

UNIVERSIDADE ESTADUAL VALE DO ACARAÚ
Pró-Reitoria de Educação Continuada
Centro de Especialização em Direito Constitucional

Ricardo Wagner Amorim Tavares Filho

O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

FORTALEZA - 2009

Ricardo Wagner Amorim Tavares Filho

O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Monografia apresentada à
Universidade Estadual Vale do
Acará, como requisito parcial para
obtenção do título de Especialista em
Direito Constitucional.

Fortaleza – 2009

Monografia apresentada à Universidade Estadual Vale do Acaraú, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional.

Ricardo Wagner Amorim Tavares Filho

Monografia aprovada em 16 de janeiro de 2009.

Orientador: Emanuel de Abreu Pessoa, Ms.

1º Examinador: _____
Marcelo Lopes Barroso, Ms.

2º Examinador: _____
Cláudia Gurgel do Amaral Mota, Esp.

Prof. Flávio José Moreira Gonçalves, Ms.
Coordenador do Curso

Ficha catalográfica – Biblioteca Roberto Jorge Feitosa de Carvalho

T231d Filho Tavares, Ricardo Wagner Amorim
O Direito Fundamental de Acesso à Justiça. / Ricardo Wagner Amorim Filho Tavares –
2008.
46 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (especialização) – Escola Superior da Magistratura do
Estado do Ceará, Pós-Graduação em Direito Constitucional, Fortaleza, 2009.

Orientação: Prof(a) Ms.: Emanuel de Abreu Pessoa.

1. Direitos Fundamentais. 2. Democracia. 3. Cidadania. 4. Acesso a Justiça. I. Título

CDDir:341.27

Dedico esta monografia ao meu Deus, que para a honra e glória de Jesus Cristo me permitiu realizar este sonho.

Aos meus pais, pelo amor, paciência e investimento que depositaram na minha vida.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Emanuel Pessoa, por aceitar a tarefa de orientação e pelo apoio prestado na realização deste trabalho.

Ao professor Arnaldo Parente, que de forma paciente orientou o desenvolvimento metodológico que deu forma a este trabalho.

Aos professores Marcelo Lopes Barroso e Cláudia Gurgel do Amaral Mota, por aceitarem participar da banca examinadora desta monografia.

Aos meus professores, pela orientação acadêmica prestada com muito compromisso e dedicação.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o direito fundamental de acesso à justiça. Inicialmente, faz-se uma abordagem acerca dos direitos fundamentais, conceituando-o e apresentando um breve histórico de seu surgimento até chegar à Constituição Federal de 1988. Posteriormente, analisam-se institutos como a democracia e o Estado Democrático de Direito, bem como a cidadania e seu exercício, relacionando-os com a questão dos direitos fundamentais, mormente o de acesso à justiça para, em seguida, poder aprofundar o estudo proposto, especialmente através das obras de João Baptista Herkenhoff (1994, 1998), Paulo Bonavides (1994, 2000), Gilmar Ferreira Mendes (2004), Nagib Slaibi Filho (2006), Mauro Cappelletti (1988, 2002), Alexandre César (2002), Alexandre de Moraes (1998, 2000), entre outros. Ao final, conclui-se que o efetivo acesso à justiça somente se realizará quando houver zelo e compromisso por parte dos governantes para com os governados, bem como uma cultura de luta pelos direitos, a qual somente se realizará por meio da educação, no sentido mais amplo da palavra e entregue à população de modo isonômico a todo cidadão, desde a mais tenra idade.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Democracia. Cidadania. Acesso à justiça.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUÇÃO DE 1988	09
1.1 Direitos fundamentais: conceito	09
1.2 Considerações históricas acerca dos direitos fundamentais	10
1.3 A Constituição Federal de 1988 e a proteção dos direitos fundamentais	13
2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, A CIDADANIA E O ACESSO À JUSTIÇA ..	19
2.1 Conceituando democracia, cidadania e acesso à justiça	19
2.1.1 Democracia	19
2.1.2 Cidadania	21
2.1.3 Acesso à justiça	22
2.2 O Brasil como Estado Democrático de Direito	24
2.3 O exercício da cidadania	26
3 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA	29
3.1 A garantia constitucional de acesso à justiça	29
3.2 Contextualização do acesso à justiça no âmbito brasileiro	30
3.2.1 As recentes modificações em prol do acesso à justiça	35
3.2.2 Os óbices relativos ao acesso à justiça	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

INTRODUÇÃO

A problemática em torno do acesso à justiça, no contexto brasileiro, afigura-se como algo crônico e, portanto, um antigo reclamo da população. Não obstante a realização desse direito já tenha sofrido severas restrições, quando do período da ditadura militar, o advento da Constituição Federal de 1988, por si só, não foi capaz de torná-lo plenamente efetivo em muitos de seus sentidos, especialmente sociais, políticos, econômico-financeiros e, também, processuais.

No que respeita aos aspectos processuais, é inegável que as mais recentes inovações legislativas têm buscado instituir regras que facilitem a efetiva entrega da prestação jurisdicional. Entretanto, sabe-se que o problema do acesso à justiça não envolve apenas questões internas do Poder Judiciário, mas, em grande parte, externas, as quais revelam íntima relação com a representação política e o “sistema de exclusão social” que disfarçadamente se institui no país.

Nesse contexto, a presente pesquisa se revela oportuna e atual, pois busca esclarecer pontos fundamentais relativos ao direito fundamental de acesso à justiça no contexto de Estado Democrático de Direito e do exercício da cidadania, abordando vários mecanismos postos à disposição do jurisdicionado no sentido de proporcionar tal direito.

Ademais, este estudo se justifica, também, pelo fato de se tratar de um tema bastante dinâmico e que deve acompanhar a evolução e as necessidades da sociedade, razão pela qual a comunidade acadêmica e todos os operadores do direito devem estar atentos às mudanças e em constante busca pelo aprimoramento e efetivação do direito de acesso à justiça, pois, sem ele nada se faz, já que todos os outros lhe são dependentes.

Nesse sentido, o presente trabalho monográfico busca resposta para os seguintes questionamentos: como se deu o surgimento e a evolução dos direitos fundamentais? Que relação há entre a democracia, a cidadania e os direitos fundamentais? Como se apresenta o direito fundamental de acesso à justiça no contexto brasileiro?

Esta pesquisa tem por objetivo geral analisar o acesso à justiça enquanto direito fundamental. De modo específico, objetiva-se: apresentar o surgimento dos direitos

fundamentais; averiguar a relação da democracia e da cidadania com os direitos fundamentais através de seus conceitos e aspectos históricos; conhecer e contextualizar o direito de acesso à justiça enquanto direito constitucional fundamental.

A metodologia se caracteriza como um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica – especialmente através das obras de João Baptista Herkenhoff (1994, 1998), Paulo Bonavides (1994, 2000), Gilmar Ferreira Mendes (2004), Nagib Slaibi Filho (2006), Mauro Cappelletti (1988, 2002), Alexandre César (2002), Alexandre de Moraes (1998, 2000) entre outros – qualitativa quanto à abordagem e exploratória quanto aos objetivos.

A presente pesquisa foi organizada em capítulos, sendo que, no primeiro, aborda-se o conceito de direitos fundamentais, fazendo um paralelo e uma diferenciação com os direitos humanos para, em seguida, realizar uma breve revisão histórica da evolução desses direitos, inclusive quantos as denominadas gerações dos direitos fundamentais e, após, adentrar na análise de sua proteção no contexto brasileiro.

O segundo capítulo traz o conceito e breves considerações históricas relativos à democracia, à cidadania e ao acesso à justiça. Em seguida, faz-se uma análise acerca do Estado Democrático de Direito e o que tal condição representa no contexto sociopolítico brasileiro, inclusive quanto ao exercício da cidadania.

Finalmente, o terceiro capítulo versa sobre o direito fundamental de acesso à justiça, apresentando uma visão geral de sua implementação no contexto brasileiro pela exposição de vários institutos, inclusive processuais, aptos a torná-lo efetivo. Faz-se, também, referência às mais recentes reformas do processo civil para, em seguida, mencionar determinados óbices ainda existentes.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Este capítulo aborda o conceito de direitos fundamentais, fazendo um paralelo e uma diferenciação com os direitos humanos para, em seguida, realizar uma breve revisão histórica da evolução desses direitos, inclusive quantos as denominadas gerações dos direitos fundamentais e, após, adentrar na análise de sua proteção no contexto brasileiro.

1.1 Direitos fundamentais: conceito

Ao se iniciar uma análise acerca do conceito de direitos fundamentais é possível notar que parte da doutrina utiliza as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” como sinônimas ou até mesmo a terminologia “direitos humanos fundamentais”. Entretanto, faz-se necessário observar que tais não são exatamente sinônimas.

O conteúdo do que vem a ser direitos humanos, segundo Carvalho (1998, p. 39), é representado pelo “[...] reconhecimento do valor do homem, como ser vivo, íntegro, pensante, respeitável, e que é credor da mais nobre destinação”, tendo, assim, uma conotação coletiva e independente de vinculação com qualquer ordem constitucional, assumindo, portanto, caráter supranacional.

De acordo com Moraes (1998, p. 20), tais direitos se afiguram como aquelas previsões incondicionalmente necessárias a toda e qualquer Constituição de Estado que se diz democrático, tendo em vista o fato de consagrar “[...] o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana”. Nesse sentido, é de se ter em mente que o conceito de direitos humanos encontra íntima relação com os conceitos de justiça, igualdade e democracia.

Quanto aos direitos fundamentais, propriamente ditos, Bonavides (2000), lembrando lições de Carl Schmitt, assevera que estes consistem, essencialmente, nos direitos do homem, livre e isoladamente considerado, oponíveis em face do Estado. Noutras palavras, trata-se daqueles direitos reconhecidos e positivados na Constituição de determinado Estado.

Conforme a lição de Mendes (2004, p. 2), os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo,

[...] direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua

dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros (*sic*), concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

De forma comparativa, Canotilho (2002, p. 369), ciente da aplicação sinonímia das referidas expressões, leciona que, dependendo da origem e do significado, podem apresentar a seguinte distinção:

[...] os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos humanos arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

O conceito de direitos humanos, conforme se pode notar, é bem mais abrangente que o de direitos fundamentais. Todavia, não há como negar o fato de estes últimos se originarem a partir dos primeiros. Destarte, faz-se necessário uma breve análise sobre os direitos humanos para, então, adentrar ao exame dos aludidos direitos fundamentais, tal como abaixo se realiza.

1.2 Considerações históricas acerca dos direitos fundamentais

A idéia dos direitos humanos, sendo estes considerados como quaisquer direitos atribuídos ao homem, tem sua origem ainda na Antiguidade, pois, segundo Herkenhoff (1994), Amenófis IV – imperador do Egito no século XIV a.C. – manifestou seus pensamentos acerca dos mesmos, sendo notórias, em suas concepções, o caráter de justiça social, principalmente por defender a função do poder público como um serviço de proteção aos fracos e punição para os culpados.

Conforme o mesmo doutrinador, podem-se citar, ainda, as idéias de alguns filósofos gregos, a exemplo de Platão (séc. IV a.C.), o qual vislumbrava a necessidade da igualdade e da liberdade entre todos os homens, além da existência do denominado direito natural que, embora não escrito, era considerado como anterior e superior às leis escritas. Em relação ao direito romano, a Lei das XII Tábuas restou consagrada como a precursora dos direitos à liberdade, à propriedade, à proteção dos direitos dos cidadãos.

Muito embora essa preocupação já existisse, a estrutura política daquela época tornava tais direitos precários, pois não existiam meios legais de garanti-los ou torná-los efetivos. Assim, a intensidade do respeito e a medida da aplicação dos mesmos dependia, sobretudo, da sabedoria dos governantes.

Seguindo o curso da história, Comparato (2001) observa que, na Idade Média, com a propagação da doutrina cristã, apregoou-se a igualdade entre todos os homens. Entretanto, tal doutrina não foi suficiente para reprimir as inúmeras violações aos direitos da pessoa, fato este que se constata pela lembrança das muitas torturas e assassinatos praticados por parte da Inquisição. Ademais, considera esse doutrinador que, àquela época, não havia uma noção clara acerca do Estado e, nesse contexto, o poder era exercido pelos senhores feudais, de modo desordenado.

No transcorrer dos séculos seguintes, muitos foram os documentos publicados em defesa dos direitos dos indivíduos em face do Estado, entretanto, leciona Ferreira Filho (2002) que a grande contribuição para a consolidação dos direitos humanos foram as cartas e declarações inglesas e norte-americanas, entre as quais – apenas a título ilustrativo –, pode-se citar a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act*, (1679), o *Bill of Rights* (1689), bem como a Declaração da Virgínia (1776), a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787.

De acordo com Bonavides (2000), os direitos humanos, enquanto tais, foram manifestos, pela primeira vez, por ocasião do racionalismo francês da Revolução, em 1789, com a denominada Declaração dos Direitos do Homem. Esta, ao contrário das citadas declarações e cartas inglesas e americanas, deu maior ênfase aos direitos humanos, já que aquelas outras eram notadamente dirigidas às camadas sociais privilegiadas, como, por exemplo, os barões feudais ou, na melhor das circunstâncias, aos povos ou sociedades que conseguiam se libertar politicamente, conforme aconteceu com as antigas colônias americanas. Nesse sentido, a Declaração Francesa de 1789, em sua completude, destinou-se ao gênero humano.

Acrescente-se, porém, segundo Ferreira Filho (2002), que a consolidação dos direitos humanos se deu no segundo pós-guerra mundial, através da Carta das Nações Unidas, de 1945, a qual tornou esses direitos mundialmente conhecidos, sendo ratificada, em 1948, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Assembléia Geral das Nações Unidas.

A partir de então, houve uma constante expansão dos direitos humanos, os quais, no âmbito das Constituições dos Estados, foram adotados como direitos fundamentais e, de acordo com Slaibi Filho (2006), sob o fundamento de restringir o poder e a atuação estatal, bem como suas intervenções indevidas na esfera jurídica individual.

Foi também nesse contexto de evolução dos direitos humanos que surgiu a tendência de classificá-los em gerações. Destarte, deve-se ressaltar, conforme Lima (2004, p. 171) que a expressão “gerações de direitos do homem” foi utilizada pela primeira vez em 1979, pelo jurista Karel Vasak, em aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, no intuito de “[...] metaforicamente, demonstrar a evolução dos direitos humanos com base no lema da revolução francesa (liberdade, igualdade, fraternidade)”.

Não obstante as críticas daí advindas – debate no qual não se pretende adentrar, pois em nada se coaduna com o objetivo desta pesquisa – cumpre observar a lição de Bonavides (2000) ao afirmar que os direitos de primeira geração são aqueles concernentes à liberdade do indivíduo, tendo sido os primeiros a constarem nos textos constitucionais, ou seja, inaugurando o constitucionalismo ocidental. São eles, os direitos civis e políticos. Acrescenta o mesmo doutrinador que:

Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2000, p. 517).

Os direitos humanos de segunda geração – baseados na igualdade – surgiram quando do fim da Primeira Guerra Mundial, sendo eles os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como os direitos coletivos ou de coletividade que, segundo Ferreira Filho (2002), somam-se às liberdades públicas, sem excluí-las ou negá-las.

Interessante acrescentar a lição de Slaibi Filho (2006), ao observar que tal geração de direitos passou por um momento de baixa normatividade ou de eficácia duvidosa, tendo em vista o fato de exigir do Estado e dos entes sociais prestações materiais nem sempre possíveis de serem efetivadas, em virtude da carência ou limitação essencial de meios e recursos.

No que respeita aos direitos de terceira geração, os quais se assentam no ideal de fraternidade e solidariedade – coroando a tríade liberdade, igualdade, fraternidade – leciona o mesmo autor que estes

[...] têm por objetivo não só a proteção do indivíduo mas a proteção do próprio gênero humano: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito sobre o patrimônio comum da humanidade, o direito de comunicação. O direito ao desenvolvimento refere-se (*sic*) tanto a Estados como a indivíduos, e quanto a este, traduz-se numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada (SLAIBI FILHO, 2006, p. 313).

Acrescente-se que, modernamente, a doutrina têm admitido o surgimento de uma quarta geração de direitos, acerca dos quais Bonavides (2000) informa serem, tais, os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, cujo conteúdo é a garantia da dignidade do indivíduo através de sua participação na sociedade e no poder, assim abrangendo as formas de democracia direta, indireta ou representativa.

Oportuno, pois, anotar a lição de Piovesan (1998) ao afirmar que uma geração de direitos não substitui ou sucede a outra, porém, interagem entre si, acolhendo-se a idéia de expansão, evolução, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos já consagrados, sendo todos eles essencialmente complementares e dinâmicos. Nesse sentido, pode-se entender tais direitos como indivisíveis, de forma que cada um deles se revela esvaziado quando não assegurado por outro.

No contexto brasileiro, a proteção aos direitos humanos se concretizou tardiamente, somente com a publicação da Constituição Federal de 1988, então denominada Constituição Cidadã, representando, entre outras coisas, a ruptura jurídica com o regime militar autoritário, o qual perdurou de 1964 até 1985. Ademais, afirma Piovesan (1998, p. 206), que a atual Carta Política brasileira se afigurou como “[...] o marco jurídico da transição democrática, bem como da institucionalização dos direitos humanos no país”.

1.3 A Constituição Federal de 1988 e a proteção dos direitos fundamentais

Embora a história do constitucionalismo brasileiro tenha se iniciado nos primeiros anos do século XIX, quando já havia ocorrido a Revolução Francesa e propagados os seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, as Constituições pátrias, mesmo reconhecendo tais direitos, nem sempre os respeitava ou os efetivava, por razões que estão mais ligadas às realidades políticas e estruturais de cada época.

Não obstante, pelas lições de Herkenhoff (1994) é possível compreender, a partir de um breve relato histórico, que cada nova Carta Política brasileira trazia algumas inovações relativas aos direitos humanos, apesar de algumas delas nem sempre lhes tornar efetivos. Todavia, considerando aquelas que, nesse sentido, destacaram-se positivamente, merece destaque a Carta de 1934, que contemplou vários direitos sociais – inclusive aos trabalhadores –, direitos econômicos e culturais, bem como garantias de proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada, criação da assistência judiciária para os necessitados, entre outras.

Entretanto, esta boa fase do constitucionalismo brasileiro foi efêmera, pois em 1937, com a instituição do “Estado Novo”, várias atrocidades e desrespeitos aos direitos humanos foram cometidas. Durante os oito anos que se seguiram – período em que vigorou o Estado Novo – os referidos direitos praticamente não existiram, sendo restaurados com a Constituição de 1946.

Porém, observa Herkenhoff (1994), com a Constituição de 1967, vê-se, mais uma vez, um retrocesso na política pátria, com reflexos diretos nos direitos humanos, os quais foram esquecidos, principalmente em virtude da publicação dos Atos Institucionais, sendo que estes foram incorporados à Constituição de 1969, fazendo-a retroceder ainda mais, em matéria de direitos humanos.

Nesse contexto, chega-se a Constituição Federal de 1988, a qual foi denominada como Constituição Cidadã, visto ter acolhido amplamente a idéia dos direitos humanos e resgatado a cidadania e a dignidade do homem, enquanto valores supremos que são.

Destarte, Herkenhoff (1998) faz uma análise comparativa desta Carta Política com os ditames da Declaração Universal dos Direitos Humanos (da Organização das Nações Unidas) – desde o preâmbulo de ambas – e conclui que a atual Constituição brasileira não apenas abrigou os preceitos da aludida Declaração como a eles em muito se assemelham, sendo até mais abrangente quando, em seu preâmbulo, faz expressa alusão à questão do desenvolvimento, bem como à proteção ao exercício dos direitos sociais.

Apesar de o preâmbulo da Constituição não deter caráter normativo obrigatório, afirma Moraes (1998) que este também não é juridicamente irrelevante, pois se afigura como uma espécie de certidão de origem e legitimidade do novo texto constitucional, bem como uma proclamação de princípios, porquanto, deve ser observado como elemento de interpretação e conexão dos diferentes artigos que a compõem.

A Constituição Federal de 1988, diferentemente de todas as outras Constituições brasileiras, contemplou os direitos fundamentais logo em seus primeiros artigos, devendo-se destacar o art. 1º, III, que ao abordar os fundamentos da República Federativa do Brasil elenca, entre estes, a dignidade da pessoa humana, conferindo-lhe valor de suporte axiológico a todas as regras do sistema jurídico pátrio, o qual, pois, deve ser levado em consideração em todas as situações que envolvam a interpretação de normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, importa observar, ainda no art. 1º da Lei Maior, o fato de a República Federativa brasileira se constituir em Estado Democrático de Direito, tendo, também, como um de seus fundamentos a cidadania. É de se ter em mente que democracia e cidadania são dois institutos imprescindíveis e inescusáveis a qualquer Estado que se compromete em respeitar os direitos humanos, mormente quando assume tal compromisso por meio de tratados internacionais. Estes institutos serão objeto de análise no capítulo seguinte da presente pesquisa monográfica, tendo em vista a íntima relação que encontram com a questão do acesso à justiça.

Não obstante, afigura-se bastante oportuna a lição de Bonavides (2000, p. 534), o qual, analisando democracia, cidadania e direitos fundamentais, afirmar que:

Toda interpretação dos direitos fundamentais se vincula, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas – a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição – a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo, ficariam de todo ininteligíveis. De tal concepção brota a contextura teórica que faz a legitimidade da Constituição e dos direitos fundamentais, traduzida numa tábua de valores, os valores da ordem democrática do Estado de Direito onde jaz a eficácia das regras constitucionais e repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da Constituição.

Acerca dos direitos e garantias fundamentais, importa fazer algumas observações básicas para melhor visualizar e compreender a importância e a amplitude dos mesmos no contexto de uma sociedade democrática. Nesse sentido, é de se considerar o comando preceituado no art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988, o qual disciplina, *in verbis*, o seguinte: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Assim, leciona Slaibi Filho (2006, p. 319) que os aludidos direitos e garantias fundamentais não se constituem, tão-somente, naqueles os elencados no Título II da Constituição pátria ou em outros de seus dispositivos legais, quer sejam originários ou derivados, mas, inclusive, todos os aqueles “[...] princípios decorrentes do regime democrático de poder e dos demais adotados pela própria Constituição, notadamente aqueles do Título I ou que com eles sejam conexos”.

Esse mesmo doutrinador, discorrendo sobre a extensão da eficácia subjetiva dos aludidos direitos, assevera que tal eficácia não se concretiza apenas em face do Estado e dos

agentes públicos, mas, também, dos demais cidadãos, entes e pessoas jurídicas. Nesse sentido, traz à baila a lição de Nawiasky-Leusser, em cujo teor dispõe:

A pessoa está colocada perante não só a força da comunidade encarnada no Estado, mas também perante as forças econômicas próprias de indivíduos e de associações e que, em atenção a isso, uma das mais sérias tarefas da lei constitucional é a proteção contra o abuso da força que pode ser praticado por aqueles indivíduos e associações (ZIPPELIUS, 1984 apud SLAIBI FILHO, 2006, p. 321).

A partir de tal colocação, há de se ter em mente a regra constitucional do art. 5º, § 1º, pela qual se estabelece, *in verbis*, que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, aplicação esta que diz respeito não somente aos direitos e garantias fundamentais dispostos no Título II da Lei Maior, mas, também, em outros nela espalhados, haja vista o preceito do art. 60, § 4º, IV, cujo teor reza, *in verbis*, o seguinte: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais”.

Considerando o tema proposto para esta pesquisa, Mendes (2004), ao analisar os direitos fundamentais enquanto dever do Estado de proteção dos indivíduos, leciona que a concepção pela qual se identificam os direitos fundamentais como princípios objetivos torna legítima a idéia de que, ao Estado, impõe-se, não somente, observar os direitos de qualquer indivíduo contra as investidas do Poder Público, mas inclusive contra agressões praticadas por terceiros.

Esse mesmo doutrinador, ao lembrar a doutrina e a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, afirmar poder se estabelecer a seguinte classificação àquele dever de proteção:

[...] a) Dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir determinada conduta; b) Dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; c) Dever de evitar riscos (*Risikopflcht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão, em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, [...] (MENDES, 2004, p. 12).

Ademais disso, Mendes (2000) acrescenta o fato de aquela Corte Constitucional alemã ter procedido a um intenso debate acerca da possibilidade de existir um direito subjetivo relativo à observância do dever de proteção ou, noutras palavras, se haveria um direito fundamental à proteção, pelo que a mesma Corte acabou reconhecendo esse direito, enfatizando que a não-observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão de direito fundamental.

Destarte, não há como deixar de considerar que, nem sempre, tal proteção poder ocorrer sem a interferência do judiciário. Entretanto, no contexto brasileiro, o próprio acesso à justiça – direito fundamental que é, conforme previsto no art. 5º, LXXVII da Constituição Federal – não tem recebido a merecida proteção ou tem sido realizado em conformidade com os ditames da celeridade e da efetividade ou mesmo com observância das regras que regem a atividade estatal, nos seus mais variados aspectos, tal como se analisará oportunamente.

Adiante-se, porém, que o referido artigo constitucional estabelece, *in verbis*, que: “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Outrossim, vale destacar que esse comando constitucional foi acrescentado à atual Carta Política – como garantia fundamental – pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, cujo teor versa sobre a Reforma do Judiciário, tendo, inclusive, irrestrita relação com a questão do acesso ao judiciário.

Contudo, pela lição de Canotilho (2002) é possível afirmar a necessidade de identificar a existência de um núcleo ou âmbito de proteção para cada direito fundamental, sem os quais não se pode fixar as restrições a estes mesmos direitos. No entanto, pondera que nem sempre é possível afirmar, seguramente, se determinado bem, objeto ou conduta encontra proteção ou não por meio de alguma regra de direito, motivo pelo qual é imprescindível recorrer à análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista, especialmente, a identificação dos bens jurídicos tutelados e o alcance dessa tutela, bem como a constatação das possíveis restrições apontadas, de forma expressa, na Constituição e as respectivas reservas legais de índole restritiva.

Nesse contexto, importa ter em mente que as possíveis limitações impostas à proteção dos direitos fundamentais devem ter fundamento legal, o qual, por sua vez, somente pode se realizar dentro dos limites de suas atribuições constitucionais. Noutras palavras, leciona Slaibi Filho (2006) que as liberdades, direitos e garantias fundamentais somente poderão ser limitados por ato legislativo se “[...] a própria Constituição prever que a limitação possa decorrer de outro órgão, executivo ou jurisdicional no exercício de função legislativa [...]”.

Nesse mesmo sentido, oportuna é a doutrina de Mendes (2004) ao assegurar que o legislador ordinário não se limita a estabelecer restrições a eventuais direitos, contudo, a ele cabe definir, em determinada medida, a amplitude e a conformação desses direitos

individuais, sem que isso signifique uma faculdade ilimitada de dispor acerca de tal ou qual direito.

Considere-se, pois, que o exercício dos direitos individuais pode, em muitos casos, ensejar uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos, os quais requerem a intervenção judicial para solucioná-los, mas não somente uma simples intervenção, e, sim, aquela que se faz com efetiva observância de todas as garantias processuais do direito de acesso ao judiciário.

Diante das análises até aqui procedidas, vê-se um grande paradoxo entre o direito fundamental de acesso à justiça – constitucionalmente assegurado – e a ampla, porém teórica, proteção que o Estado garante a tal direito. Aqui, entenda-se o vocábulo “teórica” também no sentido legislativo, pois não faltam no ordenamento jurídico brasileiro leis versando, direta ou indiretamente, sobre o direito do cidadão ao acesso ao judiciário, o qual ainda está longe de se tornar efetivo, sendo este objeto central deste estudo e que se fará no último capítulo.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, A CIDADANIA E O ACESSO À JUSTIÇA

O presente capítulo traz o conceito e breves considerações históricas relativos à democracia, à cidadania e ao acesso à justiça. Em seguida, faz-se uma análise acerca do Estado Democrático de Direito e o que tal condição representa no contexto sociopolítico brasileiro, inclusive quanto ao exercício da cidadania.

2.1 Conceituando democracia, cidadania e acesso à justiça

O estudo do acesso à justiça enquanto direito fundamental envolve não apenas a análise dos direitos fundamentais ou, de forma mais ampla, dos direitos humanos – na medida em que estes últimos, em sua origem, foram criados para proteger o indivíduo em face de atos estatais arbitrários, isto é, praticados pelo Estado, tendo em vista as ocorrências do holocausto nazista ou, em âmbito nacional, do período da ditadura militar, quando era comum a prática de tortura e outras barbaridades contra o ser humano – mas, também, o estudo do que vem a ser a democracia e a cidadania, os quais, pela compreensão de suas respectivas conceituações doutrinárias, mantém estreita relação com a questão do acesso à justiça, tal como se pretende demonstrar a seguir.

Anote-se, porém, que a partir desse momento o objetivo é tão-somente apresentar alguns conceitos acerca desses institutos para, em seguida, analisá-los dentro do contexto brasileiro.

2.1.1 *Democracia*

Etimologicamente, o vocábulo “democracia”, de origem grega e formado pelas palavras *demos* (povo) e *kratia* (governo ou poder), significa governo do povo. Destarte, enquanto sistema de governo, a democracia nasceu em uma das principais cidades da Grécia antiga, qual seja, Atenas, porém, em sua fase inicial, apresentou-se um tanto limitada.

Considerando sua origem histórica, Viamonte (1959 apud BONAVIDES, 1994, p. 272) lembra as palavras de Péricles, estadista grego considerado, por muitos, o pai da democracia, o qual assim se pronunciou:

Nosso regime político é a democracia e assim se chama porque busca a utilidade do maior número e não a vantagem de alguns. Todos somos iguais perante a lei, e quando a república outorga honrarias o faz para recompensar virtudes e não para

consagrar privilégios. Nossa cidade se acha aberta a todos os homens. Nenhuma lei proíbe nela a entrada aos estrangeiros, nem os priva de nossas instituições, nem de nossos espetáculos; nada há em Atenas oculto e permite-se a todos que vejam e aprendam nela o que bem quiserem, sem esconder-lhes sequer aquelas coisas, cujo conhecimento possa ser de proveito para os nossos inimigos, porquanto confiamos, para vencer, não em preparativos misteriosos, nem em ardis e estratagemas, senão em nosso valor e em nossa inteligência.

De acordo com Slaibi Filho (2006, p. 544-545) a democracia, tal como modernamente se conhece, é vista como uma forma de associação política, ou seja, um modelo de convivência existente entre os povos de uma mesma nação, somando esforços para o bem comum e individual. Além disso, leciona esse doutrinador que o referido modo de convivência pode assumir várias modalidades,

[...] seja quanto ao sujeito do poder (e o regime democrático é caracterizado por se fundar na soberania popular), seja quanto ao meio pelo qual se exercita o poder e até mesmo quanto aos fins visados pela associação política (no regime democrático, o atendimento ao interesse público, a busca do bem comum).

É de se considerar, todavia, o fato de a democracia direta, ou seja, o seu modelo original, surgido na Grécia antiga – tal como anteriormente descrito – não mais ser uma realidade na vida moderna, pelo que foi substituída pela democracia indireta ou representativa ou, na melhor das hipóteses, pela democracia semidireta ou participativa.

Conforme lição de Bonavides (1994), a democracia indireta se configura pela existência de determinados fundamentos, entre os quais se destacam a soberania popular, o sufrágio universal, separação dos Poderes, o Estado de Direito, igualdade de todos perante a lei e outros. Contudo, faz referência à crítica de Rousseau – pensador iluminista da ciência política do século XVIII – ao asseverar que, por tal modelo, o homem só é livre na ocasião em que vai depositar seu voto nas urnas.

Tratando-se da democracia semidireta – sistema ao qual o Brasil se afilia – esta combina características dos dois outros modelos com o intuito de aproximá-la o quanto possível da forma direta de democracia. Nesse sentido, observa o mesmo autor o fato de o povo não apenas eleger, mas participar diretamente da vida política da sociedade, através de instituições como o referendo, o plebiscito, ou mesmo legislando, através da iniciativa popular.

Nesse contexto, importa ter em mente, segundo Slaibi Filho (2006), o fato de a moderna sociedade – tal como organização social – buscar, na democracia não apenas o atendimento de suas necessidades individuais ou sociais fundamentais, mas, também, a legitimação para

justificar eventuais restrições à liberdade, para compartilhar decisões, bem como para despertar as consciências e envolver os indivíduos na atividade pública, tornando-as solidárias e responsáveis pela própria vida social.

2.1.2 Cidadania

Antes de analisar o conceito de cidadania, há de se mencionar o cidadão, ou seja, aquele que exerce a cidadania. De acordo com César (2002, p. 17, grifos originais) o vocábulo cidadão, etimologicamente considerado, “[...] tem origem na expressão latina *civis*, traduzido do grego *polites*, que significa sócio da *polis* ou *civitas*, ou seja, da cidade-Estado da Antiguidade Greco-Romana”. Assim, apenas eram considerados cidadãos aqueles homens que participavam da gestão da cidade por meio do exercício direto dos direitos políticos, isto é, sem a intervenção de representantes.

Não obstante todo o histórico da construção do conceito de cidadania – ao qual não se pretende adentrar, tendo em conta sua desnecessidade para o objetivo desta pesquisa – importa registrar a doutrina de Slaibi Filho (2006), ao apresentar o moderno conceito de cidadania sob diferentes enfoques, a saber: em sentido amplo, significa o conjunto de direitos e deveres regentes e definidores da situação dos habitantes de determinado Estado; no sentido sociológico, refere-se ao indivíduo plenamente capaz de exercer todos os direitos que lhe são cabíveis no contexto da sociedade em que vive; num sentido mais abrangente, afigura-se correspondente aos conceitos de democracia e igualdade; e no sentido estrito, refere-se ao poder jurídico, inerente ao indivíduo, de participar do governo, votando, sendo eleito, exercendo funções públicas, usufruindo dos serviços públicos, bem como fiscalizando a atividade estatal.

Entretanto, Andrade (1993, p. 13), analisando a doutrina jurídica pátria, assevera que esta, no mais das vezes, apresenta o conceito de cidadania de forma estática e cristalizada, na medida em que apenas o considera como “[...] a soma da nacionalidade mais direitos políticos, concebidos basicamente como direitos eleitorais (votar e ser votado)”.

Esse mesmo autor, em artigo publicado em revista jurídica, aponta sua compreensão da cidadania como

[...] dimensão ampla de participação social e política e através da qual a reivindicação, o reconhecimento e o exercício dos direitos humanos, instituídos e instituintes, exteriorizam-se enquanto processo histórico, busca-se romper com a

dicotomia liberal homem/ cidadão, através de uma unificação de temáticas que permita pensar os direitos humanos como o núcleo da dimensão da cidadania e o problema de sua (ir)realização como problema relativo à construção da cidadania numa perspectiva política em sentido amplo (ANDRADE, 1990, p. 12).

Sob tal enfoque, há de se considerar, conforme César (2002), que falar em cidadania também significa falar em direitos fundamentais e, conseqüentemente, direitos humanos, todavia, não apenas aqueles previstos nas Declarações de Direitos internacionais, mas, inclusive, aqueles conquistados cotidianamente e/ ou ainda em disputa nas relações em sociedade, imprimindo-lhe um caráter dinâmico e abrangente.

2.1.3 Acesso à justiça

Analisando a evolução teórica do conceito de acesso à justiça, Cappelletti (1988) observa que nos Estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX os métodos utilizados para dirimir conflitos civis de interesses reproduziam a filosofia marcadamente individualista dos direitos então vigentes.

Segundo o mesmo autor, o direito à proteção judicial significava, basicamente, o direito formal do indivíduo ofendido de propor ou contestar uma ação, sob o argumento de que embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, tais direitos não ensejavam uma ação do Estado em favor de sua proteção, pois os mesmos

[...] eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los, adequadamente, *na prática* (CAPPELLETTI, 1988, p. 9, grifo original).

Contudo, a evolução dessas sociedades liberais gerou como conseqüência não apenas o seu crescimento em tamanho, mas, inclusive, em complexidade. Nesse ínterim, altera-se, também, o conceito daquilo que, até então, conhecia-se por direitos humanos, o qual – em vista dos ideais revolucionários franceses – logo viria a apresentar um caráter mais coletivo que individual, reconhecendo direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos.

No contexto desses acontecimentos, a sociedade também evoluiu no sentido de observar, na atuação positiva do Estado, um instrumento eficaz para assegurar o gozo de todos aqueles direitos individuais e sociais básicos, inclusive o de efetivo acesso à justiça, sendo que o reconhecimento deste último de capital importância, pois, segundo Cappelletti

(1988, p. 11) “[...] a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”.

Não obstante as proficientes lições do citado doutrinador, o fato é que, ainda em dias atuais, quando se fala em acesso à justiça, no mais das vezes, tem-se em mente apenas a questão do acesso aos Fóruns, Tribunais e aos processos, na busca de assegurar direitos e exigir deveres, ou seja, a tutela jurisdicional da função estatal competente, que é o Poder Judiciário. Embora tal concepção não esteja equivocada, o conceito de acesso à justiça não se reduz somente a isto.

Dentro de uma concepção axiológica de justiça, leciona Rodrigues (1994, p. 28) que o acesso à mesma não se reduz ao sinônimo de acesso ao Judiciário e de suas instituições, mas, sim, “[...] a uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano” não restritos ao ordenamento jurídico processual, porém, também como forma de viabilizar o acesso a uma ordem jurídica justa.

No mesmo sentido, Watanabe (1988) leciona que o acesso à justiça não significa, simplesmente, à mera provocação do Judiciário, importando, essencialmente, o “direito à ordem jurídica justa”. No entanto, para que tal objetivo seja alcançado, mister que também se tornem efetivos: o direito à informação; a adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; o direito a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; o direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; o direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso; e o efetivo acesso à justiça com tais características.

Por outro lado, e considerando a via processual, Figueira Junior (1994) observa que o acesso à justiça se concretiza a partir da existência de instrumentos geradores da efetividade processual, cuja realização se verifica por meio de procedimentos garantidores da rápida consecução dos objetivos das partes contrapostas, isto é, dentro de um razoável período de tempo, sendo este compatível com a complexidade da causa e capaz de proporcionar aos litigantes a satisfação do escopo pretendido.

Destarte, Cappelletti (1988, p. 12) já sentia a necessidade de os juristas reconhecerem

[...] que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer

regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativa ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva, com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social.

Ademais, esse mesmo doutrinador, em outra obra, reconhece a dificuldade de conceituar o que, necessariamente, vem a ser o acesso à justiça, posicionando-se da seguinte forma:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. [...] uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 8)

Nota-se, pois, que atribuir uma conceituação à questão do acesso à justiça é tarefa bastante ampla e, quiçá, difícil de ser exaurida, de modo que não se pretende, aqui, adentrar nesse mérito, todavia, apenas apresentar as bases daquilo que se pretende discutir no capítulo vindouro, ou seja, o acesso à justiça enquanto direito fundamental.

Abra-se um parêntese para registrar a opção de trazer tal conceituação nesta ocasião, em virtude de sua relação com a questão da democracia e da cidadania e, mais ainda, por se pretender – no capítulo seguinte – entrar diretamente na análise do tema, já contextualizado com os institutos da democracia e do exercício da cidadania.

2.2 O Brasil como Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal de 1988, logo em seu art. 1º, deixa clara a noção a partir da qual o Brasil adota como regime de governo a democracia, nos seguintes termos, *in verbis*: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”.

Importa, pois, registrar, conforme Slaibi Filho (2006), que a idéia do Estado de Democrático de Direito está relacionada à subordinação de toda a atividade estatal à regra jurídica preexistente, significando a limitação do exercício do poder. Em sendo assim, observa a existência de quatro elementos considerados imprescindíveis para o reconhecimento de tal regime de governo, quais sejam: a) a submissão da Administração Pública ao poder jurisdicional; b) a aplicação, pelo poder jurisdicional, de uma lei preexistente; c) a imparcialidade da magistratura; e d) a igualdade de tratamento do Estado-Administração com a outra parte perante o Estado-Juiz.

De acordo com Moraes (2000, p. 43), o Estado Democrático de Direito pode ser apresentado a partir da exigência de ser ele regido por “[...] normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais”.

Contudo, Silva E. (2005), informa que além dos aspectos anteriormente descritos como exigência do Estado Democrático de Direito, devem-se acrescentar ainda outros, sendo o principal deles a soberania popular, a qual impõe a efetiva participação do povo na coisa pública, não se exaurindo, tal participação, na mera formação das instituições representativas, pois estas instituições se afiguram apenas como um estágio da evolução do Estado Democrático e não o seu completo desenvolvimento.

Nesse contexto, é possível compreender, como sendo a essência da soberania popular, o fato de ser ela representada pela legítima, efetiva e democrática participação popular nos mecanismos de produção e controle de decisões políticas, incluindo todos e quaisquer outros aspectos, funções e variantes do poder estatal.

Oportuno destacar, conforme Silva E. (2005), a notável lição de Abraham Lincoln, quando este afirmou que a essência da democracia consiste no “Governo do povo, pelo povo e para o povo”, sendo tal assertiva, ainda em dias atuais, considerada a melhor síntese do princípio democrático.

Partindo da citada idéia, o mesmo autor propõe que aqueles elementos devem ser entendidos da seguinte maneira:

‘Governo do povo’ é o sujeito da democracia, o seu fundamento; o ‘governo pelo povo’ diz respeito ao exercício do poder democratizado, revelador do seu correto funcionamento; e ‘governo para o povo’ será a finalidade do poder democrático, o atingimento do bem comum (SILVA E., 2005, p. 226).

Em face de tais considerações, pode-se afirmar que um governo democrático deve ter por fundamento o binômio liberdade política e igualdade política. Além disso, a idéia do Estado Democrático de Direito também pode e deve ser vista como transformadora da realidade, indo além do aspecto material de concretização da dignidade da vida humana.

Noutras palavras, o fato de o Estado agir como promovente da participação pública implica ter sempre em mente a premissa de que a democracia está necessariamente voltada à questão da solução do problema das condições materiais de existência, pois, em vista de sua

condição de Estado Democrático, pressupõe-se que sua criação deve ir além de a idéia utópica de transformação da realidade, ostentando o objetivo da igualdade, caso em que a lei se afigura como mecanismo de reestruturação social e não apenas à previsão de sanções pela prática de ilícitos.

Em verdade, pretende-se aqui deixar claro que o Estado Democrático de Direito deve figurar como o conjunto de um aparelhamento especialmente voltado ao propósito de amenizar e reduzir as contradições e desigualdades econômicas e sociais de sua população, principalmente através da observância dos ditames constitucionais, os quais representam os interesses da maioria.

Considerando o tema proposto para a presente pesquisa monográfica, é de se notar que não há como falar na questão do acesso à justiça, no seu sentido mais abrangente, sem ter como base um Estado fundamentado na democracia – ainda que semidireta – pois que sem ela também não se pode falar em respeito às liberdades, direitos e deveres fundamentais do indivíduo.

2.3 O exercício da cidadania

O exercício da cidadania é um dos fundamentos integrantes do arcabouço formado pelo Estado Democrático de Direito, estando previsto no art. 1º, inc. II, da Lei Maior. Nesse contexto, os cidadãos – assim entendidos aqueles que exercem a cidadania – representam, segundo Bonavides (1994), o conjunto de pessoas vinculadas de modo institucional e estável a um determinado ordenamento jurídico, ou seja, o conjunto de indivíduos pertencentes ao Estado.

De acordo com a análise realizada anteriormente, por ocasião do estudo do conceito de cidadania, vê-se, no contexto brasileiro, uma tendência conceitual em reduzir o exercício da cidadania à prática dos direitos políticos, ou seja, votar e ser votado, o que acaba sendo uma verdade prática, pois aquele indivíduo que não está em dia com suas obrigações eleitorais fica impedido de exercer outros atos de cidadania, tal como se percebe através da lição de Slaibi Filho (2006, p. 65):

As contradições da Constituição expressam as contradições da sociedade brasileira. É a contradição terrível que decorre da crise da cidadania, porque até então reservamos o conceito de cidadania à mera vertente política, de participação do cidadão no governo, sem alcançar o seu verdadeiro conceito de ensejar o poder de todos, e de cada um, de desfrutar os bens postos à disposição da comunidade, e a compreender, nos limites da abrangência da idéia do que se denomina bem comum,

que este não se restringe à felicidade dos que têm e mantêm direitos, mas de todas as pessoas, ainda que pouco ou nenhum direito tenham e, mesmo assim, revelam-se titulares indisponíveis de direitos, deveres, ações, responsabilidade e obrigações.

Sob tal enfoque, oportuno anotar a doutrina de César (2002) ao se referir aos movimentos sociais e à ação de organizações não governamentais – as quais começaram a surgir desde a década de 70 (setenta) – no sentido de buscar a efetividade do exercício na cidadania nas suas mais diversas acepções.

Muito embora esses movimentos, em sua origem, não apresentassem caráter nitidamente popular, em razão de serem realizados pela classe média (profissionais liberais, universitários e alguns líderes populares) em benefício de seus próprios interesses ou de seus filhos, não demorou muito até se iniciarem movimentos em defesa de interesses populares, como moradia, terra, sindicalização, violação de direitos humanos e outros, especialmente quando envolvidos direitos de pessoas cujas condições sociais ou econômicas lhes dificulta o pleno exercício da cidadania e até mesmo o acesso à justiça.

Os resultados favoráveis desses movimentos para o incremento do exercício da cidadania causou a sua propagação e, assim, um processo de construção de uma nova cidadania, explicitada, conforme César (2002), por um conjunto de direitos auto-evidentes, fundamentados na legitimidade do poder, criando um contexto mais igualitário no âmbito da sociedade.

Os aludidos movimentos sociais, de acordo com o mesmo autor, passaram a atuar de três maneiras distintas, a saber: a) reivindicatória, pressionando o Estado no sentido de oferecer melhores condições de vida e de direitos básicos não atendidos; b) contestatória, identificando as carências e privações de caráter material, bem com mobilizando a população no intuito de manifestar a oposição ao poder estatal instituído; e c) participativa, buscando assegurar as formas de controle do Estado e os canais de participação popular descentralizadores do poder.

Destarte, não há como deixar de perceber a influência e a importância que as referidas modalidades de movimentos sociais representam na busca pela melhoria das condições de vida, bem como na efetivação do exercício da cidadania, mormente pela condição brasileira de Estado Democrático de Direito. Interessante recordar, no curso da história política do Brasil, que um dia – especialmente quando da ditadura militar – movimentos semelhantes a estes eram fortemente reprimidos e tidos como contrários ao “interesse público”.

Na atual conjuntura social, portanto, é impossível e inapropriado conceber o exercício da cidadania significando apenas a participação na vida política do Estado enquanto eleitor. Tal como até aqui analisado – e embora superficialmente, pois se trata apenas de uma base para o que será tratado no capítulo seguinte – exercer cidadania vai além de tal idéia, podendo se realizar tanto coletivamente, através de movimentos sociais, a exemplo daqueles anteriormente descritos, como individualmente, conforme as previsões constitucionais elencadas no art. 5º da Constituição Federal e outros a ele correlatos.

E é justamente nesse dispositivo constitucional (art. 5º) que se encontram verdadeiros instrumentos de proteção ao exercício da cidadania, tendo sido, recentemente, acrescentado mais um, qual seja, o de acesso à justiça, pela inclusão do inciso LXXVIII – através da Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004 – e cujo estudo se fará no capítulo seguinte desta pesquisa.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

O atual capítulo versa sobre o direito fundamental de acesso à justiça, apresentando uma visão geral de sua implementação no contexto brasileiro pela exposição de vários institutos, inclusive processuais, aptos a torná-lo efetivo. Faz-se, também, referência às mais recentes reformas do processo civil para, em seguida, mencionar determinados óbices ainda existentes.

3.1 A garantia constitucional de acesso à justiça

Conforme já abordado no capítulo inaugural desta pesquisa, a Emenda Constitucional n.º 45/04, representou, em nível constitucional, a norma jurídica integrante de um conjunto cujo objetivo se deu no sentido de implementar a “Reforma do Judiciário”.

Abordou-se, também, ter sido através desta Emenda que se incluiu, ao art. 5º da Constituição Federal, o inciso LXXVIII, o qual contempla – se assim é possível considerar – um novo princípio constitucional de acesso à justiça, sem esquecer aquele elencado no inciso XXXV do mesmo art. 5º, cujo preceito reza, *in verbis*: “A lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Sob tal aspecto, muito apropriada é a lição de Oliveira (1999, p. 60) ao afirmar que a justiça é “[...] a própria razão de ser do direito”. No tocante ao acesso à justiça, considera este doutrinador o fato de todas as demais finalidades do direito – a exemplo da liberdade, da igualdade, do bem comum, da segurança social e da ordem pública – afiguram-se secundárias, tendo em conta se apresentarem inteiramente dependentes daquela.

Nesse mesmo sentido, e visualizando a justiça como o desdobramento de diversos outros valores, Sarlet (1998), aponta o reconhecimento e a proteção desta – por meio do direito –, tornando-se, de tal forma, o principal caráter e o fundamento do sistema jurídico do Estado de Democrático de Direito. Analisando a justiça como um valor, afirma, ainda, que a mesma passa a ser considerada a meta do ordenamento jurídico.

Modernamente, conforme Cappelletti e Garth (2002), o acesso à Justiça ganha relevo e substância, sob suas diversas formas, pelo que vem sendo entendido e apresentado – não apenas com contexto brasileiro, mas internacional – como o mais básico dos direitos humanos e como requisito fundamental de um sistema jurídico igualitário e de um governo democrático que pretenda não somente proclamar os direitos dos indivíduos, mas garanti-los.

Destarte, há de se ter em mente a doutrina de Nalini (1997) ao observar que, estando a Constituição Federal de 1988 no ápice da pirâmide normativa brasileira, esta se impõe como o fundamento de legitimidade para todas as outras normas integrantes do ordenamento jurídico, em virtude de nela se encontrarem as regras a partir das quais as leis infraconstitucionais serão produzidas. Ademais, não há como esquecer que, pelo seu comando, o Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e, por isso mesmo, contempla a efetivação dos direitos fundamentais ali declarados, inclusive o de acesso à justiça.

Nesse contexto, importa ressaltar que o aludido direito se firmou como um objetivo permanente do Estado brasileiro ou, segundo o magistério de Silva J. (1968), como norma princípio, exigindo – tal como alhures informado – sua concretização e efetivação enquanto finalidade e dever Estado, bem como autorizando a elaboração de normas com vistas ao seu alcance.

No bojo de tais circunstâncias, não foram poucas as ações dos Poderes constituídos do Estado – especialmente do Legislativo e do Judiciário – em busca da efetivação do direito de acesso à justiça, principalmente através da criação de institutos jurídicos com finalidades previamente determinadas, acerca dos quais se realiza uma breve exposição no tópico seguinte, todavia, sem adentrar em quaisquer debates doutrinários.

3.2 Contextualização do acesso à justiça no âmbito brasileiro

De acordo com César (2002), a questão do acesso à justiça, no âmbito brasileiro, somente ganha contornos transformadores na década de 80 (oitenta), após o período da ditadura militar e, mais especificamente, quando da promulgação da Constituição de 1988.

Não obstante, importa registrar que desde a Constituição de 1934 já vigorava no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da assistência judiciária. Segundo o mesmo autor, porém, a Constituição de 1988 trouxe diversas modificações para este instrumento de acesso à justiça, estando ele previsto em seu art. 5º, LXXIV, o qual reza, *in verbis*, o seguinte: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Conforme a lição de Greco (1998, p. 74), as mencionadas modificações repousam sobre a expressão “assistência jurídica integral”, pelo fato de ter acontecido uma ampliação nos serviços de assistência jurídica para uma prestação mais eficaz e completa, extrapolando o

mero assistencialismo de acesso ao juízo para garantir, também, a assessoria jurídica preventiva e extraprocessual, pois, segundo esse autor, “[...] o acesso ao Direito não estará concretamente assegurado se o Estado não oferecer a todos a possibilidade de receber aconselhamento jurídico a respeito de seus direitos”.

Ademais, com a assistência judiciária, aquele que não dispõe de recursos para custear quaisquer despesas relativas ao acesso à justiça fica isento do pagamento de custas judiciais, taxas e emolumentos. Inclui-se nesse contexto assistencial a posterior criação das Defensorias Públicas, prevista no art. 134 da Carta Magna e regulamentada pela Lei Complementar n.º 80, de 12 de janeiro de 1994.

Também em vigor no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1934, está o instituto da Ação Popular, cujo alcance foi ampliado nos moldes do art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988, ficando estabelecido, *in verbis* que:

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Percebe-se, pelo próprio conceito apresentado na letra da Lei Maior, que o citado remédio constitucional, não se presta à defesa de interesses individuais, fato este que não lhe retira a legítima característica de mecanismo de acesso à justiça, tal como pode ser entendido a partir da lição de Meirelles (2001, p. 118), quando afirmar se trata de um

[...] instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros. Por ela não se amparam direitos individuais próprios, mas, sim, interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto. O cidadão a promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição da República lhe outorga.

Ainda em 1985, a Lei n.º 7.347, de 24 de julho, institui no ordenamento jurídico pátrio a Ação Civil Pública, reconhecida como constitucional pela Carta Política de 1988, através de seu art. 129, III, cujo teor estabelece, *in verbis*, como função do Ministério Público “[...] promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

O aludido instrumento constitucional foi, posteriormente, contemplado em legislações ordinárias, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, pois, segundo Meirelles (2001),

tal ação surgiu com um campo de aplicação restrito, tanto no tocante aos setores de sua incidência como em relação aos interesses que poderiam ser através dela defendidos. Destarte, através do Estatuto consumerista, permitiu-se o manejo da Ação Civil Pública para a defesa de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos nos termos do art. 1º da Lei n.º 7.347/85, o qual dispõe, *in verbis*, o seguinte:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - à ordem urbanística;

IV - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

V - por infração da ordem econômica e da economia popular;

VI - à ordem urbanística

Contudo, a partir de 1988, e complementando o rol dos remédios constitucionais, enumeram-se o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o *habeas data*. Em relação ao mandado de segurança coletivo, cuja previsão está no art. 5º, LXX da Lei Maior, César (2002), entende não se tratar, especificamente, de uma inovação constitucional, mas, sim, de uma ampliação da legitimação para a propositura do mandado de segurança tradicional (art. 5º, LXIX), o qual também se configura num legítimo e eficaz instrumento de acesso à justiça. Em sendo assim, destaque-se, *in verbis*, o que rezam os aludidos dispositivos constitucionais:

Art. 5º. [...]

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

No tocante ao mandado de injunção, inserido no ordenamento jurídico brasileiro através do art. 5º, LXXI da Constituição de 1988, tratar-se, de acordo com esta regra legal, do meio constitucional apto a ser utilizado por aquele que se sentir prejudicado ante a falta de norma regulamentadora e cuja falta inviabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Nesse sentido, o objeto do referido mandado, segundo o mesmo doutrinador, é a proteção de quaisquer liberdades constitucionais – individuais ou coletivas – de pessoa natural ou jurídica, “[...] e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania,

que torne possível a fruição por inação do Poder Público em expedir normas regulamentadoras pertinentes” (MEIRELLES, 2001, p. 239).

Quanto ao *habeas data*, previsto no art. 5º, LXXII, alíneas *a* e *b*, da Carta Política de 1988, leciona o mesmo doutrinador que este se presta ao acesso de pessoa natural ou jurídica aos registros de informações – constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público – concernentes à pessoa e suas atividades, para possibilitar a retificação de tais informações. Abra-se um parêntese para destacar que tal remédio constitucional se afigura cada vez mais importante no atual contexto globalizado, em virtude da vulgarização das informações, inclusive íntimas, através de banco de dados, sistema de mala-direta, Internet, entre outros.

Oportuno fazer alusão, também, aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, instituídos pela Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, os quais – não obstante ainda apresentarem diversos problemas estruturais e legais, inclusive quanto à resistência dos magistrados em abandonar os comportamentos tradicionais, formais e reservados das varas comuns – representam uma importante via de acesso à justiça, propiciando uma prestação jurisdicional mais célere e barata. Os arts. 3º e 60 da referida lei estabelecem, resumidamente, a competência dos Juizados, dispondo, *in verbis*, o seguinte:

Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;

II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;

III - a ação de despejo para uso próprio;

IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Não obstante a existência de outros instrumentos de facilitação ao acesso à justiça, busca-se, aqui, fazer alusão apenas àqueles de maior destaque na doutrina, principalmente em virtude da extensão do assunto e de não ser o objetivo desta pesquisa esgotá-lo.

Porém, há de se lembrar, ainda, que a partir da Constituição de 1988, o jurisdicionado foi contemplado com a efetivação de várias garantias (ou princípios) fundamentais, entre elas a de pleno acesso à justiça por meio de institutos como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa (art. 5º, LV), juiz natural (art. 5º, XXXVII), publicidade dos atos processuais (art. 5º, LV), fundamentação obrigatória das decisões (art. 5º, LXI).

Apesar de tais garantias estarem presentes em algumas Constituições anteriores, César (2002) observa que as mesmas não eram levadas a efeito em virtude do Regime Militar que outrora se instituíra no país. Atente-se, também, ao fato de as referidas inovações guardarem estreita relação com as reformas dos Processos Penal e Civil.

Numa breve alusão aos institutos acima enumerados, cumpre destacar algumas características marcantes de alguns deles. Assim, Slaibi Filho (2006) leciona que o princípio do devido processo legal consiste na garantia constitucional pela qual o indivíduo somente poderá ser privado de sua liberdade ou ter seus direitos restringidos através de um processo legalmente instaurado – pelo Poder Judiciário – e no qual sejam amplamente assegurados o contraditório e a ampla defesa, por meio de um juiz natural.

Há de se ter em mente, quanto ao juiz natural, alguns aspectos caracterizadores, tais como o de ser ele entendido como o juiz que primeiro conheceu a causa, bem como pela sua independência e imparcialidade e, principalmente, pela sua investidura no cargo através de concurso público de provas e títulos.

Tratando-se dos princípios do contraditório e da ampla defesa, estes se caracterizam pela garantia assegurada às partes litigantes, no processo – inclusive administrativo – de produzirem suas defesas, constituírem suas provas, examinarem e se defenderem de acusações, conhecer todos atos praticados no processo e a este trazendo todos os elementos necessários para o esclarecimento do caso concreto. Em resumidas e elucidativas palavras, Slaibi Filho (2006, p. 204) anota que:

A legitimidade da função jurisdicional do Estado assenta-se (*sic*) em princípios processuais como o poder de qualquer pessoa deflagrar tal atividade para apreciar determinado caso concreto (*princípio da demanda*) e de pedir a tutela jurídica na resistência ao pedido autoral (*direito de defesa*), o poder de participar de todos os atos que sejam relevantes para a decisão (*princípio do contraditório*) ou de colaborar (*pela vinculação da decisão ao que foi constatado no processo – princípio da motivação*) e, derradeiramente, a faculdade de manifestar suas insatisfação com a decisão através de recursos a outros órgãos (*direito de recurso*, imanente ao direito de ação) (grifos originais).

Importa registrar que as considerações expostas nesse tópico consistem num apanhado geral das ações governamentais – especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 – em busca da efetividade do acesso à justiça e ao Judiciário. Não obstante, esta é uma atividade estatal dinâmica e que deve acompanhar a evolução da sociedade, adequando-se o máximo possível com suas necessidades. Nesse ínterim, afigura-se imprescindível mencionar as mais recentes modificações ocorridas com a Reforma do Judiciário, as quais

culminaram numa considerável modificação no processo civil de execução, conforme abaixo relatado.

3.2.1 As recentes modificações em prol da efetivação do acesso à justiça

Não obstante a criação – ao longo dos anos – de todos aludidos instrumentos e institutos processuais em prol de uma melhor realização do acesso à justiça, os obstáculos encontrados para sua plena efetivação ainda são muitos e, ao que parece, distantes de serem superados.

Nesse contexto, importa trazer à baila as mais recentes mudanças trazidas pela legislação infraconstitucional, para a melhor realização da prestação jurisdicional, referentes ao processo civil de execução. Antes, porém, cumpre esclarecer – para não cair na eventualidade – que, anterior ao processo de execução, ocorre o processo de conhecimento, o qual consiste, segundo Theodoro Junior (2004), em uma pretensão contestada, cuja necessidade é a definição da vontade concreta da lei para, então, chegar-se à solução do litígio, culminando numa sentença de mérito que tem por conteúdo a resposta definitiva do pedido formulado pelo autor.

Ocorre, porém, que a não rara e excessiva demora dessa fase da prestação jurisdicional, associada à forma como a execução se processava, resultava, no mais das vezes, na frustração do jurisdicionado em “ganhar e não levar”, pois havia uma tendência em considerar tal prestação satisfeita pela mera proclamação do vencedor, ou seja, com a declaração do direito e, deste modo, com a cognição, por meio do processo de conhecimento.

Na prática, verifica-se não ser exatamente assim que acontece, porquanto, o fato de ter “em mão” uma sentença de mérito favorável, e válida como título executivo judicial, de nada adianta quando o referido título não puder ser efetivamente satisfeito, isto é, se o devedor não for constrangido a adimplir sua dívida por meio de um instrumento processual realmente eficaz, célere e ato contínuo à sentença de mérito, entregando formalmente a prestação jurisdicional àquele que dela necessitou.

Em face de tais circunstâncias foi que ocorreu a aludida reforma no processo civil de execução, através da publicação da Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005, cujo teor estabeleceu a unificação das fases cognitiva e executiva, as quais passaram a tramitar nos mesmos autos, pondo fim ao procedimento autônomo de execução de título judicial e fazendo surgir o que a doutrina denomina processo sincrético, isto é, processo unificado.

Antes, todavia, abra-se uma parêntese para informar, conforme Marinoni e Arenhart (2007), que já em 1994, por ocasião da publicação da Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro – responsável pela denominada “mini-reforma” do processo civil – alteraram-se as regras do art. 461, *caput*, e parágrafos 1º ao 4º do Código de Processo Civil, acabando com o imperativo de proceder à execução em autos apartados, quando a sentença se fundar em obrigação de fazer ou não fazer e, assim, atribuindo poderes ao magistrado para, no mesmo processo em que foi prolatada a sentença, realizar a obrigação continuamente. Asseveram os mesmos doutrinadores que

[...] a maior importância do art. 461 não está na circunstância de ter oportunizado sentença de executividade intrínseca, dispensando a ação de execução de sentença, mas sim, no fato de que, a partir dele, ao processo civil foi possível viabilizar as tutelas que dependem de sentenças que se liguem a meios executivos de coerção indireta, como a multa, e a meios de execução destinados a permitir a simples implementação da tutela jurisdicional – como a busca e apreensão e a remoção de pessoas e coisas –, exatamente nas hipóteses em que a tutela jurisdicional do direito não depende de qualquer prestação do demandado (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 48).

Posteriormente, através da publicação da Lei n.º 10.444, de 7 de maio de 2002, ocorreu a reformulação dos arts. 621, 624, 627 e 644 da mesma Lei Processual Civil, referentes ao cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer, modificando, especificamente, a execução das obrigações de entregar coisa certa ao acrescentar o art. 461-A, *caput*, cuja regra prevê, *in verbis*, o seguinte: “Na ação que tenha por objeto entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para cumprimento da obrigação”.

As mudanças não pararam por aí. Em 2005 e 2006, publicou-se um pacote de leis que recebeu a denominação de “pacote republicano”, originário da Secretaria de Reforma do Judiciário, do Ministério da Justiça, e apoiado por representantes dos três Poderes da República, tendo sido apresentado como o “Pacto do Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano”. De acordo com Feliciano (2007), o aludido pacote ainda contou com a contribuição Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), através da elaboração de um projeto de lei que, após recebido e sancionado pelo Poder Executivo, deu origem à festejada Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005.

Observa o mesmo doutrinador que essas e outras leis integrantes do conjunto responsável pela Reforma do Judiciário – e, conforme alhures referido é representada, em nível constitucional, pela Emenda Constitucional n.º 45/ 04 – apresentam um objetivo comum, qual seja, o de

[...] emprestar concreção legal ao princípio constitucional da *duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII, CRFB), assim como ao princípio da *efetividade da tutela jurisdicional*. Esse último, não-expresso, é um *princípio constitucional implícito* da Constituição de 1988 (da espécie dos princípios-garantia), imanente às normas do inciso XXXV (inafastabilidade do Poder Judiciário) e do inciso LIV (*procedural due process of law*), ambos do art. 5º da CRFB (FELICIANO, 2007, p. 284, grifos originais).

A principal alteração implementada pela Lei n.º 11.232/05 é verificada no deslocamento de todo o chamado “processo de liquidação de sentença” para o Livro I, pela inserção – no Título VIII deste Livro – dos Capítulos IX e X, os quais são formados pelos arts. 475-A a 475-H e 475-I a 475-R, respectivamente, e, por óbvio, a expressa revogação dos arts. 603 a 611, disciplinadores da liquidação de sentença no Livro II. Bueno (2006, p. 40-41) explica os efeitos dessa modificação nos seguintes termos:

O que era ‘liquidação de sentença’ ocupando a parte do Código de Processo Civil destinada a reger o ‘processo de execução’, passou a ser uma ‘fase’ ou uma ‘etapa’ do antes chamado ‘processo de conhecimento’ e que, mercê das alterações introduzidas nos arts. 162, § 1º, 267, *caput*, 269, *caput*, e 463, *caput*, deve ser entendido como um todo. Permeando as atividades jurisdicionais destinadas ao *reconhecimento do direito* e as atividades jurisdicionais voltadas à *realização concreta deste mesmo direito*, os arts. 475-A a 475-H ocupam-se de disciplinar a atividade jurisdicional voltada à *quantificação do direito*, tal qual reconhecido na sentença (art. 475-A, *caput*) (grifos originais).

Há de se mencionar, no tocante à fase de cumprimento de sentença, a lição de Didier Junior *et al* (2008) ao afirmar que Lei n.º 11.232/05 provocou a extinção do “processo autônomo de execução” de sentença, dando origem à fase de cumprimento de sentença (arts. 475-I a 475-R), dentro do processo de conhecimento e não como objeto de outro processo, conseqüentemente, sem a necessidade de instauração de outra ação judicial e a formação de uma nova relação processual.

Dentre as mais recentes inovações em prol da efetivação do acesso à justiça e ao Judiciário, estas se caracterizam como as mais relevantes, não obstante a existência de outras alterações trazidas por aquelas próprias leis integrantes do pacote de Reforma do Judiciário. Entretanto, pelo conteúdo aqui exposto é possível perceber a grande contribuição que a reforma do processo civil de execução imprime no contexto sob análise, qual seja, a efetividade da prestação jurisdicional e o acesso à justiça.

Interessante acrescentar que tais reformas repercutiram até mesmo no âmbito da execução trabalhista, tendo em vista a possibilidade de aplicação supletiva das regras processuais civis no procedimento executório daquela Justiça Especializada (art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho), principalmente por muito se coadunarem com os princípios

regentes de sua atividade jurisdicional, quais sejam, a celeridade, a economia processual, simplicidade e efetividade.

No entanto, e conforme anteriormente mencionado, a plena efetivação do acesso à justiça, no sentido mais amplo que se possa empregar, é algo que, com a devida vênia, mais parece um objetivo utópico a ser alcançado, em virtude dos muitos obstáculos que ainda precisam ser transpostos. Nesse sentido, e para finalizar o presente estudo, o tópico seguinte se propõe a apontar – de forma breve e sem adentrar em debates de qualquer natureza – alguns dos óbices ainda existentes ao direito fundamental de acesso à justiça.

3.2.2 Os óbices relativos ao acesso à justiça

Não obstante a criação – ao longo dos anos – de todos aludidos instrumentos em prol de uma melhor realização do acesso à justiça, os obstáculos encontrados para sua efetivação ainda são muitos e, como acima mencionado, parecem distantes de serem superados, principalmente porque as dificuldades em torno do mesmo não se restringem à dimensão interna do sistema judiciário ou processual. Do contrário, envolve, também, circunstâncias externas, entre as quais se destacam óbices políticos, sociais e econômico-financeiros.

Logicamente, não há como esgotar a análise acerca desses problemas, pelo que aqui se pretende, tão-somente, dar uma visão geral sobre o assunto, de modo a contribuir, na medida do possível, para posteriores reflexões acerca do mesmo. Destarte, no que se refere aos obstáculos sociais, pode-se destacar a falta de efetividade, ou mesmo de eficácia social de determinadas regras jurídicas e instrumentos processuais que deveriam servir para a preservação ou o restabelecimento do direito lesado, comprometendo a credibilidade e a eficiência do sistema estatal de solução dos conflitos, inibindo o acesso à justiça e diminuindo o índice de confiabilidade nas instituições públicas e seus integrantes.

Outro aspecto social de grande relevância para a redução do acesso à justiça é a ignorância, ou seja, a falta de informação da maior parte da população em relação aos direitos a ela conferidos pela ordem jurídica, obstando a busca pela respectiva tutela jurisdicional e, conseqüentemente, afigurando-se não apenas como um fator de exclusão social mas, também, no sentido de impossibilitar o exercício da cidadania.

No que respeita aos óbices políticos, estes se referem, principalmente, à política judiciária, isto é, à organização e divisão judiciária dos Estados, bem como da União, em

âmbito federal, inclusive em relação à criação de novas comarcas (nas Unidades federadas), novas varas – e da distribuição de competência entre as mesmas – ou mesmo de varas especializadas.

Nesse sentido, a não realização de uma política judiciária adequada acarreta o afogamento de processos no âmbito dos respectivos Fóruns e Tribunais e, por via de consequência, um óbice à prestação jurisdicional. Portanto, a política judiciária deve buscar atender os anseios do jurisdicionado com fundamento em critérios objetivos e técnicos, tendo em vista as necessidades de seus usuários, a exemplo do encurtamento de distâncias, da redução dos custos, entre outros fatores que facilitam o acesso à justiça.

Tratando-se do aspecto econômico-financeiro, o principal problema do acesso à justiça se revela na impossibilidade da maior parte da população em dispor de verbas suficientes para custear despesas processuais sem afetar seu orçamento familiar, circunstância esta que se verifica não somente no momento de ingressar em juízo, mas, inclusive, para os atos processuais posteriores.

Não obstante a possibilidade da concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, aqueles que dela se utilizam acabam encontrando o incontestável obstáculo da morosidade dos serviços públicos, ocasionados não apenas pelo volume de processos, mas, também, na falta de boa vontade e empenho dos serventuários e oficiais de justiça em prol da celeridade processual.

A realidade aqui apresentada decorre, em muito, da incapacidade do Estado em cumprir, de modo satisfatório, seus próprios deveres constitucionais, desvirtuando-se do papel que lhe é imanente, em virtude de sua condição de Estado Democrático de Direito. Não obstante muito se tenha feito em nome da efetivação do acesso à justiça, não há como deixar de considerar que boa parte dos óbices existentes – para realização de não apenas deste, mas de vários outros direitos fundamentais – são causados pela falta de vontade política de mudar o “sistema de exclusão social” que jeitosa e disfarçadamente se instituiu no país, embora deixando seu rastro nos muitos problemas sociais, tais como o aumento do desemprego, a elevação dos índices de violência, nas péssimas condições de saúde, educação moradia, entre outros.

Não há como deixar de concluir que o grande problema do Brasil é a falta de zelo e de compromisso dos governantes com a nação, com os governados, ou seja, com aqueles cujos

interesses deveriam ser defendidos. Todavia, tais representantes buscam o acesso ao poder apenas para auferir vantagens pessoais e, no mais das vezes, através da prática de ilícitos, corrupção, desvio de verbas públicas e tantos outros meios fraudulentos que a mídia noticia todos os dias, a todo momento e que prescindem de embasamentos teóricos para prová-los, tendo em conta que as evidências falam por si.

Resta, pois, esperar que a população brasileira crie uma cultura de luta pelos seus direitos, sem aceitar, passivamente, o que de bom ou mau grado lhe seja conferido através de seus “supostos representantes”, circunstância esta que somente será possível no dia em que a educação, no sentido mais amplo da palavra, for entregue de modo isonômico a todo cidadão, desde a mais tenra idade.

CONCLUSÃO

Desde o momento em que os direitos humanos, na sua moderna concepção, foram instituídos no âmbito dos países na qualidade de direito supranacional e, portanto, com uma conotação coletiva e independente de vinculação com qualquer ordem constitucional, muitas mudanças ocorreram no âmbito daqueles Estados que contemplaram tais direitos no texto de suas respectivas Constituições.

Assim se deu com o Brasil, que logo nos primeiros artigos de sua Constituição estabeleceu a democracia como sistema de governo, tendo, entre outros de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana e a cidadania, os quais guardam íntima relação com a questão do acesso à justiça. É de se ter em mente que democracia e cidadania são dois institutos imprescindíveis e inescusáveis a qualquer Estado Democrático que se compromete em respeitar os direitos humanos, mormente quando assume tal compromisso por meio de tratados internacionais

Conforme analisado na presente pesquisa, nota-se que o exercício dos direitos individuais pode, em muitos casos, ensejar uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos, os quais requerem a intervenção judicial para solucioná-los, mas não somente uma simples intervenção, e, sim, aquela que se faz com efetiva observância de todas as garantias constitucionais e processuais do direito de acesso ao judiciário.

Não obstante, é visível a existência de um grande paradoxo entre o direito fundamental de acesso à justiça – constitucionalmente assegurado – e a ampla, porém não pouco teórica, proteção que o Estado garante a tal direito. Aqui, entenda-se o vocábulo “teórica” também no sentido legislativo, pois não faltam no ordenamento jurídico brasileiro leis versando, direta ou indiretamente, sobre o direito do cidadão ao acesso ao judiciário, o qual ainda está longe de se tornar realmente efetivo, pois, tal como analisado no decorrer desta pesquisa, fica claro que não bastam leis, mas, sim, a efetividade das mesmas.

Destarte, não se pode perder de vista o propósito da democracia, ou seja, amenizar e reduzir as contradições e desigualdades econômicas e sociais de sua população, principalmente através da observância dos ditames constitucionais, os quais representam os interesses da maioria e se perfazem através do amplo e irrestrito direito de acesso à justiça. Este, por sua vez, está ligado ao exercício da cidadania, cujo teor não se limita apenas à

participação na vida política do Estado enquanto eleitor, mas, inclui a possibilidade de ser realizado tanto coletivamente, através de movimentos sociais, como individualmente, conforme as previsões constitucionais elencadas no art. 5º da Constituição Federal e outros a ele correlatos.

Necessário, porém, registrar que, em muitos casos, a ineficácia de determinadas leis decorre da recorrente falta de vontade política dos “representantes do povo”, bem como da incapacidade do Estado em cumprir, de modo satisfatório, seus próprios deveres constitucionais, desvirtuando-se do papel que lhe é imanente, em virtude de sua condição de Estado Democrático de Direito.

Embora muito se tenha feito em nome da efetivação do acesso à justiça e da construção de uma ordem social justa e cidadã, não há como deixar de considerar que as aludidas circunstâncias se afiguram como causa de boa parte dos óbices ainda existentes para realização de não apenas esse, mas de vários outros direitos fundamentais, tendo por conseqüência a criação de um “sistema de exclusão social” que jeitosa e disfarçadamente vem se estabelecendo no país e cujos vestígios se revelam em problemas sociais como o aumento do desemprego, a elevação dos índices de violência, nas péssimas condições de saúde, educação moradia, entre outros.

Ademais, a dinâmica do processo social faz surgir, a cada dia, novos direitos que se somam àqueles já existentes, contudo, sem a efetivação que deles se esperam, tornando ainda mais difícil o contexto dos problemas em torno do direito constitucional fundamental de acesso à justiça.

Diante dessas análises, há de se concluir que a falta de zelo e de compromisso dos governantes para com aqueles cujos interesses deveriam ser defendidos, bem como a aceitação passiva de tais circunstâncias por parte dos mesmos e, mais ainda, a falta de cultura popular em lutar pelos seus direitos torna a busca pela plena efetivação do acesso à justiça algo utópico. Motivo pelo qual se pode afirmar que somente quando a educação, no sentido mais amplo da palavra, for entregue de modo isonômico a todo cidadão, desde a mais tenra idade, ter-se-á um verdadeiro Estado Democrático de Direito, um verdadeiro exercício da cidadania e, por conseguinte, efetivo e amplo acesso ao judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS:

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania**: do direito aos direitos humanos. São Paulo: Acadêmica, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**: comentários sistemáticos às Leis n. 11.187, de 19.10.2005 e 11.232, de 22.12.2005. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARVALHO, Júlio Marino de. **Os direitos humanos no tempo e no espaço**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

CÉSAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: EdUFMT, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* **Curso de direito processual civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação de sentença e coisa julgada. Salvador: JusPODIVM, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994. v. 1.

_____. **Direitos humanos: uma idéia, muitas vozes**. 3. ed. Aparecida: Santuário, 1998.

MARINON, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data", Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAIS, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. v. 3.

_____. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

NALINI, José Renato. **Constituição e estado democrático**. São Paulo: FTP, 1997.

OLIVEIRA, Nelci Silvério de. **Introdução ao estudo do direito**. Goiânia: AB, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **A aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SLAIBI FILHO, Nagib. Direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

DOCUMENTOS JURÍDICOS:

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 20 set. 2007.

_____. **Emenda constitucional n° 45, de 8 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5°, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 15 out 2008.

_____. **Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005**. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm>. Acesso em: 25 out. 2008.

_____. **Lei n.º 10.444, de 7 de maio de 2002**. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10444.htm>. Acesso em: 15 out. 2008.

_____. **Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em 20 nov. 2008.

PERIÓDICOS:

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania e democracia**: repensando as condições de possibilidade da democracia no Brasil a partir da cidadania. **Revista jurídica Unoesc**. Chapecó: UNOESC, 1990, n. 1, p. 10-14.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. O “novíssimo” processo civil e o processo do trabalho – uma outra visão. São Paulo, **Revista LTr**, mar./2007, v. 71, n. 3, p. 283-303.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Acesso à justiça e tutelas de urgência: o pleno acesso à ordem jurídica justa e a efetividade do processo. **Jurisprudência catarinense**. Florianópolis, 1994, n. 73, p. 27-37.

GRECO, Leonardo. Acesso à justiça no Brasil. **Revista do Curso de Direito da UNIVALE**, jan./jun./ 1998, n. 1, p. 69-87.

LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Opinião jurídica**, 2004.1, n. 3, p. 171-182.

SILVA, Enio Moraes. O Estado Democrático de Direito. **Revista de informação legislativa**, jul./set. 2005, ano 42, n. 167, p. 213-229.