

BENEFÍCIOS DA FAZENDA EM JUÍZO: barreira ao acesso à Justiça?*

Fernando de Castro Fontainha

RESUMO

Analisa os fundamentos das vantagens processuais concedidas ao Estado como litigante no Direito Processual Civil brasileiro, examinando especificamente os atritos entre tais fundamentos e um instrumental multidisciplinar que envolve elementos jurídicos e sociológicos.

Para tanto, elege como pontos de observação questões referentes à igualdade material, aos obstáculos econômicos ao acesso à Justiça e à disputa judicial entre litigantes habituais e eventuais. Propõe-se a responder à seguinte indagação: constituem os benefícios processuais da Fazenda Pública um óbice ao acesso à Justiça?

Entende que, resguardadas algumas exceções, não há o que sustente o deferimento de benefícios discriminatórios em favor do Estado em juízo, mormente as dilatações de prazo e o reexame obrigatório, verdadeiros obstáculos à democratização da Justiça.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Civil; Justiça – acesso; Sociologia do Direito; litigância; Fazenda Pública.

* Trabalho apresentado para a disciplina “Acesso à Justiça: A Fazenda Pública em juízo”, ministrada pelo Professor e Juiz Federal Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, no Programa de Pós-Graduação em Direito e Sociologia – PPGSD da Universidade Federal Fluminense – UFF, em Niterói - RJ.

Os benefícios processuais concedidos à Fazenda Pública na litigância judicial é tema que mobiliza discussões. O cerne da questão paira sobre a norma do art. 188 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que a Fazenda Pública terá prazo em dobro para recorrer e quádruplo para contestar, 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 examinou o tema sob o foco metodológico da exegética e da teleologia. Nesse trabalho, investiga o âmbito de incidência do art. 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 art. 188 no ordenamento jurídico, bem como os métodos tradicionais, dogmáticos e normativistas.

Interessam-nos 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, mas sim a desnaturalização dos 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 à igualdade material (no processo ou manifesta no processo); aos obstáculos econômicos ao acesso à Justiça; e à 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, exponho ponto relevante do tema que não será tratado aqui por ser matéria complexa, a exigir agressiva interface com o Direito Administrativo, a Teoria do Estado e a Ciência Política, portanto merecedora de análise própria – é a questão dos 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 pe-

culiaridades ontológicas dos entes estatais e seus efeitos processuais, não tocaremos no assunto.

2 A IGUALDADE MATERIAL

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

Nesse 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 isso, torna-se imperiosa uma breve definição acerca do princípio da igualdade material entre litigantes no processo.

Carnelutti faz-nos 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 (...)*¹. Devemos lembrar 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 pela 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*².

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: *all animals are equal but some animals are more equal than others*³. Da mesma forma, Aristóteles compõe outra alegoria com recurso à fauna. As lebres, ao se dirigirem aos leões, presidentes da assembleia dos animais, reclamando igualdade para todos, são por aqueles indagadas acerca de *onde estão suas garras e seus dentes?*⁴. Por fim, Adam Smith, direto: *do “governo”, o verdadeiro fim é defender os ricos contra os pobres*⁵. É da constatação da farsa que reveste a igualdade de todos perante a lei que surge o tema da igualdade material.

Assim, essa 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 porquê de todos os princípios do Direito Processual 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*⁶. A desigualdade material dos litigantes é o tema que deflora nosso ensaio. A conclusão de Barbosa Moreira ganha relevância quando identifica que as garantias processuais deferidas a todos os liti-

gantes 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 têm sido as iniciativas dos juristas comprometidos com o Estado de Direito no sentido de inverter tais padrões. Dinamarco preconizou que o Processo não há de ser diferente do microcosmos do Estado democrático⁷, crente de 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 ao estabelecer um paralelo entre as iniciativas de se coletivizar a imposição do Direito e a própria conscientização e participação dos excluídos na formação desse contrapoder⁸. A formação de novas pautas de defesa de minorias e grupos específicos têm, também no Brasil, reconhecido e incrementado 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, revela o processo – e por que 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*⁹.

De fato, o fenômeno processual dessas necessidades de transformação é o da socialização ou democratização do Direito Processual Civil. O princípio da igualdade material ou substancial no Processo Civil traduz, simplificada, a noção cappellettiana de litigância em paridade de armas. Começa-se a inversão do que antes era legítimo a partir do princípio da igualdade formal. Faculdades outrora experimentadas apenas pelos mais favorecidos passam a ser agregadas ao arsenal dos menos favorecidos. Os benefícios processuais concedidos à Fazenda Pública – e só a ela – reproduzem qual das duas igualdades? É a Fazenda Pública, *de per se*, um litigante hipossuficiente, para que a

(...) para a realização do contraditório, da ampla defesa, do devido processo e de todas as demais garantias, tempo é necessário. O contraditório processual não implica somente o direito da parte de responder às imputações contra si formuladas, mas também a disponibilidade de razoável tempo para articular sua impugnação.

lei lhe conceda faculdades processuais exclusivas?

Cappelletti, exercitando sua brilhante veia comparatista, demonstra a sensível diferença entre o Direito Processual 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 sangüinária entre as partes (seus defensores). Por se tratar de países onde as desigualdades sociais são por demais brandas, basta-nos asseverar que mais influi no julgamento, em lugar do poderio financeiro da parte, a astúcia do seu advogado. Já quanto ao 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 às vezes supre eventuais hipossuficiências das partes¹⁰. 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.

3 OBSTÁCULOS ECONÔMICOS AO ACESSO À JUSTIÇA

O obstáculo econômico chega a ser individualizado ou às vezes

priorizado por considerável parcela dos autores. O que parece claro é o fato de tal obstáculo representar simplesmente a mais das evidentes contradições sociais refletidas no campo da litigância. A discussão seguinte é o consectário lógico e aplicado do princípio da igualdade material.

O que se faz imperioso em princípio é definir qual a real abrangência desse 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.

O preço de propor ou manter uma ação, obter um parecer consultivo, *dull diligence*, ou mesmo um serviço de consultoria – esses dois 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 dispêndios necessários, incluindo as custas judiciais e extrajudiciais (compreendendo inclusive deslocamento e fotocópias), os honorários de advogado – contratuais e sucumbenciais – e eventualmente de assistente técnico e de perito.

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

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 perder a causa torna-se ainda mais imprecisa, o que também leva muitas pessoas ao assombro. No Brasil os honorários sucumbenciais podem variar entre 10% e 20% do valor da condenação, e na Inglaterra esse valor é ainda mais variável. Em segundo lugar, merecem destaque os honorários advocatícios, que constituem o maior dos custos do acesso à Justiça. As custas profissionais de um advogado são por demais elevadas¹¹. Nos Estados Unidos e no Canadá, por exemplo, o custo horário de um advogado pode va-

riar entre 25 e 300 dólares estadunidenses, independentemente da vitória.

Mesmo nos países em que a administração da Justiça é considerada relevante e constitui modelo internacional, percebe-se o quanto as custas de uma ação podem ser gravosas ao acesso. Cappelletti, mediante dados colhidos nos relatórios de diversos países, em seu Projeto de Florença, demonstra que, na Alemanha, uma causa no valor de oito meses de salário custará aproximadamente a metade disso. Nos Estados Unidos, nas ações por acidentes automobilísticos, os sucessos equivalem a uma média de 3.000 dólares americanos, dos quais 35,5 correspondem 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 terço parte de todos os casos contestados, os custos totais eram maiores que o valor da demanda*¹².

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 recuperá-la. (...) Por que não se trata de um processo?*¹³. A passagem citada explicita claramente serem as condições materiais uma importante abertura 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 (...)*¹⁴, 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 desestimule a defesa de direitos em juízo*¹⁵.

Teremos a oportunidade de retomar o caráter inibitório das custas judiciais, mas por ora basta verificarmos a construção de um conceito de custas judiciais diferente do relativo ao sustento material do aparato judiciário. É o que os tributaristas costumam nomear "extrafiscalidade dos tributos", o estímulo ou o desestímulo de determinada atividade pela incidência de pesados ou leves tributos. Falamos, destarte, das necessidades da Justiça *versus* o desestímulo à litigância, digamos, "aventureira". O Palácio da Justiça na capital do Rio de Janeiro é de mármore por dentro e por fora, e dificilmente encontraremos uma forma viável de distinguir o litigante aventureiro do "comprometido". Partamos do princípio de que a Fazenda Pública é, em regra, sempre comprometida.

Prosseguindo com a 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 na ampliação do 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 se equipararem, ou até por vezes superarem o valor da causa. Relata, a partir dos dados colhidos ainda em seu Projeto de Florença, que os custos a serem enfrentados crescem à medida que se reduz o valor da causa. Exemplifica com o caso alemão, em que, 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 dólares¹⁶.

Boaventura identifica que, nos países "ocidentais capitalistas" (*sic.*), a Justiça civil é mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis, sendo eles os protagonistas das ações de pequeno valor, o que configura uma dupla vitimização das classes populares em face da administração da Justiça. Ilustra com o caso

inglês e o italiano. No primeiro, verificou-se que um terço das causas em que 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 de elevado valor, enquanto nas causas com valor diminuto essa porcentagem pode chegar a 170%¹⁷.

Conjugando-se ambos os problemas (custas em geral e pequenas causas), quem pretende vindicar direito menos vultoso é ainda mais vitimizado que aqueles em litígio por objetos mais agigantados. Dessa forma, é forçoso afirmar, na maioria das vezes, o custo de uma causa pode levar a parte a deixar de propô-la, e sendo esta causa pequena, a atitude muito mais se impõe. 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 barreira ao acesso. Muitas pessoas desistem de litigar diante dos anos – e às vezes décadas – necessários à obtenção de uma decisão exequível. Pinheiro Carneiro afirma que a Justiça ideal é aquela que realiza o direito material no momento mesmo da violação¹⁸. É evidente que, no 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 isso, a necessidade do vocábulo "ideal".

Voltemos ao dilema da moderna processualística: encontrar o equilíbrio entre os valores da efetividade e aqueles das garantias fundamentais. Por isso tanto se fala no "acesso a uma ordem jurídica justa". Destarte, para a realização do contraditório, da ampla defesa, do devido processo e de todas as demais garantias, tempo é necessário. O contraditório processual não implica somente o direito da parte de responder às imputações contra si formuladas, mas também a disponibilidade de razoável tempo para articular sua impugnação.

A própria definição clássica de Processo Civil abrange 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*¹⁹. (grifo nosso). O processo deve durar algum tempo, mas que este seja apenas o

suficiente para os litigantes exporem sua pretensão razão e o magistrado refletir sobre a hipótese. A problemática surge quando tal tempo é consumido por inútil burocracia cartorial, pelo abuso do direito de defesa – basta afirmarmos que em todos os processos contenciosos existentes 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 massa²⁰. 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 art. 6º, § 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”²¹. O carioca Nagib Slaibi Filho crê que o direito à razoável duração dos processos já se encontra no patamar de garantia constitucional. Cita, nesse sentido, as normas insculpidas nos arts. 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 Federal²².

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. Sem contar a fase executória, evidentemente. Na Espanha, são necessários cinco anos para se obter uma sentença e o julgamento de um recurso à Corte de Cassação.

Encerrado o assunto das custas processuais, não podemos partir para a análise das possibilidades das partes sem antes comentar a seguinte afirmação de Ihering: *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*

A vida forense desenvolve subcultura própria, com todas as patologias de uma quase sociedade secreta, com peculiares trejeitos, maneirismos e até linguagem – 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.

*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*²³. A assertiva 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 sua proposição.

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. No entanto, apenas esta ciência foi capaz de isolar alguns dos mais evidentes pontos em que as possibilidades das partes podem garantir ou denegar um acesso efetivo à Justiça.

Os recursos financeiros de que se valem pessoas ou corporações podem garantir-lhes um acesso mais efetivo na exata medida em que, além de as custas pouco representarem para estes, sua estabilidade econômica lhes garante suportar as delongas da ação judicial. Não paramos por

aí. No processo eivado do princípio dispositivo – marco central dos ordenamentos processuais da Europa continental –, em que é facultada às partes 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. Mais dinheiro pode ser crucial para a contratação de uma banca de advogados mais preparada, de um assistente técnico mais qualificado etc. 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 preparar sua defesa. Embora Cappelletti considere ser esse 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 formas díspares, heterogêneas, em constante mutação, concluímos que a distribuição sistemática da ignorância e da miséria é simplesmente mais uma das infíndas engrenagens desta *intelligenzia* que forma a “microfísica do poder”. Independentemente de tal divergência, o desconhecimento ou a 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 base²⁴, a ignorância acerca de seus direitos, priva uma enorme gama de pessoas dos mecanismos de realização destes. 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.) contribui para a construção de uma ideologia segundo a qual a Justiça não serve para nada, ou somente serve para poucos. O problema transcende a conscientização da população. A transformação desse quadro depende de uma reformulação do Direito Processual Civil e do próprio Direito – além de uma reformulação social e econômica. Não é de outra forma que tratam do tema os instrumentalistas e os juristas críticos. Para que tenhamos a exata dimensão do que deve ser mudado ao menos na superestrutura do Direito, citamos a afirmação

de Dinamarco: *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"*²⁵, 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*²⁶.

Segundo recente estudo inglês, 11% dos entrevistados afirmam que jamais procurariam um advogado²⁷. 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 desse mundo construído do Direito, e, de outro, esse próprio mundo seja erguido sobre lógica alheia à realidade da vida social, sendo tal afastamento sustentado por dois vetores de direções opostas. A vida forense desenvolve subcultura própria, com todas as patologias de uma quase sociedade secreta, com peculiares trejeitos, maneirismos e até linguagem²⁸ – 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.

4 LITIGANTES HABITUAIS X 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. Marc Galanter foi quem primeiro identificou essa segregação entre os litigantes, afirmando que dificilmente litigam em igualdade de condições pessoas que ocasionalmente recorrem a juízo e corporações com experiência judicial mais extensa²⁹ (dentre as quais se pode incluir a Fazenda Pública).

Para ele, as seguintes vantagens são abarcadas pelos litigantes habituais: melhor planejamento do litígio em razão da maior experiência com o Direito; economia de escala, por terem mais casos em juízo; possibilidade de desenvolver relações informais com os membros da instância decisória; possibilidade de diluição dos riscos da demanda por maior número de casos e de testar estratégias com alguns deles, de modo a garantir expectativas mais favoráveis nos casos futuros. É tamanha a vantagem dos litigantes habituais que o autor chega a identificar fenômeno diametralmente oposto ao da judicialização, ao alegar que *os tribunais dos Estados Unidos são instâncias utilizadas pelas organizações para disciplinar os indivíduos e tirar proveito deles*³⁰.

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, 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 inúmeras vantagens, além das já identificadas por Galanter: as peças processuais matriciadas, que permitem ao advogado elaborar uma só tese com a qual defenderá seu cliente em muitas ações; mais efetiva integração entre cliente e advogado, pois um telefonema entre os prepostos do dono da empresa e o do escritório pode resolver o problema de dezenas de processos, intimidada que o litigante eventual poucas vezes alcança; e uma melhor relação custo/benefício entre a empresa e o advogado, uma vez que a primeira paga valor infinitamente menor àquela que defenderá todos os seus casos, em relação à respectiva defesa individual, e o segundo poupa gastos, dada a uniformização do trabalho. A crueldade desse modelo está no fato de que tal economia pode levar as empresas a investir mais em assistência jurídica do que na melhoria dos produtos ou serviços, e os advogados, a contratar legiões de estagiários semiqualiificados e sem remunerados (garantia total de imunidade do vínculo trabalhista ou

societário), em razão da mecanicidade do trabalho e da 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%; vias – 5,62%; bancos – 4,49%; planos de saúde – 3,37%; Light – 2,25%; estabelecimentos de ensino – 2,25%; centrais telefônicas – 2,25%. Nos JECs do centro do Rio tais percentagens pouco diferem: Telemar – 18,54%; bancos – 11,07%; centrais telefônicas – 8,37%; Credicard S/A – 3,16%, 41,14% do total de ações³¹.

5 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*³².

No julgamento paradigma para nossa abordagem³³, Sepúlveda Pertence afirma ser a constitucionalidade das discriminações em favor da Fazenda 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 rechaçada pelo Ministro, ao citar o exemplo do art. 6º da MP n. 314/93, a qual 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. Isso 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 o que acontece.

No aspecto econômico, a Fazenda Pública, além de gozar da isenção de custas – benefício deferido também a pessoas carentes de recursos, mediante declaração e às vezes, comprovação –, está protegi-

da pela enorme teia burocrática. Dispõe de orçamento volumoso e funcionários de carreira exclusivamente lotados e remunerados para sua defesa em juízo, selecionados mediante rigoroso e concorrido concurso público, os quais podem recorrer a outros funcionários de carreira para lhes prover assessoria técnica. Tem acesso mais fácil a informações que comumente se encontram dentro de suas próprias repartições, superando dificuldades que o cidadão 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, e, ao defenderem o "interesse coletivo" e o "erário público", outros benefícios lhe são garantidos, 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 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 a maioria esmagadora dos processos se referia basicamente a dois tipos de litígios: mandados de segurança contra multas aplicadas pelo departamento de trânsito e pedidos de medicamentos para tratamento de AIDS e outras enfermidades.

6 CONCLUSÃO

Resguardadas as exceções – como de poucos estados e municípios com orçamento reduzido –, não há como sustentar 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 inverter a atual lógica e superar o modelo de um Estado que funciona ao contrário, concedendo benefícios ao mais

forte e apenas prerrogativas genéricas ao mais fraco. Benefícios deveriam ser concedidos àqueles que litigam em face do Estado e encontram nas prerrogativas deste verdadeiro óbice à realização de seus direitos.

REFERÊNCIAS

- CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Belo Horizonte: Líder, 2001. p. 42.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 162.
- ORWELL, George. *Animal farm*. Londres: Penguin Books, 1951. p. 144.
- ARISTÓTELES. *Política*. Madrid: Nueva Biblioteca Filosófica, 1933. p. 231.
- SMITH, Adam. *An inquiry into the nature of causes of the wealth of nations*. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952. p.311.
- 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 Brasileira de Direito Processual*, n. 49, p. 51-68. jan./mar. 1986.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 27.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 149-150.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da Justiça. In: FARIA, José Eduardo; SANTOS, Boaventura de Souza. *Direito e justiça*. São Paulo: Ática, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Processo Civil no Direito comparado*. Belo Horizonte: Líder, 2001. p.54-58.
- _____; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988. p. 18.
- Idem, p. 15. n. 11.
- IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. Rio de Janeiro: Liber Jurídica, 1987. p. 31-32.
- KELSEN, Hans. *O problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 60.
- SANCHES, Sydney. Acesso à Justiça. *Revista dos Tribunais*, v. 76, n. 621, p. 267, jul. 1987.
- CAPPELLETTI; GARTH, *op. cit.*, p. 19-20.
- SANTOS, *op. cit.*, p. 126.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 79.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1988. v. 1, p. 56.
- 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*.
- 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 guarantees of the parties in civil litigation*. Milano: A. Giuffrè, 1973. p. 245, 318-22.

- SLAIBI FILHO, Nagib. Direito fundamental à razoável duração do processo judicial e administrativo. In: QUEIROZ, Rafael Augusto Solfiati de (Org.). *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 119-120.
- IHERING, *op. cit.*, p. 32-33.
- GRECO, Leonardo. Acesso ao Direito e à Justiça. *Revista Jurídica da Unirondon*, n. 1, p. 12, 2001.
- DINAMARCO, *op. cit.*, p. 379.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. Lisboa: Imprensa Universitária, 1994. p. 176.
- ABEL-SMITH; ZANDER; BROOKE, *apud* CAPPELLETTI; GARTH, *op. cit.*, p. 20.
- Uma abrangente e notável obra acerca da linguagem do Direito encontramos em WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995.
- GALANTER, Marc. Afterword: explaining litigation. In: *Law and society review*, New York, v. 9, p. 222, 1975.
- Idem, p. 360.
- CARNEIRO, *op. cit.*, p. 145.
- MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 3, p. 145.
- Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1910-1 - DF.

REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES

- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2002.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Benefício da dilatação de prazo para a Fazenda Pública. *Revista Forense*, v. 70, n. 147, p. 7-12, jul./set. 1974.

Artigo recebido em 4/5/2005.

ABSTRACT

The author analyses the grounds of the procedural advantages granted to the State as a litigant in the Brazilian Civil Procedure, focusing particularly on disagreements among such grounds and a multidisciplinary instrument involving juridical and sociological elements.

Thus, he designates as points of observation issues referring to material equality, to economic hindrances to access to Justice and to judicial dispute between habitual and occasional litigants. He himself proposes to answer the following inquiry: are the procedural benefits of the Public Treasury a hindrance to access to Justice?

He understands that – some exceptions aside – nothing will support the concession of discriminatory benefits in favor of the State in litigation, mainly term extensions and obligatory re-examination, real obstacles to the democracy of Justice.

KEYWORDS – Civil Procedural Law; Justice – access; Sociology of Law; litigation; Public Treasury.

Fernando de Castro Fontinha é membro do grupo de Pesquisas "Direito, Tecnologia e Sociedade" – DIRTS, e advogado no Rio de Janeiro.