de Belo Horizonte sob a justificativa de “falta de magistrado no Fórum da Comarca”. O mesmo juízo, em 2018, passou a designar audiências de usucapião para o ano de 2020, sem assumir responsabilidade pelo fato de que, em ações dessa natureza, há probabilidade de os autores não sobreviverem para participar da colheita da prova.

É o caso de indagar se a Justiça civil brasileira não está falida.

Firme no propósito de alcançar a decantada efetividade processual (sem conhecer ao certo o significado da expressão), o legislador brasileiro fez-se pródigo em alterar a lei, con-

victo de ter encontrado, em cada momento histórico, a *receita milagrosa* capaz de imprimir rapidez acima de tudo aos feitos judiciais. Nessa toada, o Executivo e o Congresso Nacional – imbuídos do mesmo ufanismo às avessas que levou Juracy Magalhães, o primeiro embaixador brasileiro em Washington depois do golpe de 1964, a afirmar que “O que é bom para os Estados Unidos é bom para o Brasil” – revelou seu apreço indisfarçável pelo Direito norte-americano.

É secular a posição referencial dos Estados Unidos em matéria de democracia e de direitos políticos, todavia uma visão crítica da realidade leva a indagar: o sistema jurídico-processual do país representa a quinta-essência em termos de efetividade de acesso à tutela jurisdicional? Quais são as barreiras processuais impostas (implícita e explicitamente) aos pobres? Como se comportam os chamados litigantes habituais? Existe similaridade entre o sistema jurídico brasileiro e norte-americano, a ponto de garantir o sucesso de toda e qualquer importação do universo anglo-saxão?

Ainda hoje paira sério desconhecimento não apenas das técnicas processuais empregadas nos Estados Unidos da América (EUA), mas também do impacto social das normas que lá vigoram. O estudioso brasileiro estaria possivelmente à mercê da contemplação literária e cinematográfica caso não tivesse acesso ao trabalho de comparativistas do tomo de José Carlos Barbosa Moreira, Cléber Francisco Alves, Mauro Cappelletti e Michele Taruffo.

O tema-problema desta pesquisa ganhou corpo a partir das informações obtidas pelo autor deste trabalho, no ano de 2015, durante estágio realizado na Suprema Corte e na Defensoria Pública Federal, ambas do Estado do Alabama. Observaram-se, durante tais estágios, contradições e fragilidades do Sistema de Justiça estadunidense que colocaram em xeque noções previamente concebidas.

Na “terra dos livres e casa dos bravos” (“*The land of the free, and the home of the brave*”) não existe previsão constitucional sobre a essencialidade da Advocacia, e o direito à defesa técnica no processo penal foi alçado à condição de garantia fundamental somente na década de 1960, inexistindo, até os dias de hoje, extensão de tal prerrogativa à esfera civil.

Para a maioria das nações de índole democrática, a defesa técnica (ou assistência jurídica) no processo civil – cerne do presente estudo – assumiu posição de relevo. Isso porque não existe mais lugar para o exercício retórico do princípio do contraditório, e a dialética procedimental, tratada no passado como “bilateralidade de audiência”, assumiu caráter efetivo (e *status de Direito Humano*), considerando-se o *poder de influência* da parte na condução do procedimento e, conseqüentemente, na elaboração do provimento jurisdicional legítimo.

Delimitado o objeto, pretende-se examinar neste estudo se a outorga de capacidade postulatória ao profissional detentor de conhecimento técnico (advogado ou defensor público) traduz-se em garantia pública de que o acesso à tutela jurisdicional não possui contornos de mero simbolismo, despido de repercussão positiva na vida do cidadão.

Também constitui objeto desta pesquisa – paralelamente à investigação sobre o vínculo entre a defesa técnica e o contraditório – a análise de um mecanismo processual oriundo do Direito norte-americano, importado durante a ditadura militar brasileira para debelar a crise judiciária nacional. Trata-se do Juizado Especial de Pequenas Causas, instituído no Brasil durante a vigência da Constituição de 1967 pela Lei 7.244/84.

A norma, concebida pelo Executivo, foi o primeiro passo para a instalação do sistema dos Juizados Especiais, atualmente regido pelas Leis 9.099/95 (Juizado Estadual), 10.529/2001 (Juizado Federal) e 12.153/2009 (Juizado da Fazenda Pública). O procedimento fundado pela Lei 7.244 merece investigação crítica porque tem como eixo uma das marcas da tradição liberal norte-americana: a *relativização da defesa técnica*, com atribuição de capacidade postulatória ao cidadão leigo, técnica de acesso *formal* à justiça contrária ao disposto nos arts. 133 e 134 da Constituição da República, dispositivos que realçam a indispensabilidade da Advocacia e da Defensoria Pública para administração da justiça.

Objetivou-se realizar uma pesquisa de direito comparado de cunho teórico-crítico, partindo-se da premissa de que o conhecimento de ordenamentos estrangeiros serve como importante ferramenta para avaliar o grau de eficácia de institutos jurídicos nacionais. Ressalte-se que a análise do Direito estadunidense levada a cabo pelo autor se deu a partir de precedentes e de referenciais bibliográficos reputados como emblemáticos e particularmente esclarecedores, ante o risco de alongar em demasia a investigação, tornando inexequível este trabalho de pós-graduação *stricto sensu*. Os achados e a argumentação deste relatório de pesquisa encontram-se distribuídos em cinco capítulos.

O Capítulo 1 trata da garantia da proteção judiciária em seu viés formal e material. Discute-se também sobre o conceito possível de processo efetivo e sobre os fenômenos da litigância contida e da hiperlitigiosidade, especialmente a partir de dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O último tópico deste capítulo analisa o grau de acessibilidade à justiça civil nos Estados Unidos.

Cuida o Capítulo 2 da garantia constitucional do contraditório, elemento essencial do devido processo legal, sob as perspectivas “estática” e “dinâmica”, realçando o papel reservado ao juiz e às partes no Estado Democrático de Direito. Analisa a evolução do contraditório

na jurisprudência norte-americana, desde a década de 1960, no intuito de viabilizar a compreensão do nível de influência que as partes exercem sobre os provimentos jurisdicionais.

Discute o Capítulo 3 a opção política feita pela Constituição brasileira acerca da capacidade postulatória e busca delinear o vínculo existente entre a defesa técnica (exercida no Brasil pela Advocacia e pela Defensoria Pública) e o exercício do contraditório. Aborda ainda dois pontos de importância capital: de um lado, o desvalor da assistência jurídica nos EUA, desde o julgamento do *leading case* Gideon v. Wainright, em 1963, até a decisão proferida pela Suprema Corte em Turner v. Rogers, em 2011. De outro lado, cuida-se também, nesse capítulo, do paradoxo da chamada *pro se litigation*, ou litigância em causa própria, tida pela jurisprudência estadunidense como direito fundamental, relacionado à autonomia privada dos cidadãos.

O Capítulo 4 trata do sistema dos Juizados Especiais Cíveis, expondo detalhes sobre a sua origem e razão de existência. Visando à investigação sobre o acerto (ou não) de se importar um procedimento lastreado em bases jurídicas estranhas à realidade brasileira, analisa, a partir de pesquisas de campo produzidas nos EUA, os problemas vivenciados pelas *small claims courts* (SCC) norte-americanas, modelos dos Juizados de Pequenas Causas no Brasil. Avalia, ainda, a adequação dos Juizados à Constituição da República de 1988 (CR/88), no que concerne à relativização da defesa técnica e ao seu impacto sobre o exercício do contraditório.

No derradeiro capítulo, busca-se realizar uma síntese comparativa entre o Direito brasileiro e o norte-americano, no que concerne à garantia de acesso à justiça, ao tratamento conferido pelos ordenamentos à Advocacia, à amplitude do princípio do contraditório e, por último, à eficácia dos Juizados e das *small claims courts*.

Este trabalho, evidentemente, não pretende fornecer respostas prontas e acabadas ao problema do acesso à justiça e, em última análise, sobre a crise judiciária. Aliás, essa pode ter sido a pretensão que moveu o Executivo Federal brasileiro durante o regime militar, levando à tropicalização das *small claims courts*. O que se busca, nos estreitos limites de uma Dissertação de Mestrado, é examinar o quão ilusória (e perigosa) é a noção de que existe *fórmula mágica estrangeira* para sanar defeitos que antecedem a inovação legislativa e perpassam a própria fundação da sociedade brasileira. Toda e qualquer importação jurídica deve submeter-se à crítica e à avaliação criteriosa sobre os erros e os acertos no país de origem antes de ser considerada benéfica. E mais: este autor nutre o sincero desejo de que a presente pesquisa sirva como um alerta – em momento de radicalização tão intensa no campo social e político – contra a *desumanização do processo*, solapado nas últimas décadas pela ideia de que quantidade prepondera sobre qualidade.

Cabe um último registro: grande parte da informação contida no texto provém de fonte bibliográfica norte-americana. Optou-se, no intuito de facilitar a compreensão e a fluidez da leitura, pela não inclusão de notas de rodapé contendo versão original na língua inglesa das traduções livres realizadas pelo autor. De todo modo, o leitor poderá conferir o conteúdo dos textos originais a partir das referências indicadas.

## 1 A GARANTIA DE PROTEÇÃO JUDICIÁRIA

A garantia de proteção judiciária ou o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional<sup>1</sup> representa a prerrogativa de tornar concreto o ordenamento jurídico, via atuação dos tribunais provocada pelos interessados. Tem origem liberal e natureza defensiva,<sup>2</sup> destinando-se à prevenção contra o arbítrio e garantindo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CR/88, art. 5º, XXXV).

A partir do momento em que o Estado moderno proibiu o cidadão de fazer justiça com mãos próprias (Código Penal, art. 345), prometeu-se a prestação jurisdicional substitutiva para a defesa dos direitos. Logo, “A pessoa interessada, exercitando o direito de ação, provoca a jurisdição (*ius dicere*), ou seja, o poder-dever do Estado de declarar e realizar o Direito.”<sup>3</sup>

Dá-se o exercício da jurisdição por meio do processo, procedimento discursivo de origem constitucional (regido pelos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia). Pela via processual, garantem-se “direitos de participação e condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento jurisdicional”.<sup>4</sup> José Miguel Garcia Medina explica que o alemão Peter Häberle, ao formular, na década de 1970, a teoria do *status activus processualis*, partiu da premissa de que não é possível ser “Democrático de Direito” o Estado, caso o processo seja avesso à participação ativa das partes. Devem, pois,

[...] todos os atos e fases do processo propiciar a participação procedimental das partes, a fim de que estas tenham condições de, ao pleitearem a proteção jurídica adequada a um determinado direito material, influir no processo de formação da solução jurídica.<sup>5</sup>

Jurisdição, ação e processo, categorias fundantes do Direito Processual Civil, viabilizam o que a doutrina norte-americana denomina “cidadania democrática”. Uma das mais importantes formas de participação cívica ocorre por intermédio do sistema judicial, que promo-

<sup>1</sup> Cf. obra clássica, fruto da Dissertação de Mestrado do professor Kazuo Watanabe, defendida na Faculdade de Direito da USP: *Controle jurisdicional* (Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais. São Paulo: RT, 1980.

<sup>2</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 496.

<sup>3</sup> VARGAS, José Cirilo de. *Direitos e garantias individuais no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 143.

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, p. 161-169, 1º e 2º sem. 2000, p. 165.

<sup>5</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 190, p. 289-302, abr./jun. 2011, p. 291.



A mesma lógica, segundo o Tribunal de Estrasburgo, aplica-se ao princípio de Direito Internacional que veda a negação da justiça. O artigo 6º, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que faz alusão à garantia do processo justo ou equitativo, deve ser lido à luz desse princípio.

Não é exagero sustentar que o Brasil tateia na consolidação de uma democracia. A ampla noção de inafastabilidade da tutela judicial efetiva (englobando o poder geral de cautela e a proteção dos direitos transindividuais) somente ganhou corpo na década de 1980.

Em passado recente, a Constituição da República previa hipóteses de exclusão da proteção judiciária. A emenda constitucional nº 1 à Constituição de 1967, em seu art. 181, excluía de apreciação judicial os atos praticados pelo “Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964”, assim como aqueles perpetrados com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem como todos os atos dos ministros militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República.

Um dos mais execráveis episódios de desrespeito à garantia de proteção judiciária foi o julgamento do HC nº 26.155/DF, em junho de 1936. Naquele contexto, o Supremo Tribunal Federal, baseado no decreto n. 702/1936 (que vedava a utilização da garantia constitucional do *habeas corpus*), permitiu a expulsão para a Alemanha da militante comunista Olga Benário Prestes, lavando as mãos quanto ao seu destino certo. Eis o conciso teor do acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas corpus* impetrado pelo Dr. Heitor Lima em favor de Maria Prestes, que ora se encontra recolhida à Casa de Detenção, a fim de ser expulsa do território nacional, como perigosa à ordem pública e nociva aos interesses do país. A Corte Suprema, indeferindo não somente a requisição dos autos do respectivo processo administrativo, como também o comparecimento da paciente e bem assim a perícia médica a fim de constatar o seu alegado estado de gravidez, e atendendo a que a mesma paciente é estrangeira e a sua permanência no país compromete a segurança nacional, conforme se depreende das informações prestadas pelo Exmo. Sr. Ministro da Justiça: atendendo a que, em casos tais, não há como invocar a garantia constitucional do *habeas corpus*, à vista do disposto no art. 2 do decreto n. 702, de 21 de março deste ano: acordam por maioria, não tomar conhecimento do pedido. Custas pelo impetrante.<sup>13</sup>

A história brasileira corrobora a afirmação de Gláucio Maciel no sentido de que o direito à proteção judiciária “reflete a ideologia do Estado em determinada época; com a ditadura ele é banido ou restringido no ordenamento jurídico; já com a democracia ele é plenamente assegurado”. Ele espelha a “cara” da nação.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> STF. Habeas corpus nº 26.155/DF, Rel. Min. Bento de Faria, Tribunal Pleno, j. 17.6.1936.

<sup>14</sup> GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. Direito à tutela jurisdicional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n. 129, p. 311-316, jan. 1996, p. 315.

Existindo um componente ideológico que determina a amplitude do direito à tutela jurisdicional, é válido sustentar que, a depender do modelo de Estado adotado (liberal, social ou democrático de direito), serão variadas (*ou nulas*) as medidas adotadas pelo poder público para efetivar a garantia aqui exposta.<sup>15</sup>

Tome-se como exemplo a questão da assistência jurídica gratuita aos vulneráveis, ponto-chave no que concerne à efetividade do acesso à justiça e que depende do apropriado investimento de verba pública. Quando do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.943, destacou em seu voto a relatora, Ministra Carmen Lúcia:

Em um Estado marcado por inegáveis e graves desníveis sociais e pela concentração de renda, uma das grandes barreiras para a implementação da democracia e da cidadania ainda é o efetivo acesso à Justiça. Estado no qual as relações jurídicas importam em danos patrimoniais e morais de massa devido ao desrespeito aos direitos de conjuntos de indivíduos que, consciente ou inconscientemente, experimentam viver nessa sociedade complexa e dinâmica, o dever estatal de promover políticas públicas tendentes a reduzir ou suprimir essas enormes diferenças passa pela criação e operacionalização de instrumentos que atendam com eficiência as necessidades dos seus cidadãos.<sup>16</sup>

A estruturação lenta e deficitária da Defensoria Pública no Brasil revela o acerto da posição de José Cirilo de Vargas em relação à necessidade de se outorgar materialidade à tutela jurisdicional.<sup>17</sup> A preocupação maior não é com as prerrogativas previstas formalmente pela Constituição, mas sim “com a efetividade do que se contém na legislação”. Na década de 1990 os obstáculos à assistência jurídica integral e gratuita já eram objeto de análise e preocupação de Barbosa Moreira:

Na verdade, estamos longe – neste e em inúmeros outros pontos – de realizar o que promete a Constituição da República. Para começar, é estreitíssima a faixa da população realmente atingida, de alguma forma, pelo benefício. [...] Não é preciso recorrer a pesquisas para concluir, de imediato, quão larga é a distância entre as necessidades e a efetiva prestação de serviços – seja dito sem nenhum desprimor para a Defensoria Pública, na qual funcionários em geral competentes e zelosos se esforçam para superar condições de trabalho notoriamente desfavoráveis, para cumprir de modo cabal as atribuições do cargo.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Infelizmente a “cara” da nação brasileira – democracia claudicante – é marcada por deixar de assegurar às pessoas liberdade plena e o gozo das garantias fundamentais. Veja-se que o STF, guardião da Constituição, tem permitido, desde o ano de 2016, a execução provisória da pena privativa de liberdade, mediante decisões de caráter precário. O próprio órgão de cúpula do Judiciário *nega jurisdição*, portanto, quando viabiliza um estado de indefinição de tal forma prolongado, que impede qualquer tribunal nacional de fazer cumprir o disposto no art. 5º, LVII (“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”).

<sup>16</sup> STF. ADI nº 3.943/DF, Rel. Min. Carmem Lúcia, Tribunal Pleno, j. 7.5.2015, DJE 6.8.2015.

<sup>17</sup> VARGAS, José Cirilo de. *Direitos e garantias individuais no processo penal*, p. 147-148.

<sup>18</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Temas de direito processual: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 61.

Conforme pondera Marjorie Marona, para a garantia do pleno acesso à justiça, pela via dos direitos, exigem-se

[...] reformas institucionais que viabilizem a efetivação desses direitos, considerando que, na realidade, um conjunto mais ou menos extenso de condicionantes de ordem socioeconômicas ou identitárias funda estruturas de exclusão e desigualdade social, que impactam na efetiva igualdade de acesso à justiça pela via dos direitos.<sup>19</sup>

Antes de encerrar este tópico e passar à investigação da efetividade do processo no Estado Democrático, há três considerações importantes a fazer sobre a garantia de proteção judiciária.

Em primeiro lugar, o exercício da jurisdição não tem finalidade de pacificação social, mas de *afirmação do ordenamento jurídico* (a título de exemplo, o ajuizamento de uma ação declaratória não pressupõe conflito prévio, tampouco violação de direito). Ademais, a atuação substitutiva do Estado sobre um conflito somente abre a possibilidade de superação do quadro litigioso se a fundamentação do provimento for idônea, ou seja, construída com respeito à *congruência* (é imperiosa a correlação entre pedido e provimento jurisdicional) a partir de argumentos jurídicos resultantes da participação das partes em contraditório. Exatamente por essa razão, o legislador estabeleceu a regra contida no art. 489, §1º, IV, do Código de Processo Civil (CPC), segundo a qual “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Esta é a condição para que o Estado se *justifique*:<sup>20</sup> o convencimento da parte vencida acerca da sua posição, com base na norma. Expondo de forma distinta, mesmo que resolvido o mérito por meio da demanda, a paz social é um resultado acidental e não intrínseco à prestação judiciária.

Em segundo lugar e em complemento à primeira observação: é plausível que o poder público exerça jurisdição despida de legitimidade, bastando que, para tanto, o Estado prive os cidadãos das garantias processuais básicas previstas na Constituição. Na Alemanha de Hitler, havia jurisdição, sem Devido Processo. O Estado tinha total liberdade para intervir na esfera pessoal do indivíduo sem submeter-se a qualquer princípio ou garantia estabelecidos na Constituição. A estrutura estatal repressora sustentava-se num modelo legalista pseudodemocrático. Esclarece Fábio Konder Comparato que “Hitler, afinal, não precisou revogar a Constitui-

<sup>19</sup> MARONA, Marjorie Corrêa. *Acesso à qual justiça? A construção da cidadania brasileira para além da concepção liberal*, p. 54.

<sup>20</sup> Expressão utilizada por José Carlos Barbosa Moreira, em sua obra *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito*. Temas de direito processual: segunda série, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 89.

ção de Weimar para instaurar na civilizada Alemanha a barbárie nazista: simplesmente relegou às traças aquele ‘pedaço de papel’”.<sup>21</sup>

Por derradeiro, não se concebe desenvolvimento econômico sem funcionalidade do Sistema de Justiça formal (que inclui Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como funções essenciais à Justiça e instituições voltadas para a segurança pública). Adverte Fernando Jayme que “sem estas instituições, o desenvolvimento do setor privado e a modernização do setor público não se completam”. Comprometidos a eficiência e o crescimento econômico, “o combate à pobreza fica combalido”.<sup>22</sup>

Armando Castellar, autor da pesquisa *Judiciário e economia no Brasil*, lembra que “países com boas instituições são duas vezes mais eficientes e crescem três vezes mais, em termos per capita, do que países pobres em ‘capital institucional’”. Isso porque, “para se mostrarem efetivas, as leis precisam estar lastreadas em instituições destinadas à sua aplicação e à resolução de disputas, instituições que precisam desempenhar essas funções de maneira eficiente”.<sup>23</sup> Informa o Banco Mundial, em seu *Relatório de Desenvolvimento Mundial* de 2017, que todos os países de alta renda, membros da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico, obtêm bons resultados nos indicadores normativos e concretos ligados ao Estado de Direito, incluindo independência, responsabilidade e eficácia judicial.<sup>24</sup>

### 1.1 Processo efetivo no Estado Democrático de Direito

Não há um conceito unívoco de “tutela jurisdicional efetiva”. Cappelletti e Garth chegam a afirmar que “efetividade”, no caso, “é, por si só, algo vago” e que a efetividade perfeita existiria diante da completa isonomia processual. Nesse cenário ideal, a conclusão de um processo dependeria tão somente dos “méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e a reivindicação dos direitos”.<sup>25</sup> Está-se a referir às vantagens econômica, técnica, jurídica e organizacional das quais gozam os entes superpoderosos, responsáveis pelo estrangulamento do sistema judicial, por meio de uma litigância habitual predatória.

<sup>21</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Uma morte espiritual. *Folha de S. Paulo*, 14 maio, 1998. Caderno 1, p. 3.

<sup>22</sup> JAYME, Fernando Gonzaga. Necessitamos de um novo código de processo civil? In: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coords.) *Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 135.

<sup>23</sup> CASTELLAR, Armando (Org.). *Judiciário e economia no Brasil*. Rio de Janeiro: Biblioteca Virtual de Ciências Humanas do Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009, p. 3.

<sup>24</sup> WORLD BANK. 2017. *World Development Report 2017: Governance and the Law*. Washington, DC: World Bank, p. 102. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/en/publication/wdr2017>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

<sup>25</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 15.

O Código de Processo nos Tribunais Administrativos de Portugal tenta definir de maneira abrangente o princípio da tutela jurisdicional efetiva como

[...] o direito de obter, em prazo razoável, e mediante um processo equitativo, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, cada pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar e de obter as providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias, destinadas a assegurar o efeito útil da decisão.<sup>26</sup>

A CEDH, quando do julgamento do caso *Bellet v. França*, no ano de 1995, decidiu que o fato de a pessoa ter acesso aos remédios processuais internos, apenas para ser informado de que tais garantias são obstadas pelo próprio ordenamento jurídico, não satisfaz os requisitos do processo justo previsto no art. 6º, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos. O grau de acesso franqueado pela legislação nacional deve ser suficiente para garantir o direito à proteção judiciária, tendo em conta o “princípio do Estado de Direito” em uma sociedade democrática. Para que o direito de acesso seja efetivo, um indivíduo deve ter uma clara e prática oportunidade de questionar um ato que afeta seus direitos.<sup>27</sup>

A partir das práticas legislativas e judiciais brasileiras, percebe-se que a “efetividade” é um predicado fluido do processo. Depende da conjuntura político-institucional, ou melhor, do discurso que se amolde às necessidades do grupo social dominante, em economias de mercado como a brasileira. Conforme observou o saudoso Calmon de Passos,<sup>28</sup> inexistente pureza no Direito e no processo, “e, principalmente ele, está carregado de intenções políticas e tem múltiplas implicações econômicas e mil disfarces ideológicos”.

No que concerne ao CPC, por exemplo, vigente desde março de 2016, o trabalho da comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto mirou alcançar efetividade, preponderantemente, por meio da celeridade processual. Extrai-se da Exposição de Motivos que

<sup>26</sup> Disponível em: [[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=439&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=439&tabela=leis)]. Acesso em: 8 março 2018. É célebre a lição de Barbosa Moreira, que remonta à década de 1980, acerca do que ele chamou de “requisitos básicos que o processo há de buscar satisfazer, para merecer a qualificação de ‘efetivo’”, sendo eles: “a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento [...]; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis [...]; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre o problema da “efetividade” do processo*. Temas de direito processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-28).

<sup>27</sup> CEDH. *Bellet v. France*, 23805/94 (1995). Para acesso à íntegra da decisão: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57952>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

<sup>28</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 66.

“Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere”.<sup>29</sup>

Não é possível ignorar que a demora – associada à hiperlitigiosidade por parte de poucos – seja um defeito crônico enfrentado pelo Judiciário brasileiro. A República Federativa do Brasil foi responsabilizada internacionalmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por sua incapacidade institucional de assegurar prestação jurisdicional em tempo razoável (*Caso Ximenes Lopes v. Brasil*, sentença proferida em 30.11.2005).<sup>30</sup>

Será a lentidão, todavia, a única mazela processual ou mesmo a principal? O problema não é precedente e menos simplista? Reformas legislativas promovem efetividade? Interessa a alguém a morosidade? A doutrina aponta a lentidão processual como óbice ao bom funcionamento dos bancos, instituições que encabeçam a lista dos maiores litigantes do país:<sup>31</sup>

Os bancos reclamam da morosidade da justiça e se sentem vulneráveis às posições de alguns juízes, que consideram viesadas em favor dos devedores. A reação dos bancos tem se dado de duas formas. De um lado, eles têm procurado criar instrumentos que reduzam sua vulnerabilidade ao mau funcionamento da justiça, acelerando o resgate de garantias e facilitando a cobrança de dívidas. São exemplos a alienação fiduciária e a cláusula-mandato. De outro lado, elevam os *spreads* bancários de forma a compensar o aumento do risco e dos custos decorrentes das práticas judiciais. De acordo com os bancos consultados, esse aumento dos *spreads* gira em torno de 10 a 30%.<sup>32</sup>

No entender do Banco Mundial, garantir celeridade é primordial para que o Judiciário viabilize a “paz social”:

A função do Poder Judiciário em qualquer sociedade é de ordenar as relações sociais e solver conflitos entre os diversos atores sociais. Atualmente, o Judiciário é incapaz de assegurar a resolução de conflitos de forma previsível e eficaz, garantindo assim os direitos individuais e de propriedade.”<sup>33</sup>

<sup>29</sup> BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. 268 p. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 7-8.

<sup>30</sup> JAYME, Fernando Gonzaga. *Necessitamos de um novo código de processo civil?*, p. 136.

<sup>31</sup> CASTELAR, Armando (Org.). *Judiciário e economia no Brasil*, p. 118.

<sup>32</sup> Para Alexandre Bahia, “reformas semelhantes às efetuadas no Brasil vêm ocorrendo nos vários países da América Latina, pressionados por órgãos como o FMI e o Banco Mundial, cujos postulados são por medidas que garantam o funcionamento do Judiciário de modo a atrair investimentos dos mercados internacionais – e não, necessariamente, decisões ‘corretas’ ou grande acesso.” (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Avançamos ou retrocedemos com as reformas? Um estudo sobre a crença no poder transformador da legislação e sua (in)adequação face o estado democrático de direito*. In: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coords.) *Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 28).

<sup>33</sup> WORLD BANK. Technical paper number 319. *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean: Elements of reform*. DAKOLIAS, Maria (Org.). Washington, DC: World Bank, 1996, p. xi. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/427921468226755170/pdf/multi-page.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

Fato é que os pronunciamentos jurisdicionais refletem manifestação do poder político do Estado, que nunca pode ser arbitrário.<sup>34</sup> Devem, portanto, ser construídos conforme regras expressamente definidas na lei, que, em respeito ao princípio da supremacia constitucional, deve espelhar a vontade do constituinte.

A Constituição de um país corresponde não apenas à expressão máxima da vontade popular e parâmetro de validade de todas as demais normas componentes do ordenamento jurídico, mas também ao compromisso do Estado de munir o povo de instrumentos para alcance da autonomia plena. Citem-se como exemplos o mandado de segurança e o *habeas corpus*, garantias passíveis de serem utilizadas mediante procedimentos sumários, aptos a rechaçar, com máxima eficiência, o arbítrio do próprio poder público.

Lembra Comoglio que o desfecho da Segunda Guerra Mundial chamou a atenção para a necessidade de se reconhecerem constitucionalmente garantias processuais, criando-se, assim, o mais amplo quadro de prerrogativas invioláveis, de acordo com o sistema internacional de Direitos Humanos. Verificou-se que a ordem legal de proteção jurisdicional em vigor na Itália e na Alemanha era inapta para coibir repressões à liberdade individual e o genocídio.<sup>35</sup>

Em outras palavras, a fraude constitucional perpetrada na Alemanha durante o regime nazista demonstrou que a simples elevação dos direitos fundamentais à condição de constitucionais não foi suficiente para torná-los efetivos.<sup>36</sup> Fez-se necessária a instrumentação de garantias, também constitucionais, aptas a viabilizar o gozo das prerrogativas estabelecidas pelo Constituinte. Assim, despontou na Europa a ideia de Processo Constitucional, destinado “a respaldar as garantias fundamentais, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento delas”.<sup>37</sup> Portanto “toda jurisdição é constitucional”, porque é dever dos órgãos jurisdicionais “apreciar e decidir as questões constitucionais suscitadas em qualquer processo, nos casos concretos levados à sua apreciação para julgamento”.<sup>38</sup>

Nessa perspectiva, a atribuição ao juiz e aos tribunais da função de guardiões da Constituição aumentou sobremaneira sua responsabilidade: a proteção constitucional exige, além

<sup>34</sup> DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A fundamentação das decisões jurisdicionais no estado democrático de direito. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 13, p. 333-350, 2007, p. 337.

<sup>35</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998, p. 99.

<sup>36</sup> Durante o regime nazista existia um movimento constitucionalista organizado na Alemanha. A Constituição de Weimar, promulgada em 1919, estava em vigor e previa um amplo rol de direitos, principalmente sociais. Não havia, contudo, a noção de supremacia e rigidez constitucional. Logo, os princípios asseguradores da inviolabilidade de direitos fundamentais foram relegados a segundo plano, justamente para facilitar a agressiva ingerência do Estado.

<sup>37</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 93, n. 337, p. 105-123, jan./mar. 1997, p. 120.

<sup>38</sup> DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 92.

da fiscalização legislativa, que se preste absoluta obediência aos princípios estabelecidos pelo constituinte. Logo, o exercício de jurisdição não revela, por si só, a existência de processo. Este somente se materializa quando regido pelos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

O desafio de se alcançar a efetividade processual envolve menos aceleração, produtividade e retirada de poder das pessoas que pleiteiam a proteção judiciária (transferindo-o para o órgão jurisdicional) e mais equilíbrio de forças para aqueles que abdicaram da possibilidade de resolver o litígio sem intervenção do Estado. Sobre o tema, judiciosa a opinião de Barbosa Moreira:

Um dos grandes desafios do processo socialmente orientado é o desequilíbrio de forças, que logo de início se exhibe entre as partes litigantes, a comprometer em regra a igualdade de oportunidades de êxito no pleito. Como bem se compreende, ressalta particularmente o aspecto econômico, que todavia está longe de ser o único. Antes mesmo dele, põe-se um problema de ordem cultural. O baixo nível de cultura constitui, aqui como em tudo, fator de marginalização. Para um analfabeto ou semianalfabeto, são notórias as desvantagens nesta espécie de competição, a começar pelo déficit informativo,<sup>39</sup> que tantas vezes lhe dificulta ou até veda a noção de seus direitos e da possibilidade de reclamar satisfação por via civilizada.<sup>40</sup>

A busca pela “jurisdição relâmpago” determinou o florescimento da “ideologia da justiça rápida e prodigiosa numa relação de consumo (juiz-parte)”, que “ênfatiza o princípio da celeridade em detrimento da ampla defesa.”<sup>41</sup> Bedaque sintetiza o suposto “confronto entre dois valores”: de um lado, a forma do ato processual, meio pelo qual se garante liberdade e segurança; por outro ângulo, há um valor consistente no próprio “resultado previsto para o ato”. Esse autor conclui que, “Se tivermos de optar entre esses dois valores, sem sombra de dúvida devemos preferir o último, pois ele incorpora a natureza instrumental do processo”.<sup>42</sup>

Soa perigoso não apenas qualificar o processo como mero instrumento (e não uma garantia pública), mas também pugnar por um resultado processual sob o ponto de vista exclusivo da rapidez ou da produtividade do juiz. O mecanismo de prestação jurisdicional é complexo e sustentado por elos que asseguram a racionalidade democrática. Afinal de contas, “a justiça da decisão pressupõe a justiça do procedimento”, eis que, se o provimento for resultante de violação a direito fundamental, “o ato de poder jurisdicional, ao invés de meio

<sup>39</sup> A Secretaria Especial dos Direitos Humanos, partindo da premissa de que a educação em direitos fortalece uma cultura de promoção e defesa dos direitos humanos, elaborou, em 2007, o *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*. Para acesso à íntegra do documento: <<http://portal.mec.gov.br>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

<sup>40</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Por um processo socialmente efetivo*, p. 8.

<sup>41</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Comentário de acórdão do STF. *Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG*, Belo Horizonte, v. 1, p. 59-78, jan./jun. 2004 (série participativa), p. 73.

<sup>42</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 60.

de tutela, torna-se instrumento de risco para a coletividade”.<sup>43</sup> A premissa central é de que “a lei não pode conceber formas que tornem ilusória a concepção de processo consagrada na Constituição”.<sup>44</sup> Calmon de Passos, em passagem memorável de seus *Comentários ao código de processo civil*, afirma:

Pode parecer ridículo, mas insistimos numa coisa que nos preocupa. O Poder Judiciário de nosso país e, por contaminação, o Poder Legislativo, sob o impacto da autoridade (intelectual e funcional) de alguns doutrinadores que se tornaram arautos da celeridade, efetividade, deformalização e tudo o mais, fizeram do réu o objeto de seu ódio. E todos aqueles princípios tão verdadeiros e tão merecedores de atenção e de disciplina, por força dessa deformação cabocla, tornaram-se os carrascos do réu, vitimado para possibilitar relatórios judiciais reveladores de altos índices de produtividade, mortalhas com que são envolvidos os cadáveres das garantias do devido processo legal. E o pior, como apontado, é que aqui se emprestou desvalia ao réu, em detrimento, justamente, do princípio da celeridade. Antes de tudo ser mais rápido e racional se fez mais lento e totalmente irracional.<sup>45</sup>

O prejuízo à democracia decorrente do uso utilitarista do processo foi objeto de análise pela CEDH, em *Nideröst-Huber v. Suíça*. Ao investigar sobre a observância do direito à participação efetiva em contraditório, observou-se que, a despeito de não existir dúvida quanto à necessidade de assegurar celeridade processual, “não existe justificativa para ignorar um princípio tão fundamental como o direito ao contraditório. De fato, o art. 6º, 1, destina-se, acima de tudo, a assegurar os interesses das partes e a boa administração da justiça”.<sup>46</sup>

A duração processual razoável não representa um valor absoluto. Exige-se cautela redobrada do legislador antes de propalar o acesso à justiça por meio de mecanismos que relativizam garantias processuais. A principal característica de uma jurisdição de massa é, conforme será visto adiante, a capciosa diminuição da participação popular em simétrica paridade na construção das decisões, decorrente da mitigação progressiva do contraditório.

## 1.2 A crise da justiça: fenômeno atemporal e universal

A ineficiência multifatorial do sistema incumbido de prestar tutela jurisdicional, vulgarmente conhecida como “crise da justiça”, pertence ao passado, ao presente e, muito provavelmente, ao futuro institucional brasileiro. Isso justifica sua atemporalidade.

<sup>43</sup> PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 84.

<sup>44</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 89-154, 1º e 2º sem. 1999, p. 89.

<sup>45</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3, p. 239.

<sup>46</sup> CEDH. *Nideröst-Huber v. Switzerland*, 18990/91 (1997). Para acesso à íntegra da decisão: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58199>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

Em 24 de julho de 1939, Francisco Campos submeteu ao Presidente Getúlio Vargas a Exposição de Motivos do CPC de 1939. As palavras proferidas pelo então ministro da Justiça poderiam, sem esforço adaptativo, ser utilizadas para justificar a edição do Código de Processo Civil de 2015:

Pode-se dizer, porém, que não foi de caráter meramente técnico a crise do nosso Direito Judiciário. As profundas transformações operadas em todos os campos da atividade humana, particularmente as transformações sociais e políticas, concorreram para manifestar a extensão dessa crise, pois levaram os benefícios da ordem jurídica a terrenos que a velha aparelhagem judiciária não estava capacitada para alcançar. O processo em vigor, formalista e bizantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces.

Da década de 1930 até os dias de hoje, superados os regimes de exceção e restabelecida a democracia, o Judiciário firmou-se como protagonista dentre as forças do Estado, atuando como um “estrangeiro” em relação às instituições sustentadas pela democracia representativa<sup>47</sup> e, simultaneamente, assumindo o papel de fiscalizador dos atos oriundos do Executivo e do Legislativo (fato que levou à popularmente conhecida “judicialização da política”).

No que concerne à manutenção do sistema judicial, dados colhidos em 2015 indicaram que “o orçamento destinado ao Poder Judiciário brasileiro é muito provavelmente o *mais alto por habitante dentre todos os países federais do hemisfério ocidental*” e que a proporção de 8,2 magistrados por 100.000 habitantes do Brasil (superior à da Inglaterra – 3,8 – e próxima à proporção verificada nos Estados Unidos – 10,8) “não destoa da maioria das nações e que, portanto, dificilmente explica a disparidade observada nas despesas”.<sup>48</sup>

No ano de 2017, o Conselho Nacional de Justiça divulgou resultado da pesquisa *Justiça em Números* e, quanto às despesas totais destinadas à manutenção da estrutura judiciária, constatou:

No ano de 2016, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 84,8 bilhões, o que representou crescimento de 0,4% em relação ao último ano e uma média de 3,9% ao ano desde 2011. O ano de 2016 foi o de menor variação em toda a série histórica. As despesas totais do Poder Judiciário correspondem a 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou a 2,5% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Em 2016, o custo pelo serviço de Justiça foi de R\$ 411,73 por habitante, inferior ao valor do último ano [...]. A despesa da Justiça

<sup>47</sup> VIANNA, Luiz Wernneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 40.

<sup>48</sup> DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. Newsletter. *Observatório de elites políticas e sociais do Brasil*, NUSP/UFPR, v. 2, n. 9, p. 1-15, jul. 2015, p. 4.

Estadual, segmento mais representativo, que abarca 79% dos processos em tramitação, responde por aproximadamente 57% da despesa total do Poder Judiciário.<sup>49</sup>

A hiperlitigiosidade e a sobrecarga judicial dela resultante são, provavelmente, os maiores obstáculos ao alcance do diálogo processual via concentração e imediatidade (componentes necessários do processo oral). Em 2018, o CNJ divulgou resultado atualizado da pesquisa *Justiça em Números*, que expôs informações acerca do panorama geral da litigiosidade. Registrou-se que “O Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva.” Além disso,

Em toda série histórica, o ano de 2017 foi o de menor crescimento do estoque, com variação de 0,3%, ou seja, um incremento de 244 mil casos em relação ao saldo de 2016. [...] Apesar de se verificar, historicamente, um número de processos baixados igual ou superior ao número de casos novos, o estoque não reduziu [...] O crescimento acumulado no período 2009-2017 foi de 31,9%, ou seja, acréscimo de 19,4 milhões de processos.<sup>50</sup>

Quanto à duração dos processos, constatou-se o óbvio: a fase de conhecimento, que inclui os atos de postulação das partes e a atividade instrutória de preparação da sentença, é mais célere do que a fase de execução, composta por atos de concretização do direito reconhecido no título (e que, nesse sentido, serve para aferir o grau de eficiência do processo).

O tempo médio das decisões finais de 1º grau proferidas em 2016, na execução, foi de quatro anos e seis meses. Já as sentenças de conhecimento levaram uma média de um ano e quatro meses da autuação ao julgamento de mérito.<sup>51</sup> Em 2017, a situação se agravou: “Para receber uma sentença, o processo leva, desde a data de ingresso, o triplo de tempo na fase de execução (4 anos e 11 meses) comparada à fase de conhecimento (1 ano e 7 meses)”.<sup>52</sup>

Outro dado relevante, também ligado à litigiosidade excessiva, diz respeito ao processo executivo. As execuções fiscais já correspondiam, em 2016, a 75% dos processos de execução.<sup>53</sup> Tais processos são os principais responsáveis pelo congestionamento exacerbado do Judiciário “tendo em vista que representam aproximadamente 38% do total de casos pendentes, apresentando congestionamento de 91% em 2016 – a maior taxa entre os tipos de processos constantes desse Relatório”. Em resumo:

<sup>49</sup> CNJ. *Justiça em Números 2017: Ano-Base 2016*. 13. ed. Brasília: CNJ, 2017, p. 53. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

<sup>50</sup> CNJ. *Justiça em Números 2018: Ano-Base 2017*. Brasília: CNJ, 2018, p. 73. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes>>. Acesso em: 22 out. 2018.

<sup>51</sup> CNJ. *Justiça em Números 2017: Ano-Base 2016*. 13. ed. Brasília: CNJ, 2017, p. 133-183. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes>>. Acesso em: 22 out. 2018.

<sup>52</sup> CNJ. *Justiça em Números 2018*, p. 147.

<sup>53</sup> CNJ. *Justiça em Números 2017*, p. 109.

*No quadro geral das execuções, o maior problema é a fiscal. O executivo fiscal chega a juízo depois que as tentativas de recuperação do crédito tributário se frustraram na via administrativa, provocando sua inscrição na dívida ativa. Dessa forma, o processo judicial acaba por repetir etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário já adotadas, sem sucesso, pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional. Acabam chegando ao Judiciário títulos cujas dívidas já são antigas, e por consequência, mais difíceis de serem recuperadas [...].*<sup>54</sup>

Convém chamar a atenção para o componente oculto da crise aqui analisada e que representa a antítese da busca desenfreada pela proteção judiciária: o problema da “litigiosidade contida”, resultado do acesso ineficaz à justiça. Quando muitos cidadãos deixam de procurar o Judiciário para a solução dos conflitos porque o serviço oferecido pelo Estado é caro e complicado, a pendenga persistirá, favorecendo a justiça de mãos próprias ou a atuação de milícias.<sup>55</sup>

Para Kazuo Watanabe, que aludiu ao fenômeno em 1985, a litigiosidade contida é extremamente perigosa porque funciona como um componente adicional da “‘panela de pressão’ social, que já está dando sinais de deterioração do seu sistema de resistência (‘quebra-quebra’ ao atraso de trens, cenas de violência no trânsito e recrudescimento de outros tipos de violência)”.<sup>56</sup>

O aparelhamento precário da Defensoria Pública e a baixa educação em direitos, além da morosidade, contribuem para inibir a busca pela tutela jurisdicional por parte de milhões de pessoas, funcionando, de forma idêntica à hiperlitigiosidade, como óbice à tranquilidade social. Eis a preciosa lição de Barbosa Moreira, apresentada há mais de trinta anos:

Ao que tudo indica, há entre nós, no que concerne à vida jurídica, e particularmente nos extratos menos favorecidos da sociedade, uma forte demanda reprimida, uma enorme quantidade de prestações que não chegam a ser pedidas, de pleitos que não se formulam, de atos que não se praticam, e com frequência nem sequer se tenta praticar [...]. Nessa medida, o desatendimento das necessidades não resulta de deficiências na atuação dos agentes incumbidos de acudir àquelas, mas da abstenção dos próprios necessitados, que não os provocam.<sup>57</sup>

Voltando à análise dos dados apresentados pelo CNJ, observou-se no ano de 2017 que, apesar de o CPC/2015 tornar obrigatória a realização de uma audiência prévia de conciliação e mediação (art. 334), a resolução de casos por meio de conciliação apresentou baixo desem-

<sup>54</sup> CNJ. *Justiça em Números 2017*, p. 113, grifos nossos.

<sup>55</sup> GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Observação jurídico-sociológica da lei dos juizados especiais federais*, p. 88.

<sup>56</sup> WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: RT, 1985, p. 2.

<sup>57</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*, p. 61.

penho. Das 30,7 milhões de sentenças e decisões terminativas, apenas 11,9% foram homologatórias de acordo.<sup>58</sup> Em 2018, o órgão informou que “Não houve variações significativas no indicador de conciliação no 2º e 1º grau em relação ao ano anterior, observando-se aumento de 0,3 e 0,2 ponto percentual, respectivamente”.<sup>59</sup>

Ao cabo, concluiu o CNJ, em 2017, que os principais “gargalos ainda existentes na busca por maior eficiência e qualidade na prestação jurisdicional são a demora na fase de execução, os baixos índices de conciliação e o constante congestionamento processual”.<sup>60</sup>

Com respaldo nas pesquisas promovidas pelo Judiciário, afastam-se algumas especulações acerca dos motivos subjacentes à sua ineficiência. É possível sustentar que *não* contribuem para a crise da prestação jurisdicional: 1) baixo investimento estatal na máquina judiciária, incluindo dispêndio com pessoal e tecnologia; 2) número escasso de magistrados; 3) falta de independência do Judiciário em relação ao Executivo e ao Legislativo; 4) ausência de instrumentos processuais adequados, previstos em lei, para proteção dos direitos; 5) falta de estímulo governamental à autocomposição dos conflitos.

Por trás dos “gargalos” na busca pela prestação jurisdicional eficiente existe um problema mais complexo: *a negativa sistemática de direitos à maioria dos cidadãos brasileiros e o uso subvertido do processo por uma minoria privilegiada*. Há certa parcela de organizações que, no plano social, abusam da sua superioridade econômica, extraindo vantagens em virtude da sua atuação frequentemente defeituosa (alude-se aqui ao próprio Estado – administração pública federal, estadual e municipal – e às instituições financeiras<sup>61</sup>).

No plano processual, por outro lado, instadas a tomar parte em um conflito de interesses formalizado perante o Judiciário, gozarão tais organizações, na condição de litigantes habituais (*repeat players*), de vantagens estratégicas às quais não tem acesso o cidadão comum que raramente participa em processos judiciais (*one-shotter*). O processo, que deveria eliminar as desigualdades trazidas pelas partes do plano social originário (via contraditório), presta-se à perpetuação de um cenário apenas formalmente isonômico.

<sup>58</sup> CNJ. *Justiça em Números 2017*, p. 182-183.

<sup>59</sup> CNJ. *Justiça em Números 2018*, p. 138.

<sup>60</sup> CNJ. *Justiça em Números 2017*, p. 183.

<sup>61</sup> No ano de 2015, a Associação dos Magistrados Brasileiros constatou: “A administração pública lidera a disputa judicial no Primeiro Grau como parte ativa no universo dos 100 maiores litigantes nas seguintes unidades federativas: Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo e Rondônia. O setor financeiro lidera a abertura de ações judiciais no Primeiro Grau em três estados: Paraíba, Rio de Janeiro e Sergipe. [...] “No conjunto dos processos envolvendo os 100 maiores litigantes em 2º Grau, instância na qual se busca reverter sentença anterior, o setor financeiro concentra as demandas em sete de 10 unidades da Federação: Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Rondônia, Santa Catarina e Sergipe. A administração pública figura em mais processos no Segundo Grau nos Estados da Paraíba, do Rio Grande do Sul e de São Paulo.” (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *O uso da Justiça e o litígio no Brasil*. JUNKES, Sérgio Luiz; SADEK, Maria Tereza (Orgs.). Brasília: AMB, 2015, p. 13).

Para Marc Galanter, “As verdadeiras disparidades no uso do Direito e na prestação de serviços públicos na esfera jurisdicional não existem entre indivíduos ricos e pobres, mas entre indivíduos e organizações”, as quais usufruem das seguintes benesses, quando instadas a defender sua posição em juízo: 1) fácil acesso a especialistas e baixos custos operacionais; 2) oportunidade de desenvolver relações informais com os representantes do poder público; 3) habilidade de criar a chamada “reputação de barganha”, como meio para estabelecer um perfil de “compromisso com negociações”; 4) capacidade de lidar com as probabilidades de ganho ou de perda. Supondo que o que está em jogo para os litigantes habituais são interesses econômicos relativamente menores, eles podem adotar estratégias para maximizar o ganho, mesmo quando isso envolve o risco de perda substancial em alguns casos; 5) o *repeat player* possui recursos financeiros para influenciar na elaboração das leis (através do *lobby*) e também pode fazer uso em seu benefício das regras processuais.<sup>62</sup>

As reflexões expostas induzem à constatação de que, para certas entidades, é vantajoso violar o direito material e, ocasionalmente, fazer acordos que tornam a sua perda patrimonial irrisória. Nos casos em que são forçadas a litigar, é ínfima a probabilidade de suportarem prejuízo financeiro condizente com o dano ocasionado. Valendo-se de um corpo técnico para procrastinar ao máximo o deslinde do feito, criam congestionamento processual e desestimulam os *one-shotters* a se valer do Judiciário para proteger seus direitos.

Por isso Barbosa Moreira rotulou como “ingênua” a ideia de que todos os jurisdicionados clamam, em quaisquer circunstâncias, pela solução rápida dos litígios. Na maioria dos casos, “o grande desejo de pelo menos um dos litigantes é o de que o feito se prolongue tanto quanto possível”.<sup>63</sup> Conforme pondera a professora Renata Maia, em Tese de Doutorado defendida perante a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG),

É inquestionável que o decurso longo do processo só interessa à parte que não tenha razão e que tenha condições de suportar e custear o tempo que só corre em seu favor. Sob o ângulo da parte que tem razão e busca ver restabelecido o seu direito lesado, há no decurso do tempo um real prejuízo. E a batalha deste é também contra o tempo do processo, que corre em seu desfavor. Portanto, quanto mais tempo decorrer entre a interposição da demanda e a prolação da sentença de mérito com o seu trânsito em julgado, melhor será para a parte que não tem razão, que terá meios legais e subterfúgios no processo para retardar o seu cumprimento.<sup>64</sup>

<sup>62</sup> GALANTER, Marc. The duty not to deliver legal services. *University of Miami Law Review*, v. 30, n. 4, p. 929-945, 1976, p. 937.

<sup>63</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10.

<sup>64</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral*. 2015. 290 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 215.

Há também que se considerar a deficitária formação dos profissionais da área jurídica e a dificuldade do brasileiro de resolver os conflitos cotidianos, por meio do diálogo, até pelas disparidades antes referidas. Fernando Jayme afirma que

Constatada a negação de justiça por não se deferir igualdade substancial às partes no processo, em razão de uma formação jurídica positivista e dogmática, é necessário promover uma renovação da cultura jurídica, que, precedentemente à prática, introduza no ensino jurídico formal temáticas relacionadas às teorias democráticas e aos Direitos Humanos. Em relação aos profissionais que já se encontram em exercício, espera-se que se faça cumprir a Constituição da República para que o novo Estatuto da Magistratura que vier a ser aprovado discipline a formação e o aperfeiçoamento continuados como requisito para a promoção de juízes e que a mesma exigência se faça em relação aos membros do Ministério Público. Em relação à advocacia, que a Ordem dos Advogados do Brasil se comprometa a oferecer aos seus quadros a oportunidade de se qualificarem a fim de se desincumbirem da difícil e imprescindível tarefa de cooperar na administração da Justiça.<sup>65</sup>

Nesse contexto, soa reducionista a “fórmula mágica” decorrente da alteração legislativa, porque não é possível, de um lado, apontar uma única razão para o defeito crônico na prestação jurisdicional e, de outro lado, modificar a cultura por meio da norma. Em sua reflexão, Barbosa Moreira afirma: “Estou convencido de que a ânsia de modificar incessantemente a lei – tão sensível, nos últimos anos, no campo processual – cresce na razão inversa de nossa disposição para pesquisar a realidade com critérios técnicos”.<sup>66</sup> A crise da justiça “não é um fenômeno de ordem legal, ou de raízes situadas apenas no terreno dos códigos de procedimento”.<sup>67</sup> Inconteste, nesse sentido, a opinião de Humberto Theodoro Júnior, externada há quase uma década:

O que, então, se pode exigir, de imediato, para tornar realidade o preceito fundamental proclamado no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição? É algo muito simples e que dispensa grandes reformas da legislação e mesmo maiores elucubrações teóricas da doutrina. Basta que os serviços judiciários e os seus operadores sejam revisitos, reorganizados e preparados para cumprir, com fidelidade, os procedimentos, prazos e diligências tal como os disciplinam os Códigos e leis processuais em vigor. No direito positivo já se acham previstos poderes que, uma vez exercitados pelos agentes do Poder Judiciário, são mais do que suficientes para que os processos, de uma maneira geral, tramitem e se encerrem dentro dos ditames da duração razoável e sob os desígnios do princípio da economia processual, tal como preconiza o art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro, p. 253.

<sup>66</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça*: alguns mitos, p. 10.

<sup>67</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 29, p. 83, mar/abr. 2009, p. 96.

<sup>68</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito fundamental à duração razoável do processo, p. 98.

Fundamental ponderar também sobre a supervalorização de modelos estrangeiros (nas palavras de Barbosa Moreira, “A galinha da vizinha é sempre mais gorda que a minha”<sup>69</sup>). Pontua o saudoso mestre da UERJ que o legislador brasileiro tem revelado simpatia “à sugestão de afeiçoar o mecanismo da Justiça a orientações ou modos de ser típicos do mundo anglo-saxônico, quando não de ‘importar’, no todo ou em parte, diretamente ou de “entrepósitos” intermediários, institutos nele criados e desenvolvidos”.<sup>70</sup>

Demonstração cabal do acerto dessa opinião se vê na Exposição de Motivos do CPC, em que se afirma que “Mergulhamos com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de sistema judiciais de alhures, optando por instrumentos eficazes, consagrados nas famílias da *civil law e da common law* [...]”.

Certamente, antes de importar para o Brasil institutos jurídicos do *common law*, o primeiro passo é vencer o “superficial e lacunoso conhecimento que se tem aqui dos ordenamentos anglo-saxônicos”, conhecimento este geralmente satisfeito pela “leitura de obras de segunda mão” e pela “contemplanção de películas cinematográficas”.<sup>71</sup> Se, de um lado, observa Michele Taruffo,

[...] o estudo comparado pode ser utilmente orientado para preparar reformas, de outro lado é difícil pensar que boas reformas podem ser feitas sem adequado conhecimento de como outros legisladores enfrentaram e resolveram – quiçá de modo eficaz – os mesmos problemas. Essa observação seria absolutamente banal se não ocorresse na Itália – mas coisas semelhantes acontecem provavelmente em outros lugares – que reformas importantes e necessárias sejam pensadas e atuadas na mais rigorosa e obstinada ignorância daquilo que ocorre em outros ordenamentos.<sup>72</sup>

As palavras de Taruffo, adequadas à realidade processual brasileira, acionam um alerta, no sentido de que *não há nação cujo sistema judiciário esteja imune a defeitos*. A crise da justiça é um fenômeno universal,<sup>73</sup> revelando-se ingênuo (senão desavisado) o legislador que busca a perfeição em qualquer quadrante do planeta.

<sup>69</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*, p. 7.

<sup>70</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos*. Temas de direito processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 156.

<sup>71</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A importação de modelos jurídicos*. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 265.

<sup>72</sup> TARUFFO, Michele. Aspectos fundamentais do processo civil de *civil law* e de *common law*. In: MITIDIERO, Daniel (Org.). *Processo civil comparado: ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 12, grifos nossos.

<sup>73</sup> WORLD JUSTICE PROJECT. *Global Insights on Access to Justice: Findings from the World Justice Project General Population Poll in 45 Countries*. ADAMS, Kate et al. (Org.) Washington, U.S.A., 2018, p. 6. Disponível em: <[https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP\\_Access-Justice\\_April\\_2018\\_Online.pdf](https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP_Access-Justice_April_2018_Online.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2018.

A Inglaterra, por exemplo, estava tão descontente com a lentidão do trâmite processual que decidiu adotar, a partir de 2003, “quebrando multissecular tradição”, um CPC “bastante aproximado, em vários traços, do modelo continental europeu”.<sup>74</sup>

Giovanni Bonato e Marcelo José Bonizzio informam que a quantidade desmedida de recursos que aportavam na Corte de Cassação Italiana conduziu a uma crise na administração da justiça, determinando a implantação de mecanismos de filtragem na interposição dos recursos (semelhante ao requisito da repercussão geral das questões constitucionais para admissibilidade do recurso extraordinário pelo STF) e a limitação da capacidade postulatória dos advogados perante os órgãos jurisdicionais superiores.<sup>75</sup>

Theodoro Júnior noticia que, na França, “continua a existir um descompasso entre a demanda e a oferta de serviços judiciários, frustrando a garantia constitucional de acesso à justiça” e que a sociedade alemã, por sua vez, reclama “da sobrecarga de processos em seus tribunais e o volume não para de crescer”.<sup>76</sup>

Em referência ao Direito norte-americano, “para onde costumam voltar-se, com admiração que beira o êxtase, as miradas de tantos,”<sup>77</sup> serão tecidas as primeiras considerações no tópico seguinte, tratando-se de tema central desta pesquisa.

### 1.3 *Equal justice under law?*

Barbosa Moreira, em ensaio de direito comparado versando sobre aspectos do processo civil e penal nos EUA e na Inglaterra, indaga: “O processo anglo-saxônico é um sistema de administração de justiça socialmente orientado?” Em resposta, aduz o seguinte:

A tomarmos como índices a duração e o custo dos pleitos – aspectos que aqui nunca deixam (nem se compreenderia que deixassem) de ser levados em conta –, a resposta só pode ser rotundamente negativa. À luz da farta documentação apresentada, fica fora de dúvida que, nos países anglo-saxônicos, o processo é lento e caro. O fato de que, em certos lugares dos Estados Unidos, um pleito dure em média *três a cinco*

<sup>74</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*, p. 3.

<sup>75</sup> BONATO, Giovanni; BONIZZIO, Marcelo José Magalhães. A capacidade postulatória dos advogados perante as cortes supremas: perspectivas de direito comparado no Brasil, na França e na Itália. In: PUOLI, Jose Carlos Baptista; BONIZZIO, Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros (Coords.). *Direito processual constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 128-129.

<sup>76</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 6, n. 36, p. 19-37, jul./ago., 2005, p. 27-28. Para análise detalhada dos sistemas judiciais europeus (com dados sobre número de processos, tempo de tramitação, custas, dentre outros elementos), cf. estudo divulgado em 2018 pela CEPEJ – Commission européenne pour l’efficacité de la justice – intitulado *European judicial systems Efficiency and quality of justice*. Cepej Studies n. 26. 2018 Edition (2016 data). Conseil de l’Europe, October 2018. Disponível em: <<https://rm.coe.int/rapport-avec-couv-18-09-2018-en/16808def9c>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

<sup>77</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*, p. 3.

*anos, no primeiro grau de jurisdição, põe em xeque ideias correntias sobre a nossa pretensa desvantagem no assunto: é indubitável que aquela marca pode haver sido ultrapassada, até de muito, num ou noutro caso, mas seria temerário sustentar que ela corresponda à média em qualquer ponto do território nacional. Com isso não pretendemos suavizar o juízo merecidamente severo que se faz acerca da lentidão da nossa Justiça; só nos move o intuito de aconselhar maior moderação (ou talvez, e principalmente, melhor informação) a quem suponha termos razões de grande peso para invejar, na matéria, os anglo-saxões.*<sup>78</sup>

Passadas quase duas décadas, a barreira financeira que envolve o acesso à justiça civil norte-americana continua sendo um óbice ao exercício da cidadania nos Estados Unidos. Organização independente e sem fins lucrativos, fundada em 2006, o *World Justice Project* (WJP) produz anualmente o *Rule of Law Index*, pesquisa de campo que “mede como o Estado de Direito é experimentado e percebido pelo público em geral em todo o mundo”. Trata-se da “principal fonte mundial de dados originais e independentes sobre o Estado de Direito”.<sup>79</sup>

Há quatro princípios universais inerentes ao Estado de Direito, segundo o WJP, sendo eles: 1) O poder público e o setor privado submetem-se a responsabilidades por força da lei; 2) As leis em vigor são claras, públicas, estáveis e justas. Além disso, aplicam-se de maneira uniforme e protegem os direitos fundamentais; 3) Os processos através dos quais as leis são produzidas e aplicadas (na esfera executiva e judiciária) são acessíveis, justos e eficientes; e 4) A proteção judiciária é exercida de forma tempestiva por órgãos competentes, éticos e independentes, acessíveis a toda a população, que possuem recursos adequados e refletem a realidade das comunidades a que servem.<sup>80</sup>

No que concerne à análise de eficiência da justiça civil, em cento e treze países, promovida pelo *Rule of Law Index 2017-2018*, dois componentes têm especial importância: de um lado, importa saber se as pessoas têm acesso e podem custear o serviço público de proteção judiciária (esse índice mede a acessibilidade à justiça em termos amplos, incluindo o conhecimento da população acerca dos remédios processuais previstos pelo seu ordenamento, se as pessoas podem pagar pelos serviços de assistência jurídica e se elas têm acesso à jurisdição sem a necessidade do pagamento de taxas desproporcionais).<sup>81</sup>

Por outro lado, é de igual relevância apurar se o acesso à tutela jurisdicional é livre de qualquer tipo de discriminação lastreada em classe social, gênero, grupo étnico, religião, origem nacional, orientação sexual ou identidade de gênero.

<sup>78</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos*, p. 173, grifos do autor.

<sup>79</sup> WJP. *Rule of Law Index* (2017-2018). ADAMS, Kate et al. (Org.) Washington, U.S.A., 2017. Disponível em: <[https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP\\_ROLI\\_2017-18\\_Online-Edition\\_0.pdf](https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP_ROLI_2017-18_Online-Edition_0.pdf)>.

Acesso em: 18 mar. 2018.

<sup>80</sup> WJP. *Rule of Law Index*, p. 7.

<sup>81</sup> WJP. *Rule of Law Index*, p. 13.

As informações recentemente levantadas pelo *World Justice Project* surpreendem pela distância abissal que separa a realidade norte-americana da sua promessa constitucional de isonomia. Quanto ao índice referente à acessibilidade e aos custos da justiça civil, em uma comparação feita entre os trinta e cinco países com maior renda *per capita*, os EUA obtiveram a nota 0,42 (sendo o valor máximo um inteiro), ou seja, a *pior* pontuação entre as nações mais ricas. Para que se tenha ideia da dimensão do problema, a contagem coloca os EUA, em termos de acesso à justiça civil, em situação pior do que a de Serra Leoa (0,46), Libéria (0,43), Cazaquistão (0,5) e Nigéria (0,45). Por conta da avaliação positiva em outros quesitos – como tripartição de poderes, transparência governamental e segurança pública –, a média global norte-americana acaba sendo bastante superior à dos países citados (nota 0,73, 19º lugar dentre todas as nações avaliadas).<sup>82</sup>

No que diz respeito ao pagamento de taxas consideradas desproporcionais ou abusivas, o jornal *The New York Times* publicou, em 2016, reportagem intitulada “É crime ser pobre?”,<sup>83</sup> na qual denunciou que, em pleno século XXI, os Estados Unidos reintroduziram um amplo sistema prisional para devedores civis, “criminalizando, na realidade, a pobreza”. Noticiou o jornalista Nicholas Kristof que, nos últimos vinte e cinco anos, tendo em vista que o encarceramento em massa<sup>84</sup> se tornou cada vez mais caro, os Estados e as localidades transferiram o ônus financeiro para os criminosos, gerando uma explosão de cobranças especiais e sobretaxas.

Em Oklahoma, acusados em processos criminais podem ser forçados a custear sessenta e seis tipos diferentes de taxas, incluindo “taxa de segurança do tribunal”, “taxa destinada ao xerife por perseguir fugitivos da justiça” e até mesmo a impensável “taxa do indigente que pleiteia assistência jurídica gratuita” (é possível cobrar alguém por solicitar a atuação de um defensor público e, na hipótese de a dívida não ser quitada, expede-se mandado de prisão).<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> WJP. *Rule of Law Index*, p. 13.

<sup>83</sup> KRISTOF, Nicholas. Is it a crime to be poor? *The New York Times*. New York, June 11, 2016. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2016/06/12/opinion/sunday/is-it-a-crime-to-be-poor.html>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

<sup>84</sup> Os EUA possuem a maior população carcerária do mundo. Em 2018, havia aproximadamente 2,3 milhões de pessoas detidas em 1,719 prisões estaduais, 102 prisões federais, 1,852 espaços de detenção de menores, 3,163 cadeias locais e outras instalações carcerárias. Fonte: PRISON POLICY INITIATIVE. *Mass Incarceration: The Whole Pie 2018*. Disponível em: <<https://www.prisonpolicy.org>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

<sup>85</sup> No julgamento de *Bearden v. Georgia*, a Suprema Corte norte-americana decidiu que as pessoas podem ser presas apenas quando se recusam a pagar as taxas e não diante da impossibilidade de fazê-lo, o que, teoricamente, funciona como salvaguarda para as pessoas carentes. Na prática, contudo, tal garantia é fictícia, e os pobres são presos em virtude da sua condição financeira (*USSC. Bearden v. Georgia*, 461 U.S. 660 (1983)). Para acesso à íntegra da decisão: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/461/660/>>. Acesso em: 22 mar. 2018).

O caminho a seguir, na opinião de Kristof, é reduzir essas taxas, acabar com o uso pelos tribunais das empresas de cobrança privadas que adicionam suas próprias taxas à dívida originária e limitar a dívida judicial a uma porcentagem da renda do indivíduo.<sup>86</sup>

Ao investigar se o Sistema de Justiça civil norte-americano se norteia pelo critério de “igualdade perante a lei”, a partir dos elementos citados anteriormente, o resultado apontado pelo *Rule of Law Index* também impressiona. Dentre as trinta e cinco nações mais ricas, os Estados Unidos ocupam a *penúltima* posição (nota 0,48), à frente apenas da Hungria (cuja nota foi 0,35). Venezuela (última posição no ranking global do *Rule of Law*) e Bósnia (país que vivenciou guerra civil em passado recente, com genocídio decorrente de limpeza étnica) apresentaram pontuações mais elevadas que os EUA no índice de discriminação.

O que se extrai, em resumo, é que nos Estados Unidos as pessoas de baixa renda têm dificuldade de acesso à justiça civil, e o sistema judiciário é, por consequência lógica, altamente discriminatório. Os dados obtidos pelo WJP, todavia, não representam novidade.

Em 1994, a Associação Americana dos Advogados (*American Bar Association – ABA*) produziu relatório com o objetivo de investigar as complexidades das demandas jurídicas e os níveis de intervenção necessários para melhorar as políticas públicas de acesso à justiça por parte de pessoas de baixa renda. As principais conclusões obtidas foram as seguintes: 1) As demandas mais comuns entre as famílias de baixa renda se referiam a finanças pessoais, relação de consumo, moradia e direitos reais; 2) Metade das famílias de baixa renda enfrentava uma ou mais situações que poderiam ser submetidas à apreciação do Judiciário; 3) Três quartos dessas situações vivenciadas por famílias de baixa renda não eram submetidas ao Judiciário; 4) Na maioria dos casos em que enfrentavam problemas jurídicos de natureza civil, a primeira opção encontrada pelas famílias de baixa renda era tentar resolver a questão por sua própria conta. A segunda alternativa era não adotar providência alguma para solucionar o problema; 5) Para a maioria das pessoas carentes entrevistadas, as principais razões apontadas para não submeter sua causa ao Judiciário foram, de um lado, a noção de que não receberiam assistência jurídica útil e, de outro lado, o receio das custas processuais.<sup>87</sup>

Confirmou-se no ano de 2017 a taxa elevadíssima de litigância contida nos EUA, constatando-se que as pessoas carentes procuram ajuda para solucionar problemas jurídicos de natureza civil em apenas vinte por cento das hipóteses de violação ou ameaça a direito. Isso

<sup>86</sup> KRISTOF, Nicholas. Is it a crime to be poor? Acesso em: 22 mar. 2018.

<sup>87</sup> ABA. *Legal needs and Civil Justice: a Survey of Americans – Major Findings from the Comprehensive Legal Needs Study*. Chicago: Illinois, 1994, p. 27-28. Disponível em: <[https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/legal\\_aid\\_indigent\\_defendants/downloads/legalneedstudy.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/legal_aid_indigent_defendants/downloads/legalneedstudy.authcheckdam.pdf)>. Acesso em: 20 março 2018.

em virtude, especialmente, da decisão de lidar com o problema por conta própria, de desconhecimento a respeito de qual entidade procurar e de quais instrumentos legais utilizar e, ainda, da incerteza acerca do caráter jurídico do problema vivenciado.<sup>88</sup>

Logo, a *American Bar Association* afirmou categoricamente que “nosso sistema de justiça civil está fundamentalmente desconectado da vida de milhões de americanos, uma conclusão reforçada pela crise atual de financiamento dos serviços de assistência jurídica”.<sup>89</sup>

A situação social e jurídica da maior economia do mundo,<sup>90</sup> país cuja solidez das instituições públicas serve de modelo, inclusive para o Brasil, não poderia ser mais paradoxal. Por um ângulo, assegura-se o devido processo legal, consubstanciado na 14ª Emenda à Constituição,<sup>91</sup> cláusula fulcral da democracia norte-americana e que originou o princípio jurídico do “*Equal Justice under law*”, dogma baseado na noção de igualdade. Sob ângulo diverso, o direito à assistência jurídica gratuita na esfera civil, assegurado aos cidadãos carentes, não é compreendido como componente essencial para alcance da igualdade e para o exercício efetivo da cidadania.

Será oportunamente demonstrado que, em pleno século XXI, ainda não se reconheceu nos EUA, na esfera federal ou dos Estados, “como sendo direito do cidadão economicamente desfavorecido<sup>92</sup> o de contar com assistência técnica de um advogado para promover sua representação em Juízo em causas de natureza cível”.<sup>93</sup>

<sup>88</sup> LEGAL SERVICES CORPORATION – LSC. *The Justice Gap: Measuring the Unmet Civil Legal Needs of Low-income Americans*. Executive Summary. Washington, DC, June 2017. Disponível em: <<https://www.lsc.gov/sites/default/files/images/TheJusticeGap-ExecutiveSummary.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

<sup>89</sup> ABA. *Agenda for access: the american people and civil justice*. Final Report on the Implications of the Comprehensive Legal Needs Study. Chicago, Illinois, 1996, p. 2. Disponível em: <[https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/legal\\_aid\\_indigent\\_defendants/downloads/agendaforaccess.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/legal_aid_indigent_defendants/downloads/agendaforaccess.authcheckdam.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2018.

<sup>90</sup> Os EUA possuem o maior PIB registrado (20.2 trilhões de dólares), segundo informa o *site* do Fundo Monetário Internacional (FMI). Disponível em: <<http://www.imf.org/en/Data>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

<sup>91</sup> O texto original da 1ª Seção da 14ª Emenda à Constituição Norte-Americana é o seguinte: “*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*”

<sup>92</sup> O governo americano considera pobre uma pessoa adulta com idade inferior a 65 anos que possui renda anual inferior a US\$ 12.486 (o que equivale, em 23.3.2018, a R\$ 41.203,80, tendo como base a cotação do dólar em R\$ 3,30). Apurou-se em 2016 que 12,7% da população norte-americana eram considerados pobres, percentual correspondente a 40,6 milhões de pessoas. (U.S. CENSUS BUREAU. *Income and Poverty in the United States (2016)*. In: SEMEGA, Jessica L.; FONTENOT, Kayla R; KOLLAR, Melissa A. (Org.). *Current Population Reports*, U.S. Government Printing Office. Washington, DC, 2017, p. 12. Disponível em: <<https://census.gov>>. Acesso em: 23 mar. 2018).

<sup>93</sup> ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 92.

## 2 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Inexiste convivência humana livre de relações de poder, sendo estas marcadas pelo traço da desigualdade, assevera Calmon de Passos. O problema não consiste, porém, na supressão do poder, mas na obtenção de um meio de “domesticar o poder”.<sup>94</sup> Por razões históricas, a noção de controle e participação popular das decisões políticas sempre esteve associada ao sufrágio (democracia representativa), apesar de sua falibilidade.

No Brasil, como não foi adotado o modelo norte-americano de provimento de juízes pelo voto popular, sustentou-se a legitimidade da jurisdição na sua suposta qualidade de “função pacificadora”, servindo o processo como “meio efetivo para a realização da justiça”.<sup>95</sup> O juiz, portanto, sob a tradicional perspectiva instrumentalista, seria detentor de soberania, apto a exercer os “escopos metajurídicos da jurisdição” (alcance da paz, da justiça social e do bem comum). Essa é a visão de Moacir Amaral Santos, para quem

Juiz e partes são os sujeitos principais da relação processual, sem os quais esta não se completa. Dos sujeitos, entretanto, como órgão do Estado, no exercício da função jurisdicional, é o juiz quem desempenha o papel preponderante. É a figura central do processo (GABRIEL DE REZENDE FILHO); É a coluna vertebral da relação processual (CHIOVENDA); É o sujeito mais eminente da relação processual (MANZINI, FREDERICO MARQUES). Distingue-se das partes – diz Carnelutti – não só porque lhe são atribuídos poderes, mas, especialmente, pela sua posição superior às mesmas.<sup>96</sup>

Tal posicionamento comporta críticas e reformulação. Pondera Ítalo Andolina que o controle jurisdicional configura um “canal privilegiado” escolhido para atuação do sistema constitucional de garantias porque o processo possui estrutura participativa (dialética) e porque insere o julgador na condição de terceiro (não como “coluna vertebral” ou “figura central” do processo).<sup>97</sup> Nessa dinâmica, o juiz não participa em contraditório com as partes porque ele não é um interessado ou um contrainteresado no provimento. Sua participação em contraditório “se desenvolve ‘entre as partes’, porque a disputa se passa entre elas, elas são as detentoras de interesses que serão atingidos pelo provimento”.<sup>98</sup> Segundo Aroldo Plínio Gonçalves,

<sup>94</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*, p. 49.

<sup>95</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 43.

<sup>96</sup> SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1967. v. 1. p. 365.

<sup>97</sup> ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*, v. 22, n. 87, p. 63-69, jul./set. 1997, p. 64.

<sup>98</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 121.

[...] Enquanto não se podia pensar a função jurisdicional com a participação das partes na fase de preparação da sentença, a reflexão jurídica se ateve à missão do juiz, e projetou nele a grande esperança de se retificarem as injustiças do Direito positivo.<sup>99</sup>

O processo civil constitui espécie de procedimento<sup>100</sup> dotado de “estrutura dialética ou polêmica, pois que assume a natureza de um debate ou discussão entre as partes”, sendo “traves mestras do processo o princípio do contraditório e o da igualdade das partes”.<sup>101</sup>

Trata-se de técnica ou método dialógico destinado a coibir o arbítrio e eliminar as disparidades dos litigantes, existentes no plano extraprocessual (econômica, técnica, cultural, dentre outras), ensejando a mais ampla fiscalização e influência sobre o pronunciamento do Estado-juiz.

Nas palavras de Alvaro de Oliveira, um dos autores que afirmava o papel do contraditório como fonte de contenção do poder estatal e de legitimação decisória,

[...] impõe-se atentar à natureza essencialmente dialética do processo. De um lado, a vontade do Juiz nunca é totalmente soberana, pois de um ou outro modo condiciona-se à vontade e ao comportamento das partes, no que representam de iniciativa, estímulo, resistência ou concordância. Por isso mesmo, constitui o contraditório poderoso fator de contenção do arbítrio por parte do Juiz [...].<sup>102</sup>

Por meio do contraditório, as partes têm o condão de delimitar a atividade decisória aos limites do pedido (arts. 2º, 141 e 492, do CPC) – princípio da congruência ou da adstrição –, coibindo o julgamento não apenas fora e além do pedido, mas, inclusive, em desconformidade com a causa de pedir, respeitando-se os axiomas *ne procedat iudex ex officio*, *nemo iudex sine actore* e *ne eat iudex ultra petita et allegata a partibus*.<sup>103</sup>

Sob o ponto de vista instrumentalista do processo, contudo, desloca-se o foco da legitimação e do poder para o Estado-juiz, que deveria, pela Constituição, estar a serviço do povo. A racionalidade das decisões jurisdicionais decorre não da sua capacidade de realizar a justiça social e assegurar o bem comum, mas de uma “legitimação procedimental que encontra no

<sup>99</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 194-195.

<sup>100</sup> Explica o professor Aroldo Plínio que “O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 102).

<sup>101</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 177/2000, 2ª Secção, Rel. Bravo Serra, j. 22.03.2000. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/>>. Acesso em: 20 maio 2018.

<sup>102</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 71, p. 31-38, jul./set. 1993, p. 31.

<sup>103</sup> MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 109, p. 389-414, jan./dez. 2014, p. 392.

irrestrito acesso ao Judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da legitimidade democrática.”<sup>104</sup>

Durante longo tempo, o processo foi compreendido como relação jurídica, na qual se estabelecem vínculos de coordenação ou subjugação entre seus integrantes (partes e juiz). Tal percepção, todavia, obscurece seu papel como método de participação política e de efetivação da cidadania. Aroldo Plínio Gonçalves destaca:

No exercício de faculdades ou poderes, nos atos processuais, a parte sequer se dirige à outra, mas sim ao juiz, que conduz o processo. E, do juiz, as partes não exigem conduta ou atos. Mesmo a doutrina tradicional já via a dificuldade de se sustentar o poder da parte sobre a conduta do juiz, resolvendo a questão pela concepção de que a “relação” entre eles, juiz e parte, seria de “subordinação”.<sup>105</sup>

Enquanto a legitimidade jurisdicional estiver sustentada na suposta aptidão para realizar a paz social, o contraditório será secundário, e o juiz terá papel preponderante no processo. Consoante Dierle Nunes, no Estado Democrático de Direito “os cidadãos não podem mais se enxergar como sujeitos espectadores e inertes nos assuntos que lhes tragam interesse”. Devem, ao contrário, “assumir a posição de participantes ativos e que influenciem no procedimento formativo dos atos administrativos, das leis e das decisões judiciais”.<sup>106</sup>

Os adeptos da escola instrumentalista não lograram êxito em estabelecer a natureza jurídico-científica do processo.<sup>107</sup> Coube ao processualista italiano Elio Fazzalari fazê-lo, na década de 1950, por meio da reelaboração do conceito de procedimento.<sup>108</sup> A partir daí, qualificou-se o processo como *espécie de procedimento*, dotada de relevante especificidade, qual seja, “uma estrutura dialética que possibilita a participação dos interessados à fase preparatória do provimento (decisão)”.<sup>109</sup>

<sup>104</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 17, n. 65, p. 53-68, jan./mar. 2009, p. 64.

<sup>105</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 100.

<sup>106</sup> NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG*, Belo Horizonte, v. 1, p. 39-55, jan./jun. 2004 (Série Participativa), p. 40.

<sup>107</sup> No entender de Rosemiro Leal, “entre os seguidores da escola instrumentalista e da relação jurídica (que não é jurídica, mas subjetivo-voluntarista), o ‘processo é essencialmente teleológico’, um instituto flutuante, etéreo, ritualístico, sem qualquer vínculo lógico-jurídico, porque, ao dizerem que o processo é ‘modo’ ou força que impulsiona os atos do procedimento perceptível, o processo seria imperceptível, isotérico e inefável, sequer teria, como a música, a mais abstrata das artes, um modo (maior ou menor) que se distingue pela alteração qualitativa dos intervalos (isto é, da segunda para a terceira nota da escala fundamental). O processo, para tais processualistas, é uma culinária, à milanesa, cuja fórmula é alquímica, inacessível às inteligências inferiores, envolvendo-se num mundo ritualístico do sagrado” (LEAL, Rosemiro. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 83-84).

<sup>108</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 102.

<sup>109</sup> NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório, p. 40.

Dotado de feição constitucional, o princípio do contraditório tornou-se, portanto, a peça-chave que assegura a “estrutura participativa” do processo e “uma regra essencial do procedimento jurisdicional, condicionando a validade da decisão final do juiz”.<sup>110</sup>

Dado seu status de componente essencial do devido processo legal, o contraditório traduz-se em *direito humano indissociável da atividade judiciária*. A Constituição da República de 1988, visando ao gozo real e não meramente simbólico da tutela jurisdicional, consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição e é enfática ao assegurar aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV). Há reprodução, no campo interno, da garantia intangível do art. 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

Ressalte-se que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14, 1, traz uma cláusula alusiva à tutela jurisdicional efetiva, realizada por meio de uma “*fair and public hearing*” ou “audiência justa e pública”, inerente ao “direito de ser ouvido”:

Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.<sup>111</sup>

Conforme lição de Renata Maia, a cláusula citada (repetida nos mais importantes instrumentos supranacionais de proteção dos Direitos Humanos) contém

[...] argumentos essenciais que estão implícitos em sua locução (“direito de ser ouvido”), destacando, dentre eles, a garantia do princípio da imediação no processo (requisito essencial do processo oral) e o reconhecimento do direito das partes a participarem de pelo menos uma audiência, como parte do devido processo legal. [...] A nova leitura do princípio do contraditório, inerente ao devido processo legal, reconhece seu caráter dialógico. O conhecimento dos fatos pode ser obtido através da oralidade, do ouvir e do escutar, que se dá em audiência. [...] O verdadeiro diálogo ocorre em contraditório. O diálogo é a saída para maior humanização do processo, no sentido de que a humanização do processo perpassa pela humanização dos sujeitos que fazem parte dele, permitindo-lhe maior participação ativa e interventiva.<sup>112</sup>

<sup>110</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e “giusto processo”*, p. 99.

<sup>111</sup> Tradução nossa. No original: “*All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law.*”

<sup>112</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral*, p. 109-111.

Na Europa, a partir do julgamento pela CEDH do caso Ruiz-Mateos v. Espanha, em 23 de junho de 1993, firmou-se jurisprudência, baseando-se no art. 6º, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos,<sup>113</sup> segundo a qual o direito a um processo equitativo inclui o direito a um processo contraditório.<sup>114</sup>

Posteriormente, a Corte Europeia aplicou o mesmo entendimento em McMichael v. Reino Unido (1995), Vermeulen v. Bélgica (1996), Lobo Machado v. Portugal (1996), Kress v. França (2001), Milatová e outros v. República Checa (2005) e Gaspari v. Eslovênia (2009).<sup>115</sup>

Ressalta-se, ao final deste tópico, que o direito fundamental ao contraditório não induz à conclusão de que os litigantes estão *compelidos* a exercer a prerrogativa no caso concreto, como condição de validade do processo.

Caso o réu citado opte pela não apresentação de defesa, mesmo ciente dos fatos contra ele imputados, o procedimento fluirá normalmente (ao contrário do processo penal, que exige exercício efetivo da defesa), independentemente dos potenciais efeitos nocivos desencadeados pela inércia de quem deveria se pronunciar (CPC, art. 344). Ao réu revel citado fictamente nomeia-se curador especial (CPC, art. 72, II). Trata-se de regra protetiva do sujeito incapaz processualmente (e não materialmente), em posição de fragilidade defensiva derivada, justamente, da forma de comunicação do polo passivo.

Ademais, o exercício do contraditório no processo civil está limitado pelo comportamento ético que a lei exige das partes, em reciprocidade e em relação ao órgão julgador. O CPC de 2015 não previu, nos artigos 5º e 6º, os princípios da boa-fé e da cooperação com finalidade retórica. O sistema processual civil brasileiro franqueia aos litigantes o poder de usar quaisquer meios, juridicamente idôneos, para obter o reconhecimento do seu direito material, independentemente da relevância do bem jurídico em disputa. A lição de Antônio do Passo Cabral é claríssima:

Certamente que, até quando exercitado, vale dizer, até o momento em que a parte se pronuncia no processo, o contraditório representa o direito (ou garantia) de ter ciên-

<sup>113</sup> Convenção Europeia de Direitos Humanos, Art. 6º, 1: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.”

<sup>114</sup> CEDH. Ruiz-Mateos v. Spain, 12952/87 (1993). Para acesso à íntegra da decisão: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57838>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

<sup>115</sup> CEDH. Guia sobre o artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos: direito a um julgamento justo (atualizado em 31 de dezembro de 2017). Estrasburgo: Conselho da Europa/Corte Europeia de Direitos Humanos, 2017, p. 54. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf)>. Acesso em: 27 mar. 2018.

cia dos atos processuais e ver suas considerações apreciadas pelo órgão judicial. No entanto, uma vez provocada a jurisdição, a garantia ultrapassa tais fronteiras e cede espaço para um objetivo maior, que é a participação colaborativa nas decisões estatais, fato que justifica a repressão às condutas de litigância de má-fé e aos atos atentatórios à dignidade de justiça. Se participar é garantido, a atuação deve ser ética, consentânea com os objetivos estatais da jurisdição.<sup>116</sup>

O direito à prova, por exemplo, considerado como “direito humano e direito fundamental das partes do processo judicial”, tendo em vista sua finalidade de “criar as condições necessárias para uma existência digna e para a efetiva participação na tomada de decisões no seio do Estado (democracia)”,<sup>117</sup> não é irrestrito porque, de um lado, a própria Constituição qualifica como inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos e, de outro lado, não existe verdade absoluta a ser atingida por meio da instrução processual, que cuida da reconstrução fática possível, dentro das balizas procedimentais fixadas pela lei. Em suma: a eticidade molda o exercício do contraditório em causas civis, limitando-o, contrariamente à esfera processual penal, em que se admite a utilização de prova ilícita, desde que voltada para proteger o interesse do acusado.

## 2.1 Contraditório formal ou estático

Obras tradicionais da literatura jurídica nacional difundiram a noção de contraditório como “princípio da audiência bilateral”, numa perspectiva de que “ao réu terá que ser garantida a oportunidade de defender-se”.<sup>118</sup> Explica Marcelo Veiga Franco que o contraditório formal ou estático, prescrito pelo art. 7º do CPC, resume-se “a possibilitar aos destinatários do provimento a oportunidade de manifestação nos autos e de formulação das alegações e provas lícitas que julgar pertinentes, com a respectiva oportunidade de reação”.<sup>119</sup>

A percepção estática do contraditório, apesar da fragilidade, continua sendo transmitida, assimilada e praticada pelos profissionais do Direito. Sustenta-se a ideia de que o interesse privado (das partes) prepondera no exercício da jurisdição. Nessa lógica individualista e liberal, que remonta ao século XVIII, a estrutura dialética se desenvolve na base contínua e pro-

<sup>116</sup> CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 126, p. 59-81, ago. 2005, p. 63.

<sup>117</sup> ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *A prova como direito humano e direito fundamental das partes do processo judicial*. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 182.

<sup>118</sup> SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 387. A título exemplificativo, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 61 e SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 56.

<sup>119</sup> FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 56-57.

gressiva de informações e reações mútuas ao longo do procedimento, até a decisão final. Segundo observam os professores Humberto Theodoro Júnior e Dierle Nunes,

[...] não se pode negar a redução do contraditório pela *Prozess-Ordnung* (1781) prussiana a um princípio lógico-formal (bilateralidade da audiência, contraposição de direitos e obrigações), que contribuiu para o delineamento do processo como relação jurídica anos mais tarde.<sup>120</sup>

Vale pontuar que, no fim do século XIX, houve na Europa a transição de um liberalismo processual dominado pelas partes para um processo dito “social”, cujo protagonista era o juiz, apto a exercer amplos poderes no decorrer do procedimento. Naquele contexto, “em que a exaltação do papel ativo do juiz foi elevada ao extremo, chegou-se a crer nos anos 30 do século passado, que a falta do contraditório (a falta da cooperação das partes) não impedia a obtenção de uma decisão justa”.<sup>121</sup> Carnelutti sustentou, em pleno século XX, o atributo divino do juiz:

Tudo isso eu digo para fazer compreender uma única coisa, para ter uma ideia do processo: o juiz, para sê-lo, deverá ser mais que o homem: um homem que se aproxime de Deus. Desta verdade a história conserva uma lembrança ao nos mostrar uma primitiva coincidência entre o juiz e o sacerdote, que pede a Deus e obtém de Deus uma capacidade superior à dos homens. Mesmo ainda hoje, se o juiz, em que pese o desprezo para as formas e os símbolos, que é uma das características pejorativas da vida moderna, veste a indumentária solene que chamamos de toga, isso corresponde à necessidade de fazer visível a majestade, que é um atributo divino.<sup>122</sup>

Emilio Betti, jurista italiano de viés autoritário, sustentava que o princípio do contraditório era, na década de 1930, “princípio fundamental do processo civil”. Sua base lógica seria extraída da bilateralidade do processo, ao passo que o seu fundamento prático consistiria na obtenção de uma “sentença justa”, tendo em vista que a “a exposição de qualquer parte integra-se e retifica-se”. O autor também sustentava, todavia, que “o contraditório é um instrumento útil do processo quando haja fundamento no contradizer: se não há, constitui um estorvo”.<sup>123</sup>

<sup>120</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 168, p. 107-141, fev. 2009, p. 111.

<sup>121</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual, p. 111.

<sup>122</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Fortaleza: Ideal, 2000, p. 54.

<sup>123</sup> BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2. ed. adicionada com jurisprudência recente. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1936. p. 87-91, apud CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 218, p. 65-78, abr. 2013, p. 72.

A característica “formal” do contraditório atribui caráter simbólico ao diálogo travado ao longo do procedimento, como elemento não determinante do conteúdo do *decisum*. Em outras palavras, a dialética retórica-formal em nada contribui para a construção dos fundamentos lançados no provimento. E a jurisdição, sob essa ótica, detém uma legitimidade *per se* e não decorrente da influência exercida pelas partes litigantes.

O emprego do contraditório simbólico foi observado pelo autor deste trabalho na comarca mineira de Contagem: quando os juízos cíveis constatavam revelia de partes citadas por edital ou por hora certa, abriam vista dos autos para a Defensoria Pública, para apresentação de defesa pelo curador especial (art. 72, CPC). Trata-se de exigência legal, significando que o Estado assumiu a obrigação de amparar os interesses de uma pessoa apta a ser surpreendida em um processo, com possibilidade de formação de título executivo. O curador especial, portanto, visa assegurar o contraditório efetivo da pessoa ausente e não da pessoa pobre (já que sua condição financeira é desconhecida).

Apesar de procederem à intimação (informação) da Defensoria para apresentação de resposta (reação), caso a defesa técnica vislumbrasse necessidade de produção de prova pericial, tal diligência era invariavelmente negada, sob o fundamento de que “O réu não está sob o pátio da gratuidade e o Estado não tem obrigação de custear perícia para quem é revel citado por edital”. Posteriormente, eram proferidas sentenças (naturalmente em prejuízo da parte ausente), sob a seguinte motivação: “Embora a contestação do curador especial tenha tornado controvertidos os fatos, certo é que não restou demonstrada a abusividade dos juros e da comissão de permanência, assim como o anatocismo alegado na defesa”.

Resumindo, era imperativo, por força de lei, que o curador oferecesse defesa da parte ausente citada de forma ficta. Ele não podia, contudo, produzir prova das suas alegações e influenciar o juízo. O exercício limitado da garantia fundamental, por vezes sutil, frustra o objetivo constitucional, pois a dialética processual só pode ser vista sob o enfoque da plenitude. Não é possível vislumbrar o contraditório efetivo no Direito Processual sem o amplo poder de produzir prova. Existe respeito ao contraditório ou não: impossível meio termo ou o “contraditório parcial”, expressão que representa, por si mesma, *contradictio in adjecto*. O contraditório é princípio reitor do processo civil “e não atributo consentido e dosado pela atuação jurisdicional em conceitos e juízos personalistas de senso comum, de conveniência ou de discricionariedade do julgador”.<sup>124</sup>

---

<sup>124</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, p. 52.

Outro exemplo de formalismo aplicável ao contraditório pode ser extraído da técnica de vinculação a precedentes, que não é nova no sistema brasileiro e recebeu grande incentivo no CPC de 2015, visando alcançar celeridade e “estabilidade” decisórias. Segundo consta na Exposição de Motivos do Código, a razão de ser dos tribunais superiores é “proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado”, e a “função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema”.

Há vozes discordantes, entretanto, especialmente se o processo civil se tornar instrumento de grandes corporações (litigantes habituais) para subjugar o cidadão comum, esvaziando sua participação em contraditório.

Nesse sentido, é altamente relevante o voto-vista da lavra do ministro do STJ Herman Benjamin, proferido no julgamento do Resp. nº 911.802. No caso concreto, julgou-se ação declaratória de nulidade cumulada com repetição de indébito ajuizada contra a empresa Brasil Telecom S/A, visando obstar a cobrança da chamada “assinatura mensal básica” e a sua devolução em dobro.<sup>125</sup> Eis o trecho fundamental do *decisum*:

Uma perplexidade político-processual inicial: a solução de conflitos coletivos pela via de ação civil individual e a mutilação reflexa do direito de acesso à justiça de milhões de consumidores.

A colenda Primeira Turma decidiu, em 24.4.2007 (fl. 186), afetar esta demanda à Primeira Seção. Até aí, nada de incomum, pois frequentemente questões complexas ou repetitivas são levadas ao colegiado de dez Membros, para que possam os seus integrantes decidi-las de maneira uniforme, evitando assim entendimentos divergentes entre as duas Turmas.

Aqui, contudo, afloram peculiaridades que desaconselhariam tal “afetação”, na forma e no momento em que foi feita, quase que automaticamente, sem qualquer discussão prévia e amadurecimento, no âmbito interno de ambas as Turmas, das múltiplas questões novas e controvertidas que acompanham esta demanda.

Os pontos complexos que este processo envolve – e são tantos, como veremos no decorrer deste Voto – não se submetem ao crivo de debates anteriores entre os Membros das Turmas, debates esses necessários para identificar e esclarecer as principais divergências e controvérsias de conflito desse porte, que, embora veiculado por ação individual (e formalmente refira-se com exclusividade a uma única consumidora), afeta, de maneira direta, mais de 30 milhões de assinantes (*rectius*, consumidores).

Difícil negar que, no âmbito do STJ, a demanda não estava madura para, de cara, proclamar-se decisão unificadora e uniformizadora a orientar a Seção, suas duas Turmas e todos os Tribunais e juízos do Brasil. Em litígios dessa envergadura, que envolvem milhões de jurisdicionados, é indispensável a preservação do espaço técnico-retórico para exposição ampla, investigação criteriosa e dissecação minuciosa dos temas ora levantados ou que venham a ser levantados. Do contrário, restringir-se-á o salutar debate e tolher-se-á o contraditório, tão necessários ao embasamento de uma boa e segura decisão do Colegiado dos Dez.

É bem verdade que o Regimento Interno prevê a “afetação” de processos à Seção “em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergências entre as Turmas” (art. 127). Contudo, escolheu-se exatamente uma ação *in-*

<sup>125</sup> STJ. Recurso especial nº 911.802/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Seção, j. 24.10.2007, DJE 1.9.2008. Grifos do autor.

*dividual*, de uma contratante do Rio Grande do Sul, *triplamente vulnerável* na acepção do modelo constitucional *welfarista* de 1988 – consumidora, pobre e negra, para se fixar o precedente uniformizador, mesmo sabendo-se da existência de várias *ações civis públicas*, sobre a mesma matéria, que tramitam pelo País afora. Ou seja, inverteu-se a lógica do processo civil coletivo: em vez da ação civil pública fazer coisa julgada *erga omnes*, é a ação individual que, por um expediente interno do Tribunal, de natureza pragmática, de fato transforma-se, em consequência da eficácia uniformizadora da decisão colegiada, em instrumento de solução de conflitos coletivos e massificados.

Não se resiste aqui à tentação de apontar o paradoxo. Enquanto o ordenamento jurídico nacional nega ao consumidor-indivíduo, sujeito vulnerável, legitimação para a propositura de ação civil pública (Lei 7347/1985 e CDC), o STJ, pela porta dos fundos, aceita que uma demanda individual – ambiente jurídico-processual mais favorável à prevalência dos interesses do sujeito hiperpoderoso (*in casu* o fornecedor de serviço de telefonia) – venha a cumprir o papel de ação civil pública às avessas, pois o provimento em favor da empresa servirá para matar na origem milhares de demandas assemelhadas – individuais e coletivas. Aliás, em seus Memoriais, foi precisamente esse um dos argumentos (a avalanche de ações individuais) utilizado pela concessionária para justificar uma imediata intervenção da Seção.

Finalmente, elegeu-se exatamente a demanda de uma consumidora pobre e negra (como dissemos acima, *triplamente vulnerável*), destituída de recursos financeiros para se fazer presente *fisicamente* no STJ, por meio de apresentação de memoriais, audiências com os Ministros e sustentação oral.

Como juiz, mas também como cidadão, não posso deixar de lamentar que, na argumentação(?) oral perante a Seção e também em visitas aos Gabinetes, verdadeiro monólogo dos maiores e melhores escritórios de advocacia do País, a voz dos consumidores não se tenha feito ouvir. Não lastimo somente o silêncio de D. Camila Mendes Soares, mas sobretudo a ausência, em sustentação oral, de representantes dos interesses dos *litigantes-sombra*, todos aqueles que serão diretamente afetados pela decisão desta demanda, uma gigantesca multidão de brasileiros (mais de 30 milhões de assinantes) que, por bem ou por mal, pagam a conta bilionária da assinatura-básica (lembro que só a recorrente, Brasil Telecom, arrecada, anualmente, cerca de *três bilhões e meio de reais* com a cobrança dessa tarifa - cfr. [www.agenciabrasil.gov.br](http://www.agenciabrasil.gov.br), notícia publicada em 8.6.2007).

[...]

Em síntese, a vitória das empresas de telefonia, que hoje se prenuncia, não é exclusivamente de mérito; é, antes de tudo, o sucesso de uma estratégia judicial, legal na forma, mas que, na substância, arranha o precioso princípio do acesso à justiça, uma vez que, intencionalmente ou não, inviabiliza o debate judicial e o efetivo contraditório, rasgando a *ratio essendi* do sistema de processo civil coletivo em vigor (Lei 7347/85 e CDC).

A essência do contraditório formal, simbólico ou fictício consiste, portanto, na *participação imaginária das partes no desfecho do processo*. Evidentemente não é possível apresentar um rol exaustivo de situações concretas em que a bilateralidade de audiência e a oportunidade concedida ao réu de se defender tenham assegurado aos litigantes mero acesso formal à justiça.

Com finalidade exemplificativa, pode-se aludir às seguintes hipóteses de “quase contraditório”: 1) Inversão do ônus da prova *na sentença*, mesmo com a intenção de coibir a “prova diabólica”; 2) Uso pelo juiz de informações adquiridas fora dos autos para formar seu convencimento, sem franquear às partes a chance de manifestação a seu respeito (“saber privado do juiz”); 3) Sentença que julga improcedente o pedido com base em questão

não debatida nos autos, apenas levantada em sede de memoriais pela parte ré; 4) Concessão do benefício da gratuidade judiciária no curso do processo e a posterior e categórica revogação, sem que à parte prejudicada fosse oportunizado o exercício do prévio contraditório; 5) Sentença proferida com fundamento diverso do invocado e com modificação da causa de pedir (decisão *extra petita*, que viola o princípio da congruência).

Há que se mencionar, pela posição de destaque que o tema ocupa nesta pesquisa, que a participação em contraditório sem defesa técnica prestada por advogado ou defensor público, viabilizada pelo sistema dos Juizados Especiais Cíveis, assegura, na melhor das hipóteses, o exercício formal da garantia constitucional. Para o professor José Manuel Lebre de Freitas, o conceito de contraditório como “bilateralidade de audiência” é válido, porém *restritivo*. Necessária sua substituição por uma noção mais ampla de contraditoriedade, “com origem na garantia constitucional do *rechtlilches Gehör* germânico, entendida como garantia de participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio”.<sup>126</sup>

## 2.2 Contraditório material ou dinâmico

O Tribunal de Estrasburgo julgou, em fevereiro de 1996, o caso Lobo Machado v. Portugal e, reconhecendo que o direito a um processo justo ou equitativo inclui o direito ao contraditório, decidiu que a garantia implica a prerrogativa das partes de, no curso de um processo, tomar conhecimento e discutir todo elemento ou observação apresentada ao juiz, de forma a influenciar a decisão.<sup>127</sup> Lebre de Freitas, adotando posição semelhante, esclarece que o contraditório, em sua concepção moderna,

Não se trata já apenas de, formulado um pedido ou tomada uma posição por uma parte, ser dada à contraparte a oportunidade de se pronunciar antes de qualquer decisão e de, oferecida uma prova por uma parte, ter a parte contrária o direito de se pronunciar sobre a sua admissão ou de controlar a sua produção. Este direito à fiscalização recíproca das partes ao longo do processo é hoje entendido como corolário duma concepção mais geral da contraditoriedade, como garantia de participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, em termos de, em plena igualdade, poderem influenciar todos os elementos (factos, provas, questões de direito), que se encontrem em ligação, directa ou indirecta, com o objeto da causa e em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. Esta concepção ampla do princípio do contraditório fora entre nós defendida, pelo menos, desde novembro de 1991.<sup>128</sup>

<sup>126</sup> LEBRE DE FREITAS, José Manuel. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 96-97.

<sup>127</sup> CEDH. Lobo Machado v. Portugal, 15764/89 (1996). Para acesso à íntegra da decisão: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57978]. Acesso em: 30 março 2018.

<sup>128</sup> LEBRE DE FREITAS, José Manuel. *Código de processo civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. 1, p. 7-8.

Longe de constituir exercício de retórica, compreender o contraditório como poder de influência revela que, no caso concreto, se a parte tiver condições de apresentar defesa, porém for impedida de provar sua argumentação, ao cabo ela terá bilateralidade de audiência, sem, contudo, ter capacidade de influir no resultado da demanda. Repisa-se que o “quase contraditório” ou “contraditório parcial” corresponde, na realidade, à negação completa da prerrogativa.<sup>129</sup>

Em 2004, o STF deu importante passo no reconhecimento da extensão da garantia no Direito brasileiro, após julgamento do MS nº 24.268/MG.<sup>130</sup> Naquela altura, o ministro Gilmar Mendes ponderou, com amparo na doutrina alemã, sobre a feição ampliada do princípio do contraditório, a partir da leitura da Constituição da República, que envolve “não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar”.

Fixado o caráter tridimensional do contraditório, ficou fora de dúvida sua estreita ligação com outro princípio incorporado ao CPC/2015,<sup>131</sup> qual seja, a cooperação processual. Prescreve o art. 6º que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. O dever de cooperação deve ser observado por parte de cada um dos “intervenientes processuais em relação aos outros e deve ser exigida pelo juiz em relação a todos, a começar por si próprio”.<sup>132</sup> Os sujeitos processuais não atuam isoladamente. Eles são interdependentes. O processo não pode ser concebido como “coisa das partes”<sup>133</sup> (modelo privatístico-liberal do século XIX) nem como expressão do puro arbítrio judicial, mas sim como *garantia da sociedade*.<sup>134</sup>

Não paira dúvida de que a dinâmica processual desencadeada pelo contraditório material aumenta o encargo judicial na direção dos processos. Na hipótese de o magistrado vislumbrar a necessidade de fundamentar a decisão com base em fato, norma ou

<sup>129</sup> O CPC/2015 encampou expressamente a ideia, ao prescrever que o exercício do direito à prova tem a finalidade de “*influir eficazmente* na convicção do juiz” (art. 369).

<sup>130</sup> STF. Mandado de segurança nº 24.268/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie (Rel. p. acórdão Min. Gilmar Mendes), j. 5.2.2004, DJ 17.9.2004.

<sup>131</sup> Em 2007, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já havia reconhecido que o princípio da cooperação é “corolário lógico do princípio do contraditório” (TJMG. Apelação cível nº 1.0702.06.284225-8/001, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo Andrade, j. 8.5.2007, DJ 22.5.2007).

<sup>132</sup> PORTUGAL, Tribunal da Relação de Évora. Apelação nº 410/12.0 TBACN.E1, Rel. Sílvio Souza, j. 26.3.2015. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/>>. Acesso em: 20 maio 2018.

<sup>133</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório, p. 32.

<sup>134</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa, p. 64.

jurisprudência<sup>135</sup> não submetida ao contraditório, deve provocar o debate prévio com as partes<sup>136</sup> – incidência do dever de consulta, oriundo do princípio da cooperação.

Em resumo, o espírito da nova construção processual civil assenta em uma ideia de direção ativa do processo por parte do juiz, no sentido de “ser dele exigível o cuidado de não se deixar ‘funcionalizar’, ou seja, de não tramitar, sem juízo crítico, o processo de acordo com a estrutura e marcha regra definidas abstratamente na lei” (sic).<sup>137</sup>

Observa Claudio Consolo que o fracasso em conceder um espaço argumentativo-defensivo adequado às partes implica a recuperação necessária da dialética processual somente *a posteriori* (mediante decretação de nulidade do provimento). Portanto a violação do contraditório conduz a uma regressão do procedimento cuja consequência direta é a morosidade processual.<sup>138</sup> Para ele, a obrigatoriedade de o juiz promover o diálogo com os litigantes servirá como uma “certificação”<sup>139</sup> do grau de preparo do órgão jurisdicional e encorajará um exame imediato e exato dos termos do processo.

Atento à ideia de que o exercício do contraditório é vinculado ao dever de fundamentação jurídica das decisões judiciais (esse liame fica evidente a partir do disposto no art. 489, §1º, IV, do CPC/2015), o legislador brasileiro optou por tornar defeso o ato de decidir, em qualquer grau de jurisdição, “com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (CPC/2015, art. 10).

Do ponto de vista normativo, o Código não trouxe inovação. A lei que regula a execução fiscal (Lei 6.830/80), em dispositivo inserido no ano de 2004 (art. 40, §4º), determina que o juiz só pode reconhecer e decretar a prescrição intercorrente depois de ouvida a Fazenda Pública. A despeito de representar uma benesse processual exclusiva do Estado, a regra despontou como indicador de que mesmo a decisão sobre matéria de conhecimento oficioso obri-

<sup>135</sup> O CPC brasileiro, ao estipular um rol de precedentes (pelo menos em tese) vinculantes (art. 927), consignou expressamente que os juízes e os tribunais “observarão” o disposto no art. 10 quando decidirem com fundamento em alguma modalidade de precedente referida no citado dispositivo legal (§1º). Não há dúvida, portanto, de que a jurisprudência (dada sua atual força normativa) constitui fundamento jurídico, ao lado das questões fáticas e das puramente de direito, que pode ensejar a denominada “decisão-surpresa”.

<sup>136</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1. ed. 4ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 226.

<sup>137</sup> PORTUGAL, Tribunal da Relação de Évora, Apelação nº 410/12.0 TBACN.E1, Rel. Sílvio Souza, j. 26.3.2015. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/>>. Acesso em: 20 maio 2018.

<sup>138</sup> CONSOLO, Claudio. *Codice di procedura civile commentato*. La riforma del 2009. Milano: Ipsoa Editore. 2009, p. 58.

<sup>139</sup> Claudio Consolo utiliza a expressão “specchietto tornasole”, que pode ser traduzida, em linguagem coloquial, como “prova dos nove”, ou seja, a confirmação segura de um determinado fato (CONSOLO, Claudio. *Codice di procedura civile commentato*, p. 58).

ga que seja franqueada à parte interessada a possibilidade de se manifestar antes da elaboração do provimento.

A proibição da decisão-surpresa no processo civil já poderia ter sido imposta mediante *interpretação* do princípio do contraditório. Logo, o art. 10 do CPC traduz-se em mera regulamentação de prerrogativa constitucional e não em inovação do sistema. Trata-se de tendência mundial incontornável, e o Brasil promoveu tardia normatização da matéria. Ao elaborar esta pesquisa, constatou-se que, ao menos Itália (CPC, art. 101, 2), França (CPC, art. 16), Alemanha (ZPO, §139), Portugal (CPC, art. 3º, 3), Cabo Verde (CPC, art. 3º, 3), Angola (CPC, art. 3º, 3), Macau (CPC, art. 8º, 2) e Áustria (ZPO, §182<sup>a</sup>), já solidificaram, no âmbito normativo, a referida cláusula proibitiva. Alexandre Freitas Câmara alude às lições de Rolf Bender e de Christoph Strecker, juristas que há várias décadas já ponderavam que “[o] assim chamado julgamento surpresa é um câncer na administração do Direito, desde que ele mina a confiança daqueles que procuram por justiça no Direito”.<sup>140</sup>

O disposto no art. 10 do CPC, enfim, revela-se uma *cláusula geral* protetiva do contraditório dinâmico porque há reprodução, em diversos pontos do Código, da regra segundo a qual a decisão jurisdicional deve sempre ser resultado da dialética efetivamente estabelecida entre as partes litigantes.

### 2.3 Aspectos do contraditório no processo civil norte-americano

Nos EUA, desde o período colonial, a cláusula do devido processo legal foi compreendida como um método de controle judicial sobre a arbitrariedade do próprio poder público.<sup>141</sup> Um dos primeiros casos julgados pela Suprema Corte envolvendo aplicação do *due process* foi *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.*, de 1856. Naquela ocasião, decidiu-se que a atividade legislativa submete-se à exigência do devido processo, definida no Texto Constitucional.<sup>142</sup>

<sup>140</sup> CÂMARA, Alexandre Antônio Franco Freitas. *Por um modelo deliberativo de formação e aplicação de padrões decisórios vinculantes: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais*. 2017. 378 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 104.

<sup>141</sup> PRYOR, Tom. *Turner v. Rogers, the Right to Counsel, and the Deficiencies of Mathews v. Eldridge*. *Minnesota Law Review*, v. 97, n. 5, p. 1854-1889, 2013, p. 1858.

<sup>142</sup> USSC. *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.*, 59 U.S. 18 How. 272 272 (1856). Para acesso à íntegra da decisão: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/59/272/case.html>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

É pacífica, na jurisprudência norte-americana, a vinculação do contraditório com a garantia do *due process of law*, a partir da interpretação da 5ª e da 14ª Emendas à Constituição.<sup>143</sup>

Colhe-se na Suprema Corte precedente formado no início do século XX (*Roller v. Holly* 176 U.S. 398, de 1900), no qual se decidiu: “Que um homem tenha direito a algum aviso antes que ele possa ser privado de sua liberdade ou propriedade é um axioma da lei para o qual nenhuma citação de autoridade daria peso adicional”.<sup>144</sup> De fato, no que concerne à dinâmica da litigância civil,

Além da apresentação do pedido perante a Corte, o requerente deve formalmente apresentá-lo ao reclamado, embora este possa renunciar à formalidade. Uma citação também deve ser apresentada ao reclamado para que este receba notificação formal de um processo que exige a sua resposta formal com relação ao pedido formalizado. A regra 4 das regras de processo civil apresenta orientações para os procedimentos de citação e petição. A orientação geral é que o procedimento deve dar ciência razoável para possibilitar ao reclamado tomar conhecimento de um processo existente contra ele.<sup>145</sup>

Importa para esta pesquisa investigar o grau de influência que as partes exercem sobre o convencimento judicial. Posteriormente, será comparada a amplitude do contraditório no Direito estadunidense e no brasileiro, tendo como fonte autêntica de informação a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana.

Nos EUA, em diversos casos julgados pela cúpula do Judiciário, nas décadas de 1960 e 1970, a importância das garantias processuais ligadas ao devido processo não foi mensurada com base exclusiva em precedentes, como era de supor em um sistema de *common law*. Tal relevância foi aferida por meio de construções jurídicas sensíveis às peculiaridades de cada caso concreto (via ponderação entre o interesse privado ameaçado e o interesse da sociedade), produzindo *soluções distintas e conflitantes* para casos semelhantes.<sup>146</sup> Vejam-se alguns *leading cases* de especial relevância, expostos em ordem cronológica.

<sup>143</sup> A 5ª Emenda prescreve o seguinte: “*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation*”. O texto original da 1ª Seção da 14ª Emenda consta no item 1.3 deste trabalho.

<sup>144</sup> MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”, p. 391.

<sup>145</sup> FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 100-101.

<sup>146</sup> PRYOR, Tom. *Turner v. Rogers, the Right to Counsel, and the Deficiencies of Mathews v. Eldridge*, p. 1860.

Quando do julgamento de *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967), a Corte revolucionou a justiça da infância e juventude ao decidir que, sob a égide do devido processo, menores infratores deveriam gozar das mesmas garantias franqueadas a adultos. Consignou-se que a Constituição deve assegurar a eles proteções relacionadas à prisão, busca e apreensão e interrogatório anterior ao julgamento, além de comunicação específica sobre a acusação e tempo adequado para elaboração de defesa e escolha da melhor estratégia processual.<sup>147</sup>

No caso *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970), decidiu-se que o cancelamento de um benefício previdenciário deve ser precedido de uma audiência de instrução, garantia inerente ao devido processo legal. Tal audiência não precisa assumir a forma de um julgamento, mas o beneficiário deve receber prévia e adequada comunicação do Estado, expondo as razões do cancelamento do seu benefício e a ele deve ser franqueada oportunidade de defesa, com possibilidade de impugnar prova testemunhal contrária e de sustentar oralmente seus argumentos e provas perante a autoridade julgadora.<sup>148</sup>

Em 1974, a *United States Supreme Court* (USSC) julgou *Wolff v. McDonnell*, 418 U.S. 539, estendendo as garantias do *due process* ao processo administrativo voltado à aplicação de sanções a detentos em decorrência de faltas cometidas durante a execução penal. Antes da aplicação de reprimendas deve ser o prisioneiro informado por escrito das razões para sua punição e acerca das provas produzidas pela administração carcerária em seu desfavor. Audiências informais devem ser realizadas para esclarecer sobre os termos da acusação e para dar ao acusado a oportunidade de sustentar, perante a autoridade responsável, os fatos que lhe sejam benéficos.<sup>149</sup>

Seguindo idêntica linha de raciocínio, o tribunal assegurou, no ano de 1975, ao julgar *Goss v. Lopez*, 419 U.S. 565 (o caso referia-se à expulsão de um aluno de escola pública), que, apesar de existirem muitas controvérsias acerca do significado da cláusula do devido processo legal, “não pode haver dúvida de que ela exige, no mínimo, que a privação de vida, liberdade ou propriedade via julgamento seja precedida de aviso e oportunidade de audiência apropriada às circunstâncias do caso concreto”.<sup>150</sup>

---

<sup>147</sup> USSC. *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967). Para acesso à íntegra da decisão: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/1/case.html>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

<sup>148</sup> USSC. *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970). Para acesso à íntegra da decisão: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/254/case.html>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

<sup>149</sup> USSC. *Wolff v. McDonnell*, 418 U.S. 539 (1974). Para acesso à íntegra da decisão: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/539/case.html>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

<sup>150</sup> USSC. *Goss v. Lopez*, 419 U.S. 565 (1975). Para acesso à íntegra da decisão: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/419/565/case.html>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

A mais célebre construção judicial envolvendo as garantias inerentes ao devido processo legal (dentre elas o direito à defesa técnica), até hoje aplicável, advém do julgamento de *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976).

O caso *Eldridge*, assim como *Goldberg v. Kelly*, tratou das garantias processuais inerentes ao procedimento de cancelamento de benefício previdenciário. Ao deixar claro que as proteções processuais incidentes *in concreto* dependem de circunstâncias específicas do caso, a Corte considerou três fatores, em uma espécie de “teste” que *flexibiliza a cláusula do due process*: 1º) o interesse privado afetado pela ação estatal; 2º) o risco de erro mediante o procedimento utilizado e o valor provável de garantias processuais adicionais ou substitutas; e; 3º) o custo fiscal e administrativo que a proteção processual adicional acarretaria e os interesses do poder público na solução eficiente da questão.

Valendo-se desse critério de ponderação, o tribunal superou o entendimento fixado em *Goldberg* e determinou que uma audiência para oitiva do interessado seria *desnecessária* antes do cancelamento do auxílio-saúde, entendendo que os procedimentos utilizados pelo Estado até aquele momento eram adequados para prevenir a supressão equivocada do direito patrimonial e que a natureza do interesse não demandava um processo mais rigoroso.<sup>151</sup>

Na opinião de Tom Pryor, considerando que a cláusula do devido processo legal deve proteger o cidadão contra a privação arbitrária de direitos, especialmente quando o Estado atua de maneira invasiva, “é de certa forma irônico que a Corte tenha produzido uma linha inconsistente de jurisprudência que requer diferentes proteções processuais em situações aparentemente idênticas”.<sup>152</sup>

São múltiplas e complexas as nuances jurídicas envolvendo a forma pela qual a jurisprudência norte-americana aborda o devido processo legal e valora as garantias a ele subjacentes. Análise exauriente do tema demandaria pesquisa específica de precedentes, o que foge aos objetivos desta dissertação.

Interessa, portanto, observar que a utilização pela Suprema Corte do “teste” criado em *Mathews v. Eldridge* repercutiu, em 2011, no julgamento do caso *Turner v. Rogers*, um marco na desvalorização da defesa técnica civil, investigado no capítulo seguinte.

<sup>151</sup> USSC. *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976). Para acesso à íntegra da decisão: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/319/case.html>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

<sup>152</sup> PRYOR, Tom. *Turner v. Rogers, the Right to Counsel, and the Deficiencies of Mathews v. Eldridge*, p. 1863.

### 3 A DEFESA TÉCNICA NO PROCESSO CIVIL

A Constituição da República de 1988 qualificou a Advocacia e a Defensoria Pública como Funções Essenciais à Justiça. Declarou-se o advogado, de um lado, como “indispensável à administração da justiça” (art. 133) e a Defensoria Pública, de outro, como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado” (art. 134). O ato de administrar a justiça, termo sujeito a ambiguidades, corresponde ao ato de julgar. Por isso, o art. 152 do CPC português prescreve que “Os juízes têm o dever de administrar justiça, proferindo despacho ou sentença sobre as matérias pendentes e cumprindo, nos termos da lei, as decisões dos tribunais superiores”.

A origem da Advocacia no Brasil, como profissão jurídica formalmente reconhecida, relaciona-se com a instalação dos cursos de Direito nas faculdades de Olinda e de São Paulo, em 11 de agosto de 1827. Explica Carlos Henrique Soares que, antes disso, “mercê do alvará de 24 de julho de 1713, qualquer pessoa idônea, ainda que não formada, poderia advogar fora da corte, tirando provisão”, ou seja, um documento oficial expedido pelo governo brasileiro, autorizando o exercício profissional.<sup>153</sup>

Anota Rui Portanova que “A despeito do indubitável reconhecimento a tão nobre atividade, foi nossa Constituição de 1988 que deu dignidade maior à classe”. Isso porque, não obstante tenha o antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) (Lei 4.215/63) prescrito que “No seu ministério privado o advogado presta serviço público, constituindo, com os juízes e membros do Ministério Público, elemento indispensável à administração da Justiça” (art. 168), foi somente a partir da promulgação da atual Carta Magna que a indispensabilidade do advogado alcançou status constitucional.<sup>154</sup> O STF, ao se pronunciar sobre tal atributo inerente à Advocacia, pontuou:

O princípio da indispensabilidade tem um sentido institucional. Ele erige a Advocacia à condição jurídica de instituição essencial à ativação da Função Jurisdicional do Estado, de órgão imprescindível à formação do Poder Judiciário e, também, de instrumento indispensável à tutela das liberdades públicas. A proclamação constitucional da inviolabilidade do Advogado, por seus atos e manifestações no exercício da profissão, traduz significativa garantia do exercício pleno dos relevantes encargos cometidos pela ordem jurídica a esse indispensável operador do direito.<sup>155</sup>

<sup>153</sup> SOARES, Carlos Henrique. *O advogado e o processo constitucional*. Belo Horizonte: Decálogo, 2004, p. 28.

<sup>154</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 165.

<sup>155</sup> STF. Recurso em *habeas corpus* (RHC) nº 81.750/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 12.11.2002, DJE 10.8.2007.

A previsão de indispensabilidade do advogado no texto constitucional nada tem de despreciada. A mínima relativização da sua importância no processo atinge a própria sociedade, que se torna vulnerável a ações arbitrárias de agentes estatais. Percebe-se que

[...] a repulsa ao trabalho do advogado pelos membros da sociedade que detêm o poder político e econômico não é uma característica contemporânea. Tanto na história da humanidade como na do Brasil o advogado sempre incomodou, sempre fez oposição, sempre lutou pela liberdade e pela igualdade, contrariando os interesses dos grupos poderosos.<sup>156</sup>

É emblemático o caso de Timor Leste, país asiático que sofreu as agruras de uma intervenção militar atroz por parte da Indonésia durante quase vinte e cinco anos e que somente no início da década de 2000 pôde reunir condições sociais e econômicas para reestruturar sua democracia e seu Sistema de Justiça.

Havendo raríssimos advogados aptos a exercer o múnus em território timorense, optou o legislador por fazer constar o seguinte no Código de Processo Penal<sup>157</sup>: “Caso não exista defensor público disponível, deve a nomeação recair, de preferência, entre advogados ou licenciados em direito”. A locução “de preferência” atesta decisão política no sentido de garantir a presença, na qualidade de procurador do acusado, ao menos de uma “pessoa idônea”, com aptidão mínima para sustentar os argumentos favoráveis perante o órgão julgador.

Constata-se que, na prática forense, todavia, a ausência de defensor leva à nomeação, pelo magistrado, de um oficial de justiça ou de outro servidor do próprio Judiciário, tornando a participação do réu no ato de julgamento um exercício simbólico e fictício de liberdade pública.<sup>158</sup>

Os advogados “são peças fundamentais no sistema de informações que irriga o processo” e é através deles que “o juiz recebe a maior parte dos elementos com os quais formará sua convicção não apenas sobre a substância do litígio, mas também sobre numerosas questões de outro teor, postas à sua apreciação e decisão”.<sup>159</sup>

<sup>156</sup> SOARES, Carlos Henrique. *O advogado e o processo constitucional*, p. 27.

<sup>157</sup> TIMOR LESTE. Código de processo penal. Decreto-lei 13, de 1º de dezembro de 2005. Para acesso à íntegra da lei: <[http://www.mj.gov.tl/jornal/files/Codigo\\_Processo\\_Penal.pdf](http://www.mj.gov.tl/jornal/files/Codigo_Processo_Penal.pdf)>. Acesso em: 5 abr. 2018.

<sup>158</sup> O autor desta pesquisa exerceu a função de Defensor Público Internacional em missão no Timor Leste nos anos de 2010 e 2011 (participação no Projeto de Apoio ao Fortalecimento do Sistema de Justiça de Timor Leste, coordenado pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil e pelo PNUD - Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento).

<sup>159</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Sobre a “participação” do juiz no processo civil*. Temas de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 64.

### 3.1 Capacidade postulatória no Direito brasileiro

A regra no Direito brasileiro é a atribuição de capacidade postulatória, no âmbito processual, à pessoa que detém o domínio técnico-jurídico, ou seja, ao advogado ou ao defensor público. Isso porque “a atuação das partes em juízo, pessoalmente, acarretará, em geral, defesa insuficiente do seu direito, dificultando também a atividade do juiz”.<sup>160</sup> Observa Liebman que

As partes não têm, geralmente, os conhecimentos do direito e da técnica do processo, necessários para poder defender eficazmente as suas razões em juízo; de outro lado, trazem para a controvérsia uma passionalidade que prejudica o curso ordenado da função judiciária. Por isso, exigências ao mesmo tempo de interesse privado e público tornam preferível entregar a tarefa de operar efetivamente no processo a pessoas especialmente preparadas, as quais, em razão da cultura, experiência e hábito profissional, saibam portar-se no trato das razões dos litigantes com aquela serenidade e aquela competência específica que faltam às partes.<sup>161</sup>

A capacidade de postulação, “que vem a ser a aptidão para realizar os atos do processo de maneira eficaz”<sup>162</sup> constitui, segundo a melhor doutrina,<sup>163</sup> pressuposto processual subjetivo. O art. 76 do CPC determina que “verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.”<sup>164</sup>

Há bastante tempo, contudo, o sistema opera – em processos judiciais – com situações excepcionais nas quais se admite a atribuição de *jus postulandi* ao leigo, seja na esfera criminal, seja na civil. A título de exemplo, mencionam-se os procedimentos do *habeas corpus* e dos Juizados Especiais Cíveis, estaduais e federais.<sup>165</sup>

<sup>160</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1, p. 170.

<sup>161</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 96-97.

<sup>162</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1, p. 335.

<sup>163</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 335 e LEBRE DE FREITAS, José Manuel. *Código de processo civil anotado*, p. 72.

<sup>164</sup> Não há previsão no Brasil da capacidade postulatória especial, como mecanismo de “filragem” das demandas submetidas à apreciação dos tribunais superiores. Itália e França admitem, ao contrário, com a finalidade de zelar pela duração razoável do processo, que o exercício da advocacia perante as mais altas instâncias judiciais seja franqueado a um grupo restrito de advogados especialistas. Sobre o tema, cf. BONATO, Giovanni; BONIZZIO, Marcelo José Magalhães. A capacidade postulatória dos advogados perante as cortes supremas: perspectivas de direito comparado no Brasil, na França e na Itália. In: PUOLI, Jose Carlos Baptista; BONIZZIO, Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros (Coords.). *Direito processual constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

<sup>165</sup> Nos Juizados Especiais estaduais, atribui-se capacidade postulatória à pessoa leiga para causas de até 20 salários mínimos (art. 9º, Lei 9.099/95), ao passo que, nos Juizados Especiais federais e da fazenda pública, para o valor de até 60 salários mínimos (Lei 10.259/01 e 12.153/09).

Tratando-se do *habeas corpus*, a exceção é compreensível.<sup>166</sup> Em um país de dimensões continentais, com índice aberrante de exclusão social, repleto de rincões onde ainda são tolerados os mais inimagináveis arbítrios, é salutar que a pessoa sem formação jurídica possa dirigir-se pessoalmente ao Judiciário, relatando ato que viole ou coloque em risco sua liberdade, injustamente. E não apenas isso: a atuação do impetrante se esgota na impetração do remédio constitucional, já que o rito sumário não contempla dilação probatória, e o Estado tem o dever de agir de ofício para garantir a liberdade ilegalmente cerceada.<sup>167</sup>

Completamente diversa é a situação dos Juizados Especiais, cuja lei prevê um rito baseado na oralidade, que demanda estratégia e atividade probatória, visando à formação do convencimento judicial. Demonstrar-se-á no próximo capítulo que a dinâmica do procedimento supostamente informal, no que concerne aos ônus processuais dos litigantes, em nada difere do rito comum ordinário (para o qual a defesa técnica é pressuposto processual obrigatório).

### 3.2 O vínculo entre a defesa técnica e o contraditório

Na década de 1970, a irlandesa Johanna Airey, após sofrer contínuo abuso físico e psicológico por parte do marido, deu início a uma jornada penosa para obter separação judicial (naquela época, o divórcio não tinha previsão legal na Irlanda). O esforço perante as instâncias ordinárias foi em vão: faltou-lhe defesa técnica civil, dada sua incapacidade financeira de contratar um advogado disposto a patrocinar seus interesses.

A questão foi submetida à Corte Europeia de Direitos Humanos, que julgou o caso em desfavor do Estado Irlandês, formando, em 9 de outubro de 1979, o *leading case* denominado Airey v. Ireland 32 ECHR Ser A (1979).<sup>168</sup> Firmou-se entendimento de que o artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos assegura, em razão da complexidade do processo ou da obrigatoriedade legal de patrocínio, segundo a lei doméstica do país, assistência jurídica

<sup>166</sup> Dispõe o art. 1º, §1º da Lei 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil: “Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de habeas corpus em qualquer instância ou tribunal”.

<sup>167</sup> Observa-se que a CLT – Consolidação das Leis do Trabalho – prevê, desde o ano de 1943, em seu art. 791, a possibilidade de os empregados e os empregadores reclamarem *pessoalmente* perante a Justiça do Trabalho – especializada da União – e acompanhar as suas reclamações. O processo trabalhista sempre foi, portanto, calcado na noção de *acesso formal à tutela jurisdicional*. Em 2017, adicionou-se um ingrediente perverso em desfavor das pessoas que compõem o extrato mais desfavorecido da população: com a entrada em vigor da Lei 13.467 – que alterou o art. 790 da CLT – fixou-se o ônus do trabalhador de arcar com o pagamento dos honorários periciais, ainda que ele seja beneficiário da justiça gratuita, havendo sucumbência em relação à pretensão objeto da perícia. Resumindo, *o pobre que litiga na Justiça do Trabalho sofre duplo óbice em sua garantia de acesso à justiça*: litiga sem defesa técnica e sobre ele paira a ameaça da punição pecuniária.

<sup>168</sup> CEDH. Airey v. Ireland ECHR 32, 6289/73 (1979). Para acesso à íntegra da decisão: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57420>>. Acesso em: 8 abr. 2018.

gratuita em casos cíveis, como condição para acesso efetivo à justiça. Informa Cleber Francisco Alves que, ao decidir o caso,

[...] a Corte rejeitou argumentos sustentados pelo Governo considerando não realista (“*not realistic*”) supor que “num litígio dessa natureza, a requerente poderia efetivamente conduzir seu próprio caso, apesar da *assistência* que, como salientou o Governo, o *juiz (sic!)* presta às partes quando litigam por si mesmas”. Mais adiante a Corte teceu diversas outras considerações reforçando esse entendimento de que não seria razoável admitir como efetivo o acesso à Justiça caso a Sra. Airey litigasse por si mesma.<sup>169</sup>

A Corte de Estrasburgo, além de fixar o conteúdo do princípio do contraditório em julgados como *McMichael v. Reino Unido* (1995) e *Lobo Machado v. Portugal* (1996), anteriormente referidos, estabeleceu *requisitos da atividade instrutória* para qualificá-la como efetivo exercício do contraditório, apontando as seguintes prerrogativas das partes: 1) possibilidade de se familiarizarem com as provas perante o tribunal; 2) possibilidade de comentarem sobre a existência, o conteúdo e a autenticidade da prova obtida, adequadamente e dentro de um prazo razoável; 3) oportunidade de levarem ao conhecimento do tribunal qualquer prova necessária para que seus pleitos sejam acolhidos e 4) oportunidade de exprimirem os seus pontos de vista sobre todos os documentos juntados aos autos (incluindo os documentos obtidos de ofício pelo tribunal).<sup>170</sup>

Infere-se que os requisitos apontados pela CEDH para concretização da dialética processual podem ser resumidos em uma única capacidade das partes: o poder de influência sobre o conteúdo decisório, traço do contraditório material ou dinâmico. No entanto o planejamento da estratégia jurídica envolve uma gama de conhecimentos específicos e de aptidões pessoais que não são acessíveis ao cidadão leigo (independentemente do seu grau de escolaridade,<sup>171</sup> a pessoa não familiarizada com a técnica forense está exposta a prejuízo). Por isso, a assistência jurídica funciona como componente essencial do contraditório dinâmico e, por consequência, do devido processo legal. Oportuna a observação do ministro Marco Aurélio Mello, quando da sessão plenária de julgamento da ADI nº 1.127/DF:

<sup>169</sup> ALVES, Cleber Francisco. Estudo de Caso: a decisão “Airey v. Ireland” e sua importância na afirmação do Direito de Acesso à Justiça no continente europeu. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, v. 20, p. 111-124, 2006, p. 120.

<sup>170</sup> CEDH. Guia sobre o artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos: Direito a um julgamento justo, p. 54.

<sup>171</sup> O grau elevado de escolaridade de uma pessoa – circunstância que certamente amplia suas possibilidades de acesso à informação e de exercício da cidadania – não é fator determinante para lhe garantir sucesso em um feito no qual litiga sem defesa técnica. Isso porque a capacidade de ler e interpretar o texto da lei não afasta a necessidade de conhecer os meandros da atividade forense, visando ao planejamento da estratégia processual eficaz. *Mutatis mutandis*, não se espera de um jurista, independentemente da sua cultura, aptidão para realizar atividade baseada em conhecimentos científicos de Engenharia ou de Medicina.

Em suma, o texto constitucional consagra a necessidade de observação da capacidade postulatória, de a parte estar representada por profissional da advocacia, o que se coaduna até mesmo com o fato de se lidar, no processo, com o Direito, no que possui institutos, expressões e vocábulos com sentido técnico, a escaparem do domínio dos leigos. Assim, voto pela improcedência do pedido formulado, mantendo, portanto, o inciso I do artigo 1º da Lei nº 8.906/94 tal como se contém, ou seja, revelando incumbir ao advogado, privativamente, a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais.<sup>172</sup>

Cappelletti e Garth, ao discorrerem sobre soluções práticas para enfrentar os problemas relacionados ao efetivo à justiça, pontuam que “Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa”.<sup>173</sup>

Tamanha é a vinculação entre defesa técnica e o exercício da tutela jurisdicional efetiva que, na década de 1960, Galeno Lacerda ensinava o seguinte:

Na medida em que o direito processual se torna mais complexo, apareceu a necessidade de uma classe de profissionais conhecedores do direito, e que pudessem atuar com proveito para os representados e para si mesmos. Isso facilita sobremaneira a perfeição da justiça. Os depoimentos passionais e exaustivos das partes sobrecarregariam o juiz e entravariam a justiça. Por outro lado há argumentos que só um advogado pode apresentar e que vêm muita vez esclarecer e elucidar o juiz em benefício de suas funções de julgador. Cabe assim ao advogado a preparação inicial da causa, a orientação dos seus clientes nos depoimentos, fazendo a crítica jurídica dos acontecimentos. Um juiz sem advogado será sempre um mau juiz. O papel fundamental do advogado é a defesa dos interesses do seu cliente e o bom andamento da justiça.<sup>174</sup>

O que está em jogo, quando se trata da efetivação do contraditório, é a garantia constitucional de igualdade, requisito indispensável para a concretização da cidadania. Por isso,

[...] o direito à igualdade de um cidadão em um processo civil é tão importante quanto o seu voto em uma sociedade democrática. *Sem a efetiva capacidade de litigar perante um tribunal, os cidadãos não se encontram em condições de fazer cumprir os direitos fundamentais que seus votos lhes permitiram usufruir. E direitos não passíveis de materialização não são direitos de fato. Para aqueles que litigam sem defesa técnica, a lei não existe como algo efetivo – pelo menos como uma benesse e não apenas como uma ameaça – sendo inócua sua participação através do voto.* Pessoas pobres podem ser processadas e perder a demanda, apesar de as leis lhes outorgarem uma posição de vantagem. A ausência de assistência jurídica lhes retira a possibilidade de conhecer a legislação e, conseqüentemente, de reivindicar os direitos previstos na norma. Com isso, a igualdade perante a lei e o direito à defesa técnica para assegurar a igualdade são componentes intrínsecos – porém ainda não reconhecidos – da cidadania. Resulta desta constatação que, sem verdadeira isonomia, as

<sup>172</sup> STF. ADI nº 1.127/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 17.5.2006, DJ 11.6.2010.

<sup>173</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 32.

<sup>174</sup> LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 118.

peças pobres que não contam com assistência jurídica são muito menos que cidadãos plenos em um regime democrático.<sup>175</sup>

Do ponto de vista estratégico, observa Dierle Nunes, a participação de um profissional tecnicamente qualificado ao longo de todas as etapas do procedimento é imprescindível para assegurar às partes o que a doutrina alemã chama de “competência de atuação” ou *handlungskompetenz*.<sup>176</sup> Para o professor da UFMG, a referida aptidão se materializa

[...] na capacidade da parte de antecipar as estratégias da outra e se posicionar diante das argumentações e determinações judiciais. Tal questão deveria ser enfrentada de modo adequado nos procedimentos vocacionados aos economicamente débeis. Desse modo, a ausência de necessidade de defesa técnica, sob o argumento socializante de busca da inclusão, gera uma nefasta exclusão do cidadão que, no quadro atual de aumento de complexidade normativa, não consegue, na imensa esmagadora de vezes, sem o auxílio de um técnico, defender solitariamente os seus direitos.<sup>177</sup>

No que concerne às barreiras culturais geradas pelo tecnicismo jurídico, não poderia ser mais precisa a observação de Barbosa Moreira:

Iniciativa aberta ao Poder Judiciário – e, mais do que aberta, imposta pelo texto constitucional – é a de aproximar a Justiça do grosso da população, com o propósito, entre outros, de eliminar ou reduzir as barreiras culturais. Todos sabemos que o cidadão comum não se sente à vontade nos recintos tradicionais em que se exerce a função jurisdicional: tudo aí se lhe afigura estranho, misterioso, e não é de se admirar que lhe inspire mais desconfiança e temor do que tranquilidade.<sup>178</sup>

A relação até aqui estabelecida entre assistência jurídica e contraditório, no campo da participação eficaz para influenciar o provimento, é perceptível de maneira intuitiva pelo estudioso ou pelo profissional que milita no foro. Insustentável, conhecendo os meandros da justiça, a afirmativa de que litigar desacompanhado de um advogado ou de um defensor público é estrategicamente benéfico.

Há, porém, duas questões envolvendo o aludido vínculo que não podem passar ao largo de uma análise crítica. Ambas concernem ao “acesso à ordem jurídica justa” que se pretende alcançar. Conforme salientado, um dos pilares do princípio do contraditório material é a ideia de que os sujeitos processuais (autor, réu e juiz) são interdependentes e, assim, cooperam entre si para obter, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

<sup>175</sup> JOHNSON JR., Earl. *To establish justice for all: the past and future of civil legal aid in the United States*. Santa Barbara, California: Praeger, 2014, v. 3, p. 925-926. Grifos nossos.

<sup>176</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 249.

<sup>177</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 249.

<sup>178</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Por um processo socialmente efetivo*, p. 8.

Cooperar, no sentido aqui empregado, significa consolidar um canal comunicativo entre os sujeitos para facilitar a autocomposição, viabilizando economia de tempo e de recursos financeiros para as partes e para o Estado.

É ilusória, todavia, a ideia de que há verdadeiro diálogo entre indivíduos que desconhecem o Direito e não possuem capacidade de dimensionar as consequências das posições a serem adotadas diante do conflito de interesses. Acima de tudo: é reduzida a chance de negociação justa entre litigantes que possuem graus díspares de poder econômico e organizacional.

O norte-americano Owen Fiss, conhecedor da dinâmica que se estabelece quando um dos sujeitos é *repeat player*, publicou, na década de 1980, ensaio de ampla repercussão intitulado *Against settlement*. Uma das premissas centrais do texto é: a falta de isonomia entre as partes, não raras vezes, conduz a uma solução negociada mediante submissão indevida dos interesses do litigante mais frágil.

Se o processo aborda, por exemplo, uma disputa entre vizinhos, é mais fácil superar o quadro litigioso mediante uso das “formas alternativas de solução de conflitos” porque existe presunção de igualdade entre autor e réu. Há também a noção de que os termos do ajuste correspondem às previsões das partes acerca do resultado processual.

Inúmeros feitos, ao contrário, envolvem conflito entre um indivíduo vulnerável e o Estado (panorama claramente perceptível no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública e dos Juizados Federais) ou a reclamação de um trabalhador contra uma grande corporação. Nesses casos, a distribuição de recursos financeiros ou a capacidade de uma parte de transferir para o adversário os custos contamina o processo de negociação. O acordo passa a conflitar com uma concepção de justiça cuja meta é, justamente, *tornar o fator econômico irrelevante* para obtenção de um resultado socialmente efetivo.<sup>179</sup>

As disparidades financeiras influenciam o acordo de três maneiras: 1) a parte mais pobre tem menor capacidade de obter e de analisar as informações necessárias para prever o resultado do litígio e, portanto, maior probabilidade de ser prejudicada no processo de negociação; 2) o litigante com menos recursos pode necessitar do valor almejado em curto prazo e, por isso, ser induzido a fazer acordo como forma de acelerar o pagamento (mesmo ciente de que, se aguardar o julgamento, poderá obter quantia superior); 3) a parte pobre pode ser forçada a fazer acordo porque não tem recursos para custear suas próprias despesas ao longo do procedimento (como os honorários de seu advogado ou as despesas que seu oponente pode

---

<sup>179</sup> FISS, Owen M. *Against Settlement*. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 1073–1091, 1983-1984, p. 1076.

impor por meio da manipulação de mecanismos processuais).<sup>180</sup> A hipótese referida no item 3 foi, inclusive, fomentada pelo Executivo em 2017, por meio da reforma trabalhista, que incluiu o malfadado art. 790-B na CLT em *indisfarçável benefício patronal*.

Isso posto, há duas formas de assegurar o diálogo isonômico e assegurar acordos que atendam de fato aos interesses das partes envolvidas.

Uma alternativa é atribuir a responsabilidade pela condução das negociações aos advogados ou defensores públicos. Os procuradores são os legítimos representantes dos interesses antagônicos, dotados de condições técnicas para analisar o panorama fático e antecipar o resultado do processo. E, conforme salienta Renata Maia,<sup>181</sup> é o “diálogo franco e aberto” que viabiliza a resolução do problema de forma mais cidadã, “por meio de uma decisão (acordo) construída pelos próprios protagonistas na resolução do conflito”.

Estimular, nesses termos, a cooperação e o diálogo por meio da defesa técnica, em momento histórico no qual o uso da máquina judiciária nunca se revelou tão pouco alvissareiro, significa fomentar a verdadeira autonomia do cidadão.

A segunda alternativa – e aqui se aborda outra questão tormentosa inerente ao vínculo entre contraditório e defesa técnica – é incumbir o Estado-juiz da tarefa de corrigir os contrastes porventura existentes entre os litigantes. Nota Marcelo Barbi Gonçalves, em alusão ao impacto das disparidades financeiras, que

No âmbito jurisdicional, por sua vez, essas assimetrias teriam seus efeitos atenuados em virtude de um sadio ativismo que permitiria aos juízes encetar medidas a fim de diminuir o impacto das desigualdades distributivas. Haveria, de certa forma, o exercício de uma *parcialidade positiva*, a qual, sinteticamente, consiste em compensar disparidades fáticas entre os litigantes com desnivelamento de tratamento por parte do magistrado.<sup>182</sup>

Owen Fiss, ao rejeitar o argumento daqueles que pugnam por um processo liberal puro, no qual o juiz desempenha papel essencialmente passivo, sustenta que

---

<sup>180</sup> FISS, Owen M. *Against Settlement*, p. 1076. Owen Fiss é peremptório ao afirmar: “*I do not believe that settlement as a generic practice is preferable to judgment or should be institutionalized on a wholesale and indiscriminate basis. It should be treated instead as a highly problematic technique for streamlining dockets. Settlement is for me the civil analogue of plea bargaining: consent is often coerced; the bargain may be struck by someone without authority; the absence of a trial and judgment renders subsequent judicial involvement troublesome; and although dockets are trimmed, justice may not be done. Like plea bargaining, settlement is a capitulation to the conditions of mass society and should be neither encouraged nor praised*” (FISS, Owen M. *Against Settlement*, p. 1075).

<sup>181</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral*, p. 115.

<sup>182</sup> GONÇALVES, Marcelo Barbi. Meios alternativos de solução de controvérsias: verdades, ilusões e descaminhos no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 242, n. 90, p. 599-631, abr. 2015, p. 611. Grifo do autor.

[...] os desequilíbrios de poder podem também distorcer o julgamento. Isso porque os recursos das partes influenciam a qualidade da condução processual, fato que, por sua vez, tem uma influência importante sobre quem ganha e os termos da vitória. Conta-se, por isso, com a presença orientadora do juiz, que pode empregar uma série de medidas para diminuir o impacto das desigualdades no âmbito do processo. O magistrado pode complementar as sustentações das partes em audiência, fazendo perguntas, chamando suas próprias testemunhas e convidando outras pessoas e instituições para participar como *amici curiae*. Essas medidas farão uma pequena contribuição para reduzir a influência das desigualdades externas, mas não devem ser ignoradas por esse motivo.<sup>183</sup>

Surge, neste ponto, relevante dilema a ser investigado: se o contraditório material é incompatível com a passividade judicial (o magistrado assume papel de destaque na dinâmica cooperativa entre as partes), importa avaliar se a ele, como figura externa às teses e antíteses processuais, compete investir-se na função de *compensador de déficits* (técnicos, culturais, probatórios e linguísticos), um verdadeiro patrono do litigante hipossuficiente que não possui defesa técnica (ou que padece de uma assistência jurídica deficitária).

Veja-se exemplo interessante, narrado por Alex Lamy de Gouvêa, juiz federal em Minas Gerais, durante debate realizado na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Em processo no qual se discutia a pertinência do benefício previdenciário pleiteado contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), constatou o magistrado, em audiência, que o advogado da parte autora abriu mão da oitiva da única testemunha arrolada, fonte de prova indispensável para lastrear a pretensão inicial. Não havia ônus probatório imputável ao Poder Público (e o procurador federal, como era de se esperar, nada requereu). A deficiência da defesa técnica criou uma inconveniente opção para o juiz: manter-se alheio à desigualdade (o julgamento de improcedência era previsível) ou agir deliberadamente em amparo da autora hipossuficiente, substituindo-a na produção da prova, para compensar a incapacidade da parte de desenvolver um plano eficaz de atuação processual.

O sistema processual civil brasileiro, fundado no contraditório, na ampla defesa e na isonomia, não condiz com a “parcialidade positiva”, que consiste na atuação judicial “proativa” compensatória de disparidades entre os litigantes, mediante “desnívelamento de tratamento por parte do magistrado”,<sup>184</sup> por melhores que sejam as intenções. Isso porque

A visão de um protagonismo judicial somente se adapta a uma concepção teórico-pragmática, que entrega ao juiz a capacidade sobre-humana de proferir a decisão que ele repute mais justa de acordo com sua convicção e preferência (solipsismo metódico) segundo uma ordem concreta de valores, desprezando, mesmo em determinadas

<sup>183</sup> FISS, Owen M. *Against Settlement*, p. 1077.

<sup>184</sup> GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Meios alternativos de solução de controvérsias: verdades, ilusões e descaminhos no novo Código de Processo Civil*, p. 611.

situações (*hard cases*), possíveis contribuições das partes, advogados, da doutrina, da jurisprudência e, mesmo, da história institucional do direito a ser aplicado.<sup>185</sup>

Se o julgador tem poder de escolha acerca do grau de isonomia que dispensa ao autor e ao réu, segundo as fragilidades por ele percebidas no curso do processo, tinha razão Moacir Amaral Santos ao sustentar, há meio século, que o juiz “distingue-se das partes não só porque lhe são atribuídos poderes, mas, especialmente, pela sua posição superior às mesmas”.<sup>186</sup>

O contraditório impõe ao magistrado uma condução crítica do procedimento e o diálogo constante com as partes, garantindo-lhes a oportunidade de influenciar a construção do provimento, segundo os ônus e as faculdades legais. No exemplo citado, a produção de prova pelo juiz, mesmo que em benefício de parte mais frágil (comparada com a União), tornaria letra morta a regra geral de distribuição do ônus da prova, prejudicando o INSS.<sup>187</sup>

Nota-se que o poder judicial de determinar, inclusive de ofício, as provas necessárias ao julgamento do mérito, é *sempre supletivo*. Caso contrário, não faria sentido a regra segundo a qual o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

E ainda: o julgador que busca a “verdade real” corre o risco de divagar ao infinito e romper sua posição de terceiro, invadindo o território dos verdadeiros contraditores. Sob a justificativa de alcançá-la, o juiz se legitima a suprir, por si mesmo, a atividade probatória de uma das partes, em favor da tese que lhe pareça mais “verdadeira”. Trata-se de anomalia decisória já reconhecida pela doutrina, denominada *confirmation bias*.<sup>188</sup>

O tema da instrução oficiosa, sobremaneira complexo e poucas vezes abordado com a profundidade merecida, foi objeto da Tese de Doutorado do juiz federal Eduardo José da Fonseca Costa, tendo ele afirmado o seguinte:

Enfim, a investigação unilateral por parte do julgador poderia condicioná-lo psicologicamente a acreditar no direito que tenha sido objeto da sua própria investigação. Tudo se passaria, portanto, como se os juízes inconscientemente procedessem a uma espécie de “projeção narcísica ou egoica” sobre a prova por eles ordenada, o que os

<sup>185</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 191-192.

<sup>186</sup> SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 365.

<sup>187</sup> No dizer de Vargas, “O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, a qualquer tendência de exacerbação personalista dos agentes do poder público. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, e, indo acima na hierarquia das funções e cargos públicos, alcança até mesmo certas manifestações caudilhescas ou messiânicas, típicas de países subdesenvolvidos como o nosso. Esse princípio é o antídoto natural do poder monocrático, pois tem como raiz a ideia de soberania popular e de exaltação da cidadania (VARGAS, José Cirilo de. *Direitos e garantias individuais no processo penal*, p. 77).

<sup>188</sup> NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. *Enunciado da Enfam mostra juízes contra o contraditório do novo CPC*. Consultor Jurídico. [on line]. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-03/enunciado-enfam-mostra-juizes-contraditorio-cpc>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

levaria a sobrevalorizá-las em detrimento das contraprovas. Talvez, subjacente a este fenômeno, esteja a atuação dos *egocentric biases* ou *self-serving biases*, por força dos quais as pessoas tendem a superestimar as suas próprias habilidades e a sua contribuição para atividades realizadas em grupo; ou seja, trata-se de superestimação do êxito dos próprios atos, ainda que o resultado não seja bom. Já Hugo Botto Oakley cogita aqui da possibilidade de atuação das heurísticas de confirmação [*confirmation bias*] e de ancoragem e ajustamento [*anchoring-and-adjustment bias*], ressaltando, porém, a necessidade de a ciência psicológica aprofundar-se na questão.<sup>189</sup>

O debate provocado pelo juiz não pode se confundir com paternalismo, como se houvesse espaço para o exercício de individualidade carismática do magistrado, dando azo ao que François Géný chamou de “O fenômeno Magnaud”.<sup>190</sup> Ensina Aroldo Plínio Gonçalves que o Juiz francês Magnaud, responsável por presidir o Tribunal de primeira instância de *Château-Thierry* entre os anos de 1889 e 1904, tornou-se célebre pelas suas decisões. Ele queria ser “o bom juiz favorável aos miseráveis e severo com os privilegiados. Não se preocupava com a lei, nem com a jurisprudência, nem com a doutrina, e se comportava como se fosse a reencarnação do direito.”<sup>191</sup>

É difícil traçar uma linha segura entre o que pode ser chamado de “sadio ativismo” judicial e o mais escancarado arbítrio. Veja-se o voto do Ministro do STJ Humberto Gomes de Barros, proferido em 2003 e amplamente conhecido, mas que ainda hoje serve como referencial negativo, no que concerne à visão deturpada da posição do juiz na “relação jurídico-processual”:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.<sup>192</sup>

<sup>189</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre o direito processual, economia e psicologia*. Salvador: Jus Podium, 2018, p. 174-175.

<sup>190</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 45.

<sup>191</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 45-46.

<sup>192</sup> STJ. Embargos de divergência no recurso especial nº 319.997/SC, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Primeira Seção, j. 14.8.2002, DJE 7.4.2003.

A “parcialidade positiva” tem conduzido a absurdos que nem os mais desiludidos com a atividade judiciária no Brasil seriam capazes de imaginar. Do autoritarismo panfletário do ministro Gomes de Barros à apropriação pelo juiz do interesse processual em disputa, com desprezo pelo devido processo legal, o trecho é mais curto do que se supõe.

Em 2017, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) concedeu ordem de *habeas corpus* para autorizar a progressão de regime a um assistido da Defensoria Pública, independentemente do pagamento de multa. O juiz da Vara de Execuções Penais de São João Del Rey interpôs recurso ordinário, visando à reforma da decisão proferida pelo Tribunal. Ouvido pela Corregedoria, aduziu o magistrado que o instituto do *habeas corpus* fora utilizado de forma indevida e que o Ministério Público se omitira no caso, ensejando a interposição do recurso. Sustentou também que sua atuação não indicara parcialidade, tendo em vista que “agiu dentro da legalidade ao jurar defender a ordem jurídica com destemor”.<sup>193</sup>

Limitar o exercício do poder – por meio da atuação verdadeira das partes na construção dos provimentos jurisdicionais – “é uma condição de existência e permanência do estado democrático de direito”, uma vez que, “sem limites, tudo é possível pela lógica daquele que está incorporado pelo poder”.<sup>194</sup> A experiência demonstra que, “a exemplo do ocorrido com Frederico, o Grande, a abolição da profissão de advogado resulta sempre infrutífera, por estimular, entre outros inconvenientes, o excessivo poder do órgão judicial.”<sup>195</sup>

Em resumo, a defesa técnica é fundamental para o exercício do contraditório material, não apenas porque permite a condução estratégica do processo (influência), mas, também, por viabilizar o diálogo entre os sujeitos processuais (cooperação), assegurando um terreno fértil de negociação em um plano de maior igualdade possível e o não deslocamento do protagonismo processual para o juiz “ativista” eliminador de disparidades.

### 3.3 O (des)valor da defesa técnica no Direito norte-americano

No ano de 1961, em *Panama City*, Flórida, Clarence Earl Gideon, pobre e com baixa escolaridade, foi indiciado por invadir um estabelecimento comercial, com o intuito de furtar bens de pequeno valor. Ao comparecer sozinho e sem dinheiro perante o juízo, o acusado pleiteou a nomeação de um advogado, ocorrendo logo após o seguinte diálogo:

<sup>193</sup> TJMG. Corregedoria de Justiça. Processo SEI nº 0000492-28.2018.8.13.0000, Juíza auxiliar Soraya Hassan Baz Láuar, decisão proferida em 18.1.2018.

<sup>194</sup> ROSA, Alexandre Morais da; MINAGÉ, Thiago M. *De boa vontade o inferno está cheio: damo-nos por satisfeitos com o respeito aos direitos individuais*. Empório do Direito. [on line]. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/backup/tag/alexandre-morais-da-rosa/page/8/>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

<sup>195</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório, p. 31.

Juiz: Senhor Gideon, sinto muito, mas não posso nomear um advogado para representá-lo neste caso. Segundo as leis do Estado da Flórida, a única hipótese em que o Tribunal pode nomear um advogado para representar um réu é quando essa pessoa é acusada de uma ofensa capital. Sinto muito, mas terei que negar seu pedido para nomear um advogado de defesa neste caso.

Acusado: A Suprema Corte dos Estados Unidos diz que tenho o direito de ser representado por um advogado.<sup>196</sup>

Sem condições de realizar sua autodefesa, Gideon foi condenado a cinco anos de prisão. Da penitenciária estadual, submeteu pedido de *habeas corpus* à Suprema Corte da Flórida, requerendo a declaração de nulidade da sentença condenatória. Nova negativa. Por último, arguiu violação do devido processo legal perante a Suprema Corte, por meio de petição redigida de próprio punho. O tribunal, então, constatando que o acusado litigava sem possibilidades de arcar com as despesas processuais, designou um dos mais prestigiosos advogados criminalistas da época, “Abe” Fortas, para fazer a sustentação oral e escrita.<sup>197</sup>

Caberia à Corte analisar se o entendimento fixado em *Betts v. Brady*, de 1942, deveria ser superado. Em *Betts* firmou-se entendimento de que, a menos que se estivesse diante de certas circunstâncias subjetivas do acusado (analfabetismo ou incapacidade mental) ou o processo fosse complexo, não haveria necessidade de nomeação de um advogado.<sup>198</sup>

Reconheceu-se no acórdão a nulidade apontada e formou-se, em 1963, *leading case* no sentido de que, sob a égide da 6ª Emenda à Constituição, toda pessoa acusada *criminalmente* (na esfera *estadual*) tem o direito à indicação de um defensor pelo tribunal, independentemente das circunstâncias do caso.<sup>199</sup> Em seu voto, marco da história jurídica norte-americana, enfatizou o juiz Hugo Black:

O direito a um defensor por parte da pessoa acusada da prática de um crime pode não ser considerado fundamental e essencial para a realização de julgamentos justos em alguns países, mas é no nosso. Desde o início, nossas constituições e leis estaduais e federais têm dado grande ênfase às garantias processuais e materiais, concebidas para assegurar julgamentos justos perante tribunais imparciais, nos quais todo acusado coloca-se em posição de igualdade perante a lei. Este nobre ideal não pode

<sup>196</sup> USSC. *Gideon v. Wainwright* 372 U.S. 335 (1963). Para acesso à íntegra da decisão: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/372/335/case.html>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

<sup>197</sup> Abraham “Abe” Fortas lecionou na Universidade de Yale e atuou como juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos no período compreendido entre agosto de 1965 e maio de 1969.

<sup>198</sup> USSC. *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455 (1942). Para acesso à íntegra da decisão: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/316/455/case.html>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

<sup>199</sup> Texto original da 6ª Emenda à Constituição: “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.*”

ser cumprido se o réu pobre tem de enfrentar seus acusadores sem um advogado para assisti-lo.<sup>200</sup>

No entender de Cléber Francisco Alves, a partir de Gideon houve drástica modificação no cenário da assistência jurídica gratuita, na medida em que se criou para os governos estaduais e mesmo para a União o ônus de estruturar “um sistema adequado para prestação desses serviços, que passaram a ser uma obrigação de ordem constitucional para o poder público”.<sup>201</sup>

Não obstante constitua o precedente mais emblemático em relação à matéria, *Gideon v. Wainwright* não teve a repercussão esperada *para a esfera criminal* (e, do ponto de vista jurisprudencial, não produziu efeito positivo para o âmbito civil).

Erwin Chemerinsky aduz que Gideon é, acima de tudo, uma decisão atípica. Isso porque envolveu a fixação pelo Judiciário de um direito afirmativo em face do Executivo: a obrigação de fornecer aos cidadãos um serviço público consistente no patrocínio técnico de advogado em casos criminais em que há risco de perda da liberdade.

Isso contrariou a tradição constitucional americana, pois os direitos fundamentais são geralmente considerados como liberdades negativas, limites sobre a atuação estatal, preservando a autonomia do indivíduo. No entanto impôs-se um dever ao Executivo sem indicar a fonte específica para financiamento do serviço. A Corte deixou em aberto para que cada Estado da Federação (e, em muitos casos, para que cada condado<sup>202</sup>) custeasse a defesa técnica de réus carentes.<sup>203</sup>

Fato é que, dentre as opções para uso de verba pública, nos EUA, o gasto com assistência jurídica de acusados pobres sempre proporcionou baixo retorno eleitoral. Isso porque os acusados da prática de crimes violentos tornam-se as pessoas mais odiadas pela sociedade. Nesse cenário, as figuras políticas, incluindo juízes (eleitos pelo voto popular, em nível estadual), não têm motivação para tomar medidas impopulares em prol daqueles considerados

<sup>200</sup> Em 1938, quando do julgamento do caso *Johnson v. Zerbst*, a Suprema Corte estabeleceu precedente no sentido de que acusados em processos penais possuem o direito à defesa técnica, a menos que eles renunciem à prerrogativa, perfeitamente cientes das potenciais consequências da sua decisão. Este *leading case*, todavia, garantiu o direito à assistência jurídica apenas para processos em trâmite na justiça federal (Cf. USSC. *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938)). Para acesso à íntegra da decisão: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/458/case.html>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

<sup>201</sup> ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil, p. 65. O primeiro precedente formado pela Suprema Corte a reconhecer o direito à defesa técnica no Processo Penal como componente do devido processo legal foi *Powell v. Alabama*, julgado em 1932. Apesar de representar avanço, o julgamento do *Scottsboro Boys case* teve alcance limitado, na medida em que impôs aos tribunais estaduais a nomeação de advogados para réus pobres somente em casos criminais nos quais se vislumbra a possibilidade de aplicação da pena de morte (ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil, p. 64).

<sup>202</sup> Nos EUA o condado representa divisão administrativa e política de um Estado, sendo dotado de competências para prestar serviços públicos em âmbito local.

<sup>203</sup> CHEMERINSKY, Erwin. Lessons from Gideon, *Yale Law Journal*, v. 122, n. 8, p. 2676-2693, 2013, p. 2685.

párias. O que se tem é o financiamento insuficiente da assistência jurídica aos vulneráveis, opção menos onerosa para os cofres dos Estados, porém custosa para o direito fundamental dos cidadãos.<sup>204</sup>

Cléber Francisco Alves, ao expor sobre a precariedade de recursos vivenciada pelas Defensorias Públicas estaduais, nota que tal carência

[...] é maior principalmente nos Estados da parte sul do país, como por exemplo no Texas e na Geórgia. Nesses Estados, o sistema de defesa pública é deixado quase que inteiramente sob a responsabilidade dos Condados, com escassos recursos repassados dos cofres estaduais. Nesse modelo em que o serviço é estruturado em âmbito local, a incidência de situações teratológicas é muito frequente. Numa pesquisa feita no Estado do Texas, mais da metade dos juízes disseram que conheciam colegas magistrados que faziam designações de advogados para os casos criminais levando em conta, sobretudo, se os advogados lhes davam suporte político ou se tinham contribuído para a campanha eleitoral do próprio juiz. Um quarto dos colegas chegou mesmo a admitir que eles próprios (e não os colegas) agiam dessa maneira. Noutra pesquisa, juízes declararam que levavam em conta para escolher os advogados para o patrocínio dos réus pobres a fama que tinham no sentido de serem “rápidos” no encaminhamento das causas, independentemente da qualidade da defesa prestada.<sup>205</sup>

Ademais, a prestação de assistência jurídica gratuita é tida pelo povo americano como um auxílio para o bem-estar da população carente (*welfare*). Todavia os programas sociais de maior sucesso com o eleitorado são os que beneficiam a população de maneira geral e não apenas os pobres. Por exemplo, a previdência social e o *medicare* são percebidos como programas de seguro – ao contrário do *welfare* – e, portanto, geram votos.<sup>206</sup>

Há nos EUA dificuldade de aceitar o direcionamento de verba estatal para o custeio de assistência jurídica às pessoas pobres porque a “terra da liberdade” foi estruturada sob a crença nos direitos da propriedade e na livre concorrência, gerando a tradição de valorizar o individualismo competitivo. No início do século XX, observam Karnal e outros historiadores, a pobreza era vista como “castigo advindo aos indolentes”.<sup>207</sup>

Tomada pela onda de otimismo gerada a partir do julgamento de Gideon, a comunidade jurídica passou a apostar na extensão do direito à defesa técnica para as pessoas pobres litigantes na esfera civil, originando o movimento intitulado *Civil Gideon*.

<sup>204</sup> CHEMERINSKY, Erwin. *Lessons from Gideon*, p. 2686.

<sup>205</sup> ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*, p. 86.

<sup>206</sup> CHEMERINSKY, Erwin. *Lessons from Gideon*, p. 2692.

<sup>207</sup> KARNAL, Leandro et al. *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*. 3. ed. 4ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2016, p. 157.

Seu argumento central é de que a assistência jurídica não pode decorrer de caridade ou do arbítrio do legislador, devendo ser reputado como prerrogativa fundamental,<sup>208</sup> na medida em que existem estudos que apontam os impactos negativos aos quais os cidadãos (especialmente a parcela pobre da população) estão sujeitos, ao litigar sem amparo de um advogado.<sup>209</sup>

Contrariando a expectativa geral, o tribunal assentou, em 2011, que é desnecessária a defesa técnica na maioria dos casos civis. Analisar e compreender a decisão proferida pela Suprema Corte em *Turner v Rogers*<sup>210</sup> é crucial para esta pesquisa.

Michael Turner, após se furtar sucessivas vezes ao cumprimento de ordem judicial para pagamento de pensão alimentícia, teve sua prisão civil decretada pelo período de doze meses. Arguiu-se violação do devido processo legal, consubstanciado na 14ª Emenda, em virtude de ter sido preso sem direito a defesa técnica.

Decidiu-se, após a aplicação do referido “teste” de *Mathews v. Eldridge*<sup>211</sup>, que: 1) a 6ª Emenda não se aplica a casos civis; 2) na hipótese de desobediência a ordem judicial proferida em processo civil (atitude denominada “*civil contempt*”), a 14ª Emenda autoriza o Estado a proporcionar ao litigante um *rol menor de garantias*, se comparado com processos criminais; 3) mesmo nos casos civis em que há ameaça de encarceramento, a Constituição não assegura o direito à assistência jurídica gratuita, se o Estado franqueia à parte carente “garantias processuais alternativas”, tais como informação adequada sobre o ilícito, oportunidade razoável para apresentar (pessoalmente) informações e para impugnar (também pessoalmente) as conclusões do tribunal; 4) somente se cogita no direito à assistência jurídica gratuita em processo civil se a parte contrária estiver representada por advogado. Caso contrário, cria-se uma assimetria em relação à assistência jurídica e, conseqüentemente, um grau de formalidade e de atraso que pode comprometer a satisfação do direito da pessoa desprovida de defesa técnica; 5) há ainda que se perquirir se o processo é particularmente complexo, hipótese que demanda atuação de um advogado.

O caso *Turner* gerou imensa decepção para os defensores do direito à assistência jurídica civil porque ele é uma promessa frustrada. Explica-se.

<sup>208</sup> JOHNSON JR., Earl. *To establish justice for all: the past and future of civil legal aid in the United States*. Santa Barbara, California: Praeger, 2014. v. 3, p. 831.

<sup>209</sup> ENGLER, Russel. Connecting Self-Representation to Civil Gideon: What Existing Data Reveal About When Counsel is Most Needed. *Fordham Urban Law Journal*, v. 37, n. 1, p. 37-92, 2009, p. 58.

<sup>210</sup> USSC. *Turner v Rogers* 564 U.S. 431 (2011). Para acesso à íntegra da decisão: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/564/431/>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

<sup>211</sup> Conforme exposto no item 2.3, em *Eldridge*, a Suprema Corte decidiu que as garantias processuais incidentes dependem de circunstâncias específicas do caso. Utilizou-se um “teste” de ponderação que flexibiliza a cláusula do devido processo legal.

Em 1981, a USSC teve oportunidade de se pronunciar sobre a garantia de defesa técnica civil, no julgamento de *Lassiter v. Department of Social Services*.<sup>212</sup> Discutiu-se no caso se, diante da perda iminente da guarda de filhos, seria necessário nomear advogado para os pais carentes. Aplicando-se o questionável teste de Mathews, concluiu-se que “Há presunção de que um litigante indigente tem direito à assistência jurídica apenas quando houver possibilidade de ele ser privado de sua liberdade física”.

O que se verificou em *Turner*, três décadas depois, foi justamente a perda de liberdade do litigante pobre, em processo civil que não contou com a atuação de um advogado em juízo. A aplicação do mesmo critério (fruto do teste de Mathews) pela Suprema Corte induziu à conclusão de que o tribunal finalmente decidiria em favor do direito à defesa técnica. Para perplexidade de muitos, concluiu-se que o *due process* não gera automaticamente o direito à assistência jurídica gratuita em processos cíveis, a despeito da ameaça de encarceramento.<sup>213</sup>

Explica Laura Abel que, quando do julgamento de *Turner v. Rogers*, os EUA experimentavam “uma revolução em assistência para litigantes em causa própria” (chamada de *pro se representation*). Para ela, quarenta anos após a criação da *Legal Services Corporation* (LSC)<sup>214</sup> – entidade estabelecida na década de 1970 pelo Congresso dos EUA para gerir o programa federal de assistência jurídica na área cível – o contingente de advogados aptos a exercer a assistência jurídica gratuita cível é, “como sempre foi, absolutamente inadequado para atender à demanda”. Na prática, a LSC rejeita metade das pessoas que busca sua ajuda. Pesquisas demonstram que, no máximo, vinte por cento das necessidades jurídicas das comunidades de baixa renda são satisfeitas. E, em casos civis referentes aos interesses de pessoas de baixa renda, a vasta maioria de litigantes é desprovida de defesa técnica.<sup>215</sup>

<sup>212</sup> USSC. *Lassiter v. Department of Social Services* 452 U.S. 18 (1981). Para acesso à íntegra da decisão: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/452/18/case.html>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

<sup>213</sup> Consta o seguinte no corpo da decisão, afastando-se expressamente a incidência da 6ª Emenda para casos civis, independentemente do risco de prisão da parte: “*The Sixth Amendment grants an indigent criminal defendant the right to counsel [...], but does not govern civil cases. The Due Process Clause allows a State to provide fewer procedural protections in civil contempt proceedings than in a criminal case. [...] Cases directly concerning a right to counsel in civil cases have found a presumption of such a right “only” in cases involving incarceration, but have not held that a right to counsel exists in all such cases*”.

<sup>214</sup> Conforme ressaltou a Diretora Executiva da Defensoria Pública Federal no Alabama, Christine Freeman, em entrevista realizada por este autor: “A atuação da LSC tem rendido polêmicas: o valor do repasse para financiamento da assistência jurídica civil tem oscilado para menor, em prejuízo da sua atividade e há diversas restrições referentes aos tipos de casos cíveis que podem ser patrocinados por meio de fundos da *Legal Services Corporation*. São exemplos de restrições impostas à atuação cível: instauração e acompanhamento de *class actions* e atuação em ações civis em benefício de pessoa encarcerada, como autora ou ré, assim como qualquer procedimento administrativo voltado para questionar as condições de encarceramento” (VARGAS, Cirilo Augusto. *A assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos: 50 anos após Gideon v. Wainwright*. *E-Civitas – Revista eletrônica da Faculdade de Direito da UNI-BH*, v. 9, n. 1, 2016, p. 11. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/1811/1000>>. Acesso em: 21 abr. 2018).

<sup>215</sup> ABEL, Laura. *Turner v. Rogers and the Right of Meaningful Access to the Courts*, p. 810.

Conseqüentemente, tribunais, programas de assistência jurídica gratuita e organizações comunitárias estão experimentando técnicas para auxiliar aqueles que litigam *pro se*. Os métodos experimentais incluem *sites* e quiosques de computadores com informações *on-line* e formulários contendo instruções processuais, centros de autoajuda, além de programas de voluntariado intitulados “advogado por um dia” (“*attorney-for-a-day programs*”).<sup>216</sup>

Importantes conclusões podem ser extraídas de Turner. A primeira é que o emprego da ponderação estabelecida em *Mathews v. Eldridge* produziu uma *jurisprudência dúbia*<sup>217</sup>: se reconhece, de um lado, que o *due process* assegura o direito a assistência jurídica em casos de detenção de menores pela prática de ato infracional<sup>218</sup> e de transferência de prisioneiros para hospitais psiquiátricos,<sup>219</sup> porém, de outro lado, nega-se a prerrogativa quando se trata de perda de poder familiar<sup>220</sup> e de prisão decorrente de desobediência a ordem judicial.

Turner v Rogers revelou também qual o significado que a Corte atribui à expressão “acesso efetivo à justiça” civil. Tem acesso efetivo o litigante apto a identificar as questões centrais do caso e de apresentar evidências e argumentos referentes a tais questões,<sup>221</sup> independentemente de ser pessoa leiga ou de estar atuando sem assistência jurídica. Tal entendimento faz perpetuar a noção de dispensabilidade do advogado no processo civil, estimulando a litigância em causa própria, alternativa menos onerosa para os cofres públicos.

Prova disso é que as decisões posteriores proferidas por Cortes estaduais que fizeram alusão a Turner v. Rogers serviram tão somente para reforçar o precedente *contra* a defesa técnica civil. No caso *State v. Currier* (2013), por exemplo, a Suprema Corte do Wyoming concluiu que as garantias processuais alternativas referidas em Turner cumpriam o requisito do devido processo legal, apesar de haver no caso um advogado do próprio ente federativo atuando em juízo contra uma pessoa leiga, que litigava em causa própria.<sup>222</sup>

A cúpula do Judiciário, ao julgar Turner v Rogers, não quis incidir no mesmo comportamento político decorrente de *Gideon v. Wainright*, qual seja, o de criar uma obrigação financeira para os Estados – acompanhada de natural expectativa social – sem revelar a fonte de custeio.

<sup>216</sup> ABEL, Laura. Turner v. Rogers and the Right of Meaningful Access to the Courts, p. 810.

<sup>217</sup> PRYOR, Tom. Turner v. Rogers, the Right to Counsel, and the Deficiencies of Mathews v. Eldridge, p. 1862.

<sup>218</sup> USSC. In re Gault, 387 U.S. 1 (1967). Para acesso à íntegra da decisão: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/1/case.html>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

<sup>219</sup> USSC. Vitek v. Jones, 436 U.S. 407 (1978). Para acesso à íntegra da decisão: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/445/480/case.html>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

<sup>220</sup> USSC. Lassiter v. Department of Social Services 452 U.S. 18 (1981). Para acesso à íntegra da decisão: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/452/18/case.html>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

<sup>221</sup> ABEL, Laura. Turner v. Rogers and the Right of Meaningful Access to the Courts, p. 805.

<sup>222</sup> DREYER, David. J. Déjà vu all over again: Turner v. Rogers and the civil right to counsel. *Drake Law Review*, v. 61, p. 639-665, 2013, p. 655.

Para David Dreyer, a maior tensão entre Executivo, Judiciário e Advocacia diz respeito ao dinheiro e à fixação de prioridades públicas.<sup>223</sup> Segundo ele,

[...] os orçamentos dos defensores públicos criminais estão no limite e a extensão do direito à defesa técnica para os litigantes pobres na esfera civil provavelmente enfraqueceria a assistência jurídica criminal. Mesmo quando os Estados realmente reconhecem um direito à defesa técnica civil, como Nova Jersey e Pensilvânia, os parâmetros estabelecidos pelo Judiciário para prestação de assistência jurídica gratuita dificilmente são cumpridos por falta de financiamento público adequado.<sup>224</sup>

Logo, adverte Erwin Chemerinsky, um programa de assistência jurídica gratuita baseado no voluntarismo do Legislativo dos Estados será ineficaz, pelas mesmas razões que a implementação da defesa técnica criminal a partir de *Gideon v. Wainright* foi insuficiente.<sup>225</sup>

Passados cinquenta anos desde o julgamento de *Gideon*, superou-se a promessa de que nenhuma pessoa pobre teria um julgamento justo – salvo se a ela fosse assegurada assistência jurídica – passando-se a uma realidade de seleção casuística dos casos que “merecem” atuação de um advogado. David Dreyer é convicto de que *Turner* representa “retrocesso em virtude do contingenciamento para uso de verba pública”. Todavia, “se as mesmas contingências tivessem sido ponderadas quando *Gideon* foi decidido, as pessoas pobres acusadas de praticar crimes não estariam hoje melhor do que litigantes civis hipossuficientes”.<sup>226</sup>

### 3.4 O paradoxo da *pro se litigation*

Para compreender o paradoxo que envolve o direito à autorrepresentação processual nos EUA, é preciso notar, inicialmente, que a 6ª Emenda, a despeito de ressaltar a importância do advogado no processo penal, *nunca tornou compulsória sua atuação em juízo*. E, no ano de 1938, a Suprema Corte daquele país fixou entendimento de que acusados da prática de crime (litigando na Justiça Federal) têm o direito à defesa técnica, salvo se renunciarem à prerrogativa, cientes das consequências nocivas da decisão.<sup>227</sup>

Na esfera criminal, portanto, a obrigação do juiz, ao constatar que a parte não tem condições de custear os honorários de um advogado, resume-se a *disponibilizar* defesa técnica

<sup>223</sup> DREYER, David. J. *Déjà vu all over again: Turner v. Rogers and the civil right to counsel*, p. 655.

<sup>224</sup> DREYER, David. J. *Déjà vu all over again: Turner v. Rogers and the civil right to counsel*, p. 655.

<sup>225</sup> CHEMERINSKY, Erwin. *Lessons from Gideon*, p. 2692.

<sup>226</sup> DREYER, David. J. *Déjà vu all over again: Turner v. Rogers and the civil right to counsel*, p. 664.

<sup>227</sup> USSC. *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938). Para acesso à íntegra da decisão: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/458/case.html>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

ao acusado. Caso o réu opte por recusar a indicação do juízo, estará autorizado a realizar sua autodefesa, seja leigo ou não.

O autor desta pesquisa verificou, durante estágio realizado na Defensoria Pública Federal do Alabama, situação inusitada para os padrões brasileiros: um réu, profissional da área de informática e acusado de negociar ilegalmente arma de fogo, optou por realizar sua autodefesa perante o juízo de primeira instância. Contudo o acusado pleiteou, perante a Corte, a nomeação de defensor público para atuar como seu “consultor jurídico”. Atendida a demanda, a defesa técnica limitava-se a ajudar na interpretação legal e a apontar estratégias de defesa, sem praticar qualquer ato postulatório formal perante o Judiciário.

Isso posto, o único *leading case* julgado pela Suprema Corte que promoveu uma discussão substancial a respeito da chamada *pro se litigation* foi *Faretta v. Califórnia*, de 1975.<sup>228</sup>

A questão submetida ao Judiciário foi a seguinte: Anthony Pasquall Faretta, acusado de praticar roubo na cidade de Los Angeles, pleiteou, antes do início do seu julgamento, o direito de autorrepresentação. Inicialmente, a vontade do réu foi atendida, porém, a certa altura do procedimento, o juiz determinou que Faretta fosse assistido por um defensor público. Houve, ao final, condenação, mantida em todas as três instâncias da Justiça da Califórnia.<sup>229</sup> Submetido o caso à Suprema Corte, decidiu-se o seguinte, *in verbis*:

A linguagem e o espírito da Sexta Emenda asseguram que o advogado, assim como os outros instrumentos de defesa garantidos pela Constituição, deve ser considerado como um auxílio para os acusados que estão dispostos a receber ajuda profissional e não um órgão do Estado interposto entre um réu contrário à assistência jurídica e o seu direito de realizar pessoalmente a autodefesa.

O que o tribunal reconheceu, sob o argumento de proteção da *autonomia privada* do cidadão em face do Estado,<sup>230</sup> foi que, a despeito de ao réu em processos criminais ser assegurada pela 6ª Emenda assistência jurídica como requisito para realização de um julgamento justo, o acusado também tem o direito constitucional – igualmente extraído da 6ª Emenda – de litigar sozinho quando assim decide voluntária e conscientemente.

<sup>228</sup> USSC. *Faretta v. Califórnia* 422 U.S. 806 (1975). Para acesso à íntegra da decisão: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/422/806/case.html>>. Acesso em: 18 abr. 2018. Grifos nossos.

<sup>229</sup> Primeira instância (juízo singular), segunda instância (Corte de Apelação Civil e Criminal) e terceira instância (Suprema Corte da Califórnia).

<sup>230</sup> DECKER, John F. The sixth amendment right to shoot oneself in the foot: an assessment of the guarantee of self-representation twenty years after *Faretta*. *Seton Hall Constitutional Law Journal*, v. 6, p. 483-598, 1996, p. 495.

Criticado de maneira monumental,<sup>231</sup> o precedente, ao colocar a *pro se representation* em patamar de destaque, criou um contrassenso: elevou o direito de litigar em causa própria ao patamar equivalente ao de outras garantias constitucionais processuais, incluindo o próprio direito à defesa técnica, realizada por advogado (prerrogativa reconhecida expressamente no ano de 1963, em *Gideon v. Wainwright*).

Notam Maria Helena Megale e Marcelo Paes Ferreira da Silva que “ao mesmo tempo em que afirmou a importância do direito à defesa técnica, o tribunal entendeu que tal direito poderia ser objeto de renúncia por seu titular, ainda que tal ato pudesse resultar grave prejuízo para sua defesa”.<sup>232</sup> Para John Decker, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em *Faretta v. Califórnia*,

ignorou o sábio provérbio segundo a qual aquele que representa a si mesmo tem um tolo como cliente e proclamou o direito constitucional à autorrepresentação em julgamentos criminais. O Tribunal não percebeu a extensão do caos que criou. Como consequência de *Faretta*, há arremedos de julgamentos em todo o país, ridicularizando a justiça e subvertendo as regras procedimentais.<sup>233</sup>

A incongruência do raciocínio alcançado, aliada ao seu descompasso em relação à jurisprudência da Suprema Corte, não passaram despercebidos no próprio julgamento de *Faretta*. Em voto vencido, o juiz Harry Blackmun ponderou o seguinte (tendo sido acompanhado pelos juízes Warren E. Burger e William Rehnquist):

A estrada que esta Corte percorreu desde *Powell v. Alabama* (1932) até *Argersinger v. Hamlin* (1972) não precisa ser lembrada aqui. Para nossos propósitos, é suficiente lembrar que, do começo ao fim, a construção do direito à defesa técnica foi baseada na premissa de que a representação por advogado é essencial para garantir um julgamento justo. O tribunal admite isso, e reconhece que “a essência das referidas decisões deve levar à conclusão de que um Estado pode impor um advogado até mesmo a um réu relutante”. No entanto o tribunal conclui que a autorrepresentação deve ser permitida, apesar dos riscos óbvios de condenações injustas, a fim de proteger o direito de livre escolha do réu.

[...]

Em conclusão, pondero sucintamente acerca dos problemas processuais que, suspeito, a decisão de hoje lançará sobre os tribunais. Embora a Corte indique que um litigante em causa própria necessariamente renuncia a qualquer alegação futura de nulidade decorrente de defesa ineficiente, o voto vencedor deixa em aberto uma série de outras questões processuais. Todo réu deve ser informado pelo juízo de seu direito de litigar *pro se*? Em caso afirmativo, quando essa informação deve ser dada?

<sup>231</sup> DECKER, John F. The sixth amendment right to shoot oneself in the foot: an assessment of the guarantee of self-representation twenty years after *Faretta*, p. 492.

<sup>232</sup> MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva; SILVA, Marcelo Paes Ferreira da. Defesa *pro se* e *right to counsel* na jurisprudência da suprema corte dos Estados Unidos da América e uma breve reflexão sobre o papel da Defensoria Pública no processo penal brasileiro. *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 9, p. 429-451, 2016, p. 437.

<sup>233</sup> DECKER, John F. The sixth amendment right to shoot oneself in the foot: an assessment of the guarantee of self-representation twenty years after *Faretta*, p. 485.

Uma vez que o direito à defesa técnica e o direito à autorrepresentação se excluem mutuamente, como a renúncia a cada um desses direitos deve ser aferida no caso concreto? Se o réu optou por exercer seu direito de litigar em causa própria, ele ainda tem o direito constitucional à assistência jurídica prestada por um advogado substituto (*stand by counsel*)? Em qual etapa do procedimento criminal o réu deve decidir entre a representação por um advogado ou a autorrepresentação? Feita a decisão, permite-se ao acusado reverter as condições do seu patrocínio jurídico? É possível que uma violação do direito à autorrepresentação seja sempre um erro inofensivo? O juízo deve tratar um acusado que litiga em causa própria de forma diferente do que trataria um advogado profissional? Suponho que muitas dessas questões serão respondidas no seu devido tempo. Muitas delas, contudo, tais como as referentes aos termos de renúncia à defesa técnica e ao tratamento dispensado pelo juízo ao litigante *pro se*, irão pairar sobre o julgamento de todo acusado que opta por exercer seu direito à autorrepresentação. Os problemas processuais gerados por um direito absoluto à litigância em causa própria superam de longe qualquer vantagem tática que o acusado possa experimentar ao optar pela autodefesa.

*Se há alguma verdade no velho provérbio segundo o qual “aquele que representa a si mesmo tem um tolo como cliente”, a Corte, através da decisão proferida hoje, estabelece o direito constitucional do indivíduo de fazer papel de tolo.*

Por mais contraditória que pareça aos olhos de um estrangeiro, a prerrogativa de litigar em causa própria já havia sido reconhecida como intrínseca à cultura jurídica norte-americana muito antes da formação do *leading case* *Faretta v. Califórnia*. O direito à autorrepresentação “remonta à fundação do país”. Tendo suas raízes no *common law* britânico, a ideia evoluiu como resultado da combinação do direito natural com a antiga aversão social pela figura do advogado e a noção de que “todos os homens são criados iguais”. Mesmo que formal, o amplo acesso aos tribunais para todos os cidadãos também foi visto como importante para o desenvolvimento do Direito e das políticas públicas estadunidenses, além de desestimular o uso pela população de meios não estatais para solução de suas controvérsias.<sup>234</sup>

Normas federais existentes desde o século XVIII (*Judiciary Act*<sup>235</sup>) conferiram ao acusado o direito de litigar *pro se*, e a maioria dos Estados garantiram idêntica prerrogativa por meio de suas Constituições ou de decisões proferidas por seus tribunais.

O chamado “Código de Leis dos Estados Unidos” (*U.S. Code*, documento que representa a compilação e a codificação oficial das normas federais) prescreve a seguinte regra, elaborada em 1966: “Em todos os tribunais dos Estados Unidos as partes podem postular e conduzir seus próprios processos, pessoalmente ou por um advogado [...]”<sup>236</sup>

<sup>234</sup> SWANK, Drew A. The pro se phenomenon. *Brigham Young University Journal of Public Law*, v. 19, n. 2, p. 373-386, 2005, p. 374-375.

<sup>235</sup> O *Judiciary Act* foi uma lei promulgada na primeira sessão do Congresso em 1789 e estabelecia os contornos do Judiciário federal. Ela “garantia às partes o direito de conduzir suas próprias demandas pessoalmente em qualquer tribunal do país”. (MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva; SILVA, Marcelo Paes Ferreira da. *Defesa pro se e right to counsel* na jurisprudência da suprema corte dos Estados Unidos da América e uma breve reflexão sobre o papel da Defensoria Pública no processo penal brasileiro, p. 434-435).

<sup>236</sup> 28 U.S. Code § 1654 - *Appearance personally or by counsel*. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title28-section1654&num=0&edition=prelim>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

Somente a partir do julgamento de *Faretta v. Califórnia*, no entanto, a litigância em causa própria foi declarada como direito fundamental inerente a todos os réus criminais,<sup>237</sup> mesmo diante do silêncio da 6ª Emenda acerca da suposta prerrogativa extraída pela Corte.

Apesar de o alto custo que envolve a contratação de um advogado ser apontado como o principal motivo para o desenvolvimento da *pro se litigation* nos tribunais norte-americanos, a doutrina aponta outras razões para tanto<sup>238</sup>: 1) melhora dos índices de alfabetização; 2) aumento do individualismo e da crença nas habilidades de conduzir o próprio julgamento; 3) sentimento de aversão aos advogados e de desconfiança em face do Sistema de Justiça; 4) notória sobrecarga dos defensores públicos; 5) convicção de que o tribunal vai julgar o caso de forma correta, esteja a parte representada por advogado ou não; 6) crença de que a simplificação dos procedimentos tornou a defesa técnica dispensável; 7) uso da autorrepresentação como meio de angariar simpatia do juiz.<sup>239</sup>

Os fundamentos apresentados pela doutrina revelam a extensão do engano experimentado por parcela significativa da população norte-americana. Em relação à esfera civil, há fontes seguras a respeito dos prejuízos aos quais se sujeitam aqueles que decidem litigar sem amparo técnico. Dentre elas está o relatório elaborado pelo Columbia Law School Human Rights Institute, pelo qual se concluiu que:

[...] a falta de defesa técnica compromete de maneira dramática a capacidade das pessoas carentes de lidar com o sistema judiciário e de alcançar resultados proveitosos. Litigantes amparados tecnicamente gozam estatisticamente de resultados mais favoráveis em feitos envolvendo moradia, família, infância e juventude, pequenas causas e direitos trabalhistas. Aqueles que são representados por um advogado perante agências governamentais que controlam questões vitais como seguridade social, benefícios assistenciais, imigração e desemprego também possuem índice superior de sucesso nas demandas – em alguns casos duas ou três vezes maior – se comparados com as pessoas que não possuem defesa técnica em casos semelhantes. Em pesquisa realizada com a participação de juízes de primeira instância, oriundos de trinta e sete Estados, a maioria relatou que litigantes em causa própria (*pro se litigants*) foram prejudicados em sua advocacia pessoal porque falharam na apresentação da prova necessária, cometeram erros processuais ou foram incapazes de inquirir devidamente as testemunhas.<sup>240</sup>

<sup>237</sup> DECKER, John F. The sixth amendment right to shoot oneself in the foot: an assessment of the guarantee of self-representation twenty years after *Faretta*, p. 492.

<sup>238</sup> *Os litigantes pro se são, em grande parte, pessoas pobres*. A incapacidade de pagar honorários advocatícios foi apontada como a principal razão para comparecerem sozinhos em juízo (ENGLER, Russel. *Connecting Self-Representation to Civil Gideon: What Existing Data Reveal About When Counsel is Most Needed*, p. 41).

<sup>239</sup> SWANK, Drew A. *The pro se phenomenon*, p. 378-379.

<sup>240</sup> COLUMBIA LAW SCHOOL HUMAN RIGHTS INSTITUTE. *Equal access to Justice: ensuring meaningful access to counsel in civil cases, including immigration proceedings*. 2014, p. 2-3. Disponível em: <[http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/human-rights-institute/files/equal\\_access\\_to\\_justice\\_-\\_cerd\\_shadow\\_report.pdf](http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/human-rights-institute/files/equal_access_to_justice_-_cerd_shadow_report.pdf)>. Acesso em: 19 abr. 2018.

A despeito das constatações empíricas referentes ao papel da defesa técnica na concretização do acesso efetivo à justiça, o número de pessoas que litiga em causa própria na esfera civil é crescente (no âmbito federal e estadual),<sup>241</sup> independentemente da complexidade técnica e das consequências advindas da má gestão processual.

Na opinião de David Dreyer, o problema da *pro se litigation* não pode ser ignorado, pois até mesmo o cidadão leigo percebeu que aquele que litiga em causa própria precisa de ajuda.<sup>242</sup> Porém, se a ajuda não vier, as pessoas desassistidas precisam continuar acionando o Judiciário para proteger seus direitos.<sup>243</sup> Durante a década de 1990, os problemas enfrentados e causados por litigantes *pro se* ganharam cada vez maior notoriedade em todo o país.

---

<sup>241</sup> SWANK, Drew A. The pro se phenomenon, p. 376-377). Nesse sentido, SANDEFUR, Rebecca L. The impact of counsel: an analysis of empirical evidence. *Seattle Journal for Social Justice*, v. 9, n. 1, p. 51-95, 2010, p. 60.

<sup>242</sup> DREYER, David. J. Déjà vu all over again: *Turner v. Rogers* and the civil right to counsel, p. 658-659.

<sup>243</sup> Drew Swank é enfática ao destacar que: “in 1971, only one percent of litigants in divorce cases in California were pro se. By 1985, the rate had risen to forty-seven percent and currently, the rate is approaching seventy-five percent. Regardless of the exact percentages, pro se litigation rates have been growing at an exponential rate and many commentators believe they are much higher now than ever before in United States history” (The pro se phenomenon, p. 376-377). Nesse sentido, SANDEFUR, Rebecca L. The impact of counsel: an analysis of empirical evidence. *Seattle Journal for Social Justice*, v. 9, n. 1, p. 51-95, 2010, p. 60.

#### 4 O MODELO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Em agosto de 1983, a Presidência da República submeteu ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1950/83,<sup>244</sup> que dispunha sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas, acompanhado da Exposição de Motivos da lavra de Hélio Beltrão, então chefe do Ministério da Desburocratização, órgão federal que funcionou entre 1979 e 1986.<sup>245</sup> Não deixa de ser irônico que o governo militar tenha expandido a máquina pública com a paradoxal finalidade de simplificar a Administração Federal.

No dia 7 de novembro de 1984, entrou em vigor a Lei 7.244, que integrou o Juizado Especial à justiça comum dos Estados, regulando o procedimento a ser adotado para o julgamento dos litígios de natureza patrimonial e de reduzido valor. Dentre as justificativas apresentadas por Beltrão ao Legislativo, destacam-se:

Os problemas mais prementes, que prejudicam o desempenho do Poder Judiciário, no campo civil, podem ser analisados sob, pelos menos, três enfoques distintos, a saber: (a) inadequação da atual estrutura do Judiciário para a solução dos litígios que a ele já afluem, na sua concepção clássica de litígios individuais; (b) tratamento legislativo insuficiente, tanto no plano material como no processual, dos conflitos de interesses coletivos ou difusos que, por enquanto, não dispõem de tutela jurisdicional específica; (c) tratamento processual inadequado das causas de reduzido valor econômico e consequente inaptidão do Judiciário atual para a solução barata e rápida desta espécie de controvérsia.

A ausência de tratamento judicial adequado para as pequenas causas [...] afeta, em regra, gente humilde, desprovida de capacidade econômica para enfrentar os custos e a demora de uma demanda judicial. A garantia meramente formal de acesso ao Judiciário, sem que se criem as condições básicas para o efetivo exercício do direito de postular em Juízo, não atende a um dos princípios basilares da democracia, que é o da proteção judiciária dos direitos individuais.

A elevada concentração populacional nas áreas urbanas, aliada ao desenvolvimento acelerado das formas de produção e consumo de bens e serviços, atua como fator de intensificação e multiplicação de conflitos, principalmente no plano das relações econômicas. Tais conflitos, quando não solucionados, constituem fonte geradora de tensão social e podem facilmente transmutar-se em comportamento antissocial.

[...]

Considerações de economia ou barateamento de custos levaram o anteprojeto a prever a facultatividade de assistência das partes por advogado (art. 99). Não se desconhece o valor da assistência judiciária, por advogado, às partes envolvidas em litígio judicial, mas certo é que a obrigatoriedade de tal assistência, nas causas de pequeno

<sup>244</sup> O esboço do anteprojeto foi publicado pelo Ministério da Desburocratização em setembro de 1982 e revisto por uma comissão integrada pelos seguintes juristas: João Geraldo Piquet Carneiro, Secretário Executivo do Programa Nacional de Desburocratização; Nilson Vital Naves, do Gabinete Civil da Presidência da República; Kazuo Watanabe e Cândido Rangel Dinamarco, da Associação Paulista de Magistrados; Luiz Melbício Machado, da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul; Paulo Salvador Frontini e Mauro José Ferraz Lopes, do Ministério Público de São Paulo e Rio de Janeiro, respectivamente; e Ruy Carlos de Barros Monteiro, do Ministério da Desburocratização. *A comissão não integrou sequer um representante da Ordem dos Advogados do Brasil.*

<sup>245</sup> Por meio do Decreto 83.740/79, o Presidente João Batista Figueiredo criou o Ministério Extraordinário para a Desburocratização e instituiu o Programa Nacional de Desburocratização, destinado a dinamizar e simplificar o funcionamento da Administração Pública Federal.

valor econômico e reduzida complexidade jurídica, pode impedir o ingresso da parte em juízo, afrontando o preceito constitucional que assegura o livre acesso ao Judiciário para a satisfação de direitos individuais injustamente lesados. As pequenas lesões de direitos sacrificam, indistintamente, os pobres e os mais afortunados. Quando a parte é pobre, é a ela assegurado o direito a assistência judiciária gratuita. Todavia, a parte que não é pobre bastante para obter este direito passa a não dispor de condições para buscar, no Judiciário, a realização do seu pequeno direito lesado, uma vez que o seu reduzido valor econômico não comporta o pagamento dos honorários profissionais de quem lhe irá prestar assistência. É importante considerar que o Juizado Especial de Pequenas Causas só irá processar e julgar causas patrimoniais de pequeno valor, do interesse de partes capazes, ou seja, só se cuidará de direitos disponíveis entre partes que podem livremente transigir, o que, por si só, permite a dispensa da assistência técnica por advogados.

Somente em um contexto ditatorial – no qual as garantias fundamentais tornam-se retórica – é possível sustentar sem pudor que a relativização da defesa técnica no processo civil tem o condão de beneficiar a “gente humilde” brasileira, que, em face das diversas razões suscitadas anteriormente, nunca teve a mínima condição de litigar em pé de igualdade com os entes superpoderosos que se apropriaram da justiça civil. Além disso, há indisfarçável cinismo por trás do discurso de Beltrão, quando trata do “assegurado direito a assistência judiciária gratuita” ao carente, prerrogativa que nunca passou de um aceno vazio.

A meta primordial do Executivo, a partir da implantação do Juizado Especial,<sup>246</sup> foi neutralizar os fatores responsáveis pela crise da justiça, que há muito já assolava o país. Está-se referindo aos custos, à delonga e ao tecnicismo processual que inibem o cidadão de baixa renda, em qualquer lugar do mundo, a buscar o Estado para solucionar seus conflitos de interesses (ocasionando o fenômeno da litigância contida, exposto no Capítulo 1).

A Lei 7.244 originou o sistema dos Juizados Especiais Cíveis, regido atualmente pelas Leis 9.099/95 (Juizado Especial no âmbito da Justiça Estadual), 10.529/2001 (Juizado Especial no âmbito da Justiça Federal) e 12.153/2009 (Juizado Especial da Fazenda Pública, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios). Ensina Gláucio Maciel que

A Constituição de 1988, na sua redação original, pouco alterou as normas constitucionais anteriores. A novidade digna de nota foi a extinção da figura do juiz temporário e a previsão de um juiz leigo para atuar nos Juizados Especiais. O legislador ordinário levou quase sete anos para dar ao povo a lei regulamentadora dos Juizados, que foi promulgada sob o número 9.099 e datada de 26 de setembro de 1995. Sua base é a mesma da Lei 7.244/84. Apenas o procedimento, não explícito, porque poderia ser disposto por norma estadual, passou a ser totalmente regulamentado pela Lei 9.099/95.<sup>247</sup>

<sup>246</sup> Antes da promulgação da Lei 7.244/84, “em 23 de julho de 1982, a Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul e o Tribunal de Justiça daquele Estado implementaram Conselhos de Conciliação e Arbitramento, vulgarmente conhecidos como “Pequenas Causas”, inspirados na experiência alemã” (FERRAZ, Leslie Shériida. *Acesso à justiça: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2010, p. 41).

<sup>247</sup> GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Observação jurídico-sociológica da lei dos juizados especiais federais*, p. 87.

A opção política pela simplicidade, celeridade e relativização da defesa técnica civil ocorreu mediante contrapartida: o deslocamento de (maiores) poderes para o juiz – especialmente no que concerne à produção e valoração de provas e à aplicação da equidade como regra de julgamento – em reforço de visão instrumentalista do processo. Consta na Exposição de Motivos que “Princípio fundamental seguido pelo anteprojeto é, também, o da ampliação dos poderes do juiz. A ele se reservou posição de extrema relevância, através da atribuição de dirigir o processo com ampla liberdade,” para:

a) determinar as provas a serem produzidas; b) apreciar aquelas que, efetivamente, o forem; e c) dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica, ainda que não expressas em qualquer ato material do processo (art. 49). Além disso, desde que atendidos os fins sociais da lei e as exigências do bem comum, ao juiz foram conferidos poderes para dar a cada caso a solução que reputar mais justa e equânime (art. 59).<sup>248</sup>

Há no sistema dos Juizados nítida influência socializadora do processo, baseada na ideia de que ao magistrado é dado assumir uma postura paternalista “compensadora de *déficits* de igualdade material entre as partes”.<sup>249</sup> Trata-se da aludida “parcialidade positiva”, um ativismo judicial voltado para “diminuir o impacto das desigualdades distributivas”.<sup>250</sup> Nota Gláucio Maciel, a respeito da participação do advogado no Juizado Federal, que

Nos Juizados Federais, que têm competência para analisar causas até 60 salários mínimos, não é necessário estar a parte assistida por advogado. Ela própria pode elaborar sua reclamação, em forma de petição inicial, ou dirigir-se ao serviço oficial de atermção, instituído juntamente com os Juizados. Afora isso, há ainda em toda a Justiça comum Federal um cadastro de advogados voluntários que atuam sem o pagamento de honorários e recebem as partes, encaminhadas pelo próprio Juizado.<sup>251</sup>

<sup>248</sup> Conforme a redação atual do art. 6º da Lei 9.099/95, “O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”. Tal dispositivo legal, sujeito aos mais diversos desvirtuamentos e arbítrios, foi criticado por Lúcio Delfino nos seguintes termos: “Que negócio é esse de se admitir, nos Juizados Especiais, julgamentos arredados da lei? Quer dizer então que a Constituição não constrange os juízes que lá exercem sua função? E o princípio da legalidade, alçado a cláusula pétrea pelo constituinte brasileiro? A equidade venceu a legalidade? O que se tem ali é niilismo legislativo; é isso, ou compreendi mal? Estado de Equidade? Magistrados agora se tornaram uma força subversiva contra a autoridade do Direito? Os mantras *celeridade* e *informalidade* podem tudo, inclusive licenciar julgamentos avessos à legalidade constitucionalizada? Pois bem, nunca é demais lembrar: *o bom juiz Magnaud de hoje pode vir a se tornar o Gremilin de amanhã...*” (DELFINO, Lúcio. *Novo CPC revoga entendimento sumular a respeito das astreintes no RS*. Consultor Jurídico. [on line]. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-26/lucio-delfino-cpc-revoga-tese-respeito-astreintes-rs>>. Acesso em: 26 abr. 2018). Grifos do autor.

<sup>249</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 81, grifos do autor.

<sup>250</sup> GONÇALVES, Marcelo Barbi. Meios alternativos de solução de controvérsias: verdades, ilusões e descaminhos no novo Código de Processo Civil, p. 611.

<sup>251</sup> GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Observação jurídico-sociológica da lei dos juizados especiais federais*, p. 101.

É de tal forma arraigada a noção de que, sob o modelo dos Juizados, é secundária a participação efetiva dos interessados na construção dos provimentos jurisdicionais que, ao julgar o mandado de segurança nº 23.393, no ano de 2002 – por meio do qual se discutia sobre o direito de ver apreciado pelo STF o agravo de instrumento interposto contra decisão do Juiz Presidente do Colegiado Recursal dos Juizados Especiais Cíveis de Vitória, visando, *a posteriori*, admissibilidade do recurso extraordinário pelo Supremo –, o então Ministro Moreira Alves assim expôs sua perspectiva da “justiça do martelo”:

*Esses juizados devem funcionar com juízes de martelo, não devendo haver, sequer, sentença escrita, para não se criar jurisprudência neles. [...] Isso ocorre com relação aos juizados, porque não tem cabimento, em uma “primeira instância” ser praticamente oral, independentemente da atuação de advogado. Depois haver recurso para uma junta recursal, e recurso firmado por advogado. Em seguida, é possível interpor-se recurso extraordinário. O problema começou no juizado, onde as causas deveriam ser resolvidas com o bater do martelo.<sup>252</sup>*

Advogados e defensores públicos são, por excelência, os viabilizadores (e fiscalizadores) do contraditório como poder de influência sobre o conteúdo dos provimentos. A relativização da importância da defesa técnica, portanto, é coerente com o estímulo ao paternalismo judicial, à flexibilização da legalidade e à massificação das “demandas-relâmpago”. O aceno inclusivo do legislador fez-se acompanhar da capciosa ofensa à dialética processual.

Passadas mais de três décadas desde a entrada em vigor da lei 7.244, convém perquirir se os objetivos iniciais foram alcançados, em termos de superação da crise da justiça brasileira. Em 2015, o CNJ, através da pesquisa intitulada *Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis*, indagou:

*[...] será que o aumento no volume de ações judiciais realmente significa incremento de cidadania? Quem efetivamente tem buscado a Justiça brasileira e contra quem se volta? Que tipo de providência é normalmente pleiteada? Como é distribuído todo esse contingente de processos? Que tipo de conflito de interesses e direitos tem ocupado a pauta do Judiciário brasileiro? Afinal, quem tem utilizado a Justiça brasileira e para pedir o quê?<sup>253</sup>*

Poucos anos antes, quando do julgamento pelo STF do RE nº 586.789, no qual se discutia sobre a competência para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra decisão de juiz federal no exercício de jurisdição do Juizado Especial Federal, o ministro Gilmar Mendes referiu-se ao órgão como “o fracasso do sucesso”:

<sup>252</sup> STF. Mandado de segurança nº 23.393-1/ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 13.3.2002, DJ 1.8.2003. Grifos nossos.

<sup>253</sup> CNJ. *Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis*. In: SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). Brasília, 2015, p. 10. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

Nós hoje sabemos que os juizados especiais federais têm uma carga de trabalho que já supera a Justiça Federal comum: são 2,5 milhões de processos que tramitam nos juizados especiais federais. Eu cheguei, em um momento, a dizer que é o fracasso do sucesso: em razão da demanda recôndita que se descobriu, houve um excesso de demandas nos juizados especiais federais. [...]

É, porque se esperava que haveria algo em torno de 200 mil processos tramitando nos juizados especiais federais. Em razão dessa *vis attractiva*, a possibilidade de julgar dentro desse sistema oral, com rapidez, sem a necessidade de precatórios e tudo o mais, houve uma avalanche; daí a necessidade, inclusive de sua reestruturação.<sup>254</sup>

Para os fins desta pesquisa, os mais importantes dados empíricos levantados pelo CNJ, referentes ao funcionamento do JESP, são os seguintes: 1) uso dos Juizados Cíveis como mecanismo de cobrança dirigido por empresas contra os cidadãos de média e baixa renda<sup>255</sup>; 2) maior assiduidade na condição de réus corporativos dos bancos, das companhias de seguro, das empresas de comércio e do setor de telefonia e das concessionárias de serviços públicos; 3) número reduzido de acordos em audiências; 4) baixo índice de interposição de recursos, “contrariando o discurso comumente encontrado nos relatos de juízes entrevistados”; 5) comparecimento da maioria dos litigantes acompanhada de advogados particulares; 6) constituição de advogados por pessoas físicas para litigar contra pessoas jurídicas como forma de equalizar situações de assimetria; 7) maior frequência de partes desacompanhadas de advogados em Juizados instalados em localidades de baixa renda e em demandas entre pessoas físicas; 8) variação do comportamento processual das partes, em termos de usos de instrumentos processuais previstos em lei, conforme elas disponham de defesa técnica ou não; 9) não resolução do mérito dos processos, em diversas ocasiões; 10) duração média de cento e sessenta e oito dias do tempo de trâmite dos feitos, do ajuizamento até a audiência de conciliação.<sup>256</sup>

Constatou-se o esvaziamento dos princípios que regeram o Juizado de Pequenas Causas e o modelo dele derivado, ainda em vigor. O próprio CNJ reconhece que “muitas das principais diretrizes dos Juizados Especiais foram sendo abandonadas, transformadas” e que “os critérios que devem orientar um processo que ali tramita – oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade – foram se perdendo ao longo do tempo”.<sup>257</sup>

<sup>254</sup> STF. Recurso extraordinário nº 586.789/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.11.2011, DJE 27.2.2012.

<sup>255</sup> Na maioria dos casos em que as pessoas jurídicas demandam contra pessoas físicas, constatou-se que as primeiras utilizam os Juizados Especiais habitualmente, não litigam acompanhadas de advogados, buscam o juízo para auxiliar na cobrança de títulos executivos extrajudiciais (especialmente cheques e notas promissórias), conhecem bem os procedimentos e não se valem de mecanismos prévios de cobrança (CNJ. *Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis*, p. 38).

<sup>256</sup> CNJ. *Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis*, p. 27-88.

<sup>257</sup> CNJ. *Redescobrimos os juizados especiais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/redesco-brindo-os-juizados-especiais>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

Sendo fictícia a ideia de que o rito processual dos Juizados é simples, informal, célere e propicia a conciliação e a paz social, é preciso pôr em xeque a noção de que um dos caminhos para viabilizar acesso à justiça passa pela relativização da importância da defesa técnica (especialmente em primeiro grau de jurisdição), ao invés de mirar no investimento em políticas públicas que assegurem assistência jurídica irrestrita para a população.

#### 4.1 Origem das *small claims courts* norte-americanas e sua influência na criação dos Juizados de Pequenas Causas brasileiros

O Juizado Especial Cível é uma importação do universo anglo-saxônico para o sistema jurídico brasileiro. Deriva das denominadas *small claims courts* norte-americanas – também conhecidas como *small debtors' courts* e *conciliation courts* – juízos em que é franqueada a atuação processual de interessados leigos em causa própria para solução de litígios cíveis de baixa repercussão econômica.<sup>258</sup> Ensina Leslie Ferraz que

[...] Piquet Carneiro realizou uma visita às *Small Claims Courts* de Nova York e, positivamente impressionado com a experiência, concebeu a criação dos Juizados de Pequenas Causas brasileiros, motivada pela ampliação do acesso à Justiça pela população mais carente. Assim, além de instituídos por iniciativa do governo – curiosamente, sem a participação do Ministério da Justiça – os juizados de pequenas causas brasileiros foram transplantados do sistema americano, de *common law*, estruturalmente diverso de nosso ordenamento, de tradição civilista.<sup>259</sup>

Nas palavras do próprio autor intelectual da reforma processual, João Geraldo Piquet Carneiro,

Em setembro de 1980, concentrei-me na análise do Juizado de Pequenas Causas (*Small Claims Courts*), da cidade de Nova Iorque, o qual, funcionando em ambiente socioeconômico não muito distinto daquele encontrado nos grandes centros urbanos brasileiros, demonstrava razoável grau de eficácia. Daí resultou estudo em que procurei examinar os antecedentes daquele Juizado e, com base na observação pessoal direta, descrever o seu funcionamento e estruturação, inclusive do ponto de vista do acesso pelo jurisdicionado. A partir desse primeiro estudo, ficou patenteado que nenhuma reforma chegaria a bom tempo a menos que se superassem alguns arraigados preconceitos da processualística brasileira, tais como o temor à substancial

<sup>258</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A importação de modelos jurídicos*. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 45; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual das pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 15-16; CARNEIRO, João Geraldo Piquet. Análise da estruturação e do funcionamento do juizado de pequenas causas da cidade de Nova Iorque. In: WATANABE, Kazuo (Coord.) *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 24-25; MORAES, Silvana Campos. *Juizado de Pequenas Causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 58.

<sup>259</sup> FERRAZ, Leslie Shérica. *Acesso à justiça: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil*, p. 37.

oralização dos procedimentos e a resistência à ampliação dos poderes do Juiz para regular o processo e julgar a causa.<sup>260</sup>

As justificativas de Piquet Carneiro para a importação do modelo americano das *small claims courts* certamente merecem ressalvas. As objeções que podem ser tecidas, contudo, não decorrem do simples fato de o instituto ser originário do mundo anglo-saxônico. É antiga a interpenetração de modelos oriundos da família de *civil law* e de *common law* e não se constata prejuízo social derivado exclusivamente desta fusão, como se existisse uma incompatibilidade *a priori* entre os sistemas. Ademais, o procedimento almejado (simples, informal e barato), de perfil estrutural curto e menos sujeito a desvios e incidentes comprometedores da duração razoável, não merece censura.

Todavia inexistente no Brasil, ao contrário do que sustentou Piquet Carneiro, “preconceito arraigado” contra a oralização dos procedimentos e resistência à ampliação dos poderes do Juiz para regular o processo e julgar a causa.<sup>261</sup>

Os poderes judiciais sempre foram demasiados (nunca houve sequer prazo peremptório para os magistrados no processo civil), e o que se constatou foi o “fracasso da figura do juiz ativo” em razão da apatia judicial em relação ao processo, decorrente do excesso de trabalho, do comodismo e da promoção na carreira, que ocasiona a sucessiva mudança de comarcas.<sup>262</sup>

O cerne da crítica feita nesta pesquisa reside na importação, sem o merecido exame, de uma ideia-chave do processo norte-americano, qual seja, a relativização da importância da assistência jurídica civil (e a correlata atribuição de capacidade postulatória ao leigo) como alternativa para incrementar o acesso à justiça.

Eis algumas indagações que poderiam ter sido feitas pela autoridade brasileira na década de 1980: 1) Qual a relevância da defesa técnica no processo civil norte-americano, para fins de exercício do contraditório, especialmente com base em julgados da Suprema Corte americana? 2) As pessoas que litigam sem assistência jurídica nos EUA, independentemente da natureza da questão posta em juízo, alcançam resultados positivos? 3) Por que foram criadas as *small claims courts* e sobre quais premissas elas se fundaram? 4) A quem as SCC deveriam servir em tese e a quais interesses elas passaram a atender com o passar dos anos? 5) É

<sup>260</sup> CARNEIRO, João Geraldo Piquet. Análise da estruturação e do funcionamento do juizado de pequenas causas da cidade de Nova Iorque. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: RT, 1985, p. 25.

<sup>261</sup> CARNEIRO, João Geraldo Piquet. Análise da estruturação e do funcionamento do juizado de pequenas causas da cidade de Nova Iorque, p. 25.

<sup>262</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral*, p. 118.

da essência desses juízos a restrição à figura do advogado? Em caso positivo, qual o fundamento para tal restrição? 6) O procedimento das SCC é suficientemente simples a ponto de assegurar que uma pessoa leiga tenha sucesso na formulação e na sustentação das suas alegações? 7) As *small claims courts* cumpriram os objetivos originariamente traçados, em termos amplos, nos Estados Unidos? (Nova York, maior cidade americana, há várias décadas centro financeiro, cultural e cosmopolita dos EUA, não serve como fonte única acerca do sucesso ou do fracasso das *small claims*.) e 8) A relativização da defesa técnica no processo civil é compatível com a Constituição brasileira? (A questão não é de fundo cultural ou de mudança de “mentalidade dos operadores do direito”,<sup>263</sup> mas de caráter essencialmente jurídico.)

Notícia Elizabeth Purdum que as *small claims courts* surgiram relativamente tarde no Direito americano. Os reformistas consideravam, tendo em vista os atrasos e os altos custos inerentes aos feitos, que o sistema processual negava a realização da justiça em duas situações: nos conflitos envolvendo pequenas quantias e nos casos em que um dos litigantes era pobre.<sup>264</sup> Nessas hipóteses, as pessoas eram forçadas a ignorar suas controvérsias ou a levar seus casos à apreciação dos juízos de paz ou aos chamados “tribunais inferiores” (dotados de competência restrita). Nenhuma opção se revelava satisfatória, todavia. A justiça de paz era desorganizada e muitas vezes presidida por pessoas desprovidas de conhecimento jurídico,<sup>265</sup> enquanto os “tribunais inferiores” geralmente exigiam do interessado alto grau de formalidade na postulação e no procedimento.

O eixo central da concepção das *small claims courts* reside na ideia de que “todo homem é seu próprio advogado”. A concepção – romantizada – era de um tribunal simples, sem advogados, onde as pessoas, independentemente da classe social ou grau de escolaridade, poderiam representar a si mesmas e lidar com seus próprios interesses. Isso através do exercício da *pro se litigation*, que tanto fascínio provoca nos Estados Unidos (conforme verificado no Capítulo 3). O tema deita raízes no individualismo dos pioneiros que conquistaram as inóspitas fronteiras do oeste americano e no simbolismo que tais atos proporcionaram para as gerações futuras.<sup>266</sup> A reforma processual que introduziu as SCC é, portanto, fruto de um movimento que expõe o profundo senso de independência e de autoconfiança do “homem comum”.

<sup>263</sup> FERRAZ, Leslie Shériida. *Acesso à justiça: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil*, p. 40.

<sup>264</sup> PURDUM, Elizabeth Dixon. *Dispute settlement in a southern small claims court*. 1983. 372 f. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade do Estado da Flórida, Tallahassee, 1983, p. 64-65.

<sup>265</sup> DEJONG, William. *Small Claims Court Reform*. U.S. Department of Justice. National Institute of Justice, Washington, D. C., Sept. 1983, p. 1.

<sup>266</sup> STEELE, Eric H. The Historical Context of Small Claims Courts. *American Bar Foundation Research Journal*, v. 6, n. 2, p. 293-376, 1981, p. 302.

Durante o século XIX, essa percepção de que todas as pessoas possuem uma capacidade inata para resolver suas pendências pareceu violada pela complexidade do Direito. E combinou-se com um sentimento amplo de repúdio à figura do advogado, que marcou grande parte dos séculos XIX e XX, com raízes no período colonial norte-americano. A Advocacia era vista como símbolo de confusão e opressão, ante as “infinitas teias jurídicas que pareciam lançar sobre as pessoas comuns”.<sup>267</sup> Consequentemente, as mudanças processuais levadas a cabo no século XIX tiveram como mote a simplificação do Direito, tornando-o acessível a qualquer pessoa, afastando-se o advogado.

Eric Steele observa que o próprio movimento de codificação das leis nos Estados Unidos, deflagrado na década de 1820, surgiu como uma reação do grande público ao monopólio do saber jurídico concentrado nas mãos de uma classe de privilegiados (advogados e intelectuais – especialmente ingleses), um óbice ao domínio do *commom law* pelas pessoas leigas, ampla maioria da população. A lei, portanto, deveria se tornar a “lei dos leigos”, livrando-os das amarras do misticismo e das technicalidades.<sup>268</sup>

Há divergência doutrinária sobre a data e o local de instalação do primeiro tribunal de pequenas causas. Alguns estudiosos sustentam que a SCC originária foi estabelecida pela Corte Municipal de Cleveland, Ohio, em 1913 (*Conciliation Branch of the Municipal Court*).<sup>269</sup> Para outros, a instalação teria acontecido um ano antes no Estado do Kansas.<sup>270</sup>

O fato é que, naquela altura, a comunidade jurídica se encontrava sob influência das ideias veiculadas pelo professor da Universidade de Harvard, Roscoe Pound,<sup>271</sup> em artigo intitulado *The Administration of Justice in the Modern City*. O trabalho demonstrou a necessidade de mudança dos valores jurídicos então predominantes nos EUA. No início do século XX. Pound já sustentava que

<sup>267</sup> STEELE, Eric H. The Historical Context of Small Claims Courts, p. 302.

<sup>268</sup> STEELE, Eric H. The Historical Context of Small Claims Courts, p. 303.

<sup>269</sup> PURDUM, Elizabeth Dixon. *Dispute settlement in a southern small claims court*, p. 66; MOULTON, Beatrice. The Persecution and Intimidation of the Low Income Litigant as Performed by the Small Claims Court in California. *Stanford Law Review*, v. 21, n. 6, p. 1.657-1.684, 1969, p. 1657; FERRAZ, Leslie Shériida. *Acesso à justiça: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil*, p. 38.

<sup>270</sup> ZUCKER, Bruce; HER, Monica. The People's Court Examined: A Legal and Empirical Analysis of the Small Claims Court System. *University of San Francisco Law Review*, v. 37, n. 2, p. 315-347, jan. 2003, p. 317; LILLO, Ricardo. Access to justice and small claims courts: supporting latin american civil reforms through empirical research in Los Angeles County, California. *Revista Chilena de Derecho*, v. 43, n. 3, p. 955-986, 2016, p. 957; YNGVESSON, Barbara; HENNESSEY, Patricia. Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature. *Law & Society Review*, v. 9, n. 2, p. 219-274, 1975, p. 224.

<sup>271</sup> STEADMAN, John M.; ROSENSTEIN, Richard S. Small Claims Consumer Plaintiffs in the Philadelphia Municipal Court: An Empirical Study. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 121, n. 6, p. 1.309-1.361, 1973, p. 1.309.

[...] Nosso sistema contencioso tem grande mérito como meio de alcançar a verdade em causas comuns. Mas denega justiça em pequenas causas ao forçar os litigantes a contratar advogados. E é uma vergonha submeter os interessados às sociedades de advogados que prestam assistência jurídica gratuita para que eles obtenham como caridade o que o Estado deveria assegurar como direito. [...] Em causas menores, não deveria ser cara a defesa técnica. Uma parte ou outra, a menos que o jogo processual seja jogado por puro prazer, não pode pagar. O tribunal, portanto, não presta assistência adequada. E o juiz não pode ser um mero árbitro. Ele deve buscar ativamente a verdade e a lei. A visão leiga de que “todo homem é seu próprio advogado” demonstrou-se ilusória. O outro extremo, um advogado para cada homem, não tem lugar em causas de baixo valor. A alternativa é um juiz que represente as partes e a lei e um procedimento que lhe permita fazer isso de forma eficaz.<sup>272</sup>

Juízos semelhantes foram criados em Chicago (1917), Nova York (1918), Massachusetts (1920) e na Califórnia (1921). Seus fundadores estavam preocupados com a eficiência em termos de tempo e dinheiro. Nos tribunais de pequenas causas, os processos limitados a certa quantia de dinheiro deveriam tramitar de forma rápida, barata e uniforme.

Serviram como modelos os tribunais de conciliação da Noruega e da Dinamarca, estabelecidos na década de 1790 com a finalidade de “proteger os camponeses de advogados”, tidos como responsáveis por ampliar as injustiças e aumentar a hostilidade entre as partes. Sob a égide do procedimento convencional, os litigantes deixavam o tribunal sem dinheiro e, muitas vezes, “inimigos para o resto da vida”.<sup>273</sup>

A Advocacia em *small claims courts* foi sempre desencorajada, mas, diferentemente dos tribunais noruegueses, sua atuação foi proibida apenas em alguns Estados da Federação.<sup>274</sup> Acreditava-se que, pelo fato de o procedimento ter sido simplificado, a atuação dos advogados havia perdido seu objeto. Supunha-se também que a maioria dos causídicos se manteria distante por iniciativa própria, ante a baixa repercussão financeira das causas.

O Comitê para os procedimentos de Pequenas Causas e Conciliação entendeu, contudo, que seria um erro proibir de forma categórica a presença dos advogados porque, em casos de particular vulnerabilidade de uma das partes (pessoa analfabeta ou alheia ao idioma), sua atuação é de grande valia.<sup>275</sup>

<sup>272</sup> POUND, Roscoe. The Administration of Justice in the Modern City. *Harvard Law Review*, v. 26, n. 4, p. 302-328, p. 318-319.

<sup>273</sup> PURDUM, Elizabeth Dixon. *Dispute settlement in a southern small claims court*, p. 65; YNGVESSON, Barbara; HENNESSEY, Patricia. *Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature*, p. 222.

<sup>274</sup> Os seguintes Estados vedam a atuação de advogados em SCC: Arkansas, Califórnia, Idaho, Michigan, Montana, Nebraska e Virginia. Em Washington e no Oregon, cabe ao juiz decidir se a parte pode receber assistência jurídica (WARNER, Ralph. *Everybody's guide to Small Claims Court*. 13. ed. San Francisco: NOLO, 2010, p. 428-466).

<sup>275</sup> PURDUM, Elizabeth Dixon. *Dispute settlement in a southern small claims court*, p. 68-69.

Em estudo elaborado na década de 1980, visando à reforma do procedimento das SCC, o Departamento de Justiça dos EUA expôs algumas razões para manter o advogado como sujeito do processo:

Embora a autorização para atuação de advogados em juízos de pequenas causas tenha sido amplamente criticada, há vários argumentos favoráveis à manutenção da prática: 1) Os juízes de pequenas causas são frequentemente criticados por proferirem julgamentos baseados mais no senso comum do que na legalidade. Os advogados, portanto, podem ajudar o juiz a se concentrar nas questões estritamente jurídicas inerentes ao caso concreto; 2) os servidores do Judiciário e juízes de pequenas causas muitas vezes ignoram as possíveis teses defensivas utilizáveis pelo consumidor em casos de cobrança de dívidas. Os advogados são mais aptos do que as pessoas leigas demandadas a trazer essas teses ao conhecimento do tribunal; 3) eles exercem controle sobre a imparcialidade dos juízes; 4) facilitam o conhecimento do processo judicial pelos seus clientes, amenizam suas expectativas e viabilizam o uso dos recursos; 5) contribuem para o não ajuizamento de demandas infundadas.<sup>276</sup>

Os Estados norte-americanos possuem ampla autonomia para legislar sobre *small claims courts*. Portanto é bastante variável o limite para o valor da causa (dois mil e quinhentos dólares fixados para os Estados do Kentucky e Rhode Island e vinte e cinco mil dólares para o Estado do Tennessee) e os prazos prescricionais para ingressar em juízo.

Cabe notar, encerrando o tópico, que os tribunais de pequenas causas funcionam apenas no âmbito estadual. As cortes federais somente possuem competência para decidir questões estaduais quando o valor da causa extrapola setenta e cinco mil dólares, quantia bem superior ao valor máximo da causa permitido em qualquer *small claim court*.

#### 4.2 Principais problemas enfrentados pelas *small claims courts* nos Estados Unidos

Durante a realização desta pesquisa, constatou-se a existência de dezenas de trabalhos de campo realizados nos Estados Unidos que tiveram como objetivo colher dados sobre o funcionamento dos tribunais de pequenas causas, em diferentes épocas e regiões do país.

Em face da magnitude da informação empírica veiculada sobre *small claims courts* e levando-se em consideração o tempo e o espaço restritos para a abordagem do tema-problema, optou-se por extrair as informações reputadas como mais relevantes em sete pesquisas etnográficas de âmbito *local* ou *estadual* – Beatrice Moulton (1969),<sup>277</sup> John Steadman

<sup>276</sup> DEJONG, William. *Small Claims Court Reform*, p. 12.

<sup>277</sup> MOULTON, Beatrice. *The Persecution and Intimidation of the Low Income Litigant as Performed by the Small Claims Court in California*, 1969.

e Richard Rosenstein (1973),<sup>278</sup> Robert Spurrier Jr. (1978),<sup>279</sup> Elizabeth Purdum (1983),<sup>280</sup> Luis Roberto Oliveira (1989),<sup>281</sup> Bruce Zucker e Monica Her (2003)<sup>282</sup> e Ricardo Lillo (2016)<sup>283</sup> –, duas pesquisas de âmbito *nacional* – John Ruhnka, Steven Weller e John Martin (1978)<sup>284</sup> e William Dejong (1983)<sup>285</sup> – e duas revisões bibliográficas sobre SCC – Barbara Yngvesson e Patricia Hennessey (1975)<sup>286</sup> e Eric Steele (1981).<sup>287</sup>

Almeja-se empreender uma investigação abrangente – do ponto de vista temporal e territorial – expondo os problemas que se tornaram frequentes nas *small claims courts* instaladas em diversos quadrantes dos EUA (ao invés de restringir o olhar a uma localidade, como fez Piquet Carneiro<sup>288</sup>). E, para compreender os desacertos que acompanharam as SCC durante mais de um século, necessário se faz expor equívocos que remontam à sua gênese.

De início, observa-se que os idealizadores do “tribunal do povo”<sup>289</sup> conceberam, no início do século XX, o indivíduo pobre como destinatário do serviço judicial. Os reformadores não aludiram a pessoas indigentes, mas à maioria da população que não tinha condições de arcar com os custos do processo. Pontua Beatrice Moulton que

[...] a intenção era tornar a justiça civil acessível aos pobres, embora seja possível questionar se a palavra “pobre” tinha o significado específico que tem hoje. As declarações dos primeiros idealizadores das *small claims courts* parecem estar direcionadas para reger a situação daqueles que poderiam ter sido chamados de “pobres dignos” – o assalariado honesto, o pequeno comerciante, ou seja, as pessoas que hoje são consideradas parte da classe média. A mãe dependente de benefício do Estado, o trabalhador imigrante privado de seus direitos e o morador do gueto, pessoas

<sup>278</sup> STEADMAN, John Montague; ROSENSTEIN, Richard S. “Small claims” consumer plaintiffs in the Philadelphia Municipal Court: an empirical study, 1973.

<sup>279</sup> SPURRIER JUNIOR, Robert. Small claims are big business in Oklahoma. *Tulsa Law Review*, v. 14, n. 2, p. 327-337, 1978.

<sup>280</sup> PURDUM, Elizabeth Dixon. *Dispute settlement in a southern small claims court*, 1983.

<sup>281</sup> OLIVEIRA, Luis Roberto Cardoso de. *Fairness and communication in small claims courts*. 1989. 484 f. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade de Harvard, Cambridge, Massachusetts, 1989.

<sup>282</sup> ZUCKER, Bruce; HER, Monica. *The People’s Court examined: a legal and empirical analysis of the small claims court system*, 2003.

<sup>283</sup> LILLO, Ricardo. *Access to justice and small claims courts: supporting latin american civil reforms through empirical research in Los Angeles County, California*, 2016. Esta é a mais recente pesquisa de campo sobre SCC localizada pelo autor desta Dissertação de Mestrado.

<sup>284</sup> RUHNKA, John C.; WELLER, Steven; MARTIN, John A. *Small claims courts: a national examination*. Williamsburg, Virginia: National Center for State Courts, 1978.

<sup>285</sup> DEJONG, William. *Small Claims Court Reform*, 1983.

<sup>286</sup> YNGVESSON, Barbara; HENNESSEY, Patricia. *Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature*, 1975.

<sup>287</sup> STEELE, Eric H. *The Historical Context of Small Claims Courts*, 1981.

<sup>288</sup> CARNEIRO, João Geraldo Piquet. *Análise da estruturação e do funcionamento do juizado de pequenas causas da cidade de Nova Iorque*, p. 25.

<sup>289</sup> Expressão utilizada por Purdum em referência às *small claims courts*. Ela ensina que: “Desde a sua criação no início dos anos 1900, os tribunais de pequenas causas adquiriram a reputação de “tribunais do povo”. Ainda hoje, há um popular programa de televisão intitulado *The People’s Court*, que exhibe casos reais de um tribunal de pequenas causas da Califórnia”. (PURDUM, Elizabeth Dixon. *Dispute settlement in a southern small claims court*, p. 3).

representativas dos pobres de hoje, dificilmente poderiam fazer parte do planejamento original dos tribunais de pequenas causas.<sup>290</sup>

Naquela altura, tinha-se em mente a clara dicotomia entre pobres e ricos no manejo do sistema processual. Mesmo em um ambiente de precariedade institucional e de incipiente participação cívica pela via da tutela jurisdicional (até 1900 a maior parte dos norte-americanos estava ligada à vida rural,<sup>291</sup> e os litígios eram restritos e de menor complexidade), não havia dúvida de que o tecnicismo jurídico privava os menos afortunados da utilização do processo para resolver suas pendências.

Litigar era uma empreitada obscura, demorada e cara, tendo em vista a necessidade de contratação de advogado, figura privilegiada, dada sua habilidade de transitar pelos labirintos do Direito. Logo, a incapacidade de acessar a justiça por parte de uma massa de pessoas tinha, sob os olhos de intelectuais, potencial para transformar esse imenso grupo em anarquistas, o que colocaria em risco o sistema social e jurídico dos Estados Unidos.<sup>292</sup> Conforme verificado em relação às consequências da litigância contida, se existe óbice para acesso à justiça, o que resta ao interessado é ignorar o conflito ou resolvê-lo por intermédio de grupos paraestatais.

Os idealizadores das *small claims courts* partiram das seguintes premissas: 1) a pessoa pobre somente se envolve em processos de baixa repercussão econômica. E causas de baixo valor são sempre simples.<sup>293</sup> Em resumo: as causas do indivíduo carente nunca podem ser complexas; 2) as causas submetidas às SCC são presumidamente legítimas. O “cidadão de bem” não se dá ao trabalho de deflagrar uma demanda infundada. E as pretensões despidas de sustentação jurídica são fulminadas na origem, quando da sua formalização perante o juízo; 3) sendo as causas justas e simples (isentas de indagações técnico-jurídicas), não há espaço para atuação de advogado; 4) as *small claims* representam um juízo informal ao qual as pessoas comuns comparecem, independentemente da sua origem e grau de escolaridade, para resolver disputas de menor impacto financeiro, baseando-se na confiança nutrida em relação ao juiz e na ideia de que entre autor e réu inexistente disparidade econômica, técnica, política e social.<sup>294</sup>

<sup>290</sup> MOULTON, Beatrice. *The Persecution and Intimidation of the Low Income Litigant as Performed by the Small Claims Court in California*, p. 1657.

<sup>291</sup> KARNAL, Leandro et al. *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*, p. 156.

<sup>292</sup> YNGVESSON, Barbara; HENNESSEY, Patricia. *Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature*, p. 221.

<sup>293</sup> Perspectiva equivocada exposta pelo Ministro Carlos Velloso quando do citado julgamento do MS nº 23.393 pelo STF. Naquela ocasião, ele afirmou: “As questões postas nos juizados especiais são de pequena monta e de diminuta repercussão constitucional” (Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 13.3.2002, DJ 1.8.2003).

<sup>294</sup> YNGVESSON, Barbara; HENNESSEY, Patricia. *Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature*, p. 225/259; OLIVEIRA, Luis Roberto Cardoso de. *Fairness and communication in small claims courts*, p. 457.

Tais noções se revelaram equivocadas em curto espaço de tempo. Curiosamente, as críticas só vieram a lume para debate na década de 1960, época que marcou o florescimento da sociedade de massas e o início do movimento de proteção do consumidor.<sup>295</sup> Os estudos produzidos sobre *small claims courts* até a década de 1950 são tidos como panfletários e excessivamente elogiosos.<sup>296</sup>

As pesquisas realizadas a partir de 1960 apontaram o primeiro problema referente às SCC que acompanha a trajetória de funcionamento desses juízos desde seu nascedouro até os dias atuais. Trata-se da desfiguração do projeto inicial e transformação do “tribunal do povo” em agência de cobrança de dívidas por parte de corporações e agências governamentais, em detrimento do cidadão pobre – na maioria das vezes, consumidor.

A tomada das *small claims courts* pelos litigantes habituais aconteceu assim que os grandes empresários e o próprio Estado constataram que submeter sua causa àquele juízo era lucrativo, tendo em vista a dispensa do advogado (ou sua proibição, em determinados Estados), baixas taxas processuais, rapidez e, principalmente, a presunção de legitimidade do pleito do autor, que praticamente eliminou qualquer hipótese defensiva do réu.<sup>297</sup>

De maneira trágica para uma massa de desfavorecidos, o homem comum, em benefício do qual o “tribunal do povo” foi concebido, passou a ser alvo, por meio daquele juízo, de cobrança e intimidação. Assim concluíram diversos pesquisadores<sup>298</sup> e o Departamento de Justiça dos EUA.<sup>299</sup>

Em 1969, Beatrice Moulton submeteu à comunidade acadêmica uma das mais contundentes críticas às *small claims courts* intitulada *O processo e a intimidação de litigantes pobres realizados pelos tribunais de pequenas causas na Califórnia*. Apurou-se, por meio do seu trabalho empírico, que

Há quase cinco anos, um estudo cuidadoso da dinâmica de pequenas causas do Tribunal Municipal de Oakland-Piedmont forneceu provas convincentes de que ao menos um desses tribunais não atendia aos interesses para os quais ele fora estabeleci-

<sup>295</sup> DEJONG, William. *Small Claims Court Reform*, p. 2.

<sup>296</sup> OLIVEIRA, Luis Roberto Cardoso de. *Fairness and communication in small claims courts*, p. 454; STEELE, Eric H. The Historical Context of Small Claims Courts, p. 347; YNGVESSON, Barbara; HENNESSEY, Patricia. *Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature*, p. 225.

<sup>297</sup> YNGVESSON, Barbara; HENNESSEY, Patricia. *Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature*, p. 243.

<sup>298</sup> OLIVEIRA, Luis Roberto Cardoso de. *Fairness and communication in small claims courts*, p. 454; SPURRIER JUNIOR, Robert. Small claims are big business in Oklahoma, p. 333-335; ZUCKER, Bruce; HER, Monica. The People’s Court examined: a legal and empirical analysis of the small claims court system, p. 340-341; PURDUM, Elizabeth Dixon. *Dispute settlement in a southern small claims court*, p. 317 e MOULTON, Beatrice. The Persecution and Intimidation of the Low Income Litigant as Performed by the Small Claims Court in California, p. 1.659-1.664.

<sup>299</sup> DEJONG, William. *Small Claims Court Reform*, p. 9.

do. O litigante pobre aparecia frequentemente como réu e os verdadeiros beneficiários do procedimento rápido e barato das *small claims* eram grandes comerciantes e agências governamentais, muitos dos quais apresentaram várias reivindicações como parte regular de suas atividades de cobrança. [...] O que parece ter acontecido nessas comunidades rurais, como em outros lugares, é que coletores de impostos locais ou organizações empresariais – tipicamente empresas financeiras e especializadas em vendas a crédito de móveis e eletrodomésticos – descobriram a facilidade e a eficiência do tribunal de pequenas causas como um mecanismo de cobrança. Usando-o rotineiramente para cobrar dívidas, esses litigantes habituais formalizam meia dúzia ou mais de demandas cada vez que aparecem no tribunal. [...] Esse fenômeno não se restringe à Califórnia. Onde quer que existam tribunais de pequenas causas, eles tendem, na prática, a ser assumidos por organizações empresariais na condição de autoras, a menos que sejam impostas restrições estatutárias contra essa tendência. Os tribunais de pequenas causas são “tribunais dos pobres” apenas no sentido de que muitos pobres são trazidos até eles de maneira compulsória. A pessoa pobre provavelmente nem sequer sabe que as *small claims courts* existem até receber uma cópia da citação pelo correio. Ela comparece ao tribunal simplesmente porque é ordenada a fazê-lo, sem saber o que esperar, deixando de trazer os documentos necessários e as testemunhas porque não entende seu significado legal.<sup>300</sup>

Tais distorções ocasionaram diversas reformas legislativas nas décadas de 1980 e 1990 voltadas para aumentar a publicidade e a informação sobre o trabalho desempenhado pelos tribunais e, principalmente, para criar restrições à atuação dos litigantes habituais, em termos de quantidade de demandas ajuizadas por período e de taxas a serem por eles recolhidas.<sup>301</sup>

Não obstante, pode-se afirmar que, no século XXI, as grandes corporações, se não continuam exercendo domínio sobre as *small claims courts*, em detrimento do indivíduo pobre (conforme sustentaram Zucker e Her em 2003<sup>302</sup>), litigam de forma expressiva no polo ativo, predominantemente contra pessoas físicas (Lillo concluiu em 2016 que corporações atuam como autoras em 38% dos processos<sup>303</sup>).

A presunção de que as causas submetidas às SCC são legítimas não apenas atraiu a atenção dos *repeat players*, mas também transformou aqueles juízos em “tribunais de autores”, havendo consenso doutrinário no sentido de que a parte que litiga no polo ativo sai ven-

<sup>300</sup> MOULTON, Beatrice. *The Persecution and Intimidation of the Low Income Litigant as Performed by the Small Claims Court in California*, p. 1.659-1.664. Moulton, em posição semelhante à de Marc Galanter, exposta no Capítulo 1, conclui o seguinte a respeito dos litigantes habituais: “*Repeated participation in small claims court is a form of legal education. The business representative also gains a natural confidence in conducting himself before the court, and if he uses the court frequently enough he may gain a certain amount of familiarity and credibility with the judge who passes on his claims. Businessmen and their employees thus form a class of professional plaintiffs who have significant advantages over individual defendants whom they bring before the small claims court, especially if the individual defendant is poor and uneducated*” (MOULTON, Beatrice. *The Persecution and Intimidation of the Low Income Litigant as Performed by the Small Claims Court in California*, p. 1.662).

<sup>301</sup> LILLO, Ricardo. *Access to justice and small claims courts: supporting latin american civil reforms through empirical research in Los Angeles County, California*, p. 983.

<sup>302</sup> Bruce Zucker e Monica Her verificaram no ano de 2003 a presença de grandes empresas e do Estado como autores em demandas contra pessoas físicas em aproximadamente 56% dos casos (*The People’s Court examined: a legal and empirical analysis of the small claims court system*, p. 336).

<sup>303</sup> LILLO, Ricardo. *Access to justice and small claims courts: supporting latin american civil reforms through empirical research in Los Angeles County, California*, p. 983.

cedora em 85% dos casos.<sup>304</sup> É natural que, existindo a crença de que as pretensões levadas às *small claims courts* são verdadeiras, a logística desses juízos passa a ser voltada para beneficiar o autor. De fato, a ideia sempre foi estimular o leigo a comparecer ao tribunal desacompanhado de advogado, na medida em que a formalização da demanda fica a cargo de servidores do Judiciário, responsáveis por avaliar a plausibilidade jurídica das pretensões.

Resulta dessa dinâmica que, antes do julgamento, somente o autor recebe orientação jurídica. Isso porque o réu é citado para comparecer a julgamento e não para formalizar defesa,<sup>305</sup> na medida em que as teses defensivas são praticamente inexistentes.<sup>306</sup> Se o réu é pessoa leiga e não tem como participar em contraditório, amparado por defesa técnica, suas possibilidades de reação – e até mesmo de comunicar-se com o julgador – são drasticamente reduzidas ou eliminadas. A situação de desvantagem informativa e comunicativa da pessoa carente – em regra litigando no polo passivo da demanda – foi radiografada por Beatrice Moulton no final da década de 1960:

Ninguém está lá para guiar os leigos pelos caminhos do tribunal. O réu pobre pode, eventualmente, encontrar o caminho até a sala de algum servidor, onde prevalece o mais absoluto caos. Os advogados estão agitados, buscando autos, assinando papéis e arquivando documentos. É uma visão desconcertante para o leigo, mesmo que ele possua elevado grau de escolaridade. Para o pobre é incompreensível. [...] Nesta atmosfera intimidante, o réu de baixa renda é chamado a confrontar um credor poderoso, ou seu locador, ou um funcionário do governo local. Para começar, é pouco provável que o demandado tenha conhecimento de qualquer tese defensiva. E o fato de que tais teses existam em teoria não é de qualquer valia se elas nunca são sustentadas. [...] Vários estudiosos reuniram evidências de que a pessoa carente acha que não será ouvida, caso exerça sua própria defesa. Assim, para que o litigante de baixa renda tenha uma audiência justa, ele precisará, invariavelmente, de assistência jurídica para apresentar seu lado da história. Assistência que a Califórnia negou no interesse da celeridade e da economia.<sup>307</sup>

---

<sup>304</sup> YNGVESSON, Barbara; HENNESSEY, Patricia. *Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature*, p. 226-243.

<sup>305</sup> SPURRIER JUNIOR, Robert. *Small claims are big business in Oklahoma*, p. 330.

<sup>306</sup> YNGVESSON, Barbara; HENNESSEY, Patricia. *Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature*, p. 226.

<sup>307</sup> MOULTON, Beatrice. *The Persecution and Intimidation of the Low Income Litigant as Performed by the Small Claims Court in California*, p. 1.663. Conforme análise do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, “*This problem of inadequate assistance is especially critical for pro se defendants. Unlike plaintiffs, defendants usually have no direct contact with the small claims clerk prior to trial complaint forms often fail to explain what the defendant must do to defend against the claim or to list sources of help. Furthermore, many individual defendants are sued by businesses, creditors, or landlords who can afford to hire an attorney. Even where attorneys are banned from small claims court, such plaintiffs have learned through experience how to handle their claims and still hold a distinct advantage over individual defendants. Finally, recently enacted consumer protection laws provide defendants with a variety of legal defense options, but defendants are largely ignorant of them. Unfortunately, judges and clerks usually fail to suggest these defenses to pro se litigants, often because they, too, are unfamiliar with those provisions*” (DEJONG, William. *Small Claims Court Reform*, p. 6).

O problema fundamental das *small claims courts* é o déficit de informação por parte dos litigantes. As partes não apenas ignoram os requisitos técnico-jurídicos para atuação em juízo, mas interpretam de maneira equivocada a própria função do tribunal de pequenas causas. Muitos o enxergam como uma “Corte de equidade” ao invés de um órgão vinculado à legalidade. Deposita-se altíssima expectativa nos juízes e ignora-se que eles são submetidos à lei e não aos sentimentos pessoais de justiça.<sup>308</sup>

Para Luis Roberto Oliveira, autor de estudo antropológico sobre comunicação em SCC, superou-se na segunda metade do século XX a ideia de que tais tribunais seriam ambiente propício para a classe média resolver suas disputas.

Análise crítica desses juízos enfatizou o problema característico do processo comunicativo estabelecido entre a pessoa leiga que litiga em causa própria e o tribunal, assunto relegado ao segundo plano pelos reformadores originais. Caiu por terra a noção romantizada do tribunal de pequenas causas como um “juízo amigável”, livre do formalismo e da disputa processual tradicional e no qual as habilidades das partes na condução do processo não representam vantagem. E nunca houve a implantação nos Estados Unidos de verdadeiras cortes de conciliação, conforme o modelo escandinavo puro (adequado à esfera rural, em que as disparidades extraprocessuais entre os litigantes tendem a ser atenuadas e o diálogo facilitado).<sup>309</sup>

Houve, ao contrário, a reprodução do modelo complexo baseado na lógica adversarial do processo civil anglo-saxão.<sup>310</sup> Se o formalismo e a exclusão dele resultantes foram mantidos no âmbito das *small claims courts*, o senso de independência e autoconfiança do “homem comum” foi colocado em xeque. Tal fato levou o próprio Departamento de Justiça<sup>311</sup> a defender alternativas a serem adotadas pelo Estado – tais como formulários, cartilhas e folhetos, inclusive para acesso *on line* – visando assegurar certo nível de informação técnica em prol daqueles que litigam em causa própria, sem conhecimento jurídico (especialmente na condição de réus).

Beatrice Moulton, quando se debruçou sobre a questão, foi categórica ao defender a presença de “advogados independentes” voltados para garantir defesa técnica aos hipossuficientes:

<sup>308</sup> PURDUM, Elizabeth Dixon. *Dispute settlement in a southern small claims court*, p. 322.

<sup>309</sup> OLIVEIRA, Luis Roberto Cardoso de. *Fairness and communication in small claims courts*, p. 457.

<sup>310</sup> YNGVESSON, Barbara; HENNESSEY, Patricia. *Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature*, p. 259; MOULTON, Beatrice. *The Persecution and Intimidation of the Low Income Litigant as Performed by the Small Claims Court in California*, p. 1.668.

<sup>311</sup> DEJONG, William. *Small Claims Court Reform*, p. 6-8.

Partindo do pressuposto que os litigantes habituais continuam a ser a maioria dos demandantes, existe alguma maneira de melhorar as chances do réu pobre? Quase todos que estudaram a situação das pessoas carentes nos tribunais de pequenas causas concluíram que, a menos que os pobres tenham defensores independentes, não lhes será assegurado julgamento justo. [...] Em 1924, logo após a promulgação da lei da Califórnia sobre *small claims*, os críticos previram hipóteses nas quais uma parte não teria condições de atuar adequadamente em causa própria por ser ignorante, assustada ou não familiarizada com a nossa língua. Agora está claro que a maioria dos processos coloca um autor experiente contra um réu inexperiente, frequentemente inarticulado e desinformado. Em uma época em que a necessidade dos pobres pela assistência jurídica foi claramente reconhecida e serviços jurídicos gratuitos estão sendo estendidos a eles de forma sistemática, parece inconsistente negar-lhes esses serviços no único foro ao qual muitos deles estão expostos. [...] Não surpreende, portanto, que a exclusão absoluta de advogados dos tribunais de pequenas causas da Califórnia tenha sido questionada judicialmente por violação do devido processo legal.<sup>312</sup>

A multiplicidade de estudos desenvolvidos sobre os tribunais de pequenas causas revela uma tendência generalizada de os indivíduos que litigam sem assistência jurídica serem gravemente prejudicados. Russel Engler afirma que, no século XXI, os problemas persistem para o indivíduo sem defesa técnica, apesar da atenção excessiva obtida pelas SCC nas décadas de 1970 e 1980 e dos sucessivos pedidos de reforma. Quando os litigantes habituais processam indivíduos em *small claims courts*, “a assistência jurídica aumenta dramaticamente a probabilidade de sucesso dos requeridos”.<sup>313</sup>

Há ainda outra questão de suma relevância, que diz respeito ao papel ambivalente do juiz nas *small claims courts*.

O projeto que implantou o modelo americano das cortes de conciliação escandinavas não fez jus ao nome original. Nunca foi meta primária das SCC o afastamento da lógica adjudicatória de resolução de conflitos, em prol do empoderamento das partes, visando à auto-composição. Na verdade, a adjudicação estatal se expandiu, pois “a reforma teve como premissa a crença de que o juiz é o centro do processo, o garantidor da retidão e da justiça”.<sup>314</sup> O sucesso da empreitada dependeria do drástico rompimento com a tradição adversarial arraigada ao processo anglo-saxão.

Sabe-se que, sob o prisma tradicional (de cariz liberal), reserva-se ao juiz o papel de expectador do combate travado entre os litigantes. Isso porque, nos EUA, os tribunais foram concebidos sob a mesma lógica que sustenta o sistema econômico: “o fracasso em juízo, as-

<sup>312</sup> MOULTON, Beatrice. The Persecution and Intimidation of the Low Income Litigant as Performed by the Small Claims Court in California, p. 1.666.

<sup>313</sup> ENGLER, Russell. Connecting Self-Representation to Civil Gideon: What Existing Data Reveal About When Counsel is Most Needed, p. 55-58.

<sup>314</sup> STEELE, Eric H. The Historical Context of Small Claims Courts, p. 359.

sim como o fracasso econômico, é considerado uma falha do indivíduo e não do sistema”.<sup>315</sup> Sob o império da meritocracia, não há espaço para intervenção niveladora do Estado. A reforma que consolidou o “tribunal do povo”, ao contrário, previu um juiz munido de amplos poderes para flexibilizar os rigores da lei<sup>316</sup> e exercer o papel de investigador,<sup>317</sup> como franco interessado na superação do conflito. Em última análise, o magistrado deveria ser um “advogado para ambos os litigantes”, tendo em vista que

[...] Dentro do contexto ideal das pequenas causas – com dois concorrentes leigos igualmente equilibrados – os poderes discricionários do juiz são uma ferramenta útil para alcançar a verdade e rapidamente chegar a uma disposição justa. Porém, em uma situação em que os competidores não estão equilibrados – onde um pode estar alheio aos seus direitos e incapaz de articular seu lado da história – o exercício da discricionariedade do magistrado é essencial.<sup>318</sup>

Essa dinâmica, adicionados os componentes referidos neste tópico, induziu ao afastamento do defensor do jogo processual, substituindo-o por um servidor do Judiciário, incumbido de prestar assistência na elaboração do pedido.<sup>319</sup>

Não é de se esperar, contudo, que um funcionário do juízo tenha desvelo semelhante ao de um advogado na preservação das garantias processuais da parte, eventualmente solapadas no curso do procedimento.

Contrariando as expectativas mais otimistas, o incremento dos poderes do julgador (medida conjugada com a informalidade processual) e o fomento da ingerência judicial – seja na condição de patrono das partes, de investigador ou de compensador de déficits processuais – resultaram na irresignação de réus, advogados, litigantes em causa própria e de uma parcela considerável dos próprios juízes.

A doutrina aponta preocupação em relação a réus porque, havendo presunção nas SCC de que a causa levada ao tribunal é legítima, o juiz tende a decidir, de maneira enviesada, em benefício do autor, ignorando, por exemplo, as regras de distribuição do ônus da prova.<sup>320</sup>

Da parte de advogados, constatou-se que muitos profissionais se mostraram insatisfeitos com a postura dos juízes nas *small claims courts*. Entendeu-se que os julgadores concedi-

<sup>315</sup> PURDUM, Elizabeth Dixon. *Dispute settlement in a southern small claims court*, p. 316.

<sup>316</sup> STEADMAN, John Montague; ROSENSTEIN, Richard S. “Small claims” consumer plaintiffs in the Philadelphia Municipal Court: an empirical study, p. 1.323.

<sup>317</sup> LILLO, Ricardo. Access to justice and small claims courts: supporting latin american civil reforms through empirical research in Los Angeles County, California, p. 959.

<sup>318</sup> MOULTON, Beatrice. The Persecution and Intimidation of the Low Income Litigant as Performed by the Small Claims Court in California, p. 1.665.

<sup>319</sup> YNGVESSON, Barbara; HENNESSEY, Patricia. Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature, p. 223.

<sup>320</sup> YNGVESSON, Barbara; HENNESSEY, Patricia. Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature, p. 253-254.

am ajuda excessiva aos litigantes leigos em causa própria e os julgamentos eram levados a cabo com base na equidade e não na legalidade.<sup>321</sup>

A pesquisa de amplitude nacional realizada por Ruhnka, Weller e Martin, de 1978, indicou que, mesmo em tribunais nos quais era franqueada a atuação de advogados, não raro o juiz prestava assistência aos leigos que optavam por litigar em causa própria, visando à exposição do seu lado da controvérsia e à identificação dos fatos relevantes para o caso (com intuito de compensar o déficit de contraditório).<sup>322</sup>

No que concerne aos leigos atuando em causa própria, muitos sustentaram que juízes favoreceram advogados em julgamentos e vários se irritaram após saírem vencidos em razão de minúcias técnicas levantadas por patronos da parte contrária.<sup>323</sup>

Por último, há registro doutrinário acerca do desconforto dos juízes por conta da sua relação confusa com as pessoas leigas que litigam *pro se*.

Sob a ótica dos idealizadores das SCC, “ao Estado cabe proteger o indivíduo que não tem condições de proteger a si mesmo. O representante do Estado em Juízo é o magistrado. Logo, espera-se que ele seja o peso em favor do ignorante e do menos favorecido”.<sup>324</sup> Na prática, contudo, constatou-se que

[...] Enquanto todos os juízes afirmaram prestar assistência jurídica ao litigante em causa própria, de maneira a facilitar a exposição dos argumentos em juízo, eles demonstraram apreensão a respeito de não serem neutros e vários se revelaram preocupados com o fato de que, havendo excessivo apoio a partes sem defesa técnica, eles provavelmente perderão sua imparcialidade.<sup>325</sup>

A relativização da presença do advogado, conjugada com o domínio das *small claims* pelos litigantes habituais, demandou a atuação do juiz como “contrapoder” em prol dos menos favorecidos, técnica ou juridicamente. Seria de se esperar que os criadores das SCC cogitassem na ambivalência do “juiz-advogado-investigador” e com ela anuíssem. Somente *a posteriori* se constatou que, “quando um juiz tenta agir como um advogado para o litigante leigo em causa própria e, ao mesmo tempo, conduzir o processo, é fácil arruinar a causa da parte que atua sem defesa técnica”.<sup>326</sup>

<sup>321</sup> PURDUM, Elizabeth Dixon. *Dispute settlement in a southern small claims court*, p. 214.

<sup>322</sup> RUHNKA, John C.; WELLER, Steven; MARTIN, John A. *Small claims courts: a national examination*. Williamsburg, Virginia: National Center for State Courts, 1978, p. 19.

<sup>323</sup> PURDUM, Elizabeth Dixon. *Dispute settlement in a southern small claims court*, p. 214.

<sup>324</sup> STEELE, Eric H. *The Historical Context of Small Claims Courts*, p. 346.

<sup>325</sup> RUHNKA, John C.; WELLER, Steven; MARTIN, John A. *Small claims courts: a national examination*. p. 19.

<sup>326</sup> RUHNKA, John C.; WELLER, Steven; MARTIN, John A. *Small claims courts: a national examination*, p. 30.

Em 1969, Beatrice Moulton já havia percebido quão danosa é a confusão entre as figuras do juiz e do defensor. Para ela,

Embora o aumento do poder judicial, em situações específicas, possa levar alguns juízes a se precaver contra abusos, há evidências de que os juízes que estão *interessados* em proteger o réu em desvantagem encontraram maneiras de fazê-lo sob os poderes que já possuem. Deve ficar claro que a discricionariedade judicial para nivelar disparidades entre os litigantes em *small claims courts* não funcionou. É preciso encontrar outro caminho para preencher os déficits de educação, de experiência e de recursos financeiros, para colocar os litigantes em pé de igualdade.<sup>327</sup>

Não há como precisar até que ponto o Programa Nacional de Desburocratização brasileiro diagnosticou, na década de 1980, a amplitude dos problemas aqui relatados. Somente uma pesquisa de espectro nacional poderia revelar defeitos de um modelo processual sustentado na noção quixotesca do *everyman his own lawyer* e do culto à *pro se litigation*.

A inadequação das *small claims courts* possui variados matizes. Seu núcleo, porém, é o déficit comunicativo que torna o leigo verdadeiro *outsider* dentro de um mecanismo estatal concebido, justamente, para acolhê-lo. Precisa a constatação de Elizabeth Purdum referente aos padrões de comunicação que se estabelecem em juízo. Ela relatou que o ambiente forense funciona baseado em uma *subcultura própria* que exclui a pessoa “não experimentada”, privando-a da capacidade de sustentar teses processuais. Distorções culturais dificultam a mútua interpretação dos sujeitos do processo, e o quadro se agrava nas hipóteses em que o advogado não se faz presente na condição de “tradutor” ou de “intermediário cultural”.<sup>328</sup>

#### 4.4 Adequação do modelo dos Juizados Especiais Cíveis à Constituição da República

O procedimento sumaríssimo, regido primordialmente pela Lei 9.099/95<sup>329</sup>, é dotado de características próprias. Nele vigoram os princípios da simplicidade, informalidade, celeridade, instrumentalidade das formas e oralidade (art. 2º). O pedido deve ser redigido de maneira simplificada (art. 14), a fase saneadora está inserida na audiência de instrução e julgamento (art. 29) e, paralelamente, todas essas peculiaridades devem coexistir num espaço próprio à dialética, sob pena de inviabilizar a existência de um verdadeiro “processo”, no sentido técnico da palavra.

<sup>327</sup> MOULTON, Beatrice. The Persecution and Intimidation of the Low Income Litigant as Performed by the Small Claims Court in California, p. 1.672-1.673, grifos do autor.

<sup>328</sup> PURDUM, Elizabeth Dixon. *Dispute settlement in a southern small claims court*, p. 325.

<sup>329</sup> Norma aplicável aos Juizados Federais (Lei nº 10.259/2001, art. 1º) e aos Juizados da Fazenda Pública (Lei nº 12.153/2009, art. 27).

Ninguém afirmaria que os feitos em trâmite nos Juizados Cíveis dispensam o contraditório, a ampla defesa e a isonomia. Torna-se fundamental, então, investigar as razões pelas quais se optou, desde o nascedouro, pela relativização da defesa técnica, assim como a pertinência constitucional de tal opção política. No entendimento de Gláucio Maciel,

A possibilidade de a parte dirigir-se ao Juizado cível sem a presença do advogado e lá ser atendida por meio de serviço de atermção foi instituída como uma melhor forma de permitir o acesso à Justiça. As causas de pequeno valor nem sempre têm o patrocínio aceito por advogados, uma vez que os honorários, por mais livre que seja a contratação, não devem superar o valor do proveito econômico pretendido. Sem advogado particular e diante da ineficiência das Defensorias Públicas, nas quais falta material humano – o que existe é mal remunerado – e são precárias as condições de trabalho, o conflito não é composto e o Estado não cumpre o seu dever de outorgar a tutela jurisdicional. Registre-se que, no mais rico estado da Federação, São Paulo, a Defensoria Pública Estadual somente foi implantada há pouco tempo, depois de vários reclamos da sociedade e de diversas decisões do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a precariedade da assessoria jurídica aos carentes, que era feita pela Procuradoria do Estado. Na órbita federal, conquanto instalada a Defensoria Pública da União, ela é incipiente. O número de cargos de defensor não consegue acompanhar o número de varas federais instaladas de forma que em diversas cidades com vara federal não há nenhum defensor público da União em atuação para assistir aqueles que não têm condições financeiras de arcar com o pagamento de um advogado particular. E, nas cidades em que há núcleo da Defensoria da União, o número de membros é diminuto.<sup>330</sup>

Extraí-se da doutrina e da exposição de motivos transcrita no primeiro tópico deste capítulo que a defesa técnica foi relativizada no sistema dos Juizados, visando reduzir custos para a parte interessada e, simultaneamente, desburocratizar e acelerar o procedimento. Tudo no escopo de aproximar o cidadão do Judiciário, reforçando a credibilidade do Estado-Juiz.

Ada Pellegrini Grinover, em trabalho publicado no ano de 1985, afirmou que a Lei nº 7.244, “longe de diminuir, valoriza sobremaneira a nobre função de advogado, ampliando suas tarefas, não mais restritas à apresentação dos interesses das partes, mas estendidas às de conciliador e de árbitro”.<sup>331</sup> Ponderou, no entanto, que

Essa assistência técnica, porém, não há de ser obrigatoriamente confiada a profissionais liberais. Pode ser desempenhada por advogados pertencentes à Assistência Judiciária, ou nomeados pelo Juiz, dentro de um corpo de advogados que deve atuar, em regime de plantão, junto aos Juizados. [...] Isso importa, em última análise, que *conditio sine qua non*, para a concreta instalação dos Juizados, é o Estado federado pôr à sua disposição serviços de assistência judiciária, *lato sensu*. “Lato sensu”, porque tais serviços também poderão funcionar pré-processualmente na orientação e na

<sup>330</sup> GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Observação jurídico-sociológica da lei dos juizados especiais federais*, p. 100.

<sup>331</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos constitucionais dos juizados de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: RT, 1985, p. 18.

triagem; e porque a ela todos terão acesso, independentemente da situação econômica [...].<sup>332</sup>

De fato, o que se viu cristalizado na Lei dos Juizados de Pequenas Causas de 1984 foi, na esteira do que defendia Beatrice Moulton em 1969 nos EUA, a inarredável presença de “advogados independentes,”<sup>333</sup> incumbidos de proteger juridicamente os litigantes vulneráveis. Por isso, constava no art. 54 da norma que “Não se instituirá o Juizado de Pequenas Causas sem a correspondente implantação das curadorias necessárias e do serviço de assistência judiciária”. Cândido Rangel Dinamarco, ao submeter sua primeira análise jurídica da Lei nº 7.244 à comunidade científica, também na década de 1980, sustentou o seguinte a respeito da relação entre a assistência jurídica gratuita e o Juizado Especial:

A garantia constitucional da ação passa a ser fátua quimera, quando se sabe que a Justiça é cara, carregada de ônus pecuniários e deficiente a assistência judiciária. A promessa de assistência judiciária aos necessitados, contida no §32 do art. 153 da Constituição brasileira, está longe de ser cumprida, e as medidas que em tempos recentes vêm sendo dispostas para agilizar a gratuidade do processo são manifestamente insuficientes, porque o patrocínio por advogado é indispensável e o Estado não o vem oferecendo e porque as perícias são caras e quase sempre dependem de adiantamentos, que os pobres não podem fazer.<sup>334</sup>

É dever do Estado brasileiro zelar não apenas pela *possibilidade* de outorga de uma tutela jurisdicional. Impõe-se ao poder público que garanta aos cidadãos uma porta de entrada para a jurisdição sem descurar da *qualidade* do serviço prestado, em termos de respeito ao devido processo legal e aos seus consectários constitucionais.

Se a letargia estatal na solução do problema da defesa técnica para os necessitados já trazia, na década de 1980, tantos prejuízos à população brasileira, a alternativa adotada foi a mais simplista e a que menos se adequou aos ditames do processo justo: ao invés de se consolidar um mecanismo eficiente de assistência jurídica gratuita – principalmente como meio de atingir o objetivo de autocomposição almejado pelo novo instituto –, optou-se por atribuir capacidade postulatória ao leigo, alternativa economicamente compensadora para a administração pública, institucionalizando-se na *justiça comum* brasileira a *pro se litigation* norte-americana, em um panorama constitucional inteiramente diverso daquele do país anglo-saxão.

Justamente após a entrada em vigor da CR/88, que previu a Defensoria Pública e a Advocacia como Funções Essenciais à Justiça, o art. 54 da Lei nº 7.244 se transformou em

<sup>332</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos constitucionais dos juizados de pequenas causas, p. 17-18.

<sup>333</sup> MOULTON, Beatrice. The Persecution and Intimidation of the Low Income Litigant as Performed by the Small Claims Court in California, p. 1.666.

<sup>334</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Princípios e critérios no processo das pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: RT, 1985, p. 110.

*letra morta*. Ele foi substituído por um comando pouco incisivo, espécie de “norma programática” constante no art. 56 da Lei nº 9.099, segundo a qual “Instituído o Juizado Especial, serão implantadas as curadorias necessárias e o serviço de assistência judiciária”.

Revelou-se que a implantação de um serviço público de assistência jurídica gratuita não é – ao menos para o legislador – “*conditio sine qua non* para a concreta instalação dos Juizados”. Afinal, esses juízos funcionam em todos os quadrantes do Brasil sem atuação satisfatória da Defensoria Pública federal ou estadual,<sup>335</sup> a um alto custo para os pobres.

A relativização da defesa técnica atenua o ônus do Estado de aparelhar a instituição, no intuito de promover a assistência jurídica dos vulneráveis leigos que não optem pela auto-defesa. Isso porque falta razão política para investir no aparelhamento da Defensoria, se a própria lei criou condições para que os processados carentes possam fazer-se presentes nos atos procedimentais por sua conta e risco, mesmo que o façam tomados pela ilusão de acesso efetivo à tutela jurisdicional.

Na esteira do que foi sustentado no Capítulo 2 acerca do vínculo entre defesa técnica e princípio do contraditório, pode-se afirmar que o direito de se fazer presente fisicamente nas dependências do órgão jurisdicional, relatar o caso para um servidor do Judiciário e comparecer perante um juiz assegura, na melhor das hipóteses, acesso formal à justiça.

Pudemos constatar em nossa atividade prática<sup>336</sup> que o leigo que decide litigar por conta própria (independentemente do grau de escolaridade) se depara com o ambiente kafkiano – confuso e inacessível – que o legislador federal tentou evitar, sem êxito. Referimo-nos aqui desde à forma imprecisa com que são formulados pedidos, ao linguajar técnico jurídico (incompreensível pela maioria da população) até à dificuldade de elaborar uma estratégia probatória eficaz. Assim, manifesta-se aqui adesão ao posicionamento de Rafael Augusto Santos, exposto em Dissertação de Mestrado defendida perante a UFMG:

A justificativa para essa ausência de defesa técnica se resume na busca de uma simplificação do procedimento, da celeridade procedimental, da desburocratização, pois burocracia seria peculiar à Justiça Comum, e da redução de custos. Eliminando essas barreiras, garantir-se-ia às pessoas o amplo acesso à atividade jurisdicional, tal como demonstrado no Capítulo 2 da presente e, assim, “resolver-se-ia” um problema social causado pela ineficiência do Estado. Em que pesem esses argumentos favoráveis à capacidade postulatória da parte, é de se dizer que o desencorajamento da participa-

<sup>335</sup> O papel desempenhado pelos servidores do Judiciário em exercício nos Juizados não pode ser qualificado como de “assistência jurídica”. Afinal, eles servem apenas aos postulantes, não possuem mínima independência em relação ao julgador e não exercem qualquer influência sobre as opções técnico-processuais adotadas pela parte no curso do procedimento.

<sup>336</sup> O autor desta pesquisa exerceu a função de Defensor Público no Juizado Especial Cível do Bairro Gutierrez, em Belo Horizonte, no período compreendido entre 2007 e 2009.

ção do advogado inverte o próprio objetivo do processo, na medida em que compromete a obtenção do provimento por prejuízo do contraditório.<sup>337</sup>

Em 2003 o STF julgou a ADI nº 1.539, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB. Pleiteou-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 9.099/95, dispositivo que faculta à pessoa interessada, “nas causas de valor até vinte salários mínimos”, litigar sozinha ou mediante assistência jurídica. Julgou-se improcedente o pedido, à unanimidade, e o Relator, ministro Maurício Corrêa, destacou a “explícita razoabilidade da norma”, que viabilizou ao cidadão o acionamento pessoal da jurisdição cível nas causas de pequeno valor, “sem maiores complicações e transtornos, o que justifica, em nome desse princípio, a dispensa da presença do advogado”.<sup>338</sup>

A Corte também decidiu, no ano de 2006, sobre a adequação constitucional do art. 10 da Lei dos Juizados Federais, o qual prescreve que “As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não”, restabelecendo, nas palavras irônicas do ministro Sepúlveda Pertence, “a saudosa categoria do rábula”.<sup>339</sup> No que concerne aos processos cíveis, consignou o Relator da ADI nº 3.168, ministro Joaquim Barbosa, que “o Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que a imprescindibilidade de advogado é relativa, podendo, portanto, ser afastada pela lei em relação aos juizados especiais”.<sup>340</sup>

Nos debates ocorridos na sessão plenária, alguns ministros revelaram preocupação quanto à figura do “paralegal” e quanto à vantagem processual da União, detentora de um amplo aparato de defesa técnica, diferentemente do cidadão postulante. A certa altura do julgamento, observou o ministro Carlos Britto:

[...] me parece que a introdução dessa figura do representante não advogado com capacidade postulatória põe em cheque alguns dispositivos da Constituição. Veja Vossa Excelência, diz a Constituição que a União se faz representar em juízo ou extrajudicialmente pelos seus advogados: a Advocacia-Geral da União. [...] *Olhe: a União vai sair favorecida com a aplicabilidade dessa lei, porque ela vai continuar sendo*

<sup>337</sup> SANTOS, Rafael Augusto de Moraes Andrade. *A decisão interlocutória inaudita altera parte: entre legitimidade e efetividade*. 2014. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014, p. 45. Também certa a análise de Ana Flávia Loyola Pereira, cujas palavras reforçam a percepção de que a ausência de defesa técnica impede que se concretize uma situação de verdadeiro acesso à justiça: “Em verdade, apesar de o *jus postulandi* assegurar o acesso à justiça, o simples acesso primário aos órgãos jurisdicionais não garante o efetivo acesso à justiça, pois, ao possibilitar que a parte pleiteie por si mesma, acarreta uma desigualdade técnica material inadequada, uma vez que não possui conhecimentos técnicos e habilidades necessárias na defesa de seus interesses”. (*A inefetividade do acesso à justiça em razão do preconceito linguístico: análise crítica do jus postulandi no estado democrático de direito*. 2011. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 114).

<sup>338</sup> STF. ADI nº 1.539/UF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24.4.2003, DJ 5.12.2003.

<sup>339</sup> STF. ADI nº 3.168/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 8.6.2006, DJ 3.8.2007.

<sup>340</sup> STF. ADI nº 3.168/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 8.6.2006, DJ 3.8.2007.

*representada em juízo por seus advogados. Até mesmo, ministro Sepúlveda Pertence, para fazer transação; entregar uma transação. [...] Quais são os valores constitucionais que se contrapõem aqui? Muito bem. De uma parte, com a dispensabilidade do advogado, se favorece mesmo o acesso à jurisdição. O acesso à jurisdição fica desembaraçado. Mas como disse o ministro Eros Grau: por outro lado, em contraposição a esse argumento, a garantia constitucional da ampla defesa estará muito mais bem efetivada com a presença do advogado.*<sup>341</sup>

O problema colocado é de primeira grandeza. Ele expõe o modo pelo qual se delinea a supremacia em juízo do principal litigante habitual do país, a União. Sem prejuízo de todas as benesses regularmente usufruídas pelos *repeat players*, a União ainda atua com a certeza de que tem ao seu dispor um corpo de advogados qualificados (Advocacia-Geral da União - AGU) e que, contra ela, é possível (ou provável) que litigue uma pessoa leiga pobre.<sup>342</sup>

A aplicação subsidiária dos parágrafos do art. 9º da Lei nº 9.099<sup>343</sup>, como forma de resguardar a constitucionalidade do art. 10 da Lei dos Juizados Federais (entendimento do STF no julgamento da ADI nº 3.168), não socorre quem litiga em causa própria. Dada a precariedade da assistência gratuita (via Defensoria Pública estadual ou federal) prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, o desejo da parte carente de obter defesa técnica revela-se de difícil satisfação.

E, ainda, é de se esperar que o “alerta” dado pelo juiz à parte sobre a “conveniência do patrocínio por advogado” tenha inexpressiva eficácia, na medida em que, se é certo que a maioria das pessoas que postula contra a União nos Juizados Federais não pode custear os serviços de um advogado, há também enorme probabilidade de que ela não possa usufruir dos serviços prestados por um Defensor Público.

Há outro dado referente aos Juizados Federais – órgão cuja *competência é absoluta* para processar, conciliar e julgar as causas cíveis especificadas em lei – que expõe ainda mais a fragilidade da pessoa que decide litigar em causa própria contra o Poder Público. Embora a base principiológica da Lei nº 10.259/2001 seja semelhante à da Lei nº 9.099/95, “o governo [...] cuidou para que seus interesses, que, promiscuamente, mistura iniciativa legiferante e

<sup>341</sup> STF. ADI nº 3.168/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 8.6.2006, DJ 3.8.2007. Grifos nossos.

<sup>342</sup> Segundo informação veiculada no site do CNJ, “Os maiores litigantes do acervo do STF em 2016 foram a União e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). A União demandou 4.948 processos, o INSS, 1.612, o Ministério Público Federal (MPF), 1.478 e os Estados do Rio de Janeiro 1.130 e de São Paulo, 1.075.” Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85025-cnj-apresenta-o-primeiro-relatorio-analitico-do-supremo>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

<sup>343</sup> Lei nº 9.099/95, art. 9º. §1º Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local. §2º O Juiz alertará as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar.

qualidade de parte, preponderasse, podendo exercer certo controle da situação, que não imaginava lhe fosse tão prejudicial financeiramente”.<sup>344</sup> Em outras palavras,

[...] *Reunindo na mesma pessoa as figuras de legisladora e futura ré nos juizados especiais federais, todavia, se preocupou em inserir na lei mecanismos recursais que acabam por desnaturar a concepção original do rito do juizado como procedimento vocacionado a concretizar a Justiça de modo rápido e acessível a todos.* [...] Assim, em termos de recursos *ordinários*, a Lei 10.259/01 prevê apenas recursos de decisões interlocutórias de mérito proferidas em tutelas de urgência que causem grave dano às partes, recursos de sentenças e embargos de declaração. Ocorre que a aparente manutenção do modelo recursal simplificado dos juizados especiais estaduais na Lei 10.259/01 se choca com a previsão legal de três novas figuras recursais, até então desconhecidas pela Lei 9.099/95: incidentes de uniformização dirigidos à Turma Regional de Uniformização (TRU), incidentes de uniformização dirigidos à Turma Nacional de Uniformização (TNU) e incidentes de uniformização dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). [...] O assimétrico sistema recursal construído para os juizados especiais federais e para os juizados especiais das Fazendas Públicas segue percurso inverso àquele apontado por MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH como uma das tendências no uso do enfoque do acesso à justiça: é um sistema complexo. *As mesmas leis que orientam os juizados pela simplicidade, oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, trouxeram em seus ventres o gérmen dos ideais traídos. A complexidade nos procedimentos dos juizados é antípoda do acesso à justiça* [...].<sup>345</sup>

Percebe-se que o legislador federal assegurou, nos procedimentos judiciais aparentemente despidos de tecnicismos e acessíveis ao cidadão comum, que os ritos adquirissem, na prática, um grau de complexidade incompatível com a atuação de pessoa desprovida de defesa técnica, ampliando a vantagem processual da Fazenda Pública – que, segundo sublinhado, sempre litiga com assistência jurídica. Se o déficit participativo do leigo sob a Lei nº 9.099 pode ser considerado significativo, contra o Estado ele é absoluto.

Quando se posicionou pela constitucionalidade da relativização da defesa técnica no julgamento das ADIs nº 1.539 e 3.168, o Supremo não atentou no fato de que o sistema dos Juizados, ao relativizar a importância do advogado ou do defensor público em primeira instância,<sup>346</sup> deu um passo decisivo para a eliminação da oralidade, princípio fundante do mecanismo processual (Lei nº 9.099/95, art. 2º).

É em primeiro grau de jurisdição que se desenrola a fase instrutória, determinante para o resultado do processo, já que, por meio das provas, as partes podem “influir eficazmente na convicção do juiz”.<sup>347</sup> Se o litigante promove a juntada de prova na fase recursal, cabe a ele o

<sup>344</sup> GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Observação jurídico-sociológica da lei dos juizados especiais federais*, p. 14.

<sup>345</sup> GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; GOUVÊA, Alex Lamy. “Deu com uma mão e tirou com a outra?” – A criação dos juizados especiais federais. In: GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; PINTO, Felipe Martins. (Org.) *Processo & Efetividade*. Belo Horizonte: Initia Via, v. 3, p. 67-92, 2012, p. 73/91, grifos nossos.

<sup>346</sup> Lei nº 9.099/95, art. 41, §2º. No recurso, as partes serão obrigatoriamente representadas por advogado.

<sup>347</sup> CPC, art. 369.

ônus de demonstrar a impossibilidade de não tê-lo feito outrora, tratando-se de documento novo. Caso contrário, o direito à produção probatória é acobertado pela preclusão.<sup>348</sup>

Não é razoável exigir do leigo, independentemente do seu conhecimento sobre a matéria fática, o domínio da técnica processual e a apresentação, no momento oportuno, de todos os elementos de prova cruciais para deslinde do feito, entabulando com a parte contrária e com o Judiciário diálogo necessário para julgamento eficiente.

Todavia, sob o rito dos Juizados, a omissão instrutória motivada pela falta de conhecimento forense não é relevada para permitir a produção de provas em segunda instância, com auxílio de defesa técnica (compulsória na fase recursal). Em outras palavras, imputam-se ao leigo os rigores da responsabilidade pela gestão processual como se ele, por ato de ficção jurídica, fosse um profissional do Direito, equiparação descabida e injusta.

Extrai-se disso que a aproximação dos sujeitos do processo, a redução do formalismo e o ganho de celeridade somente ganham sentido havendo possibilidade de o litigante exercer de fato poder de influência sobre o provimento jurisdicional. Inexistindo contraditório material, haverá simples monólogo coordenado pelo Estado-Juiz, com ilusão de acessibilidade (participação simbólica das partes na construção do provimento). Nesses termos, a lição da professora Renata Maia acerca das vantagens do processo oral merece destaque:

[...] Pode-se afirmar que, dentre todas as vantagens acima arroladas e que foram vistas no desenrolar deste relatório, a maior é saber que o jurisdicionado não será tratado no processo oral como um número, como mais um expediente, do qual o juiz quer se ver livre o mais rápido possível para aumentar sua estatística. E as desvantagens do processo se esbarram na estrutura, na máquina administrativa como um todo, uma vez que para sua implantação será necessária a ampliação dos quadros do Judiciário, com mais vagas para juízes com efetiva capacitação, como também será necessária a mudança de cultura das universidades e da Ordem dos Advogados do Brasil, para capacitar altamente os advogados, habilitando-os para o processo oral. Podendo, também, ser arrolado como desvantagem, em decorrência da questão estrutural, a realização de audiências meramente pró-formas, sem atentar para a sua real finalidade, pois ter uma audiência sem a efetiva condução dos atos pelo juiz e com participação dos protagonistas e seus procuradores em contraditório dinâmico, compromete o seu funcionamento.<sup>349</sup>

Aspiração semelhante à do legislador moveu o STF a editar sua quinta súmula de efeito vinculante, segundo a qual “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

<sup>348</sup> CPC, art. 435, parágrafo único. Admite-se também a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com a boa-fé processual.

<sup>349</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral*, p. 237/238.

Em maio de 2008, o plenário da Corte julgou o recurso extraordinário (RE) nº 434.059-3 e, após deliberar sobre as sugestões formuladas pelos ministros Joaquim Barbosa e Cezar Peluso, aprovou a edição da súmula.<sup>350</sup> O RE foi interposto pelo INSS e pela União contra acórdão do STJ que concedeu a segurança em favor de Márcia Denise Farias Lino (MS nº 7.078-DF), demitida do cargo de agente administrativo do INSS via processo administrativo disciplinar, do qual participou sem defesa técnica.

Dias Toffoli, então advogado-geral da União, sustentou na sessão plenária que havia o risco, caso fosse aplicado o entendimento do STJ, de centenas de servidores federais demitidos em circunstâncias semelhantes às da recorrida “voltarem a seus cargos com poupança, premiados por sua torpeza”. Isso porque todos tiveram seus processos administrativos disciplinares regidos por idêntica Lei Federal (nº 8.112/90) e, nesse sentido, a decisão baseada na Súmula 343 do STJ ensejaria a propositura de demandas semelhantes, por meio das quais os servidores, “além de sua reintegração ao cargo, poderiam reclamar salários atrasados de todo o período em que dele estiveram ausentes”.<sup>351</sup>

Os membros do tribunal que participaram do julgamento conheceram e deram provimento ao recurso extraordinário. A argumentação preponderante utilizada em plenário para justificar adesão ao voto do Relator foi a seguinte: 1) O art. 156 da Lei Federal nº 8.112/90 prevê regra que permite ao servidor processado escolher entre a realização de autodefesa e a defesa técnica no processo administrativo disciplinar (PAD).<sup>352</sup> Nas seguintes hipóteses, a assistência jurídica seria compulsória: a) complexidade (alegada e comprovada) da questão processual, a ponto de tornar o processado inapto para exercer a sua autodefesa; b) paradeiro desconhecido ou revelia do servidor processado, caso em que caberia ao órgão público designar um procurador; 2) O art. 133 da Constituição da República – dada sua inserção no Capítulo IV (“Funções Essenciais à Justiça”) – deve ser interpretado restritivamente e alude à obrigatoriedade do advogado tão somente em processos judiciais; 3) Caso os servidores submetidos a processo administrativo disciplinar não optem pela nomeação de procurador, a Administração Pública será obrigada a remeter os casos para a Defensoria Pública, que enfrentará “situação de asoberbamento”; 4) No processo penal – diferentemente do processo administrativo disciplinar – “está em jogo um direito indisponível, que seria objeto de teórica renúncia, se não fosse assegurada ao réu defesa técnica efetiva”;

<sup>350</sup> STF. RE nº 434.059-3/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 7.5.2008, DJ 11.9.2008.

<sup>351</sup> KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. A (in)constitucionalidade da súmula vinculante nº 5. *Revista de direitos fundamentais e democracia*, Curitiba, v. 9, n. 9, p. 292-311, jan./jun. 2011, p. 306.

<sup>352</sup> Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

A tese construída pelo STF expõe a maneira dúbia por meio da qual o tribunal associa a cláusula do devido processo legal – com todas as garantias a ela inerentes – ao processo administrativo de natureza disciplinar.<sup>353</sup>

Em 2016, quando do julgamento pelo STF da Proposta de Súmula Vinculante nº 58, Celso de Mello votou pelo seu cancelamento, por entender que “o exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica”. Logo, o direito ao contraditório e à plenitude de defesa depende do patrocínio técnico desempenhado por um advogado. Ainda consignou o ministro:

Reconheço, Senhora Presidente, que o teor de referido enunciado sumular tem constituído, para mim, motivo de grave inquietação, tanto que, após detida reflexão sobre a matéria ora em análise, já não mais tenho qualquer dúvida de que o conteúdo da Súmula Vinculante nº 5 efetivamente vulnera o direito ao contraditório e à plenitude de defesa. Com efeito, tenho para mim, na linha de decisões que proferi nesta Suprema Corte (RMS 28.517/DF, v.g.), que se impõe reconhecer, ainda que se trate de procedimento administrativo, especialmente aqueles de índole punitivo-disciplinar, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se estabelece uma relação de polaridade conflitante entre o Estado, de um lado, e o indivíduo ou agentes públicos, de outro.<sup>354</sup>

Tal manifestação, ainda que isolada dentro do STF, indica uma alvissareira percepção acerca do vínculo existente entre devido processo legal e defesa técnica. Estendida aos demais membros da Corte, modificar-se-ia o raciocínio consolidado no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade permissivas quanto à relativização da assistência jurídica no sistema dos Juizados Especiais.

Por fim, é de se pontuar que a defesa técnica não foi relativizada pela Lei nº 7.244/84 em virtude da falta de advogados dispostos a patrocinar causas de pequeno valor ou por causa da precariedade da Defensoria Pública, naquela altura sequer regida por lei federal. Caso fossem essas as razões, o art. 9º da Lei nº 9.099/95 representaria uma hipótese de inconstitucionalidade progressiva. Explica-se: superados os obstáculos apontados para acesso à justiça, uma vez que hoje há no Brasil quase um milhão e duzentos mil advogados,<sup>355</sup> e a Defensoria

<sup>353</sup> Para análise aprofundada dos problemas jurídicos envolvendo a edição e a manutenção da súmula vinculante nº 5, cf. JAYME, Fernando Gonzaga e VARGAS, Cirilo Augusto. Súmula vinculante nº 5 do STF e o indevido processo administrativo disciplinar. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 101, p. 125-150, jan./mar. 2018.

<sup>354</sup> STF. PSV nº 58 – Proposta de súmula vinculante. Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 30.11.2016, DJ 14.12.2016.

<sup>355</sup> Segundo informa o Conselho Federal da OAB, há hoje (dia 7.1.2019) no Brasil, 1.195.686 (um milhão, cento e noventa e cinco mil, seiscentos e oitenta e seis) advogados inscritos. Fonte: <<http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>>. Acesso em: 7 jan. 2019.

Pública evoluiu exponencialmente em termos de estrutura, pessoal e remuneração, o citado dispositivo haveria de ser declarado inconstitucional, assim como ocorreu com o art. 68 do CPP.<sup>356</sup> Todavia tal alteração em nada repercutiu na vigência do art. 9º.

---

<sup>356</sup> Em 1998, o STF aplicou a técnica da inconstitucionalidade progressiva no julgamento do Recurso extraordinário nº 147.776/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.5.1998, DJ 19.6.1998. Decidiu-se que o artigo 68 do CPP (que trata da ação civil *ex delicto* e da sua execução pelo MP, quando a pessoa beneficiária é carente) permaneceria válido enquanto não fossem instaladas Defensorias Públicas em todos os Estados brasileiros.

## 5 ANÁLISE COMPARATIVA

Nos capítulos anteriores, buscou-se analisar e compreender institutos processuais sob as perspectivas brasileira e norte-americana, como fase preparatória para o ponto crucial desta pesquisa: o exame das semelhanças e das diferenças apuradas, em um e outro Estado, referentes às garantias da proteção judiciária, do contraditório e da defesa técnica.

Antes de proceder à análise comparativa, deve-se destacar que muito do que se escreveu sobre o sistema de *common law* – afirmando tratar-se o processo nele desenvolvido como “adversarial,” que é caracterizado pela preponderância do interesse das partes e pela passividade do julgador, em contraposição ao processo “inquisitorial,” no qual se atribuem amplos poderes ao juiz para condução do procedimento, supostamente típico de ordenamentos de *civil law* – constitui, nas palavras de Michele Taruffo, “propaganda ideológica a favor de um ou outro sistema” e é completamente inconfiável do ponto de vista científico.<sup>357</sup>

Pondera o jurista italiano que a dicotomia adversarial-inquisitorial, “se algum dia teve realmente um sentido (do que é lícito duvidar), hoje está seguramente superada e é substancialmente inútil como instrumento de análise”.<sup>358</sup> E mais:

Hoje [...] são numerosos os tipos de procedimento que não se desenvolvem mesmo segundo o tradicional modelo *adversarial* e são, pelo contrário, caracterizados pela presença ativa do juiz. Ainda, como se verá também mais além, o processo angloestadunidense ordinário é hoje caracterizado pela presença de acentuados poderes do juiz, principalmente sobre o plano de gestão do procedimento.<sup>359</sup>

Nota Toni Fine que os juízes norte-americanos, principalmente na esfera federal, “têm assumido a responsabilidade de administrar os casos que lhes são submetidos”. O controle processual antes inerente à responsabilidade das partes, “agora tem se tornado uma importante área de supervisão judicial”.<sup>360</sup> Na década de 1980, a professora da Faculdade de Direito de Yale, Judith Resnik, cunhou o termo “*managerial judge*” ou “juiz gerencial” para descrever o novo papel ampliado de juízes federais na condução de processos sob as *Federal Rules of*

<sup>357</sup> TARUFFO, Michele. Aspectos fundamentais do processo civil de *civil law* e de *common law*, p. 16.

<sup>358</sup> TARUFFO, Michele. Aspectos fundamentais do processo civil de *civil law* e de *common law*, p. 16.

<sup>359</sup> TARUFFO, Michele. Aspectos fundamentais do processo civil de *civil law* e de *common law*, p. 17.

<sup>360</sup> FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*, p. 104. Tome-se como exemplo o procedimento de *discovery*, fase pré-julgamento na qual as partes expõem perante o tribunal as provas potencialmente relevantes para influência do provimento, facilitando o acordo. Apesar de ser dirigido pelas partes, “O juiz possui ampla autoridade para controlar a *discovery*, um poder que se evidencia no estabelecimento, pela Corte, do tempo para que a *discovery* seja completada”. (FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*, p. 105-110).

*Civil Procedure*.<sup>361</sup> Esse entendimento repercutiu especialmente sobre as fases iniciais do procedimento em casos complexos. Nesse ponto, segundo Tobias Wolff,<sup>362</sup> “a condução firme do juiz acerca de agendamentos, *discovery*, reunião de partes e comunicação com advogados pode facilitar acordos e determinar o futuro do processo”. A propósito, registra Taruffo que, nos EUA,

[...] um percentual elevadíssimo de causas civis não supera, de fato, a fase do *pre-trial* e não chega ao debate, na maior parte dos casos, porque as partes concordam com um *settlement* ou porque o juiz determinou uma tentativa de conciliação presidida por um terceiro ou uma arbitragem, ou porque teve êxito qualquer outro mecanismo de solução precoce de controvérsia. [...] A primeira consequência é que, nos processos assim estruturados, nos quais a sorte da maioria das causas é definida na fase preliminar, a contraposição *adversarial-inquisitorial* torna-se completamente sem sentido. O que ocorre, de fato, é que no âmbito do *pre-trial* tem lugar uma dialética ferrenha entre os defensores, e entre os defensores e o juiz, que não é suscetível de adequada análise no âmbito dessa contraposição. [...] Em essência e em síntese: paradoxalmente, a fase de *pre-trial*, nascida com função preparatória, isto é, para permitir às partes chegarem ao *trial* com condições de jogar suas melhores cartas, serve efetivamente para preparar o debate somente quando funciona mal – vale dizer, somente nos raros casos em que falham todos os mecanismos pré-dispostos para fazer com que o processo se encerre o mais rápido possível.<sup>363</sup>

Segundo o preâmbulo da Constituição brasileira, o Estado Democrático de Direito por ela fundado destina-se “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”.

Em termos normativos, a realidade norte-americana não discrepa da brasileira. O preâmbulo da Constituição dos EUA, em vigor desde 4 de março de 1789, traz os seguintes dizeres:

Nós, o Povo dos Estados Unidos, no intuito de constituir a mais perfeita união, consagrar a justiça, assegurar a tranquilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir as bênçãos da liberdade para nós e para nossa posteridade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América.

Inicialmente, em relação à garantia de proteção judiciária, nem os Estados Unidos e tampouco o Brasil lograram êxito em consolidar a chamada “primeira onda de acesso à justiça”,<sup>364</sup> consistente na adoção, pelo Estado, de políticas públicas destinadas a proporcionar

<sup>361</sup> WOLFF, Tobias Barrington. Managerial Judging and Substantive Law. *Washington University Law Review*. v. 90, n. 3, p. 1027-1069, 2013, p. 1027.

<sup>362</sup> WOLFF, Tobias Barrington. Managerial Judging and Substantive Law, p. 1027.

<sup>363</sup> TARUFFO, Michele. Aspectos fundamentais do processo civil de *civil law* e de *common law*, p. 21, grifos do autor.

<sup>364</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 31-32.

assistência jurídica gratuita aos pobres. O modo com que cada nação lida com o déficit de acesso à justiça é, todavia, bastante distinto.

No modelo norte-americano de Estado fundado em uma economia de mercado capitalista-liberal, “a ideia de igualdade de ricos e pobres no acesso à justiça era vista como uma garantia meramente formal no Estado de Direito [...]”.<sup>365</sup> Consequentemente, não coube ao poder público qualquer responsabilidade no sentido de promover ações para concretizar a proteção judiciária, sendo a questão “*deixada inteiramente à consciência ética dos profissionais do Direito, notadamente da classe dos advogados*, lastreando-se em práticas de caráter honorífico que remontavam às mais antigas tradições da advocacia”.<sup>366</sup>

Juiz aposentado da Califórnia e, possivelmente, a maior autoridade sobre o tema nos EUA, Earl Johnson Jr. pontua que, nos últimos cinquenta anos, a assistência jurídica para os pobres se tornou um dos principais campos de batalha político-ideológica, alvo de constantes ataques provenientes da “nova direita”, que, por décadas, elegeu como item número um da sua agenda a derrubada do programa federal de assistência jurídica.<sup>367</sup>

Cléber Francisco Alves resume a contradição do Sistema de Justiça estadunidense, no que tange à inércia estatal para solucionar em definitivo o problema do acesso à tutela jurisdicional por parte dos menos favorecidos:

Os Estados Unidos, embora sejam considerados paradigma de estabilidade em suas instituições democráticas e apesar de toda a pujança no campo econômico, tecnológico e científico, ainda se encontram num estágio relativamente precário no que se refere à universalização da garantia de igualdade efetiva no acesso de seus cidadãos à Justiça, especificamente daqueles que se situam nos extratos sociais inferiores, e por isso estão à margem do processo de produção-consumo que caracterizam o chamado *american way of life*. Como foi dito, de modo direto e incisivo, por David Luban, há uma resistência da sociedade norte-americana de aceitar a aplicação de verbas públicas para assegurar o igual direito de ricos e pobres, no acesso à Justiça [...].<sup>368</sup>

Não por acaso o sociólogo francês Loïc Wacquant qualificou os EUA como “laboratório vivo do futuro liberal”.<sup>369</sup> Explica ele que, “dos *Pilgrims fathers* à dinastia Bush, os estadunidenses sempre se viram como um povo autônomo, essencialmente rebelde a toda e qual-

<sup>365</sup> ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*, p. 92.

<sup>366</sup> ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*, p. 92-93, grifos nossos.

<sup>367</sup> JOHNSON JR., Earl. *To establish justice for all: the past and future of civil legal aid in the United States*. Santa Barbara, California: Praeger, 2014. v. 1, prólogo, p. 10-12.

<sup>368</sup> ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*, p. 51.

<sup>369</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos – A onda punitiva*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 90.

quer autoridade supra-social – a não ser a de Deus”, tornando-se assim uma “sociedade sem Estado” ou uma “sociedade contra o Estado”.<sup>370</sup>

Os EUA não provêm justiça para todos, mas “apenas para aqueles que podem pagar por ela ou têm a sorte de encontrar um advogado que preste assistência jurídica gratuita ou atue *pro bono*, com tempo suficiente para lidar com seus casos”.<sup>371</sup> Earl Johnson Jr. acrescenta que

Nós, como uma nação e um povo, somos também culpados pela pequena dose de chauvinismo acerca das virtudes, muitas delas merecidas, do nosso Sistema de Justiça, fato que contribuiu para desencorajar qualquer atenção especial para o que estava acontecendo na Europa. Assim, a partir do momento em que a assistência jurídica foi criada aqui em 1876, na forma de responsabilidade caritativa e não governamental, o padrão foi estabelecido: um quantitativo fixo de advogados assalariados trabalhando em escritórios especiais dedicados exclusivamente à assistência dos pobres e financiados como caridade privada.<sup>372</sup>

Em um sistema constitucional que remonta ao século XVIII e molda um regime tido como democrático, inexistente cláusula fundamental que assegure defesa técnica na esfera civil. Coube à Suprema Corte, conforme exaustivamente demonstrado, sedimentar o entendimento de que a 6ª Emenda à Constituição (base do direito fundamental à assistência jurídica no processo penal e fonte normativa para o julgamento de *Gideon v. Wainright*) não se aplica a casos civis (*Turner v. Rogers*, de 2011).

O resto do mundo desenvolvido considera inadequados os paliativos processuais utilizados pelos Estados Unidos para justificar o afastamento da garantia da defesa técnica, especialmente depois do julgamento do caso *Airey v. Ireland*,<sup>373</sup> por meio do qual a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu que existe um direito à assistência jurídica quando ela se revelar indispensável para o acesso efetivo à tutela jurisdicional.<sup>374</sup>

A *Freedom House*, entidade criada em 1941 para pesquisa global sobre democracia, liberdade política e direitos humanos, registrou que, no período de 2017/2018, os EUA recuaram de seu papel tradicional de exemplo de democracia, em meio a um declínio acelerado dos direitos políticos e das liberdades civis. No relatório produzido em 2018, indagou-se: o devido processo legal é obedecido em matéria civil e penal? Eis a resposta:

<sup>370</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos – A onda punitiva*, p. 90.

<sup>371</sup> JOHNSON JR., Earl. *To establish justice for all: the past and future of civil legal aid in the United States*. Santa Barbara, California: Praeger, 2014, p. 926. v. 3.

<sup>372</sup> JOHNSON JR., Earl. *To establish justice for all: the past and future of civil legal aid in the United States*, p. 926.

<sup>373</sup> Precedente referido no item 3.2.

<sup>374</sup> DREYER, David. J. *Déjà vu all over again: Turner v. Rogers and the civil right to counsel*, p. 654.

Muitos críticos do problema do encarceramento apontam abusos e deficiências em vários aspectos processuais. Relatórios da mídia realizados nos últimos anos chamaram atenção para o uso extensivo da *plea bargain* em processos criminais, com promotores empregando ameaça de sentenças severas para evitar julgamento e reduzir o papel do Judiciário; deficiências no sistema de liberdade condicional; escassez de financiamento de longo prazo para os serviços de assistência jurídica gratuita; e a prática de impor custas judiciais ou multas por infrações de menor potencial ofensivo como instrumento para aumentar a receita pública (o que pode levar à prisão daqueles que não possuem condições de pagar).<sup>375</sup>

No mesmo sentido, o Comitê da ONU para Eliminação da Discriminação Racial reiterou em 2014 sua preocupação com a falta de reconhecimento pelos EUA do direito à defesa técnica civil, o que afeta, em especial, indigentes integrantes de minorias raciais e étnicas.<sup>376</sup>

Para Earl Johnson Jr., é hora de formular a maior e mais complexa indagação: os Estados Unidos – país aparentemente obcecado com o corte dos gastos públicos e com o soterramento dos programas estatais de nivelamento sociais – vão considerar a ideia de expandir em muitas vezes o seu investimento em assistência jurídica gratuita na esfera civil? E, se não agora, isso vai acontecer algum dia? Em resposta, ele pondera que, quase sempre, a primeira e única objeção levantada quando alguém cogita sobre a possibilidade de os EUA concretizarem um sistema público igualitário de acesso à justiça é: “O custo será alto demais e o contribuinte americano nunca vai concordar com o uso de verbas públicas para esta finalidade”.<sup>377</sup> Tal argumento é frequentemente seguido pela seguinte declaração: “Por que gastar tanto com assistência jurídica se os Estados Unidos não possuem sequer um sistema público de saúde devidamente estruturado?” A conclusão a que se chega é que tais objeções, na verdade, levantam questões ligadas a vontade política, comparação de custos e prioridades sociais.<sup>378</sup>

No Brasil, país de (similar) tradição escravocrata que conserva uma estrutura social de privilégios outorgados à minoria, tornou-se meta do Estado concretizar políticas públicas de inclusão destinadas a estreitar o abismo constituído entre a elite econômica e os chamados “subcidadãos”. Alude-se aqui aos milhões de pessoas que, apesar de não disporem de condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, “não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostos pelo aparelho coercitivo estatal”. O subci-

<sup>375</sup> FREEDOM HOUSE. *Freedom in the World 2018: democracy in crisis. United States profile*. Disponível em: <<https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2018/united-states>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

<sup>376</sup> UNITED NATIONS. Committee on the Elimination of Racial Discrimination. *Concluding observations on the combined seventh to ninth periodic reports of the United States of America* (CERD/C/USA/7-9). Sept. 2014, p. 11. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Countries/LACRegion/Pages/USIndex.aspx>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

<sup>377</sup> JOHNSON JR., Earl. *To establish justice for all: the past and future of civil legal aid in the United States*. Santa Barbara, California: Praeger, 2014, p. 917. v. 3.

<sup>378</sup> JOHNSON JR., Earl. *To establish justice for all: the past and future of civil legal aid in the United States*, p. 917.

dadão pode votar, submete-se à carga tributária do Estado e ao seu sistema criminal persecutório. Não tem aptidão, todavia, para superar a condição de excluído.<sup>379</sup>

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), um quarto da população brasileira vivia em situação de pobreza extrema no ano de 2016, de acordo com o critério adotado pelo Banco Mundial, que considera extremamente pobre quem ganha menos do que US\$ 5,50 (cinco dólares e cinquenta centavos) por dia nos países em desenvolvimento.<sup>380</sup>

Autoproclamado democrático pela sua Constituição, o Estado brasileiro, após resistência de grupos políticos participantes da Assembleia Nacional Constituinte (que defendiam a autonomia dos Estados na formulação do serviço de assistência jurídica),<sup>381</sup> alçou a Defensoria Pública ao status de Função Essencial à Justiça (em paralelo com a Advocacia).

Por meio da instituição, vislumbrou-se a possibilidade de assegurar igualdade e participação cívica, via sistema judicial, a enorme parcela da população que sempre viveu à margem do poder político decisório, desfrutando apenas formalmente das prerrogativas estabelecidas pela ordem jurídica. A institucionalização da Defensoria Pública

[...] assenta em um princípio de justiça, a exigir a proteção dos que estão em situação de vulnerabilidade. Uma vulnerabilidade que é tomada, entretanto, em termos individuais e é limitada à dimensão econômica, na tradição liberal, que eleva a igualdade à condição de possibilidade da liberdade (RAWLS, 1997). Essa concepção de vulnerabilidade impõe que o estado deva atuar em busca de um equilíbrio, em um contexto onde o acesso a bens materiais diferencia a capacidade do indivíduo de ter o igual direito às mais básicas liberdades individuais compatíveis com as liberdades das outras pessoas. Nesses termos, a defensoria pública pode ser pensada como a instituição capaz de garantir, por meio da assistência judiciária, que a liberdade (individual) possa ser exercida de forma ampla e igual.<sup>382</sup>

Estranho à realidade norte-americana, o modelo de assistência jurídica gratuita denominado *salaried staff*,<sup>383</sup> previsto no art. 134 da CR/88, direciona-se para fazer funcionar uma

<sup>379</sup> NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p. 253-276, 1994, p. 261.

<sup>380</sup> IBGE. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2017, p. 63.

<sup>381</sup> MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. *A criação da Defensoria Pública nos Estados: conflitos institucionais e corporativos no processo de uniformização do acesso à justiça*. 2016. 298 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 99. O autor descreve, com riqueza de detalhes, as discussões ocorridas perante as diversas comissões temáticas da ANC, que tiveram como resultado a institucionalização de um modelo de assistência jurídica gratuita a cargo de uma instituição estatal permanente e autônoma.

<sup>382</sup> MARONA, Marjorie Corrêa. *Acesso à qual justiça? A construção da cidadania brasileira para além da concepção liberal*, p. 175.

<sup>383</sup> A opção do Constituinte pelo modelo *salaried staff* não impede a utilização *subsidiária* de outros dois sistemas de assistência jurídica gratuita: o *pro bono* (prestada por advogados sem contraprestação financeira) e *judicare* (advocacia dativa).

instituição estatal permanente e autônoma,<sup>384</sup> composta por profissionais que recebem uma remuneração fixa para o desempenho da função como um todo, segundo recomendação da Organização dos Estados Americanos (OEA) para acesso à justiça. A Resolução AG/RES 2714 (XLII-0/12), aprovada pela Assembleia Geral da OEA em 2012, resolveu:

Afirmar la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada gratuita prestada por los Defensores Públicos Oficiales para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad.<sup>385</sup>

Em 2014, entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 80, decorrente de proposta que modificou o Capítulo das Funções Essenciais à Justiça e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Na justificativa da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 247/2013, destacou-se que o panorama da Defensoria Pública no Brasil ainda é marcado por grande assimetria, com unidades da Federação em que seus serviços abrangem a totalidade das comarcas e outras em que nem ao menos 10% das comarcas são providas deles.<sup>386</sup>

Alterada a Constituição, fixou-se o prazo de oito anos para que a União, os Estados e o Distrito Federal contem com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, em número proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria e à respectiva população, e com lotação prioritária nas regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional (ADCT, art. 98). É notório, a despeito da evolução recente, que há muito a ser feito para assegurar efetividade da Emenda Constitucional nº 80, universalização do alcance da Defensoria Pública e cumprimento da “primeira onda de acesso à justiça”.<sup>387</sup> Sobre o tema pondera Cleber Francisco Alves que

Apesar de todas as garantias constitucionais, e mesmo levando em conta que no passado recente o Brasil passou por significativo avanço e progresso na efetiva imple-

<sup>384</sup> Daniela Brauner informa que “Os primeiros registros da criação de um órgão estatal encarregado de patrocinar causas à população carente foi no Estado do Rio de Janeiro, sede da então Capital Federal, por meio da Lei nº 2.188, de 21 de julho de 1954, que criou, no âmbito da Procuradoria Geral de Justiça, os seis primeiros cargos de Defensor Público” (BRAUNER, Daniela Jacques. Acesso à justiça no Mercosul. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 15, p. 67-89, jan./jun. 2010, p. 76).

<sup>385</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. AG/RES.2714 (XLII-O/12). Defensa pública oficial como garantía de acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidade. Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012, Cochabamba, Bolivia. Disponível em: <[http://www.dpu.def.br/images/stories/internacional/aidef/legislacao\\_ag\\_res\\_oea\\_n\\_2714\\_2012.pdf](http://www.dpu.def.br/images/stories/internacional/aidef/legislacao_ag_res_oea_n_2714_2012.pdf)>. Acesso em: 8 abr. 2018.

<sup>386</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 247/2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567197>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

<sup>387</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. *IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015, p. 132.

mentação do sistema de assistência jurídica gratuita e da Defensoria Pública, cremos que o Brasil precisa estar alerta para as lições apresentadas por países com “sistemas avançados” de serviços de assistência jurídica gratuita custeados pelos cofres públicos, tal como é o caso da Inglaterra e do País de Gales. Mesmo tendo alcançado níveis de excelência e sendo reconhecidos como referências mundiais no que era considerado um serviço “ideal” ou paradigmático de assistência jurídica gratuita, tais serviços não ficaram imunes a retrocessos. De acordo com alguns autores, em certas áreas do direito, inclusive retornaram a patamares inferiores ao que existia no ano de 1949, quando o moderno sistema da “legal aid” foi originariamente implantado.<sup>388</sup>

Em uma perspectiva de comparação entre Brasil e Estados Unidos, atenta-se nos índices fornecidos pelo *World Justice Project*, em seu *Rule of Law Index 2017-2018*, que aferem se as pessoas têm acesso ao serviço público de proteção judiciária e podem custeá-lo. Nesse aspecto, segundo exposto no Capítulo 1, os EUA obtiveram recentemente a pior pontuação entre as nações tidas como mais ricas (nota 0,42, sendo o valor máximo um inteiro).

O Brasil, posicionado no grupo das nações de renda média, obteve uma nota consideravelmente superior (0,55), porém bem menor do que a alcançada por nações vizinhas integrantes do Cone Sul, como Uruguai (0,78), Argentina (0,69) e Chile (0,66) e ínfima, se comparada à nota do país que lidera em matéria de acessibilidade à justiça civil: a Holanda (0,83).<sup>389</sup>

Não paira dúvida de que ambas as nações aqui pesquisadas são afetadas pela “crise da justiça”, e, no que tange ao fenômeno da litigância contida, os dados apurados surpreendem.

Conforme exposto, inexistente nos EUA uma instituição pública permanente e autônoma incumbida de prestar assistência jurídica aos pobres (já que não há sequer reconhecimento do direito constitucional à defesa técnica civil) e o custo do processo civil é altíssimo.<sup>390</sup> Segundo verificado pelo WJP, em 2018,<sup>391</sup> dentre a totalidade de estadunidenses que enfrentaram nos

<sup>388</sup> ALVES, Cleber Francisco. Assistência jurídica no Brasil: lições que podem ser aprendidas com países que outrora alcançaram avançado patamar de desenvolvimento na prestação desses serviços e posteriormente tiveram que enfrentar severas restrições financeiras. In: ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLES, Pedro. (Coords.) *Defensoria Pública no século XXI: novos horizontes e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 64. O autor sustenta como opção juridicamente viável, em um cenário de escassez de recursos públicos para investimento no serviço de assistência jurídica gratuita prestado pela Defensoria Pública, a outorga de capacidade postulatória ao leigo para fins de autorrepresentação. Isso desde que se trate de casos envolvendo litígios de ordem patrimonial (cujo valor da causa não extrapole sessenta salários mínimos) e inexistir vulnerabilidade por parte de um dos litigantes (caso contrário, a defesa técnica deve ser compulsória para proporcionar isonomia). (ALVES, Cleber Francisco. Assistência jurídica no Brasil: lições que podem ser aprendidas com países que outrora alcançaram avançado patamar de desenvolvimento na prestação desses serviços e posteriormente tiveram que enfrentar severas restrições financeiras, p. 70).

<sup>389</sup> WJP. *Rule of Law Index*, p. 47-159.

<sup>390</sup> U.S. CHAMBER INSTITUTE FOR LEGAL REFORM. *International Comparisons of Litigation Costs: Canada, Europe, Japan, and the United States*. Washington, U.S.A., 2013, p. 2. Disponível em: <[https://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/ILR\\_NERA\\_Study\\_International\\_Liability\\_Costs-update.pdf](https://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/ILR_NERA_Study_International_Liability_Costs-update.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2018.

<sup>391</sup> WJP. *Global Insights on Access to Justice: Findings from the World Justice Project General Population Poll in 45 Countries*. ADAMS, Kate et al. (Org.) Washington, U.S.A., 2018. Disponível em: <[https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP\\_Access-Justice\\_April\\_2018\\_Online.pdf](https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP_Access-Justice_April_2018_Online.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2018.

últimos dois anos um problema jurídico, 77% não se dirigiram ao Estado ou a um terceiro para buscar a solução.<sup>392</sup> Tal percentual coaduna com o alerta outrora veiculado pela Associação dos Advogados dos EUA. Na década de 1990, detectou-se – segundo referido no Capítulo 1 – que metade das famílias de baixa renda enfrentava uma ou mais situações que poderiam ser submetidas à apreciação do Judiciário, e três quartos dessas situações vivenciadas por famílias de baixa renda não eram submetidas ao Judiciário.<sup>393</sup>

Tratando-se do Brasil, país dotado de Defensoria Pública com atuação na esfera civil e cuja lei facilita a obtenção de assistência judiciária, com isenção de taxas, emolumentos e demais custas do processo – o que induziria à noção de que o índice de litigância contida é inferior ao dos EUA –, verificou-se que o percentual de cidadãos que se quedaram inertes diante de um litígio em potencial foi de 87%.<sup>394</sup> Um resultado preocupante, ocasionado por uma multiplicidade de fatores, entre os quais se podem apontar: o déficit de universalização da Defensoria Pública, a irrisória educação em direitos e o desestímulo diante da morosidade processual.

Interessante notar que o quadro crônico de litigiosidade contida não tem impedido o crescimento do número de processos em andamento no Brasil. Veja-se uma das conclusões extraídas pelo CNJ no seu *Justiça em Números 2017*:

O número de processos em tramitação não parou de crescer, e, novamente, houve aumento no estoque de processos que aguardam por alguma solução definitiva. Ao final do ano de 2009, tramitavam no judiciário 60,7 milhões de processos. Em sete anos, o quantitativo cresceu para quase 80 milhões de casos pendentes, variação acumulada no período de 31,2%, ou crescimento médio de 4,5% a cada ano. A demanda pelos serviços de justiça também cresceu esse ano, numa proporção de 5,6%, não se verificando a tendência de redução esperada pela retração de 4,2% observada em 2015, comparativamente a 2014. Em 2016, ingressaram na justiça 29,4 milhões de processos – o que representa uma média de 14,3 processos a cada 100 habitantes.<sup>395</sup>

Afinal, como conciliar informações aparentemente tão díspares? A conclusão que se extrai é de que, enquanto os indivíduos (litigantes ocasionais) encontram óbices informativos e de custas para litigar (deixando, na maioria das vezes, de fazê-lo), os litigantes habituais

<sup>392</sup> WJP. *Global Insights on Access to Justice: Findings from the World Justice Project General Population Poll in 45 Countries*, p. 53.

<sup>393</sup> AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Legal needs and Civil Justice: a Survey of Americans – Major Findings from the Comprehensive Legal Needs Study*, p. 27-28.

<sup>394</sup> WJP. *Global Insights on Access to Justice: Findings from the World Justice Project General Population Poll in 45 Countries*, p. 13.

<sup>395</sup> CNJ. *Justiça em Números 2017: Ano-Base 2016*. 13. ed. Brasília: CNJ, 2017, p. 182. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

(especialmente o Estado e as instituições financeiras) continuam se valendo do Judiciário – via amplo aparato de defesa técnica – como canal para satisfação das suas pretensões.

Além disso, sendo os sujeitos hiperpoderosos os maiores violadores de direitos, frequentemente não lhes interessa a rápida tramitação dos feitos. Eles então alimentam um círculo vicioso: atuam de maneira predatória para congestionar o sistema judiciário, desestimulando o cidadão comum a buscar a tutela jurisdicional. Essa sequência perpetua-se e explica o falso paradoxo apontado nesta pesquisa.

A regra no Brasil, portanto, é a inação – em termos de acesso à tutela jurisdicional – daqueles que são economicamente mais vulneráveis. Essa foi a constatação de Maria Tereza Sadek, em pesquisa sobre acesso à justiça, publicada em 2016:

Em todas as unidades da Federação incluídas na pesquisa, no máximo uma dezena de partes respondia por metade das ações entre os cem maiores litigantes no primeiro grau, no segundo grau e nos tribunais recursais, tanto no polo ativo quanto no polo passivo, entre 2010 e 2013. [...] Tal proposição, por sua vez, sugere a possibilidade de um sério desvirtuamento das atribuições precípua do Judiciário – a garantia de direitos e a resolução de conflitos. A instituição estaria se transfigurando, ao atuar, sobretudo, como um órgão público para arbitrar questões de outros órgãos públicos. É por esse motivo que muitos qualificam o extraordinário número de processos como “uso predatório” da justiça estatal. [...] Trata-se de uma hipótese baseada em dados que permitem deduzir uma baixa margem de acesso de cidadãos à justiça, uma vez que a morosidade decorrente do excessivo número de processos provocaria grande desestímulo a esse ingresso.<sup>396</sup>

Outro ponto a ser analisado comparativamente é o valor constitucional outorgado à figura do advogado. No Capítulo 3, foi feita exposição sobre a defesa técnica no Brasil e observou-se que a CR/88 qualifica a Advocacia e também a Defensoria Pública como Funções Essenciais à Justiça. Diametralmente oposta é a situação jurídica norte-americana.

A desconfiança do povo estadunidense em relação à Advocacia foi (e continua sendo) um traço marcante da sua cultura, provocando repercussão no campo jurídico. Trata-se de característica do sistema inglês de *common law*, inerente – com as adaptações culturais necessárias – à quase totalidade dos cinquenta Estados que compõem a Federação norte-americana (o Estado da Louisiana adota o sistema do *civil law* por influência do Direito francês).<sup>397</sup> Sob a ótica do Direito anglo-saxão, prepondera a figura do juiz e à advocacia reserva-se posição secundária. Pontua a doutrina estrangeira que

<sup>396</sup> SADEK, Maria Tereza Aina. (Org). *Acesso à Justiça no Brasil: índice de fragilidade dos municípios*. 2016, p. 32. Disponível em: <<http://www.cidadessustentaveis.org.br/arquivos/acessoajusticanobrasil.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

<sup>397</sup> DAVID, René. *Los grandes sistemas juridicos contemporaneos*. Madrid: Aguilar, 1969, p. 312.

Análises recentes realçam o papel do juiz dentre os muitos fatores que contribuíram para o desenvolvimento do *Common Law*. Ele é considerado não apenas o principal responsável por emitir os comandos legais, mas também o ator mais relevante – contrastado com o professor no sistema jurídico germânico ou com o advogado no sistema jurídico romano.<sup>398</sup>

Conforme Cléber Francisco Alves, no final do século XVIII e início do século XIX,

A ideia de prescindibilidade de assistência e de representação judicial do advogado era tão arraigada que foi necessário estabelecer expressamente na Declaração de Direitos – tal como consubstanciado pela Sexta Emenda à Constituição Norte-Americana, no ano de 1791 – que ninguém poderia ter violada a prerrogativa de se fazer assistir por advogado, quando acusado de algum crime perante um tribunal.<sup>399</sup>

Logo, diferentemente do Brasil, no sistema jurídico dos Estados Unidos,

À Advocacia não é reconhecido no patamar constitucional nem legal, como no Brasil, o status de função essencial à administração da Justiça. Assim, pelo menos em tese, um jurisdicionado que não possua recursos financeiros para contratar um advogado para patrocinar seus interesses em Juízo, seja como autor ou como réu, não estará, como se entende nos EUA, efetivamente privado de acesso à justiça: ele pode litigar *pro se*, ou seja, em causa própria.<sup>400</sup>

O paradoxo da litigância em causa própria (ou *pro se litigation*) foi analisado no Capítulo 3. Os cidadãos dos EUA convivem, por conta da decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Faretta v. Califórnia* (1975), com prerrogativas constitucionais que se contradizem do ponto de vista lógico: o direito à defesa técnica (no processo penal) e o direito do acusado de abrir mão da assistência jurídica prestada por um advogado, em respeito à autonomia privada.

Outro ponto a ser analisado comparativamente refere-se ao grau de aproximação do princípio do contraditório, tal qual aplicado no Direito norte-americano, em relação à “perspectiva tridimensional” da prerrogativa fundamental, como formulada pelo STF no julgamento do MS nº 24.268. Qual é o grau de influência que as partes estão aptas a exercer sobre o convencimento judicial, no processo civil estadunidense?

Independentemente da sua qualificação (adversarial ou inquisitorial), é da essência do processo civil norte-americano que os litigantes exerçam certo poder sobre os rumos do processo, aptidão que transcende a mera apresentação de defesa (contraditório estático). Os litigantes têm oportunidade de instruir os feitos e de impugnar a prova do adversário, além de

<sup>398</sup> KERAMEUS, Konstantinos D. A Civilian Lawyer Looks at Common Law Procedure. *Louisiana Law Review*, v. 47, n. 3, p. 493-509, 1987, p. 494.

<sup>399</sup> ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil, p. 59-60.

<sup>400</sup> ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil, p. 57, grifo do autor.

sustentar seus argumentos perante os jurados. E não apenas isso: o próprio procedimento de *discovery* e as audiências de pré-julgamento (que servem para agendar e organizar os atos subsequentes do processo) viabilizam um diálogo entre as partes e o juiz, destinado a incentivar a autocomposição, evitando-se a morosidade.<sup>401</sup>

Todavia, a despeito da oralidade e da estrutura processual aparentemente colaborativa, há duas características do sistema processual anglo-americano que revelam fragilidade do contraditório: primeiramente, predomina o desvalor da defesa técnica em casos civis e, sem assistência jurídica, resta comprometido o poder de influência. Em segundo lugar, é inconsistente o posicionamento da Suprema Corte acerca do direito da parte de ser ouvida e de participar de uma audiência, componentes do contraditório.

Observou-se no Capítulo 2 que o tribunal, depois de seguir, na década de 1960 e início da década de 1970, uma linha de proteção das garantias fundamentais do processo, enveredou, em 1976 (quando do julgamento de *Mathews v. Eldridge*), por uma tendência flexibilizadora do devido processo legal. Tal postura dúbia redundou no julgamento de *Turner v. Rogers* (2011), *leading case* que simboliza a rejeição da ideia segundo a qual o direito à defesa técnica assegurado no processo penal deve se estender à esfera civil (um repúdio declarado pelo Judiciário à ideia-força do movimento *Civil Gideon*).

Vale pontuar que a atual composição da Suprema Corte tem uma maioria conservadora, cenário influenciado pelo atual Presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, empossado em 2017<sup>402</sup>. Isso significa que não há indícios de modificação do posicionamento do tribunal, em curto ou médio prazo, para favorecer políticas públicas de inclusão social.

O conservadorismo político e jurídico dos EUA, associado à visão dita “libertária” da sociedade, aderiu a uma agenda voltada para consolidar o “Estado mínimo”. Uma Corte que se guia pelo princípio da menor intervenção do poder público dificilmente vai rever *Turner v. Rogers*. O precedente é fruto da noção de que o contribuinte americano não concorda com o uso de verbas públicas para financiar assistência jurídica gratuita de pessoas carentes e que, por isso, não concede apoio eleitoral a membros do Judiciário, Executivo e Legislativo inclinados a agir contra a máxima “libertária”.

<sup>401</sup> FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*, p. 104-105.

<sup>402</sup> Em matéria publicada no ano de 2018, destacou o jornal *The Guardian*: “*America’s highest court has shifted to the right and, activists say, out of sync with public opinion. The tribunal that hands down far-reaching decisions on everything from capital punishment, gun control and healthcare to labour, reproductive and voting rights is, they argue, now unrepresentative of the general population, especially its growing numbers of young people and people of colour*” (SMITH, David; KIRCHGAESSNER, Stephanie. *Where now for the supreme court as Kavanaugh fulfils the conservative dream?* *The Guardian*. Washington, october 11, 2018. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/law/2018/oct/11/where-now-for-the-supreme-court-as-kavanaugh-fulfils-conservative-dream>>. Acesso em: 11 nov. 2018).

Por fim, resta a análise comparativa entre o sistema brasileiro dos Juizados Cíveis e o modelo das *small claims courts* norte-americanas.

Tanto no Brasil quanto nos EUA, a gênese dos Juizados esteve associada à necessidade de superação da litigância contida por meio de três fundamentos básicos do modelo procedimental: informalidade, rapidez e baixo custo.

Para alcançar a “fórmula mágica”, reputou-se imprescindível colocar em segundo plano (ou mesmo *eliminar*, conforme o fizeram alguns Estados norte-americanos) a figura do advogado, associada à burocratização e ao aumento dos custos do processo. Constatou-se também que isso só seria possível ampliando os poderes judiciais e viabilizando um canal comunicativo das partes com o julgador.

Ocorre que a comunidade jurídica estadunidense – diferentemente da brasileira – abraçou a ideia escandinava das cortes de conciliação<sup>403</sup> porque ela se adequa aos cânones do individualismo e da liberdade do ser humano, avessos à presença do advogado como um guia privilegiado do litigante pelos caminhos sinuosos da lei e do processo. Roscoe Pound, um dos idealizadores das *small claims courts*, observou há mais de um século que

O puritano concebeu a lei como um guia para a consciência individual. Sua proposição fundamental foi que o homem era um agente moral livre com poder para escolher o que faria e com responsabilidade coincidente com esse poder. Por isso ele colocou consciência individual e julgamento individual em primeiro lugar.<sup>404</sup>

Não deixa de ser curioso que, em um cenário de repúdio ao advogado e de não reconhecimento da Advocacia como Função Essencial à Justiça, tenha sido depositada tamanha esperança na figura do Estado-Juiz, dentro de uma lógica instrumentalista que remonta às conhecidas lições de Giuseppe Chiovenda e Moacir Amaral Santos, para quem o julgador é a “coluna vertebral da relação processual”.<sup>405</sup> Conforme salientado no Capítulo 4, a aposta dos reformistas, quando da criação das *small claims courts*, baseava-se na completa ruptura do modelo adversarial arraigado ao processo anglo-saxão.

É fundamental perceber que os ideais puritanos que alimentaram a criação das SCC nos Estados Unidos não influenciaram a criação brasileira dos Juizados de Pequenas Causas, na década de 1980. A Lei 7.244 previu a essencialidade de patrocínio jurídico por advogado na fase recursal e, em seu art. 54, prescreveu que “Não se instituirá o Juizado de Pequenas Causas sem a correspondente implantação das curadorias necessárias e do serviço de assistên-

<sup>403</sup> Explicação sobre os tribunais de conciliação da Noruega e da Dinamarca constante à p. 89 desta Dissertação.

<sup>404</sup> POUND, Roscoe. *The Administration of Justice in the Modern City*, p. 305-306.

<sup>405</sup> SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 365.

cia judiciária”. Nunca houve no Brasil o culto à noção de que “todo homem é seu próprio advogado”, ideia-força legitimadora da *pro se litigation* norte-americana (outro instituto estranho à realidade brasileira).

No que toca aos objetivos iniciais dos Juizados, no Brasil e nos EUA, ambos os países falharam em prover um ambiente livre do tecnicismo para resolução de disputas. A intimidação do leigo pelo formalismo e pelos rituais forenses, que redundou no déficit comunicativo entre as partes e o Judiciário, apenas ganhou nova roupagem. Analisou-se o problema do formalismo das *small claims courts* no Capítulo 4. Em âmbito nacional, houve constatação pelo próprio CNJ do desvirtuamento do plano originário, com desestímulo ao acesso à justiça diante da falsa informalidade dos Juizados:

A atermação permite que o cidadão sem advogado ou sem um pedido por escrito apresente oralmente suas alegações a um funcionário, que a receberá e lhe dará processamento. Os dados indicaram que ela é utilizada principalmente por pessoas físicas e em juizados que cobrem bairros de renda baixa e que chega a ser usada até por pessoas jurídicas autoras. Contudo, observou-se que alguns juizados, no intuito de racionalizar a atermação, criaram formulários a ser preenchidos pelas partes e devolvidos para início do processo. Ocorre que os formulários utilizam linguagem técnica jurídica cuja complexidade não está ao alcance dos cidadãos, que, conforme relataram, precisam de auxílio especial para entender os campos do formulário e, por vezes, desistem de retornar para propor a demanda.<sup>406</sup>

Em 2002, Calmon de Passos já havia denunciado, por meio de crítica contundente, a falácia da informalidade nos Juizados Especiais:

Ninguém ousará discordar de que, em favor de objetivos tão nobres, todas as *formalidades supérfluas* devem ser descartadas. [...] Contudo, o que ocorreu foi precisamente o inverso. A lei dos Juizados Especiais é pródiga não em eliminar formalidades, sim em descartar garantias das partes em benefício do arbítrio do magistrado, dando prioridade às *urgências* do Poder Judiciário, pressionado pela sobrecarga de trabalho que sua defeituosa institucionalização constitucional determina. A par disso, traduz ela, com fidelidade, a vocação nacional para o autoritarismo que ainda adoece a elite e a classe média brasileiras, até hoje afetadas pela síndrome da “casa grande e senzala”, doença de que não nos pudemos curar ainda, máxime quando interagimos com o outro, quer na qualidade de sujeitos privados, quer na condição de legisladores, administradores ou julgadores.<sup>407</sup>

Por derradeiro, observa-se que os Juizados brasileiros, assim como as SCC norte-americanas, sob o pretexto de aproximar o homem comum do Judiciário (meta nunca alcançada, em termos *qualitativos*), reproduziram em larga escala o ambiente de preponderância

<sup>406</sup> CNJ. *Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis*, p. 85.

<sup>407</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 15, p. 5-15, jan-fev. 2002, p. 12, grifos do autor.

jurídica dos litigantes habituais sobre os litigantes eventuais verificado no rito ordinário, com um agravante: relativizou-se a presença do advogado e do defensor público como agentes fiscalizadores da legalidade, do contraditório e da fundamentação decisória.

Criou-se, portanto, no Brasil e nos EUA, um excelente negócio para o poder público e para as corporações que desejam converter os Juizados em instrumento de opressão contra as pessoas de média e baixa renda.<sup>408</sup>

---

<sup>408</sup> É digna de estudo a propensão do legislador brasileiro à supervalorização de modelos jurídicos norte-americanos (como foi o caso das *small claims courts*, que se provaram problemáticas na origem). Eis a lição do sociólogo Jessé Souza sobre o tema: “Uma análise correta dos padrões culturais que se tornam dominantes na sociedade brasileira, certamente com consequências até nossos dias, teria de se concentrar na escravidão, naquilo que ela tem de singular e de comum com outras sociedades escravocratas. No tipo de culturalismo pré-sociológico que se torna dominante entre nós, no entanto, o decisivo não é a análise dos meandros institucionais que explicam os constrangimentos para o comportamento dos indivíduos. O aspecto decisivo – traço comum a toda a tradição liberal brasileira – é a relação com uma imagem ‘idealizada’ dos Estados Unidos. E, do mesmo modo como coube a Freyre sistematizar a versão mais convincente de nosso mito nacional, coube a Sérgio Buarque sistematizar todo o estoque de ideias e de representações que daria substância e poder de convencimento ao culturalismo liberal e conservador no Brasil” (SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira*: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: Leya, 2015, p. 43).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise comparativa de elementos fundamentais do direito processual civil, ressaltam, como principais, as seguintes conclusões:

1) Tanto o Brasil quanto os Estados Unidos, nações autoproclamadas democráticas e comprometidas ideologicamente com a liberdade e a promoção dos direitos humanos, falharam em prover aos seus cidadãos tutela jurisdicional efetiva, no que concerne à isonomia. Permite-se, assim, que elementos extraprocessuais – principalmente econômicos e informativos – repercutam dentro do processo, ocasionando desequilíbrio de forças e marginalização.

2) Os EUA adotaram o modelo das *small claims courts* há mais de um século. O Brasil há quase trinta e cinco anos. Ambos convivem, em 2018, com índices de litigância contida superiores a 75%. A realidade demonstra que mudar a lei, criando mecanismos que facilitem o acesso *formal* à justiça, por si só, não gera impacto positivo sobre a sociedade, em termos de tranquilidade e de desenvolvimento econômico. Reformas dessa natureza podem levar ao alcance de metas de produtividade, porém reduzem o ser humano a dados estatísticos.

3) O “excesso de acesso” à justiça no Brasil aproveita apenas aos litigantes habituais. Especialmente o Poder Executivo e as instituições financeiras – sujeitos hiperpoderosos financeira, técnica e juridicamente – têm sistematicamente atuado com o fito de congestionar a via judiciária em benefício próprio, desestimulando o cidadão comum, litigante ocasional, a buscar no Estado a chancela do ordenamento jurídico. Alimenta-se o círculo vicioso da litigiosidade predatória, conjugada com sua antípoda: a litigância contida.

4) O contraditório – cuja essência é o poder de influência das partes sobre o conteúdo decisório – é não apenas condição de legitimidade da atuação judiciária, mas direito humano reconhecido internacionalmente. Quanto menor a influência dos litigantes em relação ao provimento jurisdicional, menor a humanização do processo.

5) A colaboração entre autor, réu, juiz e MP decorre do contraditório. Fomentar a dialética, portanto, contribui para afastar a ideia de que o processo é “coisa das partes” e para facilitar a autocomposição, com impacto positivo sobre a duração razoável dos feitos.

6) O exercício do contraditório pelas partes no processo civil não é compulsório. É para o Estado-juiz que o imperativo existe, no sentido de viabilizar a ampla participação dos litigantes em simétrica paridade.

7) A defesa técnica eficiente proporciona contraditório pleno, material ou “dinâmico”. O ambiente forense funciona baseado em uma subcultura própria que exclui a pessoa leiga, minando sua capacidade de elaborar uma estratégia processual eficaz. Diferenças culturais

dificultam a comunicação entre os sujeitos do processo. O advogado e o defensor público, nesse cenário, atuam na condição de tradutores, intérpretes ou intermediários culturais, *viabilizando e fiscalizando* o exercício do poder de influência.

8) Ao juiz, destinatário das teses e das antíteses, não compete exercer o papel de tradutor, intérprete ou intermediário cultural, arvorando-se em patrono dos litigantes.

9) Há vínculo entre o direito à defesa técnica e o exercício do sufrágio. A manifestação do direito subjetivo de votar determina a escolha de representantes no Congresso e a consequente produção legislativa. De nada adianta para uma pessoa leiga em Direito eleger membros do Executivo e do Legislativo e contribuir para a formação do ordenamento se, ao litigar, for inviável fazer uso de normas jurídicas que a beneficiem.

10) O elevado nível de escolaridade de uma pessoa pode influenciar a formação do seu juízo crítico e a capacidade de buscar instrumentos de proteção dos direitos. Não determina, todavia, êxito na formulação de uma estratégia processual, cuja eficácia depende menos da capacidade de interpretar as normas do que de experiência acumulada.

11) Do ponto de vista financeiro, é mais vantajoso para o poder público “educar” o leigo a fim de que ele litigue em causa própria – incutindo-lhe a *ilusão* de acesso à justiça, inclusive nos casos em que o particular experimenta vulnerabilidade financeira, técnica e organizacional – do que consolidar um sistema universalizado de assistência jurídica integral e gratuita. Essa máxima foi assimilada pelas autoridades brasileiras e norte-americanas.

12) Revelando-se inviável – por severa escassez de recursos públicos – a universalização da assistência jurídica integral, há que se pensar na utilização *pela Defensoria Pública* (em face da necessária independência dos profissionais envolvidos) de mecanismos experimentais de assistência jurídica às pessoas carentes que litigam sem defesa técnica, tais como *sites* e quiosques de computadores com informações *on-line*, formulários contendo instruções processuais e centros de autoajuda. Isso em casos envolvendo *litígios de ordem patrimonial nos quais não exista vulnerabilidade* por parte de um dos litigantes.

13) A negativa de reconhecimento pelos Estados Unidos do direito constitucional à defesa técnica civil (e da própria Advocacia como Função Essencial à Justiça) – ante a impopularidade de medidas governamentais voltadas para a inclusão dos menos favorecidos – além de privar a população pobre norte-americana de participação cívica, coloca os EUA em descompasso com as principais nações do mundo civilizado.

14) A eliminação do advogado e do defensor público do processo tem como principal (e mais perigosa) consequência o estímulo ao excessivo poder do órgão judicial.

15) Incidiu em duas contradições o governo militar brasileiro, na década de 1980, a pretexto de reduzir tentáculos do Estado: criou um ministério para “desburocratizar” a vida social e econômica e importou dos Estados Unidos um modelo procedimental que tem como ideia-força a retirada de poderes dos litigantes e o incremento do poder do juiz, idealizado como “advogado das partes”.

16) Os principais problemas vivenciados na década de 1980 pelas *small claims courts* nos EUA – tecnicismo, marginalização do leigo, uso do sistema por litigantes habituais em detrimento das pessoas carentes (destinatários iniciais do “tribunal do povo”), baixo índice de acordos e assunção pelo juiz da função de compensador de déficits de contraditório – foram reproduzidos no Brasil. Isso induz à conclusão de que o Ministério da Desburocratização agiu na mais rigorosa ignorância daquilo que de fato vivenciava a população estadunidense.

17) A instalação dos Juizados Cíveis no Brasil, despida de um mecanismo eficaz de assistência jurídica gratuita (conforme determinava o art. 54 da Lei 7.244), afastou precocemente o desejo dos reformistas de aproximar a “gente humilde” do Judiciário.

18) Tanto no Brasil quanto nos EUA cometeu-se o equívoco de definir como critério de julgamento nos Juizados (e nas *small claims courts*) o valor da causa. O raciocínio equivocado foi o seguinte: a demanda do pobre não pode ter grande repercussão financeira, e pleitos de menor valor são sempre “simples”, ou melhor, “pequenas causas”.

19) A complexidade é um traço subjetivo de qualquer processo. Reputa-se complexo o feito conduzido em desfavor de uma pessoa desprovida de conhecimento técnico para preparar sua estratégia de atuação, colocando-se em pé de igualdade com a parte contrária. Assim, não há como definir a essencialidade da assistência jurídica de maneira casuística (especialmente pelo juiz), com base no maior ou menor obscurantismo do feito.

20) Não existe justificativa plausível para definir a essencialidade da defesa técnica a partir do bem jurídico ameaçado. O devido processo legal – com as garantias que lhe são inerentes – deve ser observado em qualquer procedimento que tenha o condão de privar o cidadão de um direito fundamental.

21) A relativização da defesa técnica, em processos judiciais ou não, desestimula o investimento estatal no aparelhamento da Defensoria Pública – na esfera estadual e federal – porque cria a falsa noção de que a pessoa leiga e pobre, diante da opção normativa de exercer sua autodefesa, terá expandido seu acesso à justiça.

22) Nos Juizados Cíveis, assim como nas SCC, sempre houve tratamento díspar entre autor e réu. Ao postulante destinou-se um setor próprio para orientação e formulação do pedido (atermação). Não se fornece amparo similar para quem litiga no polo passivo.

23) O sistema dos Juizados, a despeito de ser baseado na oralidade, fulminou na origem a possibilidade de concretização de um verdadeiro processo oral, ao relativizar a presença da defesa técnica em primeira instância, momento procedimental adequado para produção probatória.

24) Ao fragilizar a oralidade, o sistema também diminuiu exponencialmente as chances de diálogo entre os sujeitos do processo. O resultado, constatado pelo Conselho Nacional de Justiça, é o baixo índice de acordos em audiência.

25) A contundência da argumentação tecida pelo Ministro Celso de Mello na PSV nº 58 (no sentido de cancelar a súmula vinculante nº 5), revela que a posição do Supremo Tribunal Federal, pela constitucionalidade da relativização da defesa técnica, somente se sustenta por motivos de ordem financeira e pragmática. Não existe interesse real na preservação do devido processo legal.

## REFERÊNCIAS

ABEL, Laura. Turner v. Rogers and the Right of Meaningful Access to the Courts. *Denver University Law Review*, v. 89, p. 805-823, 2012.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *A prova como direito humano e direito fundamental das partes do processo judicial*. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

ALVES, Cleber Francisco. Assistência jurídica no Brasil: lições que podem ser aprendidas com países que outrora alcançaram avançado patamar de desenvolvimento na prestação desses serviços e posteriormente tiveram que enfrentar severas restrições financeiras. In: ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLES, Pedro. (Coords.) *Defensoria Pública no século XXI: novos horizontes e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ALVES, Cleber Francisco. Estudo de Caso: a decisão “Airey v. Ireland” e sua importância na afirmação do Direito de Acesso à Justiça no continente europeu. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, v. 20, p. 111-124, 2006.

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Agenda for access: the american people and civil justice*. Final Report on the Implications of the Comprehensive Legal Needs Study. Chicago: Illinois, 1996. Disponível em:

<[https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/legal\\_aid\\_indigent\\_defendants/downloads/agendaforaccess.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/legal_aid_indigent_defendants/downloads/agendaforaccess.authcheckdam.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2018.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Legal needs and Civil Justice: a Survey of Americans – Major Findings from the Comprehensive Legal Needs Study*. Chicago: Illinois, 1994. Disponível em:

<[https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/legal\\_aid\\_indigent\\_defendants/downloads/legalneedstudy.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/legal_aid_indigent_defendants/downloads/legalneedstudy.authcheckdam.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2018.

ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*, v. 22, n. 87, p. 63-69, jul./set. 1997.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *O uso da Justiça e o litígio no Brasil*. JUNKES, Sérgio Luiz; SADEK, Maria Tereza (Orgs.). Brasília: AMB, 2015.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Avançamos ou retrocedemos com as reformas? Um estudo sobre a crença no poder transformador da legislação e sua (in)adequação face o estado democrático de direito. In: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Catto ni de. (Coords.) *Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 93, n. 337, p. 105-123, jan./mar. 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 89-154, 1º e 2º sem. 1999.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *Temas de direito processual: segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Temas de direito processual: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos*. Temas de direito processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre o problema da “efetividade” do processo*. Temas de direito processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A importação de modelos jurídicos*. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 2, n. 11, p. 5-14, maio/jun. 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Sobre a “participação” do juiz no processo civil*. Temas de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONATO, Giovanni; BONIZZIO, Marcelo José Magalhães. A capacidade postulatória dos advogados perante as cortes supremas: perspectivas de direito comparado no Brasil, na França e na Itália. In: PUOLI, Jose Carlos Baptista; BONIZZIO, Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros (Coords.). *Direito processual constitucional*. Brasília: Gazeta jurídica, 2016. p. 127-146.

BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. 268 p. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 247/2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567197>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. *IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015.

BRAUNER, Daniela Jacques. Acesso à justiça no Mercosul. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 15, p. 67-89, jan./jun. 2010.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 126, p. 59-81, ago. 2005.

CÂMARA, Alexandre Antônio Franco Freitas. *Por um modelo deliberativo de formação e aplicação de padrões decisórios vinculantes: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais*. 217. 378 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNEIRO, João Geraldo Piquet. Análise da estruturação e do funcionamento do juizado de pequenas causas da cidade de Nova Iorque. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 23-36.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Fortaleza: Ideal, 2000.

CASTELAR, Armando (Org.). *Judiciário e economia no Brasil*. Rio de Janeiro: Biblioteca Virtual de Ciências Humanas do Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009.

CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 218, p. 65-78, abr. 2013.

CEDH. Airey v. Ireland ECHR 32, 6289/73 (1979). Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57420>>. Acesso em: 8 abr. 2018.

CEDH. Bellet v. France, 23805/94 (1995). Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57952>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

CEDH. Golder v. The United Kingdom, ECHR 1, 4451/70 (1975). Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57496%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57496%22]})>. Acesso em: 26 mar. 2018.

CEDH. Guia sobre o artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos: Direito a um julgamento justo (atualizado em 31 de dezembro de 2017). Estrasburgo: Conselho da Europa/Corte Europeia de Direitos Humanos, 2017. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf)>. Acesso em: 27 mar. 2018.

CEDH. Lobo Machado v. Portugal, 15764/89 (1996). Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57978>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

CEDH. Nideröst-Huber v. Switzerland, 18990/91 (1997). Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58199>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

CEDH. Ruiz-Mateos v. Spain, 12952/87 (1993). Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57838>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

CHEMERINSKY, Erwin. Lessons from Gideon. *Yale Law Journal*, v. 122, n. 8, p. 2676-2693, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COLUMBIA LAW SCHOOL HUMAN RIGHTS INSTITUTE. *Equal access to Justice: ensuring meaningful access to counsel in civil cases, including immigration proceedings*. 2014. Disponível em: <[http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/human-rights-institute/files/equal\\_access\\_to\\_justice\\_-\\_cerd\\_shadow\\_report.pdf](http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/human-rights-institute/files/equal_access_to_justice_-_cerd_shadow_report.pdf)>. Acesso em: 19 abr. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2017: Ano-Base 2016*. 13. ed. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2018: Ano-Base 2017*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes>>. Acesso em: 22 out. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis*. SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.) – Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Redescobrimos os juizados especiais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/redescobrimos-os-juizados-especiais>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução nº 125, de 29.11.2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. Uma morte espiritual. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 14 maio, 1998. Caderno Opinião, p. 3.

CONSOLO, Claudio. *Codice di procedura civile commentato*. La riforma del 2009. Milano: Ipsoa Editore, 2009.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre o direito processual, economia e psicologia*. Salvador: Jus Podium, 2018.

DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. Newsletter. *Observatório de elites políticas e sociais do Brasil*, NUSP/UFPR, v. 2, n. 9, p. 1-15, jul. 2015.

DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporaneos*. Madrid: Aguilar, 1969.

DAVIS, Martha F. Participation, equality, and the civil right to counsel: lessons from domestic and international law. *Yale Law Journal* (Gideon Symposium Essay), v. 122, n. 8, p. 2260-2281, June 2013.

DECKER, John F. The sixth amendment right to shoot oneself in the foot: an assessment of the guarantee of self-representation twenty years after Faretta. *Seton Hall Constitutional Law Journal*, v. 6, p. 483-598, 1996.

DEJONG, William. *Small Claims Court Reform*. U.S. Department of Justice. National Institute of Justice, Washington, D. C., Sept. 1983.

DELFINO, Lúcio. *Novo CPC revoga entendimento sumular a respeito das astreintes no RS*. Consultor Jurídico. [on line]. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-26/lucio-delfino-cpc-revoga-tese-respeito-astreintes-rs>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A fundamentação das decisões jurisdicionais no estado democrático de direito. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 13, p. 333-350, 2007.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual das pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Princípios e critérios no processo das pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: RT, 1985. p. 102-118.

DREYER, David. J. Déjà vu all over again: Turner v. Rogers and the civil right to counsel. *Drake Law Review*, v. 61, p. 639-665, 2013.

ENGLER, Russel. Connecting Self-Representation to Civil Gideon: What Existing Data Reveal About When Counsel is Most Needed. *Fordham Urban Law Journal*, v. 37, n. 1, p. 37-92, 2009.

FERRAZ, Leslie Shériida. *Acesso à justiça: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FISS, Owen M. Against Settlement. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 1073-1091, 1983-1984.

FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

FREEDOM HOUSE. *Freedom in the World 2018: democracy in crisis*. United States profile. Disponível em: <<https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2018/united-states>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

GALANTER, Marc. The duty not to deliver legal services. *University of Miami Law Review*, v. 30, n. 4, p. 929-945, 1976.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. Acesso à Justiça e reforma do Judiciário. *Cadernos ADENAUER*, São Paulo, v. 6, p. 55-69, 2002.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; GOUVÊA, Alex Lamy. “Deu com uma mão e tirou com a outra?” – A criação dos juizados especiais federais. In: GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; PINTO, Felipe Martins. (Org.) *Processo & Efetividade*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012. v. 3. p. 67-92.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. Direito à tutela jurisdicional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n. 129, p. 311-316, jan. 1996.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Observação jurídico-sociológica da lei dos juizados especiais federais*. 2007. 142 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. Meios alternativos de solução de controvérsias: verdades, ilusões e descaminhos no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 242, n. 90, p. 599-631, abr. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos constitucionais dos juizados de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: RT, 1985. p. 8-22.

IBGE. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2017.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. Disponível em: <<http://www.imf.org/en/Data>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

JAYME, Fernando Gonzaga. Necessitamos de um novo código de processo civil? In: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coords.) *Constituição e proces-*

so: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 135-150.

JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. (Coords.) *Processo Civil: novas tendências*. Homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 235-258.

JAYME, Fernando Gonzaga; VARGAS, Cirilo Augusto. Súmula vinculante nº 5 do STF e o indevido processo administrativo disciplinar. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 101, p. 125-150, jan./mar. 2018.

JOHNSON JR., Earl. *To establish justice for all: the past and future of civil legal aid in the United States*. Santa Barbara, California: Praeger, 2014. v. 1.

JOHNSON JR., Earl. *To establish justice for all: the past and future of civil legal aid in the United States*. Santa Barbara, California: Praeger, 2014. v. 3.

KARNAL, Leandro et al. *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*. 3. ed. 4ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2016.

KERAMEUS, Konstantinos D. A Civilian Lawyer Looks at Common Law Procedure. *Louisiana Law Review*, v. 47, n. 3, p. 493-509, 1987.

KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. A (in)constitucionalidade da súmula vinculante nº 5. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 9, n. 9, p. 292-311, jan./jun. 2011.

KRISTOF, Nicholas. Is it a crime to be poor? *The New York Times*. New York, June 11, 2016. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2016/06/12/opinion/sunday/is-it-a-crime-to-be-poor.html>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. Comentário de acórdão do STF. *Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG*, Belo Horizonte, v. 1, p. 59-78, jan./jun. 2004. (Série Participativa).

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LEBRE DE FREITAS, José Manuel. *Código de processo civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 1.

LEBRE DE FREITAS, José Manuel. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

LEGAL SERVICES CORPORATION – LSC. *The Justice Gap: Measuring the Unmet Civil Legal Needs of Low-income Americans*. Executive Summary. Washington, DC, June 2017.

Disponível em: <<https://www.lsc.gov/sites/default/files/images/TheJusticeGap-ExecutiveSummary.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LILLO, Ricardo. Access to justice and small claims courts: supporting latin american civil reforms through empirical research in Los Angeles County, California. *Revista Chilena de Derecho*, v. 43, n. 3, p. 955-986, 2016.

MAIA, Renata Christiana Vieira. *A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral*. 2015. 290 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 109, p. 389-414, jan./dez. 2014.

MARONA, Marjorie Corrêa. *Acesso à qual justiça? A construção da cidadania brasileira para além da concepção liberal*. 2013. 247 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 190, p. 289-302, abr./jun. 2011.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva; SILVA, Marcelo Paes Ferreira da. Defesa *pro se e right to counsel* na jurisprudência da suprema corte dos Estados Unidos da América e uma breve reflexão sobre o papel da Defensoria Pública no processo penal brasileiro. *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 9, p. 429-451, 2016.

MORAES, Silvana Campos. *Juizado de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. *A criação da Defensoria Pública nos Estados: conflitos institucionais e corporativos no processo de uniformização do acesso à justiça*. 2016. 298 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

MOULTON, Beatrice. The Persecution and Intimidation of the Low Income Litigant as Performed by the Small Claims Court in California. *Stanford Law Review*, v. 21, n. 6, p. 1.657-1.684, 1969.

NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p. 253-276, 1994.

NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. *Enunciado da Enfam mostra juízes contra o contraditório do novo CPC*. Consultor Jurídico. [on line]. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-03/enunciado-enfam-mostra-juizes-contraditorio-cpc>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG*, Belo Horizonte, v. 1, p. 39-55, jan./jun. 2004. (Série Participativa).

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1. ed. 4ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 71, p. 31-38, jul./set. 1993.

OLIVEIRA, Luis Roberto Cardoso de. *Fairness and communication in small claims courts*. 1989. 484 f. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade de Harvard, Cambridge, Massachusetts, 1989.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, p. 161-169, 1º e 2º sem. 2000.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. AG/RES.2714 (XLII-O/12). Defensa pública oficial como garantía de acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidade. Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012, Cochabamba, Bolivia. Disponível em: <[http://www.dpu.def.br/images/stories/internacional/aidef/legislacao\\_ag\\_res\\_oea\\_n\\_2714\\_2012.pdf](http://www.dpu.def.br/images/stories/internacional/aidef/legislacao_ag_res_oea_n_2714_2012.pdf)>. Acesso em: 8 abr. 2018.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 15, p. 5-15, jan-fev. 2002.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Ana Flávia Loyola. *A inefetividade do acesso à justiça em razão do preconceito lingüístico: análise crítica do jus postulandi no estado democrático de direito*. 2011. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 177/2000, 2ª Secção, Rel. Bravo Serra, j. 22.03.2000. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/>>. Acesso em: 20 maio 2018.

PORTUGAL, Tribunal da Relação de Évora. Apelação nº 410/12.0 TBACN.E1, Rel. Sílvio Souza, j. 26.3.2015. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/>>. Acesso em: 20 maio 2018.

POUND, Roscoe. The Administration of Justice in the Modern City. *Harvard Law Review*, v. 26, n. 4, p. 302-328, 1913.

PRISON POLICY INITIATIVE. *Mass Incarceration: The Whole Pie* 2018. Disponível em: <<https://www.prisonpolicy.org>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

PRYOR, Tom. Turner v. Rogers, the Right to Counsel, and the Deficiencies of Mathews v. Eldridge. *Minnesota Law Review*, v. 97, n. 5, p. 1854-1889, 2013.

PURDUM, Elizabeth Dixon. *Dispute settlement in a southern small claims court*. 1983. 372 f. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade do Estado da Flórida, Tallahassee, 1983.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 17, n. 65, p. 53-68, jan./mar. 2009.

ROSA, Alexandre Morais da; MINAGÉ, Thiago M. *De boa vontade o inferno está cheio: damo-nos por satisfeitos com o respeito aos direitos individuais*. Empório do Direito. [on line]. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/backup/tag/alexandre-morais-da-rosa/page/8/>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

RUHNKA, John C.; WELLER, Steven; MARTIN, John A. *Small claims courts: a national examination*. Williamsburg, Virginia: National Center for State Courts, 1978.

SADEK, Maria Tereza Aina. (Org). *Acesso à Justiça no Brasil: índice de fragilidade dos municípios*. 2016. Disponível em: <<http://www.cidadessustentaveis.org.br/arquivos/acessoajusticanobrasil.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

SANDEFUR, Rebecca L. The impact of counsel: an analysis of empirical evidence. *Seattle Journal for Social Justice*, v. 9, n. 1, p. 51-95, 2010.

SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1967. v. 1.

SANTOS, Rafael Augusto de Morais Andrade. *A decisão interlocutória inaudita altera parte: entre legitimidade e efetividade*. 2014. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

SMITH, David; KIRCHGAESSNER, Stephanie. Where now for the supreme court as Kavanaugh fulfils the conservative dream? *The Guardian*. Washington, october 11, 2018. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/law/2018/oct/11/where-now-for-the-supreme-court-as-kavanaugh-fulfils-conservative-dream>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

SOARES, Carlos Henrique. *O advogado e o processo constitucional*. Belo Horizonte: Decálogo, 2004.

SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: Leya, 2015.

STEADMAN, John M.; ROSENSTEIN, Richard S. Small Claims Consumer Plaintiffs in the Philadelphia Municipal Court: An Empirical Study. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 121, n. 6, p. 1.309-1.361, 1973.

SPURRIER JUNIOR, Robert. Small claims are big business in Oklahoma. *Tulsa Law Review*, v. 14, n. 2, p. 327-337, 1978.

STEELE, Eric H. The Historical Context of Small Claims Courts. *American Bar Foundation Research Journal*, v. 6, n. 2, p. 293-376, 1981.

STF. ADI nº 1.127/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 17.5.2006, DJ 11.6.2010.

STF. ADI nº 1.539/UF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24.4.2003, DJ 5.12.2003.

STF. ADI nº 3.168/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 8.6.2006, DJ 3.8.2007.

STF. ADI nº 3.943/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carmem Lúcia, j. 7.5.2015, DJ 6.8.2015.

STF. Habeas corpus nº 26.155/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Bento de Faria, j. 17.6.1936.

STF. Mandado de segurança nº 23.393-1/ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 13.3.2002, DJ 1.8.2003.

STF. Mandado de segurança nº 24.268/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie (Rel. p. acórdão Min. Gilmar Mendes), j. 5.2.2004, DJ 17.9.2004.

STF. Proposta de súmula vinculante nº 58, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 30.11.2016, DJ 14.12.2016.

STF. Recurso em *habeas corpus* nº 81.750/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.11.2002, DJ 10.8.2007.

STF. Recurso extraordinário nº 147.776/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.5.1998, DJ 19.6.1998.

STF. Recurso extraordinário nº 586.789/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.11.2011, DJ 27.2.2012.

STJ. Embargos de divergência no recurso especial nº 319.997/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 14.8.2002, DJ 7.4.2003.

STJ. Recurso especial nº 911.802/RS, Primeira Seção, Rel. Min. José Delgado, j. 24.10.2007, DJE 1.9.2008.

SWANK, Drew A. The pro se phenomenon. *Brigham Young University Journal of Public Law*, v. 19, n. 2, p. 373-386, 2005.

TARUFFO, Michele. Aspectos fundamentais do processo civil de *civil law* e de *common law*. In: MITIDIERO, Daniel (Org.). *Processo civil comparado: ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 6, n. 36, p. 19-37, jul./ago. 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 29, p. 83, mar./abr. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 168, p. 107-141, fev. 2009.

TIMOR LESTE. Código de processo penal. Decreto-lei 13, de 1º de dezembro de 2005. Para acesso à íntegra da lei: <[http://www.mj.gov.tl/jornal/files/Codigo\\_Processo\\_Penal.pdf](http://www.mj.gov.tl/jornal/files/Codigo_Processo_Penal.pdf)>. Acesso em: 5 abr. 2018.

TJMG. Apelação cível nº 1.0702.06.284225-8/001, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo Andrade, j. 8.5.2007, DJ 22.5.2007.

TJMG. Corregedoria de Justiça. Processo SEI nº 0000492-28.2018.8.13.0000, Juíza auxiliar Soraya Hassan Baz Láuar, decisão proferida em 18.1.2018.

UNITED NATIONS. Committee on the Elimination of Racial Discrimination. *Concluding observations on the combined seventh to ninth periodic reports of the United States of America* (CERD/C/USA/7-9). Sept. 2014. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Countries/LACRegion/Pages/USIndex.aspx>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

UNITED STATES CENSUS BUREAU. Income and Poverty in the United States (2016). In: SEMEGA, Jessica L.; FONTENOT, Kayla R; KOLLAR, Melissa A. (Org.). *Current Population Reports*, U.S. Government Printing Office. Washington, DC, 2017. Disponível em: <<https://census.gov>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

UNITED STATES CHAMBER INSTITUTE FOR LEGAL REFORM. *International Comparisons of Litigation Costs: Canada, Europe, Japan, and the United States*. Washington, U.S.A., 2013. Disponível em: <[https://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/ILR\\_NERA\\_Study\\_International\\_Liability\\_Costs-update.pdf](https://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/ILR_NERA_Study_International_Liability_Costs-update.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2018.

USSC. Bearden v. Georgia, 461 U.S. 660 (1983). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/461/660/>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

USSC. *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455 (1942). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/316/455/case.html>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

USSC. *Faretta v. Califórnia* 422 U.S. 806 (1975). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/422/806/case.html>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

USSC. *Gideon v. Wainwright* 372 U.S. 335 (1963). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/372/335/case.html>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

USSC. *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/254/case.html>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

USSC. *Goss v. Lopez*, 419 U.S. 565 (1975). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/419/565/case.html>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

USSC. *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/1/case.html>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

USSC. *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/458/case.html>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

USSC. *Lassiter v. Department of Social Services* 452 U.S. 18 (1981). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/452/18/case.html>>. Acesso em 17 abr. 2018.

USSC. *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/319/case.html>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

USSC. *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.*, 59 U.S. 18 How. 272 272 (1856). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/59/272/case.html>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

USSC. *Turner v Rogers* 564 U.S. 431 (2011). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/564/431/>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

USSC. *Vitek v. Jones*, 436 U.S. 407 (1978). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/445/480/case.html>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

USSC. *Wolff v. McDonnell*, 418 U.S. 539 (1974). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/539/case.html>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

VARGAS, Cirilo Augusto. A assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos: 50 anos após *Gideon v. Wainwright*. *E-Civitas – Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da UNI-BH*, v. 9, n. 1, 2016.

VARGAS, José Cirilo de. *Direitos e garantias individuais no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VIANNA, Luiz Wernneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos – A onda punitiva*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WARNER, Ralph. *Everybody's guide to Small Claims Court*. 13. ed. San Francisco: NOLO, 2010.

WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: RT, 1985.

WOLFF, Tobias Barrington. Managerial Judging and Substantive Law. *Washington University Law Review*. v. 90, n. 3, p. 1027-1069, 2013.

WORLD BANK. Technical paper number 319. *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean: elements of reform*. DAKOLIAS, Maria (Org.). Washington, DC: World Bank, 1996. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/427921468226755170/pdf/multi-page.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

WORLD BANK. *World Development Report 2017: Governance and the Law*. Washington, DC: World Bank. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/en/publication/wdr2017>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

WORLD JUSTICE PROJECT. *Global Insights on Access to Justice: Findings from the World Justice Project General Population Poll in 45 Countries*. ADAMS, Kate et al. (Org.) Washington, U.S.A., 2018. Disponível em: <[https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP\\_Access-Justice\\_April\\_2018\\_Online.pdf](https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP_Access-Justice_April_2018_Online.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2018.

WORLD JUSTICE PROJECT. *Rule of Law Index (2017-2018)*. ADAMS, Kate et al. (Org.) Washington, U.S.A., 2017. Disponível em: <[https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP\\_ROLI\\_2017-18\\_Online-Edition\\_0.pdf](https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP_ROLI_2017-18_Online-Edition_0.pdf)>. Acesso em: 18 mar. 2018.

YNGVESSON, Barbara; HENNESSEY, Patricia. Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature. *Law & Society Review*, v. 9, n. 2, p. 219-274, 1975.

ZUCKER, Bruce; HER, Monica. The People's Court Examined: A Legal and Empirical Analysis of the Small Claims Court System. *University of San Francisco Law Review*, v. 37, n. 2, p. 315-347, jan. 2003.