

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

ACESSO À JUSTIÇA I

LUCIANA COSTA POLI

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

JOANA STELZER

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174

Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Joana Stelzer; Luciana Costa Poli; Sérgio Henriques Zandona Freitas.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-527-

0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração.
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

ACESSO À JUSTIÇA I

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado “Acesso à Justiça I” do XXVI Congresso Nacional do CONPEDI São Luís/MA promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade Federal do Maranhão – UFMA, por meio do seu Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça com o tema “DIREITO, DEMOCRACIA E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA” realizado entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017 no campus da Universidade CEUMA em São Luís.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temas diversos atinentes ao “Acesso à Justiça” apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões relativas às formas alternativas de solução de conflitos como mediação e conciliação, direito fundamental do acesso à justiça, o papel da defensoria pública, justiça global, processo e procedimento, principiologia constitucional processual, avanços tecnológicos e sua aplicação jurisdicional, dentre outros.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual da jurisprudência com a prática jurídica dos estudiosos do Direito. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema jurídico brasileiro.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica a submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, em especial, pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos pela Constituição da República.

São Luís, novembro de 2017.

Profa. Dra. Joana Stelzer - UFSC

Profa. Dra. Luciana Costa Poli - PUCMINAS

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas - FUMEC/IMDP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ACESSO A JUSTIÇA: CAPACIDADE POSTULATÓRIA

ACCESS TO JUSTICE: POSTULATORIA CAPACITY

Maria Cristina Zainaghi

Resumo

Como sabemos o acesso à justiça é um princípio processual constitucional, que visa garantir a todos o direito a postular em juízo. Esse direito está adstrito a regras, como, ser exercido por um advogado, sendo que, em alguns casos essa exigência é relativizada. O problema é se com isso não acabamos prejudicando o próprio requerente, não lhe assegurando a paridade de conhecimento, de forma que em alguns casos, como nos juizados especiais, o jurisdicionado debaterá com um advogado. Para essa análise utilizaremos o método hipotético dedutivo, onde se buscará correlacionar o direito do jurisdicionado e contrapartida a capacidade postulatória.

Palavras-chave: Acesso à justiça, Capacidade postulatória, Isonomia

Abstract/Resumen/Résumé

We know access to justice is a constitutional procedure principle, which aims to ensure that all the right to posit in mind. The rule that right belongs to rules, for, be exercised by a lawyer, and, in some cases this requirement is relativized. The problem, what we will verify that, so we just not harming the applicant himself, no, ensures parity of knowledge, so that in some cases, as in special courts, the jurisdicionado will discuss with a lawyer. For this analysis we use the hypothetical deductive method, where to correlate the right of jurisdicionado and contrast the ability postulatoria.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access to justice, Postulatoria capacity, Isonomy

Introdução

A Constituição Federal norteia o direito processual, definindo diversos princípios basilares do processo em seus diversos ramos.

Tais princípios por sua importância foram reiterados no Código de Processo Civil, se tornando, pois, princípios absolutos que devem ser assegurados.

Nesta seara temos o contraditório (artigo 5º, inciso LIV da CF e artigo 9º do CPC), o princípio da motivação das decisões judiciais (artigo 93, IX da CF e artigo 11 do CPC).

O próprio princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ou o acesso a justiça, está inserto no artigo 5º, XXXV da CF, reiterado no artigo 3º do CPC)

É claro que todos esses artigos garantem o devido processo legal, que foi inserido no Brasil pela Constituição Federal de 1988, que previu o princípio do devido processo legal, que garante outros princípios processuais, ou seja, o contraditório, o direito de ação, além de outros como o princípio da razoável duração.

O devido processo legal que é, no entendimento de Canotilho, o direito a um processo justo, onde se vê estabelecido à dialética (contraditório), como a ampla defesa.

Outro princípio importante e que merece destaque no ordenamento, é o da isonomia, que visa o estabelecimento da paridade das partes, sendo que no processo trabalhista a igualdade se dá com o tratamento desigual, para se poder obter a paridade.

Neste ponto, temos que pensar que o direito de ação, ou seja esse direito que o jurisdicionado tem de requerer o provimento jurisdicional, deve ser analisado até sobre outras óticas, como por exemplo, no direito do trabalho ou ainda nas ações dos juizados especiais cíveis.

Neste estudo verificaremos a possibilidade que se tem de ajuizar uma ação, cujo valor da causa seja inferior a 20 salários mínimos, ou seja, algo em torno de R\$ 18.600,00 (dezoito mil, e seiscentos reais).

Analisaremos essa possibilidade, sob a ótica do direito de ação e da própria concessão do direito a isonomia, ou seja, a paridade de armas, aqui considerada a paridade quanto ao conhecimento da parte.

1. Princípios processuais constitucionais do processo

O direito de ação, que como já dissemos está inserto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, está intimamente ligado ao devido processo legal (inciso LIV do art. 5º da CF), ou seja, quando pensamos em um processo o mesmo deverá ser justo.

Neste sentido nos ensina Canotilho que:

“Quando os textos constitucionais, internacionais e legislativos, reconhecem, hoje, um direito de acesso aos tribunais este direito concebe-se como uma dupla dimensão: (1) um direito de defesa ante os tribunais e contra actos dos poderes públicos; (2) um direito de proteção do particular através de tribunais do Estado no sentido de este o proteger perante a violação dos seus direitos por terceiros (dever de proteção do Estado e direito do particular a exigir essa proteção).” (Canotilho:2000.p.483)

Pelos ensinamentos de Canotilho vemos claramente que o direito de ação está atrelado ao próprio devido processo legal, que Nery define como:

“O devido processo legal (processo justo) pressupõe a incidência da isonomia; do contraditório; do direito à prova; da igualdade de armas; da motivação das decisões administrativas e judiciais; do direito ao silêncio; do direito de não produzir prova contra si mesmo e de não se auto incriminar; do direito de estar presente em todos os atos do processo; da presunção de inocência; do direito ao duplo grau de jurisdição no processo penal; do direito à publicidade dos atos processuais; do direito à duração razoável do processo, o direito ao julgador administrativo e ao acusador e juiz natural; do direito a juiz e tribunal independentes e imparciais; do direito de ser comunicado previamente dos atos do juízo, inclusive sobre as questões que o juiz deva decidir *ex officio*, entre outros derivados da procedural *due process clause*.” (Nery:2016.p. 119)

Como ensina Cruz e Tucci:

“Em síntese, a garantia constitucional do devido processo legal de ser uma realidade em todas etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a

não que no procedimento em que se materializa se constatem todas as formalidades e exigências em lei previstas.

Desdobram-se estas nas garantias: a) de acesso à Justiça; b) do juiz natural ou pré-constituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) plena defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; e f) da prestação jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável.” (Tucci: 1993.p. 107)

Ora, vemos que o devido processo legal garante o direito ao acesso jurisdicional, e também que esse acesso, obedeça a garantias processuais constitucionais, como a ampla defesa e contraditório, a isonomia, a publicidade e a motivação das decisões jurisdicionais.

A isonomia prevista no artigo 5º, *caput* e inciso I, visa buscar uma igualdade substancial entre as partes, que no Código do Consumidor, garante a inversão do ônus da prova, por considerar o consumidor o polo hipossuficiente.

Cabe aqui lembrar que muitas das demandas ajuizadas nos juizados especiais, dizem respeito a relações de consumo, portanto, o princípio da isonomia deve ser amplamente observado.

Não deixaremos de observar também o princípio da publicidade (art. 93, IX da CF¹) e da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX da CF).

E os princípios e o próprio procedimento devem obedecer ao regramento, mas tentando efetivar o resultado, ou seja, a análise do provimento jurisdicional, concedida em prazo razoável.

¹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

.....

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

1.a. Direito de ação

A inafastabilidade do controle jurisdicional, é primordial em um Estado democrático, neste sentido, como já vimos, o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, garantiu o acesso a jurisdição.

“A garantia do acesso aos tribunais foi atrás considerada como uma concretização do princípio estruturante do Estado de direito. Neste momento, trata-se apenas de estabelecer o conteúdo desta garantia jurídico-constitucional sob o ponto de vista dos direitos fundamentais” (Canotilho: 2000.p. 479)

Neste sentido, para garantir esse acesso livremente, nas relações de baixa complexidade é que se estabelece a possibilidade do exercício do direito de ação, independentemente da figura do advogado, ou seja, admitindo-se que a parte, nas ações cujo valor não exceda a 20 salários-mínimos, ou seja, atualmente R\$ 18.600,00 (dezoito mil e seiscentos reais).

O direito de ação, portanto garante a todos requerem ao Judiciário para que este estabeleça seu direito.

Nelson Nery ao ensinar sobre o princípio conferiu ao legislador o destino final da norma constante do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, isso porque o legislador não pode estabelecer na lei qualquer normatização que iniba o direito a pleitear no Poder Judiciário sempre que entender que há lesão ao seu direito.²

2. Pressupostos processuais.

Como vimos o direito de ação vem assegurado constitucionalmente, porém não sem limites e requisitos a ser cumprido na relação jurídica que representa o processo.

Neste sentido, Oskar Von Bülow, ensina:

“Se o processo é, portanto, uma relação jurídica, apresenta-se na ciência processual problemas análogos aos que surgiram e foram resolvidos, a respeito das demais relações

² “Embora destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador nem ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão.”(Nery:2016.p208)

jurídicas. A exposição sobre uma relação jurídica deve dar, antes de tudo, uma resposta à questão relacionada com os requisitos a que se sujeita a origem daquela. É necessário saber entre quais pessoas pode ter lugar, a qual objeto se refere, que fato ou ato é necessário para seu surgimento, quem é capaz ou está facultado para realizar tal ato.” (Bülow:2003.p. 8)

Nota-se que, claramente estabelecemos a necessidade de que se cumpram exigências para exercer o direito de ação.

Afora o cumprimento das condições da ação, ou seja, da legitimidade e do interesse³, para o ajuizamento da demanda será necessário que cumpramos pressupostos processuais, ou seja, que obedeçamos aos regramentos do procedimento.

Neste sentido, ensina Bülow:

“Assim, os pressupostos processuais constituem a matéria do procedimento prévio e, conseqüentemente, entram em íntima relação com o ato final; final que consiste já na *litis contestatio* ou já numa *absolutio ab instantia* (rejeição da demanda por inadmissível; a *denegatio actionis romana*). Ambas as alternativas são nada mais que o resultado de um exame da relação processual, assim como a *condemnatio* ou *absolutio ab actione* resultam de uma investigação da relação litigiosa material.” (Bülow. 2003.p 11)

No Brasil, é necessário para o ajuizamento da ação que se cumpra pressupostos de validade do processo. Temos aqui a capacidade *ad causam*; capacidade *ad processum* e capacidade postulatória.

A capacidade civil é conferida a todas as pessoas dotadas de personalidade civil, ou seja, aqueles que nasceram com vida, com a excepcionalidade dada ao nascituro, que é senhor de

³ O artigo 17 estabelece que para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade, sendo que, segundo alguns autores hoje isso deve ser entendido como pressuposto processuais, daí se concluir que as condições da ação não existiriam mais.

direitos, de forma atípica, pois não lhe é conferida personalidade, mas se salvaguarda os seus direitos (artigo 2^o do CC)

A capacidade processual, também conferida pelo Código Civil⁵, a todos os plenamente capazes, esta é a capacidade para que a pessoa esteja em juízo, sendo certo que, se a mesma não tiver a capacidade processual, poderá ser representado ou assistido por quem detiver o poder familiar.

Por fim temos a capacidade postulatória, onde se exige que, para acessar a justiça seja necessário que a pessoa que tenha capacidade civil e processual, ou quem o represente, se faça por um preposto advogado.

Advogado que é segundo a Constituição Federal indispensável para o exercício da justiça, nos termos do disposto no artigo 133⁶.

Desta forma é claro que, como regra para o exercício do direito de ação ou de acesso ao poder judiciário, exige algumas condições, quais sejam, a legitimidade de agir, o interesse processual e, bem como pressuposto processuais, dentre eles a capacidade postulatória, assegura ao advogado.

Essa é a regra.

⁴ Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

⁵ Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

⁶ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

3. Juizados Especiais Cíveis.

A Lei nº 9.099, datada de 26 de setembro de 1975, criou critérios mais simplificados para demandas de pequeno valor, assim estabelecido, como critério de competência em razão do valor, o montante de 20 salários mínimos, sem necessidade de advogado. Admitiu que as demandas acima de 20 salários mínimos até 40 salários mínimos⁷, poderíamos utilizar o Juizado, necessitando-se nesta hipótese da figura do advogado.

O estabelecimento da competência em razão do valor é relativo, razão pela qual, nas hipóteses em que a parte ajuíze demanda em valor superior aos 20 salários mínimos, implicará em renúncia ao montante que exceder. Neste sentido temos decisão do Colégio Recursal do Rio de Janeiro, que diz:

0093998-44.2016.8.19.0038 - RECURSO INOMINADO

1ª Ementa

Juiz(a) ANA PAULA CABO CHINI - Julgamento:
02/05/2017 - CAPITAL 2a. TURMA RECURSAL DOS
JUIZADOS ESPECIAIS CIVEIS

RECURSO Nº: 0093998-44.2016.8.19.0038
RECORRENTE: SPE CONSTRUTORA SÁ
CAVALCANTE LTDA RECORRIDO: REGINALDO
MAGALHÃES DE FARIA VOTO Trata-se de ação na qual
sustenta o autor ter arcado indevidamente com o valor de

⁷Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

§ 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.

§ 3º O mandato ao advogado poderá ser verbal, salvo quanto aos poderes especiais.

§ 4º O réu, sendo pessoa jurídica ou titular de firma individual, poderá ser representado por preposto credenciado, munido de carta de preposição com poderes para transigir, sem haver necessidade de vínculo empregatício..

R\$ 28.843,93 (vinte e oito mil, oitocentos e quarenta e três reais e noventa e três centavos), destinados ao pagamento de comissão de corretagem referente à unidade imobiliária adquirida da empresa ré. Requer com o feito a restituição do valor da corretagem, bem como compensação por dano moral. A sentença foi lançada com o seguinte dispositivo: Isso posto, JULGO PROCEDENTE a pretensão da parte autora para condenar a ré nos seguintes termos: 1- obrigação de restituição do valor de R\$ 28.843,93 (vinte e oito mil, oitocentos e quarenta e três reais e noventa e três centavos), acrescidos de correção monetária e juros moratórios na forma da lei; 2- indenização a título de danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescidos de correção monetária e juros moratórios na forma da lei. Uma vez que a parte autora compareceu em sede de AIJ desassistida de advogado, o montante a ser indenizado deve ser reduzido a 20 (vinte) salários mínimos, pois se trata do teto limite para que a parte possa exercer capacidade postulatória própria em sede de Juizado Especial Cível. O excedente deve ser interpretado como renúncia (art. 3º, §3º e 9º da Lei 9.099/95 e Enunciado 39 do FONAGE). Considerando que a parte autora ajuizou demanda na época em que o valor do salário mínimo era R\$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais), a indenização deve se restringir à quantia de R\$ 17.600,00 (dezesete mil e seiscentos reais). Recurso do Réu. Sentença que merece reforma. Em princípio é necessário frisar que, segundo as teses firmadas junto ao STJ, não é ilegal a cobrança de comissão de corretagem, desde que seguidas as regras legais, em especial o dever de informação clara e precisa. No caso dos autos o recorrente não logrou demonstrar a ausência de vício de informação e a clareza da obrigação que foi imposta ao recorrido, tornando assim a cobrança da comissão de corretagem distante da legalidade. Ocorre que o direito de requerer em

juízo a restituição do valor indevidamente cobrado, qual seja R\$ 28.843,93 (vinte e oito mil, oitocentos e quarenta e três reais e noventa e três centavos) se perdeu, ao teor do artigo 206, § 3º, IV do Código Civil, aplicável à espécie, pois, levando-se em conta que a presente ação foi proposta em 03 de novembro de 2016, ou seja, mais de três anos após a celebração do contrato, que se deu em 27 de abril de 2013, verifica-se o implemento da prescrição trienal. Isso posto, VOTO no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para reformar a sentença, reconhecendo a prescrição e julgar improcedente o pedido de restituição do valor pago a título de comissão de corretagem, mantida a condenação ao pagamento de indenização a título de danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescidos de correção monetária e juros moratórios na forma da lei. Sem ônus sucumbenciais, por tratar-se de recurso com êxito. Rio de Janeiro, 02 de maio de 2017. ANA PAULA CABO CHINI JUÍZA RELATORA o PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO SEGUNDA TURMA RECURSAL

Vê-se que o legislador ao estabelecer a exceção, facultou a parte a decisão de optar por um advogado, quando pleiteando contra pessoa jurídica ou firma individual, esta tivesse representada por um profissional do direito.

Ora, como se pode delegar essa decisão a parte, por vezes, humilde, que desconhece os efeitos da decisão proferida e, como isso lhe impedirá de questionar novamente o assunto, caso venha a sucumbir na demanda.

Desta forma, quer nos parecer que, ao se conceder essa simplicidade postulatória, delegada a parte, sem formação jurídica, também lhe provoca uma dificuldade em garantir outros princípios processuais, como o contraditório e a isonomia.

Neste sentido vemos, uma decisão proferida pelo Colégio Recursal de São Paulo, onde se deu provimento parcial ao recurso inominado, vejamos:

CONGRUÊNCIA – ELEIÇÃO DO PROCEDIMENTO DOS JUIZADOS – INICIAL FORMULADA PELA PARTE. No procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, os pedidos até 20 salários mínimos podem ser elaborado por particular, sem a necessidade de capacidade postulatória. A pretensão de declaração de ilegalidade de cobranças tem como pressuposto lógico a devolução do que indevidamente foi cobrado. Presunção que recebe respaldo no art. 322, § 2º do CPC.

PLANO DE SAÚDE – MAJORAÇÃO – FAIXA ETÁRIA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – ESTATUTO DO IDOSO – ABUSIVIDADE – INADMISSIBILIDADE – CARÁTER SOCIAL. Aumento do valor do prêmio decorrente de mudança de faixa etária e que atinge consumidores com mais de 60 anos. Inadmissibilidade de incidência do reajuste, em consonância com a Lei nº 10.741/2003, autorizado, somente, o reajuste anual, nos termos do índice aprovado pela ANS - artigo 15, parágrafo único, da Lei nº 9656/98. Vigência da Lei 10.741, de 3 de janeiro de 2004 (art. 15, §3º). Lei nova, de caráter social. Incidência admitida de plano aos contratos em curso. Tutela preferencial ao idoso. Estatuto do Idoso que veda a discriminação pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS – PRESCRIÇÃO. Em recurso repetitivo (REsp nº 1361182/RS) foi estabelecida a prescrição trienal. Recurso parcialmente provido. (TJSP; Recurso Inominado 0009912-87.2015.8.26.0004; Relator (a): Rodrigo de Castro Carvalho; Órgão Julgador: 3ª Turma Recursal Cível; N/A - N/A; Data do Julgamento: 20/02/2017; Data de Registro: 22/02/2017)

Surge uma pergunta: se a ação tivesse sido subscrita por um advogado teria o *decisum* dado provimento parcial ao recurso?

É certo que, segundo Mauro Cappelletti, acesso à justiça é para algumas sociedades modernas um direito social, de forma que as próprias custas processuais seriam consideradas um cerceamento a esse direito constitucional.

Todavia, esse direito pode se reverter contra o autor, nas hipóteses em que se deixa de comprovar direitos, que talvez, ocorra pelo despreparo e conhecimento jurídico da parte a quem se confere o direito de ação, de forma indiscriminada.

Vejamos o caso abaixo:

Recurso Inominado – Telefônica - Alegação Da Autora Quanto A Descontos Indevidos De Créditos Lançados No Seu Celular - Prova Documental Acessível Por Meio Do Portal "Meu Vivo" Não Juntada Aos Autos Pela Autora – Alegação De Cerceamento De Defesa Pela Postulação Desacompanhada De Advogado – Valor Da Causa Inferior A Vinte Salários Mínimos - Capacidade Postulatória Facultada À Parte Autora - Cerceamento Inocorrente - Ausência De Verossimilhança Das Alegações Iniciais - Negativa De Inversão Do Ônus Da Prova – Ilícito Contratual Não Comprovado - Danos Materiais E Morais Não Caracterizados - Indenização Indevida – Sentença Mantida - Recurso Improvido.

(TJSP; Recurso Inominado 0001879-04.2016.8.26.0189; Relator (a): Fabiano da Silva Moreno; Órgão Julgador: 2ª Turma Cível e Criminal; N/A - N/A; Data do Julgamento: 17/02/2017; Data de Registro: 21/02/2017)

Ora a falta de comprovação levou a autora a sucumbir em seu direito, de forma que o que deveria protegê-la na realidade acabou por prejudicá-la, esse não seria um ponto a ser considerado?

Afinal a parte requerente teve seu direito de ação assegurado diante de tais condições?

O mesmo ocorre em outros Tribunais, onde vemos que se admite que a parte abra mão de uma defesa técnica que ao final acaba por prejudicar seu direito, ou seja, acaba por ferir o devido processo legal e, por consequência, entendemos deixou de garantir o direito de ação. A exemplo, vemos a decisão do Colégio Recursal do Rio de Janeiro, que diz:

0099993-87.2016.8.19.0054 - RECURSO INOMINADO

Juiz(a) ISABELLE DA SILVA SCISINIO DIAS -

Julgamento: 19/06/2017 - CAPITAL 4a. TURMA

RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CIVEIS

Presentes os requisitos de admissibilidade recursal, admito e conheço do Recurso Inominado. Trata-se de ação movida pelo rito sumaríssimo em que se afirma o bloqueio indevido de linha móvel, com fundamento em cobranças equivocadas de um parcelamento em aberto. A parte autora recorrente alegou que, mesmo tendo efetuado o pagamento integral da fatura vencida em 30.02.2016, teve seu serviço de telefonia bloqueado em duas oportunidades e sofreu três cobranças indevidas. Por tais fatos, requereu ressarcimento e compensação moral. Em defesa, a Ré informa que a Autor celebrou o parcelamento da fatura e efetuou os pagamentos com atraso, dando azo a bloqueios da linha, por inadimplemento relativo. O Autor dispensou a assistência de seu patrono em ACIJ. A sentença de piso julgou improcedentes os pedidos autorais. Recorre o Autor. Assiste-lhe pouca razão. Preliminarmente não há nulidade a ser reconhecida neste processo. A uma por não existir pedido prévio e devidamente justificado de redesignação do ato processual, não sendo suficiente o fato do patrono se encontrar em outra audiência, diante da possibilidade de substabelecimento e, a duas, porque, conforme se infere da assentada, foi desejo da própria parte prosseguir no ato desassistida. No sistema dos JECs a parte possui capacidade postulatória excepcional e o fato da causa possuir valor superior a 20 salários mínimos não representa qualquer óbice, haja vista a previsão legal de renúncia ao excedente (Art. 3º §3º da Lei 9.099/95). Por fim, não pode a parte que deu causa à nulidade argui-la em seu favor. Tal comportamento fere a boa fé objetiva e encontra vedação na

teoria dos atos próprios (*venire contra factum proprium*). No mérito verifico que somente em sede recursal foi juntada a prova de quitação da fatura objeto do litígio (fls. 114). Assim, à luz da vedação ao enriquecimento sem causa, prospera o pedido de restituição dos valores pagos em duplicidade, na forma simples. Por outro lado, inexistente dano moral. Eventual erro da Ré foi determinado pelo Autor que celebrou um parcelamento e logo após antecipou a quitação da dívida, sem que tenha feito prova de ter cientificado a concessionária contratante. Ante o exposto, VOTO no sentido de receber o recurso e dar-lhe provimento somente para determinar a restituição simples do valor de R\$ 226,32, com juros da citação e correção do desembolso. Sem ônus sucumbenciais, porque não verificada a hipótese prevista no art. 55 caput da lei 9099/95.

Nos parece que o legislador ao tentar ajudar a parte, acaba por prejudicando, pois a o desconhecimento técnico ajudou, nas duas decisões, a parte Autora a sucumbir e, ao final sucumbir na demanda.

Ora nota-se que quando falamos do acesso à justiça não podemos adotar uma teoria simplista e minimalista que represente, exclusivamente, que todos têm o direito a um provimento jurisdicional, não. A problemática do acesso à justiça deve ter em mente uma justiça justa, paritária e eficiente, para que se obtenha assim uma efetividade jurisdicional que, indiscutivelmente, é o que busca aquele que a pleiteia.

Talvez no ordenamento jurídico brasileiro, que vem sofrendo mudanças diuturnas para assegurar essa efetividade, precisamos, algo mais eficiente, que garanta o acesso a Justiça, mas com o cumprimento do disposto no inciso LXXIII⁸ do artigo 5º da Constituição Federal, ou seja, uma razoável duração.

É importante que o princípio da razoável duração tenha sua real aplicabilidade, assegurando àqueles que buscam a Justiça na esperança de que o processo seja célere, devendo a celeridade, ser entendida como a obtenção do provimento final obtido no prazo mínimo

⁸ LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

possível, que satisfaça o anseio e as necessidades do jurisdicionado, de forma que garanta o seu direito.

De fato, que, quando tratamos dos direitos de baixa complexidade, como aqueles que são albergados pelo procedimento dos juizados especiais, tem que ter a facilitação, não podendo, porém, esquecermos que a busca do judiciário, como regra é para garantir um equilíbrio na sociedade.

Pensamos que estamos deixando de obedecer aos ensinamentos de Rui Barbosa que em seu famoso discurso, lido, em 1921, perante a turma de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo disse:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

Esta blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria.

Mas, se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança. Tal a missão do trabalho. (Rui Barbosa:2002)

4. Conclusão

Por todo o estudado vemos que garantir a todos o acesso ao Poder Judiciário de forma indiscriminada, ou seja, com a própria parte valendo-se do direito de postular, pode, se tornar uma forma de ferir o devido processo legal, a medida que, o acesso por quem desconhece regras importantes da técnica postulatória, faz com que o processo não seja justo, levando a parte a própria declaração de improcedência de seu direito.

As vezes na tentativa de se garantir o acesso à justiça, o legislador acabou por desconsiderar o processo justo, ou seja, o acesso por um cidadão comum pode fazer com que se deixe de apontar algum requisito probatório que seria essencial para a procedência da ação, mas que deixou de ser juntado pela parte por ela desconhecer a importância.

Percebemos que as partes ao requererem seu direito pessoalmente e, ao em audiência, ficarem diante da parte contrária com seus advogado, abre mão de um profissional e, acaba ficando com o seu direito mal defendido e, por via de consequência, sucumbindo.

Entendemos que, mesmo que um advogado assuma na audiência, a obrigação probatória da parte, pode estar prejudicada, pois o ônus probatório do autor, deve ser juntado na inicial (provas documentais), e neste caso, a juntada a posteriori prejudicará o direito do autor e, conseqüentemente, o seu acesso à justiça será prejudicado.

Bibliografia de referência.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. Niceto. Estudios diversos de derecho procesal. Librería Bosch: Barcelona/Espanha: 1985

BARBOSA. Rui. Oração dos estudantes. Martin Claret: São Paulo: 2003

BÜLOW. Oscar Von. Teoria das exceções e dos pressupostos processuais. LZN Editora: Campinas: 2003.

CANOTILHO. J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4ª edição. Almedina:Coimbra. 2000

CAPELLETI. Mauro. Tutela dos interesses difusos. In *Ajuris* 33/169: 1984

---. Acesso à justiça. Fabris Editora: Porto Alegre: 2002.

CARNEIRO. Athos Gusmão. Jurisdição e competência. 10ª edição. Editora Saraiva: São Paulo: 2000.

CARNELUTTI, Francesco, Instituições de processo civil. Editora Classic Book, São Paulo, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Vol. I. São Paulo: Acadêmica/ Saraiva. 1942.

COUTURE. Eduardo J. Interpretação das leis processuais. 4ª edição. Editora Forense: Rio de Janeiro. 1997.

----- . Fundamentos do direito processual civil. Editora Red Livros: Campinas. 1999.

----- . Introdução ao estudo do processo civil. 3ª edição. Editora Forense: Rio de Janeiro. 1997.

DI IORIO. Alfredo J. Lineamentos de la teoria general del derecho processal. Ediciones Depalma: Buenos Aires: 2000

ECHANDÍA. Devis. Teoria general del processo. 2ª edicion. Editorial universidad: Buenos Aires. 1997.

REZENDE FILHO. Gabriel José Rodrigues. Curso de direito processual. Volume III. Editora Saraiva: São Paulo: 1968.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos sobre o processo civil brasileiro. Editora Saraiva: São Paulo. 1947

NERY JR. Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 12ª edição. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. 2015.

TUCCI. José Rogério Cruz e. Tempo e processo. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. 1997.

---. José Rogerio e Rogerio Lauria. Devido processo legal e tutela jurisdicional. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. 1993.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil – Teoria geral do processo. Volume 1. 5ª Edição – ebook. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2016.