

O ACESSO CONSTITUCIONAL À JUSTIÇA

Larissa Prado ¹

RESUMO: Trata o presente estudo de uma releitura do Acesso à Justiça, a sua evolução e importância temática como exercício da cidadania no Estado Democrático de Direito.

Para tanto, é enfrentada a problemática da definição e, por conseguinte, da extensão da garantia constitucional, a fim de verificar os obstáculos e entraves que ainda pairam sobre o seu pleno exercício.

São abordadas algumas experiências no ordenamento jurídico de outros países, como Itália e Suíça e a possibilidade de efetiva adoção no Brasil.

Ao final, é analisada a situação atual da viabilização Judiciária permitida na Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça. Acesso. Garantia. Constitucional. Cidadania. Efetividade. Inafastabilidade.

ABSTRACT: The present study refers to a new stand point of the Justice access, its evolution and importance as the citizenship applicability of the democratic state of the right.

To do it so, it is going to be faced its definition problematic and, therefore, the extension of the constitutional warranty in order to verify the remaining obstacles and restrictions on its full exercise.

It is going to be discussed some experiences of law ordinance from other countries, as Italy and Switzerland and the feasibility of its adoption in Brazil.

KEYWORDS: Justice. Access. Warranty. Constitutional.

SUMÁRIO: Acesso Constitucional à Justiça ; Introdução; 1. A Garantia Fundamental; 1.1. O Fundamento da Garantia; 1.2. A Previsão Constitucional; 1.3. A Definição e o Alcance; 2. Os Desafios ao Pleno Exercício; 2.1. Os Obstáculos à Efetividade da Garantia; 2.2. A Solução: a Necessidade do Cumprimento Constitucional; Conclusão; Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça efetiva, plena, representa um direito social básico pelo qual se persegue os demais e que representa o exercício da cidadania no Estado democrático de direito.

Não obstante sua previsão constitucional e a incontroversa importância de assegurar ao cidadão a efetividade da garantia constitucional, ainda assim, no Brasil e no Exterior, o tema demanda polêmica diante da dificuldade em garantir a todos o pleno acesso às vias judiciais.

¹ Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-graduado em Direito Público, nível especialização pela Universidade de Passo Fundo/RS.

Por mais que o tema já tenha sido pesquisado e trabalhado, não há como exauri-lo, pois os entraves ao pleno exercício da garantia constitucional, infelizmente, estão sempre se renovando, através de leis, de atos judiciais e administrativos e a da própria omissão do Poder Público em assegurar os recursos necessários para viabilizar a via judicial ao cidadão.

Os obstáculos, gize-se, não constituem um “privilégio” no ordenamento jurídico brasileiro, mas, ao contrário, nota-se, inclusive, que, em alguns aspectos, com referência ao asseguramento das vias judiciais, há países em situação, por vezes, mais precária que o Brasil.

É incontroverso que muitos dos obstáculos questionados no passado, ainda permanecem, na atualidade, não solucionados e até majorados, tendo a eles sido acrescido, fatores outros, talvez nem tão evidentes, mas que culminam por negar ou limitar a tutela jurisdicional, sem que, às vezes, nem sequer o cidadão tenha deles ciência.

É inserido nesse panorama dinâmico, que se faz uma breve releitura da garantia constitucional de acesso à justiça e de seus entraves passados e atuais no Estado democrático de direito.

1. A GARANTIA FUNDAMENTAL

1.1. O FUNDAMENTO DA GARANTIA

O Estado democrático chama a si a resolução dos conflitos e, portanto, pressupõe a garantia de direitos e a efetiva possibilidade de exercício da cidadania, tanto em países que adotam o sistema da common Law, como os Estados Unidos e a Inglaterra, como também aqueles que adotam a civil Law, casos da Itália e do Brasil.

É inegável a força criadora² que os tribunais e os intérpretes exercem na efetivação das garantias e dos direitos fundamentais preconizados pelo ordenamento jurídico, a Constituição Federal e os tratados Internacionais, mesmo nos ordenamentos que adotam a civil Law.

De nada adiantaria a norma jurídica, se não houvesse a possibilidade de exercê-la, em sua magnitude, através da instância judicial acessível ao cidadão que titular de direito, mediante o *due process of law*.

A garantia constitucional do acesso à justiça decorre, principalmente, do exercício da democracia no Estado de direito, do exercício da cidadania, sendo

² KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. tradução João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 175: “A função criadora de Direito dos tribunais, que existe em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais através de decisões com força de precedentes. Estamos especialmente próximos de uma atribuição deste poder a um tribunal, designadamente a um tribunal de última instância, quando este seja autorizado, em certas circunstâncias, a decidir um caso, não em aplicação de uma norma vigente de Direito material, mas segundo a sua livre apreciação do mesmo, quer dizer: quando seja autorizado a produzir uma norma individual cujo conteúdo não esteja predeterminado em qualquer norma geral do Direito positivo. Conferir a uma tal decisão caráter de precedente é tão-só um alargamento coerente da função criadora de Direito dos tribunais”.

que a liberdade de decisão é disciplinada, em todos os níveis, pela existência de normas jurídicas, cujo respeito é garantido pela intervenção do Judiciário.³

A importância da temática reside justamente na experiência de que a hierarquia das normas só se efetiva se for jurisdicionalmente sancionada e passível de revisão e proteção pelo Judiciário.³

Para tanto, a viabilização dos meios necessários para o efetivo exercício dos direitos garantidos é *conditio sine qua non*, o que deve ser viabilizado pelo Estado que se apresenta como democrático de direito. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco:⁴

Por outro lado, o Estado contemporâneo tende a ser Estado-de-direito, onde assoma a garantia da legalidade e a abertura do Poder Judiciário como guarda último da Constituição e dos valores e garantias que ela abriga e oferece.

Assim é que a possibilidade dos cidadãos terem seus conflitos resolvidos institucionalmente no âmbito do Judiciário liga-se à própria ideia de cidadania civil.⁵

Ou, ainda, erige-se o acesso à justiça como um princípio⁶ informativo da ação e da defesa, do devido processo legal, na perspectiva de se colocar o Poder Judiciário como local onde todos os cidadãos podem fazer valer seus direitos individuais e sociais.⁷

Este é o espírito do Estado Democrático de Direito, onde o acesso à justiça constitui um direito social básico, decorrente do exercício da cidadania, pelo qual o indivíduo pode buscar um direito que lhe foi eventualmente negado, devendo lhe ser viabilizadas todas as oportunidades para obtenção da tutela efetiva pelo Poder Judiciário.

1.2. A PREVISÃO CONSTITUCIONAL

O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988 garante que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, consagrando assim a garantia fundamental de acesso à justiça e da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Mas não foi sempre assim.

Não se pode olvidar que, em um passado não tão remoto, por determinado período de exceção, restou vedada a revisão judiciária no Brasil.

³ CHEVALLIER, Jacques. O Estado pós-moderno. Tradução de Marçal Justen Filho. Título original: L'Etat post-moderne. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 206/207.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12 ed. São Paulo. Malheiros. 2005. P. 35.

⁵ RIBEIRO, Ludmila. A emenda constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. Revista da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas 8. São Paulo. P. 470/471.

⁶ "ZAGREBELSKY, Gustavo. Il diritto mite. Legge, Diritti, Giustizia. Torino: Giulio Einaudi Editore, 1992, p. 149: "(...)I principi non ci dicono nulla, direttamente, a questo proposito, mas ci danno criteri per prendere posizione di fronte a situazioni a priori indeterminate, quando vengano a determinarsi concretamente.(...)"

⁷ PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 7 Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2008. P. 113.

O Ato Institucional n. 5 de 13 de dezembro de 1968, outorgado pelo Presidente da República, que sequer possuía legitimidade para tanto,⁸ através do artigo 11, vedava o acesso à justiça, proclamando que se excluiriam da apreciação judicial todos os atos com base nele praticados.⁹

O acesso à justiça, recuperado no Brasil através da Carta Constitucional de 1988, restou devidamente acompanhado de garantias e direitos outros que, em uma interpretação teleológica, possibilitam ou deveriam possibilitar o seu pleno exercício pelo cidadão.

Com efeito, pela garantia constitucional, o Poder Judiciário é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, já que a toda violação de um direito corresponde a uma ação que o assegura, independentemente de uma lei que a outorgue.¹⁰

Historicamente, tal garantia, já vinha desde o Código de Hamurabi,¹¹ onde já havia previsão de acesso dos hipossuficientes à instância judicial,¹² tornando-se importante expressão da garantia concebida por Mauro Cappelletti¹³ em seu Projeto de Florença, como duplo programa de reformas, para fazer efetivos os direitos sociais, criados pelo *welfarestate*¹⁴ e para racionalização e controle do aparato governamental.

Nas palavras de Mauro Cappelletti:¹⁵

Sapiamo tutti ormai che se c'è um elemento fondamentale della democraticità, questo consiste nel rendere possibile a tutti l'accesso al sistema giuridico, ai suoi organismi, diritti, tutele, servizi e benefici; in senso lato, l'accesso Allá giustizia.

Assim é que o direito à tutela jurisdicional efetiva, reconhecido constitucionalmente, constitui em garantia social fundamental ao exercício da cidadania no Estado democrático de direito.

⁸ NERY JR., Nelson. Princípios do processo Civil na Constituição Federal. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 170.

⁹ Art. 11 do AI 5 de 13.12.1968: "Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus atos complementares, bem como os respectivos efeitos."

¹⁰ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Editora São Paulo. 22ª Edição. 2007. P. 78.

¹¹ Dispunha o texto atribuído à Hamurabi, conforme Pedro Miranda de Oliveira: "Em minha sabedoria eu os refreio para que o forte não oprima o fraco e para que seja feita justiça à viúva e ao órfão. Que cada homem oprimido compareça diante de mim, como rei que sou da justiça. Deixai ler a inscrição do meu monumento. Deixai-o atentar nas minhas ponderadas palavras. E possa o meu monumento iluminá-lo quanto à causa que traz e possa ele compreender o seu caso".

¹² Oliveira, Pedro Miranda. Concepções sobre Acesso à Justiça. Revista Dialética de Direito Processual n. 82. Janeiro 2010. P. 43.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justice como programa de reformas e método de pensamento. Traduzido por Hermes Zaneti Junior. Revista Brasileira de Direito Processual. Ano 16. N. 61. Jan/mar. 2008. Belo Horizonte. Editora Forum. P.165/169.

¹⁴ Estado-providência ou bem-estar social, ou seja, cabe ao Estado do bem-estar social garantir serviços públicos e proteção à população. Desenvolveu-se principalmente na Europa, onde seus princípios foram defendidos pela social-democracia, tendo sido implementado com maior intensidade nos Estados Escandinavos (ou países nórdicos) tais como a Suécia, a Dinamarca e a Noruega e a Finlândia). Desenvolveu-se ainda mais com a ampliação do conceito de cidadania, com o fim dos governos totalitários da Europa Ocidental (nazismo, fascismo etc.) com a hegemonia dos governos sociais-democratas e, secundariamente, das correntes euro-comunistas, com base na concepção de que existem direitos sociais indissociáveis à existência de qualquer cidadão.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Costituzionalismo moderno e ruolo del potere giudiziario nelle società contemporanee. Revista de Processo n. 68. Ano 17. Outubro-dezembro 1992. Editora Revista dos Tribunais. P. 52.

1.3. A DEFINIÇÃO E O ALCANCE

A importância da definição da garantia constitucional de acesso à justiça reside na sua própria efetividade, pois a delimitação do alcance possibilita não somente averiguar se esta está sendo cumprida, como também, em caso negativo, exigir e responsabilizar¹⁶ o Estado pelo seu integral cumprimento.

Na concepção de Mauro Cappelletti,¹⁷ a expressão “acesso à justiça” diz com o sistema pelo qual se pode reivindicar o direito e/ou resolver o litígio sob os auspícios do Estado, devendo ser igualmente acessível a todos e produzir resultados socialmente justos, ou seja, a justiça social pressupõe o acesso efetivo.

E o acesso efetivo, por sua vez, pressupõe a adoção de políticas públicas que viabilizem o conhecimento do direito e a possibilidade de acionar o Estado para sua obtenção, sem qualquer restrição, e, não somente por uma minoria, e sim por todos os cidadãos, em igualdade de condições, independentemente de raça ou classe social, este sim, é o espírito da garantia constitucional que se almeja alcançar.

O acesso à justiça, mais do que um princípio, constitui a síntese de todos os princípios e garantias do devido processo, seja em nível constitucional ou infra-constitucional, seja em sede legislativa, doutrinária ou jurisprudencial.¹⁸

Os princípios jurídicos, embora não prevejam sanção, constituem o norte do intérprete quando da aplicação do direito ao caso concreto, pois são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹⁹

Avançando no tema, Nelson Nery Junior²⁰ sustenta que, pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional “adequada”, sem a qual estaria vazio o princípio. Constitui, pois, em um direito público subjetivo exercitável inclusive contra o Estado, que não pode recusar-se a prestar a tutela jurisdicional.

A Convenção Européia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, já reconhecia expressamente no artigo 6º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro do prazo razoável, é inacessível.

Tem-se, pois, que o acesso à justiça, diz com o recebimento da tutela jurisdicional pelo cidadão, ou seja, não basta apenas a viabilização do ingresso à via judiciária, mas, e principalmente, o efetivo recebimento da justiça e do direito pleiteado.

¹⁶ A legislação italiana já inovou, através do artigo 375 do Código de Processo Italiano, alterado pela Legge Pinto de 24/05/2001, prevendo expressamente a justa reparação em caso de violação do prazo razoável de duração do processo.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Brian. Acesso à Justiça. Título do original: *Access to Justice: The Worldwide Movement to make rights effective*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Fabris. 1988, p. 8.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12 ed. São Paulo. Malheiros. 2005. P. 25/26.

¹⁹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Malheiros Editores Ltda, 2009, pg. 183.

²⁰ NERY JR., Nelson. Princípios do processo Civil na Constituição Federal. 9. Ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 172.

2. OS DESAFIOS AO PLENO EXERCÍCIO

2.1. OS OBSTÁCULOS À EFETIVIDADE DA GARANTIA

Não obstante a importância da garantia que emerge no Estado democrático de direito, muitos ainda são os entraves para que se possa falar em exercício pleno do acesso à justiça.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth²¹ já percebiam a dificuldade no acesso à via judiciária sob o aspecto da efetividade dos direitos sociais e da racionalização e controle do aparato governamental de atuação para efetivação destes direitos e que muitos problemas estavam inter-relacionados e que a tendência a melhorar de um lado poderia exacerbar barreiras por outro.

Entendiam eles que as custas judiciais, compreendidas nelas os honorários advocatícios e o tempo de litígio, eram importantes limitadores ao acesso.

E mais, que, não raras vezes, os custos processuais inviabilizavam o próprio exercício de um direito, em especial pelas classes economicamente menos favorecidas, o que se verificava ainda com mais frequência nas causas de pequeno valor.

Também, vislumbravam dificuldade na defesa dos interesses difusos fragmentados ou coletivos, já que, por vezes, o prêmio para se buscar individualmente a correção, é ínfimo para induzir a ação.²²

É de se lembrar que, não raras vezes, em face da pequenez do bem jurídico violado, quase sempre o ofendido, em especial das classes menos favorecidas, se vê obrigado a renunciar ao próprio direito por entender que o eventual exercício poderá lhe trazer mais prejuízo do que benefício.²³

É a hipótese, por exemplo, dos denominados micro-direitos, como ensina Sérgio Gilberto Porto,²⁴ que em face de sua ínfima repercussão individual, dificultam ações isoladas, pois o custo processual não raras vezes é mais gravoso do que suportar a violação do direito.

Nessa hipótese, o titular do direito violado culminaria por não buscar o que lhe seria de direito, por entender, normalmente com razão, de que os custos que teria de suportar seriam tais, que não justificariam a propositura da ação.

José Joaquim Gomes Canotilho²⁵ lembra, por sua vez, que o Estado de direito presta aos indivíduos um bem escandalosamente distribuído de forma desigualitária nas sociedades contemporâneas, qual seja, “o direito de acesso ao direito, o direito de conhecer e reclamar os seus direitos”, pois os estudos sociológicos demonstram que as prisões estão cheias de minorias que não sabem e, se sabem, não conseguem defender os seus direitos.

²¹ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Brian. Acesso à Justiça. Título do original: Access to Justice: The Worldwide Movement to make rights effective. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Fabris. 1988, p. 31.

²² CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Brian. Acesso à Justiça. Título do original: Access to Justice: The Worldwide Movement to make rights effective. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Fabris. 1988, p. 26.

²³ PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Acesso à Justiça: Inestimável Garantia Constitucional. Revista Bonijuris. Março 2010. P. 26.

²⁴ PORTO, Sérgio Gilberto & USTARROZ, Daniel. Lições de direitos fundamentais no processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. P. 43.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Editora. Gradiva. 1999. P. 70/72.

Conforme Canotilho, a defesa do direito repousa sobre um conjunto de garantias processuais e procedimentais que fazem delas uma das manifestações mais conhecidas do Estado de direito.

Mas não basta apenas a previsão legal e constitucional, se a efetividade do exercício da garantia e do direito é negada ao cidadão, sendo, pois, imperioso, o compromisso de que o pleito será apreciado e julgado pelo Poder Judiciário em tempo hábil, que não inviabilize seu próprio exercício.

Assim, que o movimento de acesso à justiça se concentrou nos obstáculos enfrentados por grandes grupos populacionais de excluídos para chegar à justiça, agrupando-os em econômico, pelo qual as pessoas não tem acesso, em decorrência de sua baixa remuneração; organizativo, pelo qual os interesses coletivos ou difusos não são eficazmente passíveis de tutela; e processual, pelo qual os procedimentos tradicionais são ineficazes para contemplar esses interesses.²⁶

Para Mauro Cappelletti,²⁷ o problema do acesso se apresenta sob dois aspectos principais, quais sejam, o fato de que a efetividade dos direitos sociais não deve ficar apenas nas declarações meramente teóricas, mas sim atuar efetivamente sobre a situação econômico-social dos indivíduos, pelo que demanda um grande aparato governamental de atuação e, por outro, também a busca de formas e métodos, muitas vezes novos e alternativos aos tradicionais, para a racionalização e controle de tal aparato, bem como, para a proteção contra os abusos que ele mesmo pode acarretar direta ou indiretamente.

Fato é que, muitos dos entraves colocados no passado, ainda permanecem na atualidade, em maior ou menor grau, tendo sido acrescido a eles, fatores outros, talvez nem tão evidentes, mas que culminam no grave cerceamento da cidadania e da tutela jurisdicional.

2.2. A SOLUÇÃO: A NECESSIDADE DO CUMPRIMENTO CONSTITUCIONAL

Extremamente atualizada a doutrina de Mauro Cappelletti e Bryant Garth²⁸ que, já então, vislumbravam a solução para o acesso à justiça, basicamente, na devida e efetiva prestação de assistência judiciária aos pobres e na diminuição dos custos processuais, na representação jurídica para os direitos difusos e no enfoque de acesso à justiça, as denominadas três ondas do movimento para acesso à justiça.

No Brasil, a solução seria o cumprimento dos mandamentos constitucionais.

²⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito; Título original: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho. Bruno Miragem, tradução; Cláudia Lima Marques, notas – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. P. 234 e ss.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça como programa de reformas e método de pensamento. Traduzido por Hermes Zanetti Junior. Revista Brasileira de Direito Processual. Ano 16. N. 61. Jan/mar. 2008. Belo Horizonte. Editora Forum. P. 165.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Brian. Acesso à Justiça. Título do original: Access to Justice: The Worldwide Movement to make rights effective. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Fabris. 1988, p. 31.

A Constituição Cidadã de 1988, com as suas subseqüentes emendas, inegavelmente, através de sua extensa e detalhada previsão,²⁹ em muito viabilizaria o exercício da garantia constitucional de acesso à justiça, desde que restasse devidamente cumprida em sua integralidade.

Entretanto, muitas das garantias e fundamentos constitucionais são olvidados pelo operador de direito ou, ainda minorados, sob o manto da proporcionalidade e da razoabilidade, restando, não raras vezes, sacrificados com fulcro em teorias justificadoras como, por exemplo, a famigerada reserva do possível.³⁰

Note-se que de uma leitura atenta conclui-se facilmente que o Estado é devedor do cidadão, na medida em que não cumpre com os mandamentos constitucionais acarretando não somente a dificuldade no acesso à justiça, como também o entupimento das vias judiciais pela inevitável judicialização dos direitos.

O Estado transfere a responsabilidade pela administração dos recursos financeiros e orçamentários, e em especial daqueles que seriam ou deveriam ser a destinados à saúde, ao Poder Judiciário, já tão inflado com demandas outras, que por vezes igualmente decorrem de gritante desrespeito aos direitos fundamentais.³¹

Juarez Freitas³² refere que o direito à prevenção estatui que a administração pública, ou quem faça as suas vezes, na certeza de que determinada atividade implicará dano injusto, se encontra na obrigação de evitá-lo, desde que no rol de suas atribuições de competência e possibilidades orçamentárias. Trata-se do agir preventivamente, em consonância com o conhecimento dominante na época da decisão com referência ao evento danoso em grau de certeza.

Já pelo Princípio da Precaução,³³ conforme o mesmo Autor, a obrigação se dá quanto às medidas antecipatórias e proporcionais mesmo nos casos de incerteza de resultados temidos, frente a um juízo de verossimilhança, de probabilidade

²⁹ Principalmente se comparada com a Constituição dos Estados Unidos da América.

³⁰ Pela Teoria da Reserva do Possível sustenta o Estado, em síntese, que as políticas públicas devem ser executadas na medida da disponibilidade financeira. Mas quando haveria disponibilidade financeira? Será que, de fato não há disponibilidade financeira?

Analisando um caso concreto, o Desembargador Rui Portanova (Agravo de Instrumento Nº 70035867712, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 22/04/2010) se utilizando de dados extraídos do site do Conselho Estadual de Saúde (<http://somosgibt.blogspot.com/2010/03/conselho-estadual-de-saude-pede.html>) ao fundamentar acórdão de sua lavra, afirma que do ponto de vista de justiça é difícil compreender o critério utilizado pelo Estado do Rio Grande do Sul para aplicação da verba destinada à saúde e enfatiza que com perda da redundância, o objetivo principal da "saúde é a saúde das pessoas".

³¹ No Rio Grande Sul, em Porto Alegre, a judicialização da saúde, tomou proporções tais, que culminou na criação da 10ª Vara da Fazenda Pública especializada em tratamento de saúde e fornecimento de medicamentos. Localizada, atualmente, no Foro Regional da Tristeza, a citada Vara possui difícil acesso às pessoas carentes que, por vezes necessitam usar vários transportes coletivos para chegar ao destino e, por exemplo, sacar eventual valor bloqueado das contas do Estado para o fornecimento de medicamento, negado administrativamente e reiterado judicialmente, sob o fundamento da famigerada reserva do possível.

O custo com a judicialização da saúde, a par dos prejuízos evidentes pelo não fornecimento de tratamento médico e medicamento, é imensurável, pois envolve não somente aqueles evidentes despendidos pelo Poder Judiciário, mas também, do próprio Poder Executivo, que tem de arcar com o custo de todo um aparato destinado a postergar o exercício dos Direitos Constitucionais à Vida e à Dignidade Humana. É de se questionar até que ponto o caos da saúde poderia ou pode ser evitado a par do respeito pela Administração Pública aos Princípios Constitucionais da Prevenção e da Precaução.

³² FREITAS, Juarez. O Controle dos Atos Administrativos. 4ª Ed. Malheiros, 2009, p. 138/139.

³³ FREITAS, Juarez. O Controle dos Atos Administrativos. 4ª Ed. Malheiros, 2009, p. 140/143.

de, pois há omissão antijurídica, em caso de inobservância, o que gera, portanto, direito à respectiva indenização pelo Estado.

Na verdade, como observa Herbert Hart,³⁴ no direito anglo-americano, através do *due care*, ou do padrão da devida precaução, sanções civis e até mesmo, mas, com menos frequência, criminais podem ser aplicadas aos que deixam de tomar precauções razoáveis para evitar infligir danos físicos a outras pessoas.

De outra banda, na medida em que o Estado empurra o cidadão ao Judiciário para obter o direito constitucionalmente garantido e violentamente negado, necessário se faria o fortalecimento das Instituições que viabilizem o acesso, como é o caso da Defensoria Pública³⁵ que, através do artigo 134, é reconhecida como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Entretanto, é ainda inoperante, em muitos Estados³⁶ o próprio reconhecimento da Instituição e a valorização na forma do mandamento constitucional, na medida em que não reconhece a autonomia financeira ou, se reconhece, os repasses orçamentários são muito aquém das necessidades financeiras para estruturação na forma almejada pela Constituição Federal.

Veja-se, sobre o tema, o elogio e a crítica do Prof. José Carlos Barbosa Moreira:³⁷

O art. 134 da Constituição federal individualiza o órgão a que incumbe, além da “orientação jurídica”, “a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”: tais atribuições estão confiadas à Defensoria Pública, a que o texto dá a honrosa qualificação de “instituição essencial à função jurisdicional do Estado”. Lamentavelmente, o poder público nem sempre se mostra solícito em prover o órgão dos meios necessários ao desempenho cabal de sua elevada função e em assegurar aos defensores públicos condições de trabalho compatíveis com suas responsabilidades.

A previsão do inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal de assistência judiciária integral e gratuita, compreende, além da assistência judiciária, também, a gratuidade de todas as custas e despesas, judiciais ou não, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo.³⁸

³⁴ HART, H. L. A. O Conceito de direito. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2009, p. 171/172.

³⁵ Paulo Cesar Ribeiro Galliez defende que a exemplo do que ocorre com a magistratura em relação à jurisdição e o Ministério Público em face da ação penal, pode-se afirmar que a Defensoria Pública detém a indisponibilidade da defesa da cidadania (GALLIEZ, Paulo César Ribeiro. Princípios institucionais da defensoria pública. 4 Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010, p. 49).

³⁶ É Caso, por exemplo, do Estado de Santa Catarina, que, em Junho de 2010, ainda não havia viabilizado concurso para ingresso na Instituição da Defensoria Pública do Estado, em desrespeito ao artigo 134 da Constituição Federal. A Itália, ao contrário da Argentina e do Brasil, não dispõe da Instituição da Defensoria Pública.

³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual. 8 Ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2004, p. 21/22.

³⁸ ASSIS, Araken de. Garantia de Acesso à Justiça: Benefício da Gratuidade. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. Vários colaboradores. Garantias Constitucionais do Processo Civil, homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1999, p. 11.

Há casos, outros, que dependem ainda de interpretação judicial ativista da garantia constitucional, como no caso da exigência de depósito prévio recursal e de depósito de valor para propositura de ação declaratória ou anulatória de débito fiscal ou ação rescisória,³⁹ mas que são solucionados pela interpretação principiológica coerente com a Constituição Federal vigente.

As garantias fundamentais e os instrumentos constitucionalmente previstos para consecução destes direitos têm possibilitado a evolução do judicial activism explicada por Riccardo Guastini⁴⁰ para afastar obstáculos que ainda pairam sobre o acesso à justiça.

A jurisprudência brasileira, através de decisões inovadoras, vem paulatinamente afastando entraves ao acesso à justiça, tais como, reconhecendo a impossibilidade de exigência de depósito prévio recursal e a possibilidade de revisão do mérito administrativo em respeito aos direitos fundamentais.

A previsão dos remédios constitucionais, da ação civil pública com legitimidade estendida além do Ministério Público, também à Defensoria Pública, da assistência judiciária aos necessitados, abrangendo custas, honorários e despesas, inclusive extrajudiciais, da defesa do consumidor, juizados especiais, e vários outros dispositivos, com certeza, em muito tem contribuído para o pleno exercício da cidadania.

Há entraves, outrossim, que ainda permanecem, em especial no que se refere ao formalismo excessivo que por vezes impede a própria cognição do direito material pleiteado. Mas tal, igualmente, poderia ser solucionado com a interpretação à luz da Constituição Federal.

É o caso, por exemplo, citado por Daniel Mitidiero⁴¹ ao lembrar que a eventual formação deficiente do instrumento do agravo é usado reiteradamente, na interpretação literal do dispositivo processual, para fundamentar o não conhecimento deste recurso, quando, a irregularidade poderia ser sanada através da simples abertura do prazo à parte insurgente para regularização do expediente, ou ainda, por simples ofício ao juízo de origem, a fim de esclarecer nos autos originais eventual dúvida exurgente da formação recursal.

Como preleciona Sérgio Gilberto Porto,⁴² uma das variantes do acesso à justiça é a própria garantia-dever da inafastabilidade de controle jurisdicional, ou seja, a inviabilidade de se pôr obstáculos ao cidadão em buscar seu direito junto ao Poder Judiciário.

³⁹ Nelson Nery Junior entende que o depósito de 5% sobre o valor da causa, exigido como condição de procedibilidade para ajuizamento da ação rescisória, na forma do inciso II do artigo 488 do Código de Processo Civil, não feriria o princípio do direito de ação, pois a lide já teria sido apreciada pelo Poder Judiciário e sobre ela pesaria a autoridade da coisa julgada. (NERY JR., Nelson. Princípios do processo Civil na Constituição Federal. 9. Ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 179)

⁴⁰ GUASTINI, Riccardo. Teoria e Ideologia da Interpretação constitucional. Tradução de Henrique Moreira Leites. Revista Interesse Público n. 40. pg. 237.

⁴¹ Palestra proferida no Congresso Internacional de Direito Processual Civil em homenagem ao Prof. José Marisa Rosa Tesheiner, em 11 de Junho de 2010, na PUCRS.

⁴² PORTO, Sérgio Gilberto & USTARROZ, Daniel. Lições de direitos fundamentais no processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. P. 49.

Assim que Daniel Mitidiero⁴³ proclama que o formalismo do direito tem de se adequar aos instrumentos pelos quais o Estado busca realizar os fins sociais, assegurando o império do direito, e que a sua supremacia constitui aspecto substancial do estado constitucional.

Nesse sentido, Vittorio Denti:⁴⁴

La semplificazione delle forme processuali rappresenta indubbiamente un mezzo per rendere il processo piú facilmente accessibile ai soggetti meno culturalmente dotati, e quindi per consentire loro di ottenere una giustizia piú rápida e meno costosa.

Não é por acaso que o direito suíço, na falta de dispositivos de garantia processual explícitos, tem extraído, através da jurisprudência daquele País, desde 1955, com base no artigo 4º⁴⁵ da Constituição Federal, assegurador de igualdade, que o formalismo excessivo é vislumbrado como denegação de justiça se não imposto para proteção do direito.

A própria duração exagerada de um processo judicial constitui em si, um entrave à prestação jurisdicional, pois é inegável que a demora em dizer o direito, constitui, não raras vezes em uma justiça não prestada.

Comentando o dispositivo constitucional suíço, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:⁴⁶

Combatem-se, dessa forma, os atos judiciais arbitrários, assim considerados aqueles não baseados em argumentos sérios e objetivos, sem nenhum sentido ou finalidade razoável ou que realizem distinção não amparada nos fatos da causa.

Na Itália, cabe salientar, o artigo 375 do Código de Processo Italiano, restou alterado pela *Legge* Pinto de 24 de maio de 2001, prevendo expressamente a justa reparação em caso de violação do prazo razoável de duração do processo, na forma do artigo 111 da Constituição Federal Italiana, *verbis*: “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*”.⁴⁷

Comentando e elogiando o dispositivo constitucional italiano, Luigi Paolo Comoglio:

Grazie Allá nozione del “giusto processo”, finalmente, non si potrà piú fare a meno dell’apporto ermeneutico, dato dalle Corti europee di giustizia all’elaborazione delle garanzie del processo “equo” (apporto che, sino ad oggi, è stato consi-

⁴³ MITIDIERO, Daniel, Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

⁴⁴ DENTI, Vittorio. *Processo Civile e Giustizia Sociale*. Edizioni di Comunità. 10. 1971, p. 56.

⁴⁵ Art. 4º da Constituição da Suíça: “Touslessuisseonégauzdevantloai. Il n’y a em Suisse nisujets, niprivilèges de lieu, de naissance, de personnes ou de familles.”

⁴⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo. 4 Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 210, p. 254/255.

⁴⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, Flávio Luiz Gomes. *Teoria Geral do Processo Civil*. 5 Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 55.

derato quase sempre in modo tiepido ed ocasionale dalla stessa Corte costituzionale). Quella elaborazione europea di garanzie e di principi oggi, dunque, costituisce più che mai un punto di riferimento essenziale e imprescindibile, per l'interpretazione del "giusto processo" e delle sue componenti minime.

No Brasil, eventuais prejuízos pelo retardo na prestação judicial ou no impedimento do acesso à justiça, poderiam ser sanados apenas através da interpretação do parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal, aplicando-se a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Vê-se, pois, que o asseguramento do acesso às vias judiciais, não diz somente quanto à entrada no sistema judiciário, mas e, principalmente, quanto à entrada e saída, ao resultado final da demanda e obtenção do direito pleiteado pelo indivíduo.⁴⁸

Assim, é que, no Brasil, o simples cumprimento dos mandamentos constitucionais vigentes reduziria em grande parte os entraves e obstáculos para o exercício da cidadania, possibilitando através do acesso pleno e efetivo, o recebimento em tempo razoável, pelo cidadão, da almejada justiça, pois, conforme uma visão Hegeliana explicada por Norberto Bobbio, uma Constituição não é e nem poderia ser imposta, ela é fruto dos costumes e do espírito de um povo,⁴⁹ devendo por isso ser respeitada e devidamente cumprida.

CONCLUSÃO

É inegável a imprescindibilidade do acesso à justiça, como a mais básica garantia social, pela qual é viabilizado também o exercício das demais garantias e direitos previstos no ordenamento jurídico.

Mas, o acesso à justiça buscado é aquele que conta com o recebimento da tutela jurisdicional pelo cidadão em prazo razoável.

Não basta apenas a viabilização do ingresso à via judiciária, mas, e principalmente, o efetivo recebimento da justiça e do direito pleiteado em tempo hábil, em prazo razoável.

Fato é que, os obstáculos do passado, infelizmente ainda persistem na atualidade, mas não somente no ordenamento jurídico brasileiro.

No caso do Brasil, entretanto, percebe-se que os entraves decorrem basicamente da violação e descumprimento dos mandamentos constitucionais, não somente pelo Poder Público, mas também pelo intérprete e aplicador da lei.

⁴⁸ OLIVEIRA, Pedro Miranda. Concepções sobre Acesso à Justiça. Revista Dialética de Direito Processual n. 82. Janeiro 2010. P. 47.

⁴⁹ "Segundo Hegel, a vontade racional do Estado se expressa juridicamente através da lei, a qual é 'aquilo que é em si direito, quando é posto em sua existência objetiva', isto é, é a fonte por excelência do direito positivo." (Bobbio, Norberto. Estudos sobre Hegel direito, sociedade civil, estado. 2 Ed. Editora Brasiliense. P. 105\106).

Destarte, vislumbra-se, pois, que a Constituição Federal viabilizaria a remoção de praticamente todos os entraves ao acesso e efetivo recebimento da Justiça pelo cidadão titular do direito pleiteado, bastaria apenas ver o cumprimento constitucional efetivo.

Esta é a única forma que se pode imaginar em um Estado que se diz democrático de direito, qual seja, que viabilize o exercício da cidadania e justiça social através do fornecimento de meios para garantir a todos os cidadãos o pleno acesso à justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Garantia de Acesso à Justiça: Benefício da Gratuidade*. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. Vários colaboradores. *Garantias Constitucionais do Processo Civil, homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1999.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Malheiros Editores Ltda. 2009.

BOBBIO, Norberto. *Estudos sobre Hegel direito, sociedade civil, estado*. 2 Ed. Editora Brasiliense.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Editora. Gradiva. 1999.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Brian. *Acesso à Justiça*. Título do original: *Acess to Justice: The Worldwide Movement to make rights effective*. Tradução de Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre. Fabris. 1988, p. 31.

-----, *Costituzionalimo moderno e ruolo del potere giudiziario nelle società contemporanee*. *Revista de Processo*. Outubro-dezembro 1992. Editora Revista dos Tribunais. N. 68. Ano 17.

-----, *O acesso à justiça como programa de reformas e método de pensamento*. Traduzido por Hermes Zaneti Junior. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Jan/mar. 2008. Belo Horizonte. Editora Forum. Ano 16. N. 61

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Título original: *L'Etat post-moderne*. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 206/207.

DENTI, Vittorio. *Processo Civile e Giustizia Sociale*. Edizioni di Comunità. 10. 1971.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12 ed. São Paulo. Malheiros. 2005.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos*. 4ª Ed. Malheiros, 2009.

GALLIEZ, Paulo César Ribeiro. Princípios institucionais da defensoria pública. 4 Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010.

GUASTINI, Riccardo. Os Princípios Constitucionais como Fonte de Perplexidade. Interesse Público. Maio/jun/99. Belo Horizonte: Forum, 2009. Ano 11, n. 55.

HART, H. L. A. O Conceito de direito. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2009

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. tradução João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito; Título original: Teoría de ladección judicial: fundamentos de derecho. Bruno Miragem, tradução; Cláudia Lima Marques, notas – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel, Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Editora São Paulo. 22ª Edição. 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual. 8 Ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2004.

NERY JR., Nelson. Princípios do processo Civil na Constituição Federal. 9. Ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo. 4 Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Pedro Miranda. Concepções sobre Acesso à Justiça. Revista Dialética de Direito Processual n. 82. Janeiro 2010.

PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 7 Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2008.

PORTO, Sérgio Gilberto & USTARROZ, Daniel. Lições de direitos fundamentais no processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

RIBEIRO, Ludmila. A emenda constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. Revista da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas 8. São Paulo.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, Flávio Luiz Gomes. Teoria Geral do Processo Civil. 5 Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Il diritto mite. Legge, Diritti, Giustizia. Torino: Giulio Einaudi Editore, 1992.