

BENEFÍCIOS DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO: UM ÓBICE AO ACESSO À JUSTIÇA?

Fernando de Castro Fontainha

I – INTRODUÇÃO

Os benefícios processuais concedidos à Fazenda Pública na litigância judicial é tema que mobiliza discussões. O cerne da questão paira sobre a norma do artigo 188 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que a Fazenda Pública terá prazo em dobro para recorrer e quádruplo para contestar. Isto além de diversas vantagens já estabelecidas em legislações esparsas, como a impenhorabilidade de seus bens, o duplo grau obrigatório, a isenção de custas, o pagamento mediante precatório, etc...

Em texto célebre Barbosa Moreira teve a oportunidade de examinar o tema sob o foco metodológico da exegética e da teleologia [RF247]. Neste trabalho, o autor investiga o âmbito de incidência do artigo 188 à luz dos métodos eleitos, aos quais se pode adicionar a historiografia da legislação processual brasileira. Não é nossa pretensão fazer o mesmo. Não importa a este ensaio a posição do artigo 188 no ordenamento jurídico, bem como os métodos tradicionais, dogmáticos, normativistas.

Nos interessam aqui contribuições notadamente oriundas de uma concepção crítica ou mesmo da tradição a qual se convencionou chamar “realismo processual”, ou “humanismo jurídico”. Não será objeto de nossa investigação a constitucionalidade ou a validade de normas jurídicas. Nos interessa desnaturalizar os benefícios da Fazenda Pública em juízo, tomando-os como fontes de fatos e fenômenos jurídicos e sociais. Portanto, elegendo como pontos privilegiados de observação as questões referentes (i) à igualdade material (no processo ou manifesta no processo), (ii) aos obstáculos econômicos ao acesso à justiça e (iii) a disputa judicial entre litigantes habituais e eventuais, pretende-se aqui esboçar uma resposta à seguinte pergunta: são os benefícios processuais da fazenda pública um óbice ao acesso à justiça?

Ainda à guisa de introdução temos de expor ponto relevante do tema o qual não trataremos aqui por se tratar de matéria de alta complexidade, a qual exigiria agressiva interface com o Direito Administrativo, a Teoria do estado e a Ciência Política, portanto merecedora de análise própria. É a questão os benefícios “materiais” da Fazenda Pública,

notadamente o pagamento mediante precatório judicial, o duplo grau obrigatório, a isenção de custas e a impenhorabilidade dos bens. Ou seja, embora consideremos importantes as peculiaridades ontológicas dos entes estatais e seus efeitos processuais, não tocaremos no assunto.

II – A QUESTÃO DA IGUALDADE MATERIAL

Cappelletti, autor que dedicou boa parte de sua vida intelectual ao estudo do acesso à justiça, inicia tal questionamento com a constatação que o acesso à justiça é considerado como garantia fundamental na maior parte das sociedades modernas, e sua efetividade depende evidentemente da igualdade entre os litigantes, a "paridade de armas".

Neste prisma, um dos pontos de observação para que se possa fazer uma identificação das barreiras ao acesso é justamente a percepção das diferenças entre os litigantes. Por isto torna-se imperioso uma breve definição acerca do princípio da igualdade material entre litigantes no processo.

Carnelutti nos faz lembrar a secular concepção de conflito ao falar das partes. Chega próximo à noção de direito incorporado pela moral: "O que tem a ver com o processo e, em geral com o direito, a noção de parte? a parte é o resultado de uma divisão; o *prius* da parte é um todo que se divide. A noção de parte está, portanto, vinculada à de discórdia, que, por sua vez, é o pressuposto psicológico do processo; não haveria nem litígios nem delitos se os homens não se dividissem. (...) Os litigantes são partes porque estão divididos; se vivessem em paz formariam uma unidade (...)" [2001. pp. 42]. Devemos relembrar a concepção da guerra de posições, pois muitas visões, não somente a de Carnelutti, analisam o direito sob uma matriz utópica. A questão da paz social não é a matriz teórica segundo a qual devemos observar a questão da litigância. A maioria dos processos não ocorre por um distúrbio da paz, ou da equidade.

Eros Grau acentua que no direito moderno-formal um dos basilares princípios é o da universalidade abstrata, segundo o qual os seres concretos estão distribuídos em duas categorias uniformes: pessoas e coisas. Embora haja, no capitalismo tardio, uma franca deformalização da segunda categoria (bens de produção, bens de consumo), no campo do direito, a universalidade entre as pessoas é mantida na figura da *igualdade formal* – pilar de sustentação do capitalismo e do estado liberal - decorrente da atomização a que foram submetidos os cidadãos com a revolução burguesa e seu ideário. Diz o autor: "A *igualdade* (perante a lei) e a *universalidade das formas jurídicas*, arrematadas a sujeição de todos ao

domínio da lei (legalidade) é fundamental a estruturação deste modo de produção. Quanto à *igualdade* entre os homens – e à sua liberdade – é uma consequência da necessidade de os trabalhadores obterem seu sustento mediante o intercâmbio entre o preço de sua força de trabalho e o conjunto dos bens socialmente produzidos; a *igualdade*, assim, presta-se a permitir o acesso dos trabalhadores ao fundo social de bens produzidos ‘livremente’, em ‘condições de igualdade’, através do intercâmbio de sua força de trabalho” [2002. pp. 162].

Clássicos da literatura universal já se utilizavam da sátira, do sarcasmo e até mesmo da sincera conclusão para desmascarar o viés humanista e democrático da igualdade formal. Não de outra maneira era a igualdade à moda do porco de Orwell, segundo o qual “*all animals are equal but some animals are more equal than others*” [1951. pp. 144]. Da mesma forma Aristóteles compõe outra alegoria com recurso à fauna. As lebres, ao se dirigirem aos leões, presidentes da assembléia dos animais, reclamando igualdade para todos, são por aqueles indagados acerca de “onde estão suas garras e seus dentes?” [1933. pp. 231]. Por fim, Adam Smith, direto: “do ‘governo’, o verdadeiro fim é defender os ricos contra os pobres” [1952. pp. 311]. É da constatação da farsa que reveste a igualdade de todos perante a lei que surge o tema da igualdade material.

Assim, esta temática no processo civil não é outra senão a estrutura de uma das formas de compor os conflitos sem que prevaleça a barbárie. Eis o porque de todos os princípios do processo civil (devido processo, contraditório, ampla defesa, imparcialidade do juiz, etc...). Porém, muitos foram os diagnósticos de outra forma de barbárie ainda muito mais cruel e requintada. A perspicácia de Barbosa Moreira muito bem identifica tais desníveis: "Sabe a lugar-comum a observação de que o litigante de melhores recursos quase sempre tem mais fácil acesso a informações relevantes, está em condições mais favoráveis para armar-se de provas, utiliza os serviços de advogados mais competentes, e assim por diante" [RePro37. pp. 142]. A desigualdade material dos litigantes é o tema que deflora nosso ensaio. A conclusão de Barbosa Moreira toma relevância na medida em que identifica que as garantias processuais deferidas a todos os litigantes não são suficientes para que o processo reproduza o estado democrático. Ou seja, não basta que todos os litigantes tenham direito ao contraditório, por exemplo, se tiverem gritantes diferenças materiais.

No entanto, não poucas tem sido as iniciativas dos juristas comprometidos com o estado de direito no sentido de inverter tais padrões. Como já vimos, Dinamarco já preconizou que o processo não há de ser diferente do microcosmos do estado democrático

[2002. pp. 27]; crente que em princípio, não pode tolerar que vença quem tem o melhor advogado, ou, *mutatis mutandis*, que o dinheiro compre a verdade.

Habermas é enfático em estabelecer um paralelo entre as iniciativas de se coletivizar a imposição do direito e a própria conscientização e participação dos excluídos na formação deste contrapoder [pp. 149-150]. A formação de novas pautas de defesa de minorias e grupos específicos têm, também no Brasil, feito reconhecer e incrementar medidas de redução das hipossuficiências. Assim, faculdades processuais específicas tem sido deferidas a consumidores, idosos, economicamente carentes, e assim por diante.

Em suma, a realidade cada vez mais tem revelado o processo - e porque não o próprio direito? - como mero reproduzidor das desigualdades sociais. No melhor dizer de Boaventura de Souza Santos "A igualdade dos cidadãos perante a lei passou a ser confrontada com a desigualdade da lei perante os cidadãos, uma confrontação que em breve se transformou num vasto campo de análise sociológica e de inovação social centrado na questão do acesso diferenciado ao direito e à justiça por parte das diferentes classes e extratos sociais" [RePro37. pp. 124].

De fato o fenômeno processual que podemos identificar mercê destas necessidades de transformação é o da socialização ou democratização do processo civil. O princípio da igualdade material ou substancial no processo civil traduz, simplificadoamente, a noção Cappellettiana de litigância em paridade de armas. Começa-se a inversão do que antes era legítimo à partir do princípio da igualdade formal. Faculdades outrora experimentadas apenas pelos mais favorecidos passam a ser agregadas ao arsenal dos menos favorecidos. O que ainda devemos responder é: os benefícios processuais concedidos à Fazenda Pública – e só a ela – reproduzem qual das duas igualdades? É a Fazenda Pública, de per si, um litigante hipossuficiente, para que a lei lhe conceda faculdades processuais exclusivas?

Ora, o próprio Cappelletti, exercitando sua brilhante veia comparatista, nos demonstra a sensível diferença entre o processo civil inglês e estadunidense e o da Europa Continental. Assevera que nos países de tradição anglo-saxônica o processo é mais individualista e pouco inquisitório, uma verdadeira luta sanguinária entre as partes (seus defensores). Por se tratar de países onde as desigualdades sociais são por demais brandas, nos basta asseverar que mais influi no julgamento, em lugar do poderio financeiro da parte, a astúcia do seu advogado. Já o processo nos países de tradição romanística e socialista, muitas são as limitações ao princípio dispositivo - sem, no entanto, anulá-lo - e o deslocamento de iniciativas para o magistrado em vezes supre eventuais hipossuficiências

das partes [pp. 54-58]. Afinal, a vitória há de ser dada não ao que sustenta a causa com mais dinheiro ou astúcia, mas sim àquele que sustenta a causa mais justa.

III – OBSTÁCULOS ECONÔMICOS AO ACESSO À JUSTIÇA

O obstáculo econômico chega a ser individualizado ou mesmo por vezes priorizado por considerável parcela dos autores. O que parece evidente é o fato de tal obstáculo representar simplesmente a mais das evidentes contradições sociais refletida no campo da litigância. A discussão que se segue é o consectário lógico e aplicado do princípio da igualdade material.

O que se faz imperioso a princípio é definirmos qual a real abrangência deste obstáculo. Em verdade, o obstáculo econômico consiste em quaisquer dificuldades ou óbices por que passe um litigante, quando em necessidade do uso do aparato da justiça na sociedade, decorrente de suas condições materiais. Portanto, é um equívoco asseverarmos simplesmente que “a justiça é cara”, no fito de simplificar a questão.

Simplesmente o preço de se propor ou manter uma ação, obter um parecer consultivo, *dull diligence* ou mesmo um serviço de consultoria - estes dois últimos ainda situados entre os serviços mais elitizados no mundo jurídico - apenas constitui a visão geral dos obstáculos econômicos.

Destarte, pode-se definir as custas em geral como todos os gastos necessários, incluindo as custas judiciais e extrajudiciais (compreendendo inclusive deslocamento e fotocópias), os honorários de advogado - contratuais e sucumbenciais - eventualmente de assistente técnico e de perito.

Tal obstáculo faz com que muitas pessoas simplesmente desistam de buscar a solução para as controvérsias nas quais porventura se vejam envolvidos, o que se pode comprovar pelo fenômeno da litigiosidade contida na vida social, constatado após a implementação de medidas capazes de canaliza-la, como veremos.

Alguns detalhes acerca das custas em geral devem ser salientados: o princípio da sucumbência e os honorários de advogado. Nos países onde se adota a sucumbência - Brasil inclusive - a avaliação dos riscos materiais de se perder a causa torna-se ainda mais imprecisa, o que também leva muitas pessoas ao assombro. Frise-se que no Brasil os honorários sucumbenciais podem variar entre 10% e 20% do valor da condenação, e na Inglaterra este valor é ainda mais variável. Em segundo lugar, merecem destaque os honorários advocatícios, que constituem o maior dos custos do acesso à justiça. Fato é que

as custas profissionais de um advogado são por demais elevadas [CAPPELLETI. GARTH. pp.18]. Nos Estados Unidos da América e no Canadá, por exemplo, o custo horário de um advogado pode variar entre 25 e 300 dólares estadunidenses, independentemente da vitória.

Mesmo nos países onde à administração da justiça é dada relevância e constitui modelo internacional, pode se perceber o quanto as custas de uma ação podem ser gravosas ao acesso. Cappelletti, mercê de dados colhidos pelos relatórios de diversos países em seu Projeto de Florença, nos demonstra que na Alemanha, uma causa no valor de oito meses de salário, custará aproximadamente à metade deste valor. Nos Estados Unidos da América, nas ações por acidentes automobilísticos, os sucessos equivalem a uma média de 3.000 dólares estadunidenses, dos quais 35,5 correspondiam aos honorários de advogado e 8% às custas gerais. Na Inglaterra, por absurdo, estudo empírico revelou que nas causas envolvendo danos pessoais, “em cerca de terça parte de todos os casos contestados, os custos totais eram maiores que o valor da demanda” [*Idem.* pp. 15. Nota 11].

Nem mesmo Ihering se furtou de tal análise, ao asseverar, com relativa ironia, no contexto próprio do que chamou “Luta pelo Direito”, que “O rico, para preservar a paz, poderá desistir da quantia em litígio, se a considerar de pouca monta; já para o pobre a mesma quantia poderá ser relativamente vultosa, e por isso preferirá sacrificar a paz para defendê-la. (...) Ninguém que tenha deixado cair à água uma moeda gastará duas para recupera-la. (...) Porque não se monta a mesma equação quando se trata de um processo?” [pp. 31-32]. Na passagem citada se explicita claramente que as condições materiais são uma importante porta para os valores e princípios morais de coesão social. O rico tem a escolha altruísta de preservar a paz. O pobre não.

Afinal, de um sistema construído sobre assertivas como “Um Juiz que, em aplicação desta lei, decida que um homem tem direito de voto, e que uma mulher não tem esse direito, não viola em nada o princípio da igualdade perante a lei (...) se a lei a aplicar, na concessão do direito de voto, tomou na verdade em conta a desigualdade entre os sexos (...)” [KELSEN. pp.60], não se poderia esperar diferente resposta.

Uma afirmativa revestida de ideológica ponderação é a do Ministro do STF Sydney Sanches, segundo o qual o custo de um processo “Não deve ser tão barato que estimule aventuras, nem tão caro que desestime a defesa de direitos em juízo” [pp. 267]. Teremos a oportunidade de retomar o caráter inibitório das custas judiciais, mas por ora basta que verifiquemos a construção de um conceito de custas judiciais diferente do relativo ao sustento material do aparato judiciário. É o que os tributaristas costumam nomear de extrafiscalidade dos tributos, o estímulo ou o desestímulo de determinada atividade pela

incidência de pesados ou leves tributos. Falamos, destarte, da questão das necessidades da justiça *versus* o desestímulo à litigância, digamos, “aventureira”. Frise-se que (i) o Palácio da Justiça na capital do Rio de Janeiro é de mármore por dentro e por fora e (ii) dificilmente encontraremos uma forma viável de distinguir o litigante aventureiro e o “comprometido”. Partamos do princípio que a Fazenda Pública, é, em regra, sempre comprometida.

Prosseguindo à problemática das pequenas causas, também de natureza econômica, concluiremos que esta sempre foi tema também premente no quadro global das reformas na administração da justiça no sentido de se ampliar o acesso. Cappelletti e Boaventura de Souza Santos são enfáticos no tocante ao reconhecimento da administração das pequenas causas como uma barreira a ser transposta no sentido de se ampliar o acesso à justiça.

Cappelletti assevera que nas causas de pequeno valor a litigância pode tornar-se mera futilidade, tendo em vista os custos para a propositura e desenvolvimento da ação - das despesas judiciárias, periciais, e materiais até os honorários de advogado - se equipararem, ou até por vezes superarem o valor da causa. Relata, a partir dos dados colhidos ainda em seu Projeto de Florença, que a relação entre os custos a serem enfrentados crescem na medida em que se reduz o valor da causa. Exemplifica com o caso alemão, onde para se intentar uma causa de valor correspondente a cem dólares estadunidenses, as custas não serão inferiores a cento e cinquenta dólares, enquanto os custos de uma ação de valor correspondente a cinco mil dólares ainda seriam de aproximadamente quatro mil e duzentos dólares [CAPPELLETTI. GARTH. pp. 19-20].

Boaventura identifica que nos países “ocidentais capitalistas” (sic.) a justiça civil é mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis, em sendo eles os protagonistas das ações de pequeno valor, o que configura uma dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça. Exemplifica com o caso inglês e o italiano. No primeiro, verificou-se que um terço das causas onde houve contestação os custos globais da ação superaram o valor da causa. No segundo, os custos da litigância podem atingir até 8,4% do valor da causa nas causas de elevado valor, enquanto nas causas com valor diminuto essa porcentagem pode chegar a 170% [pp. 126].

Conjugando-se ambos os problemas (custas em geral nas pequenas causas), podemos ver que quem pretende vindicar direito menos vultoso, é ainda mais vitimizado que aqueles em litígio por objetos mais agigantados. É forçoso afirmar, desta forma, que em maioria das vezes o custo de uma causa pode afastar a parte de propô-la, e sendo esta causa pequena, o afastamento muito mais se impõe. Frise-se que, ao menos nas esferas

Estadual e Municipal, ainda é impossível litigar em face da Fazenda Pública em uma corte adaptada às causas de pequeno valor, o que desestimula ainda mais a litigância.

O tempo é outra das barreiras ao acesso que faz com que muitas pessoas desistam de litigar, uma vez que se constata os anos - e às vezes décadas - necessários à obtenção de uma decisão exequível. Pinheiro Carneiro lança, ao tratar do assunto, a indagação de que a justiça ideal é aquela que realiza o direito material no momento mesmo da violação [pp. 79]. É evidente que dentro do ideal do autor citado a instantaneidade abarcaria um procedimento capaz de apurar os elementos do caso e garantir os direitos dos litigantes, o que, *de per si*, demandaria tempo, por isto, a necessidade do vocábulo *ideal*.

Sem medo de nos tornarmos repetitivos, voltamos ao dilema segundo o qual o desafio da moderna processualística consiste em encontrar o equilíbrio entre os valores da efetividade e das garantias fundamentais. Por isto tanto se fala no “acesso a uma ordem jurídica justa”. Destarte, podemos concluir que para a realização do contraditório, da ampla defesa, do devido processo e todas as demais garantias, tempo é necessário. Inclusive, por exemplo, porque, quando se fala em contraditório processual, não implica somente em que a parte possa ter o direito de responder as imputações contra si formuladas, mas também que tenha razoável tempo para formular sua impugnação.

A própria definição clássica de Processo Civil implica em sua realização temporal. Chiovenda afirma categoricamente que “O Processo Civil é o *complexo de atos coordenados* ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária” [pp. 56] (grifamos). É patente que algum tempo o processo deve durar, mas que este seja apenas o suficiente para que os litigantes possam expor sua pretensa razão e para que o magistrado possa refletir sobre a hipótese. A problemática surge quando este tempo é consumido por inútil burocracia cartorial, pelo abuso do direito de defesa - basta afirmarmos que em todos os processos contenciosos existentes na face da terra ao menos uma das partes não tem interesse em seu andamento - ou até pela morosidade dos julgadores.

Alguns membros do Poder Judiciário afirmam ser o senso-comum acerca da morosidade da justiça uma idéia construída pelos meios de comunicação de massa [MOREIRA. ROSA]. Embora atribuir a culpa pelo obstáculo do tempo apenas aos magistrados seja um reducionismo vulgar, a lentidão processual é fenômeno reconhecido como problema de toda a justiça do mundo ocidental moderno. O artigo 6º, parágrafo 1º da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais é taxativo ao reconhecer que a justiça não desempenha suas funções dentro de “um prazo

razoável” [VELU. pp. 245, 318-22]. O carioca Nagib Slaibi Filho crê que o direito à razoável duração dos processos já se encontra no patamar de garantia constitucional. Cita, neste sentido, as normas insculpidas nos artigos 5º, LIV (devido processo legal), XXXIV (direito de petição), XXXV (inafastabilidade da jurisdição), 37, caput (princípio da eficiência na Administração Pública) e 70 (a economia como objeto de controle dos Poderes Públicos), todos da Constituição Federal [119-120].

Fato é que, na Itália, uma pesquisa realizada em 1973 revelou que os casos em primeira instância possuíam, em média, a duração de 566 dias; no Tribunal de primeira instância 944 dias; e nas Cortes de Apelação 769 dias. Isto sem contar a fase executória, evidentemente. Já na Espanha, são necessários cinco anos para que se obtenha uma sentença e o julgamento de um recurso à Corte de Cassação.

Sendo o que nos cumpria mencionar acerca das custas processuais, não podemos seguir para a análise das possibilidades das partes sem antes comentar que a assertiva de Ihering segundo a qual “Muitas vezes o advogado, ao expor os pontos desfavoráveis da questão e recomendar ao interessado que se abstenha do processo, ouve deste a resposta de que está firmemente decidido a processar o adversário, custe o que custar. Como explicar tal atitude, totalmente incompreensível do ponto de vista de uma razoável ponderação de interesses? A resposta que geralmente se houve é a de que se trata do mais lamentável espírito de emulação, de simples teimosia, do ânimo de discórdia, da tendência de descarregar sua cólera sobre o adversário, mesmo que por isso tenha de pagar tão caro, ou talvez ainda mais caro do que este” [pp. 32-33] não passa da descrição de uma atitude típica das excentricidades esbanjadoras dos que podem investir na satisfação de seus interesses mediatos. Em outras palavras, os cidadãos menos favorecidos desistiriam da idéia de propor a ação ainda que seu advogado encorajasse a propositura da mesma.

Enfim, a problemática das possibilidades das partes consiste na percepção de que alguns litigantes levam soberba vantagem sobre seus oponentes por uma série de razões, a maioria ainda desconhecida pela sociologia do direito. Ocorre, que apenas esta ciência foi capaz, mediante uma série de estudos e pesquisas, de isolar alguns dos mais evidentes pontos onde as possibilidades das partes podem garantir ou denegar um acesso efetivo à justiça.

Como já tivemos a oportunidade de observar, os recursos financeiros de que se valem pessoas ou corporações podem lhes garantir um acesso mais efetivo na exata medida em que além das custas pouco representarem para estes, sua estabilidade econômica lhes garante suportar as delongas da ação judicial. Não paramos por aí. Como já ventilamos, o

processo eivado do princípio dispositivo - marco central dos ordenamentos processuais da Europa continental - onde às partes é facultada a produção de sua defesa e conseqüentemente o suporte dos respectivos custos, a vantagem financeira torna-se ainda mais evidente. Cappelletti assevera que julgadores passivos apenas fazem contribuir para tal obstáculo. Basta pensarmos que mais dinheiro pode ser crucial para a contratação de uma banca de advogados mais preparada, de um assistente técnico mais qualificado, etc. Cumpre salientar que para um litigante hipossuficiente, um mero conjunto de certidões pode ser de impossível obtenção.

Outro obstáculo concernente às possibilidades das partes é a aptidão para reconhecer e propor uma ação ou sua defesa. Embora Cappelletti considere um problema de capacitação pessoal, sou mais inclinado a entendê-lo como reflexo das disparidades sociais. E mais, considerando a afirmação de Michel Foucault de que o indivíduo é uma produção do saber e do poder e que este não compreende uma forma geral, mas forma díspares, heterogêneas, em constante mutação, concluímos que a distribuição sistemática da ignorância e da miséria é simplesmente mais uma das infindáveis engrenagens desta *intelligenzia* que forma a “microfísica do poder”. Independente de tal divergência, fato é que ao desconhecer ou ter pouca familiaridade com o aparato de resolução de conflitos é um obstáculo ao acesso à justiça.

Um problema que nasce com a precariedade da educação de base [GRECO. pp.12], a ignorância acerca de seus direitos priva uma enorme gama de pessoas dos mecanismos de realização dos mesmos. Por outro lado, a própria precariedade do sistema (as custas, o tempo, o ambiente assustador que a justiça muitas vezes representa, o hermetismo da linguagem, etc...) contribuem para a construção de uma ideologia segundo a qual a justiça não serve para nada, ou que somente serve para poucos. Observemos que o problema transcende a questão de conscientização da população. A transformação deste quadro pende de uma reformulação do processo e do próprio direito - além de social e econômica. Não é de outra forma que tratam o problema os instrumentalistas e os juristas críticos. Citamos a afirmação de Dinamarca: “O processo há de ser, neste contexto, instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa. Para chegar a essas idéias, foi preciso, sem a mínima transigência quanto à autonomia do processo perante o direito material, aceitar a tese da ‘relativização do binômio substância-processo.’” [2002. pp. 379], bem como a de Michel Miaille: “Identificando o objeto real (o sistema de direito positivo) e o objecto da ciência (o estudo de uma instância jurídica), os juristas tanto a um como a outro aplicam os mesmos critérios e a mesma lógica. Assim, a maior parte dos manuais apresentam a

questão da lógica jurídica como se se tratasse de aprender um ofício e não de refletir sobre um fenômeno social.” [pp.176]; para que tenhamos a exata dimensão do que deve ser mudado ao menos na superestrutura do direito.

Recente estudo inglês demonstra que 11% dos entrevistados afirmam que jamais procurariam um advogado [ABEL-SMITH, B. ZANDER.M, BROOKE, R. apud CAPPELLETTI. GARTH. Pp. 20]. O mesmo estudo abrangendo toda a comunidade européia apurou que, dos consumidores que julgaram terem sido enganados por um comerciante, apenas 2% formalizaram alguma espécie de reclamação formal, e uma parcela estatisticamente insignificante recorreu a juízo.

É lamentável que, de um lado, a ignorância sistemática afaste tantas pessoas deste mundo construído do direito, e de outro, este próprio mundo seja construído sobre lógica alheia a realidade da vida social, mantendo tal afastamento sustentado por dois vetores de direções opostas. A própria vida forense desenvolve sub-cultura própria, com todas as patologias de uma quase sociedade secreta, com próprios trejeitos, maneirismos e até linguagem¹ – cujas cargas valorativas muito mais instrumentalizam a persuasão do que o esclarecimento - o que faz o cidadão carente de justiça temê-la ainda mais, e sentir-se verdadeiro corpo estranho ao seu metabolismo social.

IV – LITIGANTES HABITUAIS VS. LITIGANTES EVENTUAIS

A continuidade da questão dos obstáculos econômicos, é o reconhecimento da existência de litigantes eventuais e litigantes habituais, bem como a vantagem que estes levam sobre os primeiros. Quem primeiramente identificou esta segregação entre os litigantes foi Marc Galanter, afirmando que dificilmente litigam em igualdade de condições pessoas que ocasionalmente recorrem a juízo e corporações com experiência judicial mais extensa [1975. pp. 222] (onde se pode incluir a Fazenda Pública).

Afirma que as seguintes vantagens são abarcadas pelos litigantes habituais: (i) maior experiência com o direito possibilita melhor planejamento do litígio, (ii) a economia de escala, por ter mais casos, (iii) a possibilidade de desenvolver relações informais com os membros da instância decisória, (iv) a possibilidade de diluição dos riscos da demanda por maior número de casos e (v) a possibilidade de se testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativas mais favoráveis em casos futuros. Tamanha a

¹ Uma abrangente e notável obra acerca da linguagem do direito encontramos em WARAT, Luis Alberto. *O Direito e Sua Linguagem*. safE. Porto Alegre. 1995.

vantagem dos litigantes habituais que o autor chega a identificar fenômeno diametralmente oposto ao da judicialização, ao afirmar que “os tribunais dos Estados Unidos são instâncias utilizadas pelas organizações para disciplinar os indivíduos e tirar proveito deles” [pp.360].

Outro interessante fenômeno que se seguiu foi o da abertura de novel mercado entre os grandes escritórios de advocacia localizados nos centros urbanos: o contencioso de massa. Verdadeiras equipes de advogados e estagiários todos voltados ao mesmo cliente, muitas vezes com apenas duas ou três classes de litígios, num montante de milhares de ações versando sobre pouquíssimas controvérsias: juros abusivos em cartão de crédito, cobranças indevidas na conta telefônica, envio indevido do nome do correntista a órgãos de restrição de crédito, etc. Tal praxe possibilita o erguimento de inúmeras vantagens, além das já identificadas por Galanter: (i) as peças processuais matriciadas, que possibilitam ao advogado elaborar uma só tese que defenderá seu cliente em muitas ações, (ii) mais efetiva integração entre cliente e advogado, eis que entre os prepostos do dono da empresa e o do escritório um telefonema pode resolver o problema de dezenas de processos, intimidade que o litigante eventual poucas vezes alcança e (iii) uma melhor relação custo-benefício entre a empresa e o advogado, uma vez que a primeira paga valor infinitamente menor àqueles que defenderão. Todos os seus casos ao correspondente à respectiva defesa individual, e o segundo poupa gastos dada a uniformização do trabalho. A crueldade deste modelo está no fato de que tal economia possibilita às empresas, caso assim suas planilhas apontem, que o investimento em assistência jurídica seja mais vantajoso do que em melhoria dos produtos ou serviços, e aos advogados, a contratação de legiões de estagiários semi-qualificados e semi-remunerados (garantia total de imunidade do vínculo trabalhista ou societário), dada a mecanicidade do trabalho e a angústia destes para integrar o mercado.

Pesquisa desenvolvida pela equipe de Pinheiro Carneiro no Juizado Especial Cível da UERJ, entre março e junho de 1999, revelou os seguintes dados acerca das empresas que figuram como parte, considerando a universalidade das ações em trâmite naquele JEC: Telemar 13,48%, viagens 5,62%, bancos 4,49%, planos de saúde 3,37%, Light 2,25%, estabelecimentos de ensino 2,25% e centrais telefônicas 2,25%. Nos JECs do centro do Rio tais percentagens pouco diferem: Telemar 18,54%, bancos 11,07%, centrais telefônicas 8,37% e Credicard S/A 3,16%, 41,14% do total de ações [pp. 145].

V – A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO.

A questão das vantagens exclusivas da Fazenda Pública já fora abordada por Pontes de Miranda, para o qual “O fundamento hodierno da exceção está em precisarem os representantes de informações e provas que, dado o vulto dos negócios do Estado, duram mais que as informações e provas de que precisam os particulares” [pp. 145].

No julgamento paradigma para nossa abordagem², Sepúlveda Pertence afirma que a constitucionalidade das discriminações em favor da Fazenda são oriundas de sua não-arbitrariedade, uma vez que visam compensar deficiências das entidades estatais quando de sua defesa em juízo. Tal hipótese é logo depois de rechaçada pelo Ministro, ao citar o exemplo do artigo 6º da MPr. 314/93, que suspendeu os prazos para a União, quando da criação da Advocacia Geral. O STF entendeu parcialmente inconstitucional a norma, restringindo seus efeitos em face da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Isto porque a suspensão não se justificava diante de órgão já estabelecido e pleno de capacidades, diferentemente da recém criada AGU.

Discriminar positivamente os entes estatais, concedendo-lhes benefícios exclusivos, decorreria unicamente do reconhecimento da sua hipossuficiência. Porém, não é isto que ocorre.

No aspecto econômico, a Fazenda Pública além de isenção de custas – benefício deferido também a pessoas carentes de recursos, mediante declaração e às vezes, comprovação – está protegida pela enorme teia burocrática. Dispõem de orçamento volumoso e funcionários de carreira exclusivamente lotados e remunerados para sua defesa em juízo, selecionados mediante rigoroso e concorrido concurso público. Podem recorrer a outros funcionários de carreira para lhes prover assessoria técnica. Tem mais fácil acesso a informações que muitas vezes encontram-se dentro de suas próprias repartições, superando dificuldades que o cidadão comum muitas vezes encontra, por exemplo, para obter um documento público.

No aspecto cultural e político, seus procuradores gozam de status mais elevado que os “simples” advogados, o que lhes garante maior mobilidade diante dos magistrados e das instâncias decisórias. Acompanham o fluxo burocrático do poder. Seus defensores estão mais conectados com as instabilidades e decisões do governo. Goza do caráter de defender o “interesse coletivo” e o “erário público”, que lhes garante já outros benefícios como o pagamento mediante Precatório e a impenhorabilidade de seus bens.

Por fim, não podemos fugir à conclusão de que a Fazenda Pública é, em regra, um gigantesco litigante habitual. A comunicação com as secretarias, ministérios, autarquias e

² AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.910-1 – Distrito Federal.

fundações é feita por malote já estabelecido, funcional e constante. Tivemos a oportunidade breve mas profícua de estagiar na Procuradoria de Serviços Públicos do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2002. Lá pudemos constatar que a maioria esmagadora dos processos referiam-se basicamente a dois tipos de litígios: (i) Mandados de Segurança contra multas aplicadas pelo departamento de trânsito e (ii) requerimentos de medicamentos para tratamento de AIDS e outra enfermidades.

VI – CONCLUSÃO

Resguardadas exceções – como de poucos Estados e Municípios com orçamento reduzido – não há o que sustente o deferimento de benefícios discriminatórios em favor do Estado em juízo, notadamente as dilatações de prazo e o reexame obrigatório, verdadeiros obstáculos ao acesso à justiça.

Prendem o Brasil em lógica antagonista da construção de um estado verdadeiramente democrático, que respeita e busca a mitigância das disparidades sociais. Devemos superar o modelo de um estado que funciona ao contrário, concedendo benefícios ao mais forte e apenas prerrogativas genéricas ao mais fraco. O que deveria ocorrer, muitas vezes, é a inversão da atual lógica. Benefícios deveriam ser concedidos àqueles que muitas vezes litigam em face do Estado e encontram nas prerrogativas destes verdadeiro óbice a realização de seus direitos.

VII - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ARISTOTELES. *Política*. Nueva Biblioteca Filosófica. Madrid. 1933. Pág. 231.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. saFE. 1988. Porto Alegre.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Líder. B. Horizonte. 2001.
- CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. 2ª ed. Líder. Belo Horizonte. 2001.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Bookseller. Vol. I. Campinas. 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. Malheiros. 10ª ed. 2002. São Paulo.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Graal. Rio de Janeiro. 2002.
- GALANTER, Marc. *Afterword: explaining litigation*. In Law and society review. Vol. 9. 1975.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito Posto e Direito Pressuposto*. Malheiros. São Paulo. 2002.

- GRECO, Leonardo. *Acesso ao direito e à justiça*. Revista Jurídica da UNIRONDON n° 01/2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia - entre factilidade e validade*. Vol. II. Tempo Brasileiro. 1997. Rio de Janeiro.
- IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. Liber Juris. Rio de Janeiro. 1987.
- KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Martins Fontes. São Paulo. 1996.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Imprensa Universitária. 1994. Lisboa.
- MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. Forense. Rio de Janeiro. 1996.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *DURAÇÃO DOS PROCESSOS: DISCURSO E REALIDADE. Projeto de Auto-Análise do Poder Judiciário*. Publicado no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro em 20 de novembro de 1990. Suplemento do Tribunal de Justiça.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. Revista de Processo 37.
- _____. *O Benefício da Dilatação de Prazo para a Fazenda Pública*. Revista Forense 247.
- ORWELL, George. *Animal Farm*. Penguin Books. Londres. 1951.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito fundamental a razoável duração do processo judicial e administrativo*. In QUEIROZ, Rafael Augusto Solfiati de (org.). *Acesso à Justiça*. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2002.
- SMITH, Adam. *An inquiry into the nature of causes of the wealth of nations*. Encyclopaedia Britannica. Chicago. 1952.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. Revista de Processo 37.
- SANCHES, Sydney. *Acesso à justiça*. Revista dos Tribunais 621. 1987.
- VELU. *La Covention Européenne des Droits de L'Homme et les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*. In CAPPELLETTI, Mauro. TALON, Denis. *Fundamental garanties os the parties in civil litigation*. Giuffrè. Milão. 1973.
- WARAT, Luis Alberto. *O Direito e Sua Linguagem*. safE. Porto Alegre. 1995.