XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

POLÍTICA JUDICIÁRIA E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

CLAUDIA MARIA BARBOSA

FREDERICO DA COSTA CARVALHO NETO

ROGÉRIO GESTA LEAL

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
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

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P762

Política judiciária e administração da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Claudia Maria Barbosa, Frederico da Costa carvalho Neto, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-062-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Política judiciária. 3. Administração. 4. Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

POLÍTICA JUDICIÁRIA E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Apresentação

Ronald Dworkin, importante filósofo do direito contemporâneo e professor catedrático da Universidade de New York, lançou em 2006, um texto chamado Is Democracy possible here?, discutindo uma série de questões, dentre as quais, terrorismo e Direitos Humanos, religião e dignidade, impostos e legitimação e, finalmente, o último artigo trata do tema das condições e possibilidades da Democracia em seu país.

Tendo por cenário de fundo as discussões que se davam entre liberais e conservadores envolvendo o governo Bush (filho), e as radicalizações de posturas ideologicamente postas de cada qual, Dworkin chama a atenção para o fato de que os interesses da comunidade estão sendo cada vez mais deixados de lado, até porque, em tais cenários, o interesse de ambos os principais partidos eleitorais vem sendo o de: how to win a majority, if only barely, in what was presumed to be a closely split and highly polarized electorate.

O efeito no eleitorado disto é que ele não sabe diferenciar com nitidez o que diferencia a proposta dos partidos e candidatos, uma vez que estão bombardeados por ações de comunicação, propaganda e publicidade voltadas à conquista do voto, independentemente de sua qualidade ou fundamento. É interessante como tais situações vão gerando, por sua vez, a univocidade identitária artificial e casuística do fenômeno político, fragilizando as distinções entre esquerda e direita por exemplo, e colocando todos os atores da arena política como que compromissados com as mesmas demandas sociais (que também sofrem homogeneização forçada, e passam a ser de todos).

De certa forma este marasmo político foi fator importante na campanha vitoriosa de Barack Obama, na medida em que suas propostas de governo foram construídas sob plataformas distintivas do que até então vinha sendo feito, saindo do status quo vigente que Starr chama de centrismo brando e confuso (bland and muddled centrism).

Sem sombra de duvidas que Dworkin está certo ao afirmar que o tema dos Direitos Fundamentais hoje - mesmo nos EUA - carece de uma preocupação cívica importante, notadamente em face dos poderes instituídos, e mais especialmente no âmbito parlamentar, eis que os legisladores em regra tratam destes pontos com níveis de ambigüidade e falta de decisão muito grande, dizendo: as little as possible except in subliminal codes meant secretly to energize important groups.

Esquece-se desta forma que a verdade é a melhor referência que se pode ter para tratar disto tudo, todavia, na realidade americana, ela parece estar obsoleta, pelo fato de que: politicians never seek accuracy in describing their own records or their opponents'positions. Em verdade, o sistema político baseado na lógica do mercado, transforma-se em mais um produto de consumo caro e acessível somente aqueles que têm condições de financiá-lo. Tal financiamento, todavia, representa mais do que acesso, mas controle do sistema político, em outros termos, in politics money is the enemy not just of fairness but of real argument.

Os níveis de baixaria e agressões nas campanhas políticas contam com apelos midiáticos de espetáculo e diversão, transformando o processo eleitoral em programas de auditório divertidos, como se não tratassem de problemas da vida real (Reason isn't everything, after all, and emotion, of the kind American elections specialize in, has an important place in politics) .

Será que esta fragilidade do sistema parlamentar e representativo não é insuficiente para se pensar as fragilidades da Democracia? Não há outros modelos de participação política (mais direta e presentativa) que possam criar alternativas aos déficits sociais e institucionais da Democracia contemporânea?

Reconhece Dworkin que o critério majoritário da deliberação política não é o único nem o mais importante na experiência Ocidental, eis que, muitas vezes, a vontade das maiorias não garante resultados justos e mais eficientes ao interesse público (que não é só o majoritário), gerando vários níveis de injustiça às minorias ou mesmo ignorando demandas de minorias. Quais os níveis de injustiça que uma Democracia suporta?

Daqui que um segundo modelo de Democracia opera com a idéia de que ela significa o governo de cidadãos que estão envolvidos como grandes parceiros numa empreitada política coletiva, no qual as decisões democráticas só o são na medida em que certas condições estão presentes para os fins de proteger o status e os interesses de cada cidadão.

No campo da pragmática e do cotidiano, o que se pode perceber é uma total falta de interesse pelos temas políticos e sociais, mesmo os relacionados a direitos civis são objeto de manejo muito mais para o atendimento de interesses privados do que públicos, e na perspectiva majoritária isto se agrava ainda mais, na medida em que as deliberações políticas só levam em conta quem participa e como participam no plano formal do processo político, ou seja, democracy is only about how political opinions are now distributed in the community, not how those opinions came to be formed.

Dworkin lembra que no modelo da democracia como conjunto de parceiros a perspectiva se diferencia, fundamentalmente porque opera com a lógica da mutua atenção e respeito enquanto essência desta matriz, sabendo que igualmente isto não faz parte das tradições e hábitos americanos, principalmente no cotidiano das pessoas e em suas relações com as outras. Registra o autor que: We do not treat someone with whom we disagree as a partner - we treat him as an enemy or at best as an obstacle - when we make no effort either to understand the force of his contrary views or to develop our own opinions in a way that makes them responsive to his.

Claro que em tempos de guerra e desconfianças mutuas as possibilidades de tratamento do outro com respeito se afigura escassa, o que não justifica a paralisia diante de situações que reclamam mudança estrutural e funcional, sob pena de comprometimento não somente das relações intersubjetivas, mas das próprias relações institucionais em face da Sociedade.

Em verdade, e é o próprio autor que diz isto, a concepção majoritária de democracia não leva em conta outras dimensões da moralidade política - resultando dai que uma decisão pode ser democrática sem ser justa -, enquanto que na perspectiva da democracia entre parceiros estão presentes outras considerações que meramente as processuais/formais, reclamando uma verdadeira teory of equal partnership, na qual se precisa consultar questões como justiça, igualdade e liberdade de todos os envolvidos. So on the parthership conception, democracy is a substantive, not a merely procedural ideal.

Dai que também não resolve ter-se um super-ativismo por parte da sociedade civil na direção de propugnar por uma democracia que venha a produzir decisões políticas substanciais de preferências seletivas majoritárias, porque novamente interesses contra-majoritarios podem ser violados de forma antidemocrática.

Em face também disto é que Dworkin identifica a migração da batalha sobre a natureza da democracia e sua operacionalidade à Suprema Corte, outorgando-se a si própria legitimidade para declarar atos de competência originária de outros poderes, isto em nome, fundamentalmente, de que a Constituição Americana limita os poderes das políticas majoritárias ao reconhecer direitos individuais - e de minorias - que não podem ser violados. Um pouco é nesta direção a critica no sentido de que os juízes estariam inventando novos direitos e colocando-os dentro da Constituição como forma de substituir as instituições representativas e democráticas por seus valores pessoais ou de quem representam.

Num caso específico envolvendo um jovem hospitalizado em estado terminal na Flórida, e vivendo somente com aparelhos, como conta Dworkin, sua família autorizou, com permissão

judicial, o desligamento destes aparelhos porque isto evitaria maior sofrimento e a sua situação clínica e orgânica era irrecuperável. Imediatamente a reação do Congresso na sua maioria republicana foi feroz contra a decisão judicial, chegando inclusive a criar norma específica no sentido de que isto não poderia ocorrer até a decisão transitar em julgado. Alguns republicanos chegaram a prestar declarações ofensivas ao Poder Judiciário, dizendo estar ocorrendo verdadeira insubordinação em face do que o Parlamento decidira, pois: Once Congress had made its Will known, it was the duty of judges to execute that Will because Congress is elected by and represents the majority of the people.

O problema é que esta discussão está entrincheirada ainda em pequenos círculos de poder e de instituições já organizadas no mercado e nas relações sociais, não se podendo extrair daqui ao menos para o Brasil e mesmo para os EUA reflexos na opinião pública geral; ao contrário, pela reflexão de Dworkin, com o que concordo no ponto, a opinião pública sobre a natureza da democracia (que é o que está envolvido nesta discussão) depende muito mais do que os sujeitos que a representam acreditam serem os melhores meios e formas de conseguirem seus objetivos, sem envolver necessariamente preocupações com os impactos e efeitos que isto pode acarretar ao interesse público da comunidade.

Desta forma, a regra majoritária de deliberação política divorciada de uma opinião pública qualificada por seus argumentos não assegura maiores níveis de legitimação do que deliberações monocráticas decorrentes de processos de consulta ou discussão pública efetiva. Falha inclusive aqui o chamado Teorema de Condorcet, para o qual a soma quantitativa majoritária das escolhas individuais homogêneas maximiza a chance de que se chegará a resultados democráticos e satisfativos, pois se teria de perguntar: satisfativo para quem? No mínimo - e nem isto está garantido para aquela maior parte quantitativa de indivíduos.

Mesmo a perspectiva de que a regra das escolhas e deliberações majoritárias venham a estabelecer vínculos políticos e institucionais (com parlamentares e partidos), independentemente da forma constitutiva das escolhas/deliberações, não garante tratamento isonômico às escolhas e pretensões contra-majoritárias. Como lembra Dworkin, os temas que envolvem políticas públicas apresentam não raro fundamentos morais de alta complexidade, not strategies about how to please most people.

Por outro lado, o autor americano toca em ponto nodal desta discussão que diz com os déficits democráticos efetivos do modelo da democracia representativa ao menos historicamente -, na medida em que ela opera com o pressuposto equivocado de que há equilíbrios perenes nas bases da representação que a institui:

Political Power also very much differs because some of us are much richer than others, or more persuasive in discussion, or have more friends or a larger family, or live in states where the two great political parties are more evenly divided than where others live so that our votes are marginally more likely to make a real difference. These are all familiar reasons why the idea of equal political power is a myth.

E sem sobras de dúvidas trata-se de um mito este equilíbrio/igualdade política dos poderes públicos instituídos quiçá uma idéia regulativa, a ser permanentemente buscada como forma de compromisso com tal modelo de Democracia. Isto é tão claro que hoje, no Brasil, uma discussão acadêmica e política importantíssima é a do chamado ativismo judicial em face do Legislativo e do Executivo, a ponto de matérias jornalísticas darem conta de que:

Congresso reage a atos do Judiciário. Parlamentares estão descontentes com o que dizem ser interferência do STF.

Insatisfeito com o resultado de julgamentos de temas políticos e desconfiado com as últimas propostas do Supremo Tribunal Federal (STF), o Congresso reagiu, na tentativa de conter a atuação do Judiciário. O deputado petista Nazareno Fonteles, do PI, propôs uma mudança na Constituição que daria ao Congresso poder para sustar atos normativos do poder Judiciário.

Além da nova proposta, deputados tiram das gavetas projetos que podem constranger o Judiciário. As mais recentes decisões do STF - de alterar a aplicação da Lei da Ficha Limpa e de definir qual suplente de deputado a Câmara deve dar posse - reacenderam a animosidade entre os dois poderes. A irritação aumentou com a proposta do presidente do STF, Cezar Peluso, de instituir um controle prévio de constitucionalidade das leis.

As reações do Congresso, do governo e do próprio STF fizeram Peluso recuar. Mas o atrito já estava formado. "Aos poucos, estão criando uma ditadura judiciária no país", disse Fonteles.

Em uma semana, o deputado recolheu quase 200 assinaturas e apresentou uma proposta de emenda constitucional para permitir ao Legislativo "sustar atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa". Atualmente, esse artigo (art. 49) permite a suspensão pelo Congresso de atos do Executivo. A alteração estende a permissão ao Judiciário. "Não podemos deixar o Supremo, com o seu ativismo, entrar na soberania popular exercida pelo Congresso. O Supremo está violando a cláusula de separação dos poderes, invadindo competência do Legislativo", argumentou Fonteles.

A chamada judicialização da política e a concentração de poderes nas mãos dos onze ministros do STF levaram o ex-juiz federal e ex-deputado Flávio Dino (PC do B-MA) a apresentar uma proposta de emenda constitucional acabando com o cargo vitalício dos ministros do Supremo. O projeto, de 2009, ainda está à espera de apreciação por parte da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara. Para Dino, a determinação do STF de aplicar a Ficha Limpa nas próximas eleições e as decisões sobre qual suplente deve dar posse no caso de afastamento do deputado titular reforçam a necessidade de evitar a submissão da política a uma aristocracia judiciária. Na prática, o Supremo decidiu o resultado das eleições, substituindo a soberania popular resume Dino.

Enquanto as propostas de emenda constitucional não entram na pauta, Fonteles conseguiu aprovar a realização de um seminário na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara para discutir a relação entre o Legislativo e o Judiciário. O evento está marcado para a próxima terça-feira.

Afigura-se como muito perigoso o tratamento desta questão nos termos apresentados pelo informe jornalístico, a despeito de que faça parte da estratégia político-parlamentar tensionar com a opinião pública determinados assuntos para ver como ela reage antes da tomada de medidas mais efetivas.

Em verdade, considerando ser a Democracia contemporânea uma tentativa de dar efetividade à idéia de self-government, na qual a soberania popular governa a si própria através de mecanismos de presentação e representação, é a inter-relação entre todos estes mecanismos, com o que Dworkin chama de equal concern, que deve pautar as interlocuções, deliberações e as políticas públicas de governo, isto fundado na premissa de que, though it would compromise my dignity to submit myself to the authority of others when I play no part in the their decisions, my dignity is not compromised when I do take part, as an equal partner, in those decisions. Daí a importância contra-majoritária do exercício do Poder.

Outro ponto polêmico nesta discussão e bem abordado por Dworkin - diz com a compatibilidade, ou não, da existência de direitos individuais que não possam ser submetidos à vontade das maiorias, tal como a religião, por exemplo, isto porque uma compreensão mais cidadã da ordem constitucional republicana e democrática impõe o que o autor americano chama de partnership conception, a qual requires some guarantee that the majority will not impose its will in these matters.

Enfim, todos estes temas estão a envolver este Grupo de Trabalho do CONPEDI, em Política Judiciária e Administração da Justiça, notadamente quando a questão do protagonismo

excessivo de alguns atores do espaço público se destacam - como é o caso do Poder Judiciário, e os textos publicados aqui vão nesta direção também.

Uma boa leitura a todos.

A FLEXIBILIZAÇÃO DE REGRAS PROCESSUAIS PARA O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

THE FLEXIBILIZATION OF RULES OF PROCEDURE FOR THE EFFECTIVE ACCESS TO JUSTICE

Claudia Maria Barbosa
Roger Luiz Paz de Almeida

Resumo

A Constituição brasileira e documentos internacionais reconhecem a essencialidade do acesso à justiça, como condição para o exercício dos demais direitos, cuja proteção depende da sua efetividade. Existem diferentes concepções sobre o acesso à justiça e sobre o que seja justiça, mas é certo que o acesso ao Poder Judiciário é condição necessária, embora não suficiente, para a realização da justiça. O direito de acesso à justiça, nesse sentido, funciona como um sobredireito, por meio do qual torna-se possível, embora não certo, a fruição dos demais direitos tidos por fundamentais. É preciso concebê-lo simultaneamente como um ato, um processo e um trajeto, cujos desafios se prolongam e se renovam no tempo. Como o Poder Judiciário é um meio privilegiado para a garantia do acesso à justiça, e este é uma espécie de sobredireito, justificam-se, em certas circunstâncias e como uma medida de política judiciária, a flexibilização de algumas regras, com o fim de tornar possível a prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Acesso à justiça, Poder judiciário, Sobredireito, Sustentabilidade, Flexibilidade

Abstract/Resumen/Résumé

The Brazilian Constitution and some international conventions recognize the essentiality of access to justice as a condition for the exercise of other rights whose protection depends on its effectiveness. There are different views on access to justice and what justice is, but it is certain that the access to the judiciary is an essential although not enough condition, for the effective adjudication. The right of access to justice, in this sense, works as a kind of metaright, whereby it becomes possible the fruition of other rights regarded as fundamental. So, the access to justice must be conceived as an act, a process and a path whose challenges extend and renew themselves. As the judiciary is a privileged means of ensuring access to justice, and this is a kind of metaright, it is possible, under certain circumstances and as a measure of judicial policy, to make more flexible some procedural rules, in order to make possible the adjudication, having essentially an eye primarily to the effectiveness of the adjudication.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access to justice, Judiciary, Metaright, Sustainability, Flexibility

INTRODUÇÃO

O direito de acesso à justiça está consagrado na Constituição brasileira como um direito fundamental e também em documentos internacionais como um direito humano. Por tratar-se de um direito capaz de tornar possível a garantia de outros direitos, a acesso à justiça pode ser compreendido como uma espécie de *metadireito*, cuja garantia é condição necessária, embora não suficiente, para a realização dos demais direitos assegurados ao jurisdicionado.

No estado contemporâneo a via tradicional para a solução pacífica do conflitos é o Poder Judiciário, por meio do qual o jurisdicionado transfere ao Estado o poder de dizer o direito e, desta forma, oferecer a solução justa para os conflitos que lhes são apresentados. A efetividade do acesso à justiça é contudo, um dos maiores desafios das sociedades atuais, e sua concretização depende de inúmeros fatores, tais como informação, condições socioeconômicas, atendimento a regras formais e materiais, disponibilidade de recursos, infraestrutura adequada, entre outros.

A partir de uma revisão bibliográfica que apresenta diferentes dimensões do direito de acesso à justiça e o caracteriza como um direito humano fundamental, o estudo foca o obstáculo do acesso à justiça aos cidadãos que habitam regiões distantes no país, as quais não possuem a infraestrutura mínima necessária para a simples demanda em juízo. Nesses locais o sistema de justiça não é efetivo porque, entre outras razões, não existe o funcionamento regular das chamadas funções essenciais à justiça. Nessas condições, e baseado em uma concepção estendida e material de acesso a justiça, o estudo, bibliográfico, defende a necessidade e possibilidade de flexibilizarem-se regras procedimentais, de forma a tornar a prestação jurisdicional possível e realizar o direito essencial e fundamental, sem o qual tornam-se frágeis os demais direitos. Esta flexibilização deve ser medida de política judiciária, assentada justamente na necessidade de garantia e efetividade do direito de acesso à justiça. Sua justificação é justamente a essencialidade deste direito e seu caráter fundamental, que se impõem sobre exigências formas que, ao invés de funcionarem como garantidoras à um direito justo, acabam por tornar inacessível um direito fundamental do cidadão.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E HUMANOS SOBRE ACESSO À JUSTIÇA

O direito de acesso à justiça mostra-se essencial, podendo ser encarado como um requisito fundamental, dos mais básicos dos direitos humanos (CAPELLETTI e GARTH, 1988, p. 12).

O acesso à justiça, no Brasil, é um direito assegurado constitucionalmente no rol de direitos e garantias fundamentais do cidadão, na Carta Magna de 1988. No artigo 5º inciso LXXIV, o direito esta exposto da seguinte forma "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recurso". Assim, nota-se que tamanha é a importância deste direito, que o Estado deve tomar para si a responsabilidade de assegurar que todos tenham acesso, independente dos custos que este acesso poderá gerar.

Corroborando o mandado constitucional, foi editada a Lei nº 1.060 de 05 de fevereiro de 1950, que estabelece as normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados e prevê uma série de itens a serem custeados pelo Estado caso o jurisdicionado não tenha condições de arcar com tais despesas sem seu prejuízo ou de sua família.

Além desta previsão, também se inclui no rol de direitos fundamentais, disposição também constante do artigo 5º, inciso XXXV da Carta de 1988 que determina expressamente que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". De fato, o acesso à justiça constitui um direito fundamental, dotado de obrigatoriedade, garantido constitucionalmente em dispositivo considerado como cláusula pétrea, que não pode ser modificado por eventuais reformas constitucionais. Este dispositivo revela, ainda, um importante avanço ao determinar que este direito não pode ser ameaçado por nenhuma disposição legislativa futura, devendo-se afirmar que não podem haver obstáculos suficientes que justifiquem a não atuação judiciaria no sentido de resolver os conflitos que lhes forem postos. Em situações práticas, esta norma constitucional pode ser aventada para exigir do magistrado que não se furte de resolver a lide que lhe for posta.

No âmbito internacional o direito ao acesso à justiça encontra-se previsto em cartas como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948:

> Artigo VIII: Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.
> Artigo IX: Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.
> Artigo X: Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele

A carta, considerada marco no campo dos direitos humanos ainda traz outros dispositivos sobre o acesso à justiça e garantias processuais, levando ao direito internacional a previsão legal no que se refere ao acesso à justiça.

No mesmo sentido a Convenção Americana de Direitos Humanos (também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica) dispõe que todos "têm direito a uma proteção Estatal dos atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela própria convenção".

No campo internacional, portanto, encontra-se uma proteção genérica ao acesso à justiça vinculado ao acesso ao Poder Judiciário no caso de violação de Direitos e também à informação adequada no que se refere às acusações em geral.

2. CONCEPÇÕES SOBRE A REALIZAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA

Qual o real significado de acessar a justiça? Simplesmente poder demandar uma ação em juízo, ou efetivamente obter uma resposta justa às demandas postas? Existe espaço para a justiça, no sentido da realização do "justo"? Diego Américo Robles, ao discutir a questão do acesso à justiça explica que, costumeiramente, as abordagens referem-se à busca por respostas aos problemas concretos relacionados sem responder à primeira interrogante: o que é acessar a justiça? (2010, p. 28).

O termo "acesso", de acordo com o Dicionário Michaelis, remete à "aproximação, chegada, entrada, admissão, alcance", sendo interpretado no direito de acesso à justiça, a grosso modo, como a possibilidade das pessoas de ingressarem no sistema judiciário estatal para ver um litígio resolvido, ou seja, para obter "justiça" diante de uma situação. O acesso à justiça é fundamental no sentido de que sem ele não é possível chegar a outros direitos. Quando há violações, as quais não se consegue uma resposta que as façam cessar, somente através do acesso à justiça é possível sanear o conflito no seio do Estado Democrático de Direito. No entanto, neste ponto, cabe o resgate sobre algumas questões que envolvem a justiça e a busca por maneiras de atender a esta necessidade social por meio das instituições jurídicas.

Segundo a ideia-núcleo de Hans Kelsen, pautada no positivismo jurídico, no direito deve haver a negação de uma coadunação com aspectos morais. Para o autor, a análise da Justiça não pertence ao campo do Direito, mas da ética e da filosofia, sob a justificativa de que a justiça relaciona-se às normas morais e não às normas jurídicas, uma vez que a designação de uma coisa como justa ou injusta é feita por critérios subjetivos e, portanto, não passíveis de determinação por parte das ciências jurídicas (SCHWARTZ e SANTOS NETO, 2009, p. 32). Por este motivo, Kelsen se posiciona a respeito da impossibilidade de definição de justiça através de um único prisma:

> Comecei este estudo com a interrogação: "o que é a justiça?". Agora, ao chegar a seu fim, me dou conta perfeitamente de que não a respondi (...). Seria mais que presunção de minha parte fazer meus leitores acreditarem que posso alcançar aquilo que não conseguiram os maiores pensadores. A rigor, eu não sei, nem posso dizer o que é justiça, a justiça absoluta, este sonho da humanidade. Devo conformar-me com a justiça relativa: tão somente posso dizer o que é justiça para mim. Para mim, posto que a ciência é minha profissão e, portanto, o mais importante da minha vida, a justiça é para mim aquilo sob cuja proteção pode florescer a ciência e junto com a ciência, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, a justiça da paz, a justiça da democracia, a justiça da tolerância[1]. (KELSEN, 2013, p. 91-92)

Portanto, o posicionamento de Kelsen em afastar o Direito da Moral, analisando-se o conjunto de suas ideias, reside justamente na premissa de que não é possível estabelecer via Direito uma moral ou uma justiça absoluta (também um juízo moral) que seja passível de aplicação generalizada. Ora, o que parece pertinente é a possibilidade de espaços dentro do direito para a aplicação de distintas formas de justiça.

No mesmo sentido se inclina John Rawls, defendendo que o melhor meio de selecionar uma concepção de justiça, já que existem várias no campo da subjetividade, reside na proposta de um contrato social imaginário, considerando-se uma visão utópica (DWORKIN, 1999, p. 233). Uma vez mais a proposição de conceitos caminha pelos trilhos da subjetividade, demonstrando que não é possível uma receita pronta e definitiva na busca por instituições mais justas: é necessário analisar cada contexto de maneira especial.

No entanto, tomando-se em consideração a diversidade de pensamento existente na sociedade e a necessidade desses ajustes diante das especificidades, é necessário ponderar que o direito não pode reduzir-se à lei genérica e abstrata, mas sim, à realização efetiva da Justiça. Jesus Antonio de la Torre defende, neste mesmo entendimento, que para as comunidades tradicionais, por exemplo, a juridicidade não se identifica com as normas, sendo seu componente principal a realização da justiça, expressada como relações harmoniosas no seio da comunidade (DE LA TORRE, 2007, p. 286), remetendo a questão da justiça ao âmbito comunitário. Para o

---

[1] Tradução nossa. No original em espanhol: *"Comencé este studio con el interrogante: "qué es la justicia?". Ahora, al llegar a su fin, me doy perfectamente cuenta que no lo he respondido (...).Sería más que presunción de mi parte hacerles creer a mis lectores que puedo alcanzar aquello que no lograron los pensadores más grandes. En rigor, yo no sé si puedo decir que es justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa: tan solo puedo decir qué es para mí la justicia. Puesto que la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, la justicia es para mí aquello bajo coya protección puede florecer la ciencia y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la toleráncia.*

autor, os dissensos em relação à busca pela justiça através do Direito deveriam ser uma situação há muito superada, devendo a justiça ser buscada não como ideias abstratas, mas como decisões equitativas e dotadas de prudência. Tanto a justiça deve atingir esta finalidade, que o próprio vocábulo "jurisprudência" remete à obrigatoriedade na observância deste requisito para a interpretação das leis (DE LA TORRE, 2007, p. 288).

Para o professor Luis María Palma (2013, p. 31), o acesso à justiça possui uma conotação mais ampla do que o tradicional acesso ao Poder Judiciário, já que o acesso à justiça em si é o exercício do direito que se encaminha para a busca e obtenção de uma solução justa. O foco no acesso à justiça, deve voltar-se para a realização da justiça.

Desde um prisma que privilegia a análise do processo, Ada Pelegrini Grinover (1998) também defende que o acesso à justiça é um direito amplo que está voltado para a solução justa dos conflitos de interesses, sendo o processo no Judiciário, além de um instrumento de jurisdição onde se aplicam as normas legais, um instrumento capaz de produzir decisões conformadas a uma ordem de valores identificada no ordenamento jurídico. Segundo sua análise, o processo civil refere-se não somente à jurisdição, no sentido de poder para exercer o direito, mas também de produção de decisões consideradas justas, segundo os valores jurídicos e sociais postos.

À parte da discussão em torno da realização da justiça, costumeiramente, as discussões sobre o acesso à justiça tendem a permanecer em torno da análise dos instrumentos de acesso e tramitação diante do Judiciário ou mesmo a mera possibilidade ou impossibilidade de demandar ações judiciais. Conforme registra Mauro Cappelletti, a própria expressão "acesso à justiça" é de difícil definição. Porém, o assunto é importante porque deve destacar pelo menos duas questões fundamentais: primeiro, a ideia de que o sistema judiciário deve ser acessível a todos e, segundo, que ele deva produzir resultados justos, dos pontos de vista social e individual (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 8). Portanto, seguindo a ideia do pesquisador, a realização efetiva da justiça deve, sim, ser considerada para fins de construção de um conceito de acesso à justiça, em detrimento das correntes que defendem a construção de um direito completamente apartado da moral.

Desde modo, a ideia deve referir-se, primeiramente, ao acesso à justiça, buscando-se tornar possível o Direito enquanto sistema de regulação social, especialmente levando em conta as dificuldades da sociedade atual. Ora, em todos os âmbitos sociais é necessária a existência de algum nível de sistema de solução de conflitos.

De acordo com Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002, p. 9), o direito à proteção judiciária confundia-se, em muito, com o simples direito de petição visando salvaguardar a direitos de caráter individual, tendência que permaneceu por muito tempo como predominante.

Nesse sentido, o direito de acesso à justiça aparecia como "a possibilidade de fazer uso, como cidadão, dos mecanismos e estruturas do sistema judicial do Estado para a defesa dos direitos legais"[2] (LISTA e BEGALA, 2000, p. 251). No entanto, é patente que este modelo não tinha condições de prosperar diante da desigualdade social existente na sociedade. É necessário, neste ponto, recordar a lição de Bourdieu, para quem o estabelecimento de um espaço judicial implica na criação de uma barreira entre aqueles que dispõem das ferramentas para chegar até ele e entrar no jogo em face daqueles que não as possuem e ficam, por este motivo, excluídos (2000, p. 181).

A superação deste paradigma inicial passa pela construção paulatina da ideia de acesso à justiça que, para Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 35) está dividida em fases: a primeira, refere-se à onda da assistência judiciária. A segunda, trata da onda da representação dos direitos difusos e a terceira fase remete a uma onda da defesa de uma concepção mais ampla de acesso à justiça.

Segundo a classificação dos autores, a primeira onda refere-se ao esforço de incluir as populações mais carentes quanto à possibilidade de utilizar-se das estruturas do judiciário para ver atendidas suas pretensões em juízo, por meio do ingresso de ações judiciais. Esta concepção, sim, volta-se para um movimento visando a efetividade material do direito de petição. Esta fase tratou de estabelecer mecanismos que ampliassem a possibilidade das pessoas para utilização da via judicial de resolução de conflitos.

A segunda onda refere-se à tutela de direitos difusos[3]. Esta fase foi necessária, tendo em vista que durante a primeira, foi dada ênfase para os direitos de ordem individual, tendo sido, assim, relegados a segundo plano os direitos de natureza transindividual, até mesmo tendo em vista os interesses econômicos oponíveis contra este tipo de direitos. Este tratamento do acesso à justiça em segundo plano explica-se pela tradição jurídica em torno dos direitos individuais[4]. No entanto, esta deficiência ficou evidenciada e a necessidade de sua superação acabou configurando esta segunda fase do acesso à justiça.

A última onda, por sua vez, inclui a assistência judiciária aos mais carentes e também a tutela de direitos difusos, mas as tem apenas como requisitos para chegar-se a uma concepção

---

[2] Tradução nossa. Original em espanhol: "la posibilidad de hacer uso, como ciudadano, de los mecanismos y estructuras de l sistema judicial del Estado para la defense de los derechos legales".

[3] Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso (2004), os direitos difusos são interesses "metaindividuais", que, portanto, transpassam a esfera individual, e são caracterizados pela indivisibilidade do objeto, intensa conflituosidade e duração efêmera. Esses direitos diferem-se dos coletivos, onde é possível determinar o grupo que compõe a coletividade.

[4] Sobre esta tradição voltada para os direitos individuais, Carlos Marés de Souza Filho defende que a herança juridical desde o Código de Napoleão, cujo destaque era dado nos direitos de natureza individual (em especial a propriedade). Esta concepção de marco normativo influenciou a todo o ordenamento jurídico construído a partir da modernidade, privilegiando-se o sistema econômico baseado no capitalismo ao invés de outras formas de organização social, especialmente aquelas de caráter coletivo (SOUZA FILHO, 2000, p. 307-334)

mais ampla que permita, além disso, mudanças estruturais complexas para combater a morosidade e a adoção de instrumentos alternativos à jurisdicionalização como a utilização dos institutos da arbitragem, conciliação e mediação como formas alternativas de resolução de conflitos (CAPPELLETTI e GARTH, 2002).

Ou seja, esta terceira vertente trata de resgatar as duas propostas anteriores, porém, sem as limitar em seus âmbitos. Assim, usa-se as propostas como ponto de partida para uma concepção mais ampla, que abarque mais situações que indicam obstáculos para a realização da justiça.

Esta terceira via conduz à ideia de que o direito de acesso à justiça é uma espécie de sobredireito, que visa assegurar e dar efetividade aos demais direitos, realizando desta forma a justiça.

Ainda sobre a vagueza da expressão "acesso a justiça", adverte Bochenek que apesar dos esforços de alguns doutrinadores, este tema necessita superar a imprecisão teórica. No entanto, deve-se destacar que a situação real sobre a construção deste conceito encontra-se bastante vinculada com o acesso ao Judiciário. Afinal de contas, configurou-se um duplo sentido interpretativo para a expressão: no primeiro sentido, situa-se a ideia de que "acesso à justiça" e "acesso ao judiciário", que seriam sinônimas. Já a outra concepção diz respeito a um conteúdo mais amplo, de caráter valorativo, determinando o direito de acesso à justiça como uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. Na segunda concepção, também estaria incluída a primeira, porém não estaria nela esgotada (BOCHENEK, 2013, p. 203).

Ora, não se pretende aqui, desconsiderar a importância desta concepção para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional em prol daqueles que a necessitam, porém, é necessário ponderar que as dificuldades em torno do acesso à justiça não se encontram limitadas somente a essa questão processual. É preciso expor e discutir as dificuldades no processo existente antes de se chegar à efetiva prestação da justiça, ainda que haja meios céleres do ponto de vista processual.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) defendem que o acesso à justiça está composto dos seguintes pontos centrais:

a) o direito de acesso à Justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa; b) são dados elementares desse direito: (1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e ostentada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; (2) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3)

direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características.

Destacando-se outros pontos de vista, analisando-se uma doutrina mais atual sobre a temática, faz-se justo mencionar conceitos que corroboram a concepção de acesso ao judiciário, mas que citam outros aspectos igualmente relevantes para a questão.

Na doutrina nacional, parece predominar nos últimos quinze ou vinte anos, o entendimento de que o acesso à justiça não significa somente ter mero acesso aos tribunais, mas sim, obter concretamente a tutela jurisdicional buscada e, além disso, não importa unicamente em alcançar solução jurisdicional para os conflitos de interesses, mas sim, colocar o ordenamento jurídico à disposição das pessoas outras alternativas como meios para esta solução, a exemplo da mediação e da arbitragem privadas. Significa romper barreiras e introduzir mecanismos de facilitação não apenas do ingresso em juízo, mas também durante todo o desenvolvimento do procedimento jurisdicional, significa redução de custos, encurtamento de distâncias, duração razoável do processo, diminuição de recursos processuais e efetiva participação na relação processual, dentre tantos aspectos que podem ser ressaltados. (PAROSKI, 2006, p. 198) [grifo nosso]

Segundo este conceito, outros elementos voltam à discussão e outros abrem novas portas para a discussão sobre acesso à justiça, destacando-se três deles:

I) A efetividade da justiça: quando o autor defende a obtenção da tutela jurisdicional buscada, está defendendo não somente a concretização do processo, mas o resultado justo para a pretensão levada ao Poder Judiciário, o que faz no mesmo sentido que as análises anteriormente citadas;

II) Disponibilização de formas de resolução de conflitos alternativas previstas no ordenamento jurídico, como a mediação e a arbitragem: A utilização dessas vias poderia reduzir em muito a carga de processos do Poder Judiciário e, com isso, aumentar sua eficiência;

III) Remoção de obstáculos: A terceira questão levantada, por sua vez, refere-se à remoção dos obstáculos para ingresso em juízo e para o melhoramento de todo o procedimento processual, onde estaria incluída a criação de mecanismos procedimentais que visem a celeridade processual, tanto no acesso, quanto no desenvolvimento da lide.

Do ponto de vista material e sistêmico, pode-se definir o acesso à justiça como "a corrente de pensamento que se interroga sobre as condições de passagem de um Estado formal a

um Estado real de direito, onde a causa de alguém seja apreciada pelas cortes e seus tribunais"[5] (BALATE, 1993, p. 215). Trata-se, portanto, da ideia de "tirar o direito do papel" para torna-lo efetivo.

Outro sentido de acesso à justiça a ser considerado é aquele que remete à inclusão das formas de resolução de conflito alternativas, acorde a Sonia Boueiri (2003, p. 227), que defende o conceito como a igualdade de oportunidades para acessar aos recursos jurídicos, sejam formais ou informais que geram, aplicam e interpretam as leis e demais regulações normativas visando impactar de maneira positiva o bem-estar econômico e social das pessoas.

Para os fins a que este estudo se propõe, será dado o devido destaque à concepção mais ampla possível do acesso à justiça e, especialmente quanto à necessidade de romper as barreiras e encurtar as distâncias entre a tutela jurisdicional e aqueles que dela necessitam, bem como destacar a possibilidade de utilização de mecanismos alternativos de resolução dos conflitos em situações em que não se dispõe de uma estrutura adequada para atender às demandas por justiça.

3. PROBLEMAS EM TORNO DO ACESSO À JUSTIÇA

Conforme foi possível observar, deve-se concluir que os problemas relacionados à justiça encontram-se bastante vinculados às condições materiais (socioeconômicas) do cidadão que busca a tutela do Estado (ROBLES, 2010, p. 28), cabendo, no entanto, identificar e sistematizar quais os obstáculos mais recorrentes em relação ao assunto em questão.

Eis a seguir, algumas das principais dificuldades que precisam ser levadas em consideração na construção de um conceito sobre acesso à justiça, inclusive aquelas já constantes de conceitos anteriores:

I) Direito à informação: Num Estado de Democrático de Direito, a qualidade da informação que os cidadãos dispõem revela muito sobre o tipo de democracia que será exercida nesse país. Se não houver informação suficiente sobre como, onde e por meio de quem é possível chegar a algum mecanismo de justiça, não há o que se falar em acesso.

II) Possibilidade de acesso ao Judiciário: Sendo os cidadãos dotados de informações a respeito sobre em quais instância encontrará auxílio na busca pela sua pretensão, tais instâncias devem dispor de meios para que realmente o demandante consiga ingressar em juízo. A

[5] Tradução nossa. No original em espanhol: "*la corriente de pensamiento que se interroga sobre las condiciones de paso de un Estado formal a un Estado real de derecho en que la causa de uno sea escuchada por las cortes y los tribunales*".

disponibilização deste direito pode dar-se pelos serviços da Defensoria Pública ou possibilidade de contratação de Advocacia Privada.

III) Estrutura e disponibilidade de serviços essenciais à justiça: o item referente à estrutura enquanto fator fundamental para o acesso à justiça remete à necessidade de que, ingressada a demanda em juízo, estejam disponíveis todos os meios necessários para a sua resolução, incluindo os meios admitidos para a produção de provas, como a perícia (que demanda estrutura tecnológica, conforme o caso) e representante do Ministério Público para intervir, quando for pertinente.

III) Eficiência da máquina estatal: Em vão seriam os esforços em disponibilizar a estrutura para o atendimento das demandas judiciais, se tal estrutura funciona de maneira ineficiente.

Para Ponciano, Barbosa e Freitas (2008, p. 2844), a falta de acesso à justiça pela ineficiência da máquina estatal à disposição do Judiciário compromete a missão de levar a justiça a quem dela necessita e, consequentemente, compromete o Estado de Direito:

A ineficiência da máquina pública colocada a serviço da Justiça traz enormes prejuízos ao país: torna a prestação jurisdicional inacessível para grande parte da população; transforma a vida daqueles que têm acesso ao Judiciário numa luta sem fim pelo reconhecimento de direitos; dificulta o exercício profissional dos advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos, advogados públicos e serventuários da Justiça; penaliza injustamente os magistrados na sua missão de fazer justiça e, ainda, inflaciona o chamado custo Brasil.

Por este motivo, proporcionar que o Judiciário funcione de forma efetiva e que chegue a todos os cidadãos constitui um desafio aos Estados democráticos, sem que seja deixada de lado a busca pela construção de um ideal de acesso à justiça.

V) Instrumentos processuais eficientes e compatíveis com a realidade material: Esta necessidade nasce a partir da constatação de que algum item anterior relativo à presença de toda a estrutura relacionada não se encontre disponível para atender às demandas da forma como exige a legislação. Caso não haja a disponibilidade de Defensoria Pública ou de representante do Ministério Público no local, a lei deve prever qual o procedimento deve ser adotado nesses casos.

Assim, não restam dúvidas de que o acesso à justiça deve ser considerado em sua totalidade e não na mera questão processual e, mais além, deve pensar no atendimento das condições necessárias para a real efetividade da justiça, levando em consideração, portanto, os aspectos estruturais e materiais para que todas as parcelas da sociedade vejam atendidas as suas pretensões, independente de qualquer classificação a que os cidadãos possam estar submetidos em virtude de raça, cor, condição econômica, social ou mesmo sua localização.

Diante do que foi observado através das abordagens existentes sobre o acesso à justiça, cabe ressaltar que estas resumem-se aos seguintes pontos específicos: I) direito de informação e petição; II) celeridade processual; III) resolução justa das demandas; IV) incentivo ao uso de soluções alternativas de conflito; V) Disponibilização de estrutura estatal adequada e VI) Criação de mecanismos para os casos em que estruturalmente não houver condições adequadas ao funcionamento dos serviços essenciais à justiça.

Esses pontos dificilmente aparecem na doutrina completamente reunidos num estudo mais completo, destacando-se no geral um ou outro elemento. A totalidade desses estudos, no entanto, é de grande relevância, sendo necessário, porém, um estudo que reúna esses aspectos encontrados, mas que, sobretudo, busque abordar outros obstáculos que se impõe para o problema do acesso à justiça no Brasil. Portanto, urge que o assunto seja estudado também a partir de pontos de vista diversos, no intuito de tornar mais abrangente a ideia de acesso à justiça e de contemplar todos os elementos necessários para formar uma clara doutrina sobre o acesso à justiça, contribuindo para torná-la real e efetiva:

Em regra, o acesso à justiça era estudado pela ótica da organização judicial, dos obstáculos e as suas possíveis soluções. Contudo, pela opção predominante, os conceitos de acesso à justiça nem sempre são claros ou definidos, tampouco são precisos os seus contornos e limites. (...) É preciso avançar e dar novos contornos ao acesso, não apenas restritos aos canais de acesso/ingresso de ações em juízo, mas atingir todos os percalços e dificuldades que permeiam o percurso do acesso integral ao direito reclamado, de modo menos oneroso, para, muitas vezes, solucionar os problemas sem mesmo ingressar com uma ação no sistema judicial, e principalmente prevenir e evitar que os conflitos sejam criados. (BOCHENEK, 2013, p. 200-201)

Assim, a discussão de acesso à justiça deve tomar dimensões muito mais amplas do que se vem discutindo tradicionalmente em torno desta temática: deve-se buscar o avanço na reflexão em torno de todos os contornos que compõem o problema do acesso em si.

Essas novas concepções de aplicação do direito e de seu acesso podem auxiliar na busca por soluções para trabalhar de forma eficiente as questões relativas à justiça. É o espírito desses novos horizontes para as concepções de direito e de aplicação da justiça, que se pretende pensar a partir dos pontos levantados no presente trabalho e, em especial, de sua concepção como direito fundamental e humano, para então aplicar as teorias às situações problemáticos aqui analisados.

4. DEFICIÊNCIAS DA ESTRUTURA DO JUDICIÁRIO E LIMITAÇÕES DO ACESSO À JUSTIÇA: UM PROBLEMA EM BUSCA DE SOLUÇÕES LEGAIS

Para estudar o problema do acesso à justiça não se apresenta viável uma abordagem estritamente teórica sobre o tema. Para entender os desafios de disponibilizar a justiça a todos os cidadãos, faz-se necessário apresentar os desafios materiais, fáticos, reais, enfrentados por estas pessoas.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 dedica 35 artigos (art.92 a 126) à questão da justiça. Trata-se do Capítulo intitulado "Do Poder Judiciário", que pode ser complementado pelo Capítulo IV (Das Funções Essenciais à Justiça) cujo conteúdo está expresso em oito artigos que tratam do Ministério Público, da Advocacia Pública, da Advocacia Privada e da Defensoria Pública.

Segundo estas disposições constitucionais, ficam estabelecidas a estrutura e as competências de tribunais como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. O artigo 92 da Carta Magna, estabelece que são formadoras do Poder Judiciário brasileiro os Tribunais Superiores, a Justiça Comum (Federal e Estadual), e a Justiça Especializada (tribunais militares, justiça trabalhista e justiça eleitoral).

No entanto, de acordo com o artigo 96, I, a, a estrutura do Poder Judiciário nos Estados, é de competência dos próprios Estados através da Constituição Estadual, Regimentos Internos dos respectivos Tribunais e demais leis estaduais correspondentes. Por sua vez, as normas processuais são de competência da União, devendo a estrutura dos Tribunais, ser compatíveis com a processualística definida em norma federal.

Segundo o Observatório da Justiça Brasileira, a administração da Justiça Comum encontra-se dividida em comarcas, que podem abranger um ou mais municípios. Portanto, há "municípios sede de comarca" e "municípios não sede de comarca" (AVRITZER et al, 2010, p. 19), de modo que os municípios que não são sede de comarca, devem servir-se do aparelho jurisdicional existente na sede da comarca.

Ora, o Capítulo IV, artigos 127 a 135 da Constituição Federal, estabelecem as Funções Essenciais à Justiça, designando-as como o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública e da Advocacia Privada. Portanto, para que seja logrado o pleno desenvolvimento da atividade judicante, é necessária a existência de ditas instituições.

Ao Ministério Público cabe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, devendo atuar na fiscalização do cumprimento das normas e na defesa dos interesses da sociedade. A Advocacia Pública, a Defensoria Pública e a

Advocacia privada, por sua vez, mostram-se essenciais para o exercício do direito de petição, uma vez que é por alguma dessas instituições que os interessados (públicos e provados) acionarão o Poder Judiciário para ver alguma pretensão atendida, ou, para a hipótese de responderem a alguma demanda, exercer o direito de defesa.

É o Código de Processo Civil (Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973) o instrumento de estabelece a ordem procedimental para os processos judiciais, bem como ordena a atuação de cada uma das instituições essenciais à justiça no decorrer da lide. No Brasil, o Código de Processo Civil é Lei Federal, devendo ser observado em todo o território nacional, independente da disponibilidade dessas instituições nas Comarcas. Segundo a Constituição Federal, artigo 22, compete privativamente à União legislar sobre matéria processual, retirando dos Estados essa premissa.

Ora, a regra é que estejam presentes todos os órgãos nas Comarcas, de acordo com o exigido pela legislação processual. No entanto, há exceções quando se analisam comarcas isoladas geograficamente ou distantes dos grandes centros, onde não há disponibilidade de profissionais ou mesmo de instituições como Ministério Público e Defensoria Pública[6]. Obviamente, o desejável é que tais instituições atuem de maneira efetiva em todo o território nacional. No entanto, lamentavelmente, os trabalhadores da Justiça devem lidar com a falta ou precariedade dessas instituições e profissionais.

Aqui, torna-se necessário demonstrar outros problemas no que se refere ao acesso à justiça: como o cidadão hipossuficiente deve proceder para ingresso em juízo em Comarca onde não há disponibilidade de uma Defensoria Pública, advogados, ou mesmo um "rábula"[7], por exemplo? Como poderá o Ministério Público manifestar-se ao interesse público em processo em Comarca onde não há representante do órgão para proceder a esta atividade?

No entanto, tendo em vista a necessidade de efetividade do direito de acesso à justiça, deve-se encontrar meios de chegar a este objetivo, ainda que não seja possível obedecerem-se a todas as exigências formais, de forma a obter-se a apreciação, pelo Judiciário, do conflito instaurado. Situações excepcionais autorizam medidas excepcionais, desde que motivadas e voltadas à realização do direito maior, o fundamental direito de acesso à justiça.

Movimentos de flexibilização da ordem jurídica já tiveram papeis importantes na democratização do acesso a justiça e, especialmente, na realização de um ordem jurídica mais isonômica, em um momento em que, assente no paradigma positivista, o magistrado vinculado à

---

[6] Este fenômeno tem sido objeto de estudo deste auto em Tese de Doutorado desenvolvida na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, sob orientação da Prof. Dra. Cláudia Maria Barbosa.

[7] Entende-se como "rábula", o professional, que não tendo cursado Direito, na falta de professional habilitado, exerce atividades advocatícias.

aplicação da lei injusta a afastava em nome da realização da justiça. Fala-se do direito alternativo, movimento levado a cabo por um grupo de juristas no Estado do Rio Grande do Sul[8] ao longo da década de 90.

Para Rangel (2006, p. 108), a defesa de funções mais amplas para o Poder Judiciário passa pela ideia de uma nova função dos juízes contra as posturas demasiadamente conservadoras do Poder Judiciário, visando a realização da justiça. Isso significaria a defesa de que tais magistrados tenham a prerrogativa de decidir contra a lei quando esta for injusta, tendo como base uma visão mais ampla do Direito que não está restringido a apenas uma de suas fontes (a legislação) e nem somente ao direito objetivo. Rangel explica que com exceção dos juízes gaúchos do Brasil, não se tem tido notícia de outros magistrados que tenham "se atrevido" em bloco a afastarem-se da lei, quando esta se demonstra injusta, em suas decisões (RANGEL, 2006, p. 108).

A teoria constitucional que se desenvolveu no Brasil a partir da consolidação da Carta Constitucional tratou de naturalmente esvaziar o direito alternativo em suas formas, mas não em seu propósito. Assentado em uma teoria dos direito fundamentais e na construção que assegura normatividade a regras e princípios e atribui imperatividade a todo dispositivo normativo, o magistrado hoje só aplica a lei injusta se quiser. Do contrário, pode arrazoadamente afasta-la em nome dos princípios maiores da justiça social e da dignidade humana, entre outros.

Também a necessidade de flexibilizar a ordem jurídica em nome da realização da justiça deve ser tomada em conta quando a estrutura estatal disponível para o jurisdicionado compromete a fruição de seus direitos vitais. Embora vigore no direito brasileiro o princípio do non liquet, o juiz está adstrito a formas processuais rigorosas cujo descumprimento incorre em ilegalidade, segundo a lógica hoje vigente. Esta situação tem o poder de inviabilizar a atividade do magistrado exposto à situações desta natureza e inviabiliza também a pretensão do jurisdicionado.

Por este motivo, neste estudo, busca-se além de considerar os aspectos consolidados sobre a questão, levantar outros que costumeiramente não aparecem na doutrina, destacando-se aqui a necessidade de alternativas legais para resolução de conflitos nos casos em que o magistrado não dispõe de estrutura suficiente para seguir todos os ritos processuais que a

[8] Sobre o movimento do Direito Alternativo: "Os movimentos de tomada de posição pública em relação à política relacionam-se ao aparecimento dos 'juízes alternativos'. Estes se construíram enquanto grupo na década de 90, no Rio Grande do Sul, se caracterizando pelas sentenças judiciais proferidas em confronto com a deontologia do juiz tradicional. Uma das características dos 'alternativos' foi o uso do Direito, através de sentenças judiciais, em favor de indivíduos e grupos socialmente dominados. A fundamentação destas decisões judiciais, assim como as tomadas de posição públicas destes magistrados foram fundamentadas fora dos repertórios tradicionais de doutrina jurídica e, em grande medida, contra estes repertórios" (ENGELMANN, 2004, p. 16).

legislação pátria impõe. Urge incluir esta problemática nas discussões em torno do acesso à justiça.

Este fenômeno interessa aos estudos da Sociologia Jurídica, no sentido de confrontar a igualdade jurídico-formal, estabelecida pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, e a desigualdade socioeconômica que acomete a sociedade, gerando distorções ao sistema judiciário (ROBLES, 2010 p. 28) e fazendo com que o idealismo das normas em termos de acesso à justiça seja de difícil ou impossível aplicação. Assim, a justiça e o acesso precisam ser pensadas de maneira mais ampla, sendo constantemente aperfeiçoados pelos novos desafios que vão surgindo.

5. PELA DEFESA DE UMA NOVA CONCEPÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA FRENTE ÀS CONDIÇÕES SOCIAIS

Das ideias explanadas nesse texto, é possível extrair algumas conclusões que poderão auxiliar na busca pela melhor ideia de acesso à justiça possível.

A primeira delas e a mais óbvia é a ideia de que o acesso à justiça e a luta pela sua ampliação deve sempre visar à realização efetiva da justiça como finalidade última:

Ao aplicar a lei, deve-se liga-la à razão jurídica. A razão jurídica não é somente a lei, mas razão do Direito – Lei certamente, mas também direitos subjetivos e justiça -; e prioritariamente justiça, que ao ser aplicada no caso concreto vem a ser equidade[9]. (DE LA TORRE, 2007, p. 290)

Esta justiça, conforme já mencionado, não pode se referir a uma justiça genérica, impossível de ser aplicada universalmente. Deve corresponder, no entanto, a uma justiça verificada caso a caso, no contexto específico, com equidade e razoabilidade, pautando-se nos princípios jurídicos e nos valores amplamente defendidos pelo ordenamento para não permitir que alguém se veja privado de acesso à justiça.

É necessário encontrar meios, nesse sentido, de viabilizar a aplicação de valores locais para atender as demandas, ainda que, por vezes, não seja possível atender ipsi literis o que a lei processual estabelece. Deve-se buscar em tais casos, a finalidade última: resolver a lide de maneira justa. Não se pretende, com isso, fazer apologia ao desrespeito às leis e à ordem, mas de proporcionar mecanismos que supram a deficiência das leis diante da realidade concreta: "A lei é

[9] Tradução nossa. Texto no original em espanhol: *"Al aplicarse la ley debe ligarse ésta con la razón, con la razón jurídica. La razón jurídica no es sólo de la ley, sino del Derecho – ley certamente, pero también derechos subjetivos y justicia, que al aplicarse al caso concreto viene a ser equidad".*

sempre deficiente, não porque o seja em si mesma, mas porque a ordenação a que se referem as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas"[10] (GADAMER, 1996, p. 289).

Por este motivo, considerando a determinação que a realidade social exerce para a construção e observância das leis, Robles (2010, p. 44) entende que é tarefa dos próprios operadores do direito a conscientização de que é a familiaridade com a realidade social que fará possível e que lhes mostrará a melhor maneira de decidir, mais do que as normas que prescrevem o que "deveria ser".

Ora, o conceito de acesso à justiça reúne, em grande medida, as diversas características expressas neste trabalho: é um ato, um processo e um trajeto, cujos desafios se prolongam e se renovam no tempo. Está sim relacionado à organização da justiça, mas excede suas fronteiras e contempla também a construção de alternativas ao uso do judiciário, também devendo ser considerado tanto no aspecto formal, quanto no material (ROBLES, 2010, p. 44). O autor também destaca que o conceito é dinâmico, já que se é renovado diante das situações que lhe desafiam, e também relativo, uma vez que necessita ser colocado em prática de acordo com a realidade social imposta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já não cabem dúvidas de que o acesso à justiça constitui elemento fundamental à configuração de um Estado Democrático de Direito. De tantos conceitos sobre este tema, nota-se que ainda não se observa uma análise mais aprofundada no que se refere às várias questões que giram em torno do acesso à justiça. Muito se falou em possibilidade de demandar ao Poder Judiciário e celeridade processual, no entanto, ainda há inúmeros desafios que se colocam como obstáculo à resposta judicial frente à reivindicação de direitos ou resolução de conflitos.

Além das questões clássicas trabalhadas no esforço de desenvolver uma teoria sobre o tema, é chegado o momento de observar a realidade social para que seja possível atender ao jurisdicionado em qualquer circunstância, inclusive nos rincões mais longínquos do Brasil, que sofrem com a precariedade da estrutura do Estado, incluindo a estrutura judiciária. É pela possibilidade de levar a justiça enquanto valor primeiro aos que necessitem, que deve ser defendida uma concepção ampliada de acesso à justiça.

---

[10] Tradução nossa. Texto original em espanhol: *"La ley es siempre deficiente, no porque no sea en sí misma sino porque la ordenación a la que se refieren las leyes, la realidad humana es siempre deficiente y no permite una aplicación simple de las mismas".*

Uma concepção ampliada do direito de acesso à justiça justifica a flexibilização de algumas regras procedimentais que, em condições precárias, ao invés de funcionar como mecanismos de garantia para o efetivo acesso à justiça, configura-se como um obstáculo muitas vezes instransponível à jurisdição. Tal flexibilização justifica-se pela caráter fundamentalidade do direito de acesso à justiça e essencialidade deste direito como um direito fundamental, um metadireito por meio do qual outros direitos possam também ser garantidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVRITZER, Leonardo et al. Para uma nova cartografia da justiça no Brasil. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas/ Observatório da Justiça Brasileira/ Centro de Estudos Sociais América Latina, 2010.

BALATE, Eric. "Justice, accès à la"n'en Jean Arnoud dir. In: Dictionnari encyclopèdique de thèorie et de sociologie du droit. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988.

BOCHENEK, Antonio Cesar. A interação entre os tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. Brasília: CJF, 2013.

BOUEIRI, Sonia. Una aproximación socio-jurídica del aceso a la justicia. Revista Cenipc. n. 22, p. 221-252, 2003.

BOURDIEU, Pierre. La fuerza del derecho. Bogotá: Editorial Uniandes, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.GRINOVER, Ada Pelegrine. O processo em Evolução. São Paulo: Forense Universitária, 2002.

DWORKIN, Ronald. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGELMANN, Fabiano. Diversificação do espaço jurídico e lutas pela definição do direito no Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. Verdad y método I. Sígueme: Salamanca, 1996.

GRINOVER, Ada Pelegrine. O processo em Evolução. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

KELSEN, Hans. ?Que es la justicia?. 9ª ed. México: Gernika, 2013.

PALMA, Luis María. Justicia y Reforma en la Argentina Democrática. Tesis doctoral. Buenos Aires: Universidad de Belgrano, 2013.

PAROSKI, Mauro Vasni. A Constituição e os Direitos Fundamentais: do Acesso à Justiça e suas Limitações no Brasil. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Londrina: Londrina, 2006.

PONCIANO, Vera Lúcia Feil; BARBOSA, Claudia Maria e FREITAS, Cinthia O. de A. Mecanismos voltados à efetividade da execução de sentenças no processo civil brasileiro. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI - Salvador, 2008, Salvador, BA. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI - Salvador, 2008. p. 2841-2860.

RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. Justicia comunitaria: resisténcia y contribución. Una visión desde el sistema comunitario de la Montaña y Costa Chica de Guerrero. In: RANGEL, Jesus Antonio de la Torre (Cood.). Pluralismo Jurídico: Teoría y experiéncias. San Luis Potosí: México, 2007.

ROBLES, Diego Américo. El concepto de acceso a la justicia: evolución, vigencia y actualidad. In: BOUEIRI, Sonia. El acceso a la justicia: contribuciones teórico-empíricas en y desde países latinoamericanos. Madrid: Dykinson, 2010.

SCHWARTZ, Germano e SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. O direito necessita da justice? Reflexes sobre o tema em Kelsen e Luhmann. In: Veredas do Direito. BeloHorizonte, v.6, n.11, p.31-44, Janeiro-Junho de 2009.