

Teoria geral do Processo e Direito Processual Constitucional: Acesso à Justiça, uma das garantias constitucionais

Marcelo Fróes Padilha*

Doutorando em Direito Público, pela Universidade Nacional de La Plata – Nação Argentina; Mestre em Direito, pela Universidade Iguazu - UNIG ; Pós Graduado em Direito Tributário e Legislação de Impostos pela Universidade Estácio de Sá - UNESA; MBA em Gestão de Negócios Petróleo e Gás, pela Fundação Getúlio Vargas - FGV; Coordenador do Escritório modelo - ESAJUR da UNIG – Campus V/Itaperuna/RJ; ; Professor Universitário da Universidade Iguazu – Campus V; Advogado.

Sérgio de Moraes Antunes*

Possui graduação em Zootecnia pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (1986) e graduação em Curso de Direito pela Faculdade de Direito de Campos (1995). Atualmente é oficial de justiça avaliador - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e professor assistente da Universidade Nova Iguazu - campus V Itaperuna. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente no seguinte tema: atualização reforma cpc.

José Antônio Reder Soares*

Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro do Itapemirim (1986). Especialização em MBA Executivo em Gestão Empresarial. Faculdade Redentor. Técnico em contabilidade - Escritório de Contabilidade e Advocacia Soares, professor curso de administração da Faculdade Redentor e professor titular da Universidade Iguazu. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil.

Resumo

Este trabalho apresenta uma visão geral sobre as constituições brasileiras no que tange ao Direito Processo Constitucional, sua evolução, destacando o acesso à justiça como uma das garantias constitucionais mais relevantes, dentre todas determinadas no texto constitucional de 1988, que ainda assim, na prática, devido ao emaranhado burocrático existente nos Tribunais brasileiros, dificultam o efetivo acesso à Justiça por aqueles que por definição são considerados hipossuficientes.

Palavras-chave: Direito Processual, Direito Processual Constitucional, Acesso à Justiça.

Abstract

This paper presents an overview of the Brazilian constitutions with regard to Constitutional Law process, its evolution, highlighting the access to justice as one of the most important constitutional guarantees, of all determined in the text of Constitution of 1988 still in practice, due to existing bureaucratic tangle in Brazilian courts, hamper effective access to justice for those who by definition are considered hyposufficient.

Keywords: Procedural Law, Constitutional Law Procedure, Access to Justice.

1 Introdução

A doutrina brasileira trás que o Direito Processual Constitucional tem por finalidade precípua sistematizar as normas e princípios da Constituição Federal, princípios estes concernentes ao processo. Pode-se se dizer que é também um método de estudo de um ramo do Direito Processual, portanto, incorpora-se à Teoria Geral do Processo, como bem diz Paulo Roberto de Gouvêa Medina (p. 1, 2004), ou constituir programa específico, a ser estudado em qualquer nível de escolaridade, ou seja, desde a graduação em Direito, como também a níveis de pós-graduação.¹

¹ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 1.

Partindo desse entendimento, desenvolveu-se este artigo, trabalhando uma das garantias constitucionais que é o acesso à Justiça, destinado, pode-se dizer assim, àqueles que são por excelência, hipossuficientes, em linguagem simples, pobres na acepção da palavra.

2 Notas Históricas das Constituições Brasileiras e as normas processuais

As Constituições editadas no pós-guerra têm dedicado maior espaço às normas processuais. À medida que esse espaço se ampliou se deu o advento do Direito Processual. No entanto, a preocupação de tornar o processo um complemento das garantias constitucionais, como o acesso à justiça, por exemplo, mostrava os primeiros sinais em Cartas Políticas anteriores.²

Historicamente consta que a Constituição dos Estados Unidos da América trouxe em uma de suas emendas, a Emenda nº 5, de 1791, que foi considerada a norma básica do processo constitucional, a que consagra o *due process of Law*.³

Dentre as Constituições mais antigas do Brasil, a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, que, no Título do “*Poder Judicial*”, continha importantes disposições processuais, que estabeleciam a responsabilidade dos juízes e dos oficiais de justiça (art. 156) e sujeitava-os a responder, nos casos de “*suborno, peita, peculato e concussão*”, ação popular (art. 157). A instituição, no entanto, admitia, pelas partes, de juízes árbitros, de cujas sentenças não caberiam recursos, se convencionado fosse (art. 160). Convencionou-se a instauração de qualquer processo à prévia tentativa de reconciliação (art. 161), perante juízes de paz (art. 162).⁴

A primeira Constituição republicana do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, continha escassas disposições sobre processo, além das normas fundamentais de organização judiciária, apenas algumas garantias processuais penais, a norma instituidora do habeas corpus, a que mantinha o tribunal do júri e a do princípio do juiz natural, todas essas últimas dispostas no art. 72, pertinente à declaração de direitos.

Com a Constituição de 1934, amplia-se o elenco das normas processuais, com o mandado de segurança (art. 113, nº 33) e a ação popular (art. 113, nº 38), além da ação direta interventiva (art. 12, §2º), o ganharia dimensão maior a partir da Constituição de 1946, na qual se destaca a norma do art. 141, §4º, que contém o núcleo do direito de ação, perfilhando o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

² MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 13.

³ *Idem*.

⁴ *Idem. ibidem*

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi dedicada inúmeras disposições ao processo, a partir do art. 5º, em que são definidas as garantias fundamentais, entre as quais se destacam as que traduzem os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional (inciso XXXV); do juiz natural (inciso LIII, com o seu consectário, o da proibição de juízes ou tribunais de exceção (XXXVII); do devido processo legal (LIV); do contraditório e da ampla defesa (LV); da publicidade dos atos processuais (LX).⁵

No mesmo artigo, definem-se direitos dos presos e lhes são asseguradas plenas garantias no que se refere às condições em que a prisão é admitida e às formalidades de que deve cercar-se (LXI a LXVI); dispõe ainda, que o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (LVIII); institui-se também a ação privada subsidiária da ação penal pública, cabível se esta não for intentada no prazo legal (LIX); reconhece-se a instituição do júri e, desde logo, se estabelecem regras básicas a que sua organização, determinada em lei, deverá atender (XXXVIII); assegura-se indenização ao condenado por erro do judiciário, bem como ao que ficar preso além do tempo fixado em lei (LXXV).⁶

Preceito também inserido diz serem inadmissíveis, no processo as provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI) e, no mesmo inciso, estão os chamados remédios constitucionais, habeas corpus (LXVIII, isento de custas (LXXVII), e ação popular, desde que não haja má-fé, e ônus de sucumbência, mandado de segurança, individual e coletivo.⁷

3 Acesso à Justiça

Num primeiro momento, mister se faz saber o que é Justiça, para melhor entendimento desse tópico no qual será tratado sobre acesso à justiça, propriamente dito.

Entende-se que a matéria tem significado relevante buscando compreensão a respeito de seu sentido e de sua função. Isso porque, se se pensar na base originária do Direito, pode-se ver que suas regras são elaboradas para atingir a boa convivência social, de forma mais justa possível para todos os componentes da comunidade.

Paulo Nader (p. 10, 2003) na filosofia do Direito, nos dá uma noção de que ao criar modelos de comportamento social à luz dos valores de conservação e desenvolvimento do homem, o Direito torna possível a convivência e participa, por sua importância e como área definida do saber, na ordem geral das coisas. Como objeto do conhecimento, não pode ser considerado parte destacada da realidade e cultivado isoladamente. A sua compreensão

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988.

⁶ Idem.

⁷ *Idem.Ibidem.*

precisa ser alcançada na visão universal dos fatos e fenômenos. É certo que o seu conhecimento científico atende às exigências operacionais de criação, exegese e aplicação, mas revela-se insuficiente para preservar a plena correspondência entre os conteúdos normativos e a idéia do *ius*.⁸⁹

Por isso mesmo, entende-se que nem tudo que está dentro do Direito é justo, é na Justiça e por meio dela, que as normas devem prevalecer para atingir o bem-estar social, observando, que esse é o princípio do chamado Direito Natural, aquele que emana do ser humano desde seu surgimento do universo. Em outras palavras, o Direito, segundo Paulo Nader (p. 10-11, 2003), do ponto de vista histórico, não foi uma criação da Ciência nem da Filosofia. Surgiu como evidencia imperiosa, revelada pela natureza humana.¹⁰

Assim, são relevantes tais considerações, pois deixam clara a preocupação com a garantia ao acesso à justiça, que se faz presente a todos os cidadãos brasileiros.

Advém daí, a Justiça, que segundo estudiosos, foi tida como a primeira virtude das sociedades e dos indivíduos. A exemplo de Platão que considerava que a Justiça era a combinação harmoniosa das três maiores virtudes do homem, que são: a sabedoria, a coragem e a temperança; e por analogia, no Estado, onde, acredita-se que existem todas as componentes da justiça e para sua aplicação, contendo todas as peças de uma máquina bem construída, cada qual está em seu devido lugar, para desempenhar a função específica para a qual todas elas foram planejadas.¹¹

É assim a prática do justo ou a razão de ser do próprio Direito, pois que por ela se reconhecem a legitimidade dos direitos e se restabelece o império da própria lei.

É ainda interessante que se diga, sobre as categorias nas quais a Justiça pode dividir-se. A primeira, a justiça atributiva, que indica a distribuição entre os particulares do que é comum a todos ou a repartição proporcional de acordo com a necessidade e a capacidade de cada qual.¹² O que significa dizer, que é a ordenação própria das instituições políticas, sociais e econômicas de uma sociedade, de maneira que exista uma distribuição justa ou equitativa dos benefícios e dos encargos decorrentes da ordem social.

A segunda é a justiça comutativa, que é a atribuição de igualdade de relações entre os particulares, adequando-se coisa a coisa, de molde a realizar igualdade matemática¹³, ou seja, a que envolve transações entre duas pessoas.

⁸ Direito

⁹ NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 10.

¹⁰ NADER, Paulo. Ob. cit. p. 21.

¹¹ RUNES, Dagobert D. *Dicionário de filosofia*. (Trad.) Lisboa: Presença, 1990. p. 212.

¹² SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 811.

¹³ SILVA, De Plácido e. ob. cit. p. 811.

Em tese, realmente, parece ser fácil resolver quaisquer conflitos e, ou problemas que surgem e se estabelecem no âmbito da sociedade contemporânea, aplicando-se simplesmente o que se entende por direitos naturais do ser humano e por justiça, numa combinação harmoniosa. Entretanto, quando se chega na prática, os caminhos a serem seguidos são mais tortuosos e porque não dizer, mais conflituosos. O pior dos entraves, no caminho em busca da justiça, é a burocracia que se instalou no seio do judiciário, e ao que parece, está longe de ser, pelo menos equacionados.

No entanto, existem estudiosos que procuram encontrar melhores soluções para aplicação efetiva da justiça. Cumpre, nessa linha de raciocínio, dizer que é de fundamental importância a “facilitação” aos cidadãos brasileiros, que o Estado, possibilite a todos resolverem seus litígios, seja pelo Poder Judiciário, seja por meios paralelos apaziguadores de conflitos, o que é essencial na sociedade contemporânea, para uma convivência harmoniosa, conseqüentemente promovendo a minimização das tensões no âmbito de comunidades geradoras de violência e mal-estar social.

Assim, com a noção de Justiça, abordar sobre o acesso à justiça é sempre difícil, em função de uma indagação constante na sociedade civil, considerando que o sistema jurídico brasileiro é moroso em suas decisões e deixa claro as lacunas nele existentes. A quem se destina a justiça brasileira, a que preço este sistema funciona. Essa indagação sai da esfera civil e chega aos operadores do direito, aos juízes e promotores “em razão de uma invasão sem precedentes dos tradicionais domínios do Direito, por sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicólogos, entre outros”¹⁴

Ada Pellegrini Grinover (p. 245, 1990) diz que,

Como programa de reforma, o verdadeiro acesso à Justiça significa buscar os meios efetivos que façam as partes utilizarem plenamente o Estado na solução dos seus conflitos. E de todos os conflitos, mesmo daqueles que até agora não têm sido levados à Justiça. Faça-se aqui menção, de passagem, aos grandes conflitos metaindividuais¹⁵, superindividuais, que contrapõem grupo contra grupo, e para os quais o nosso instrumental do processo ainda parece ineficiente; e, de outro lado, aos pequenos litígios, àquelas causas que, por outras razões, até agora também têm sido retiradas da apreciação do Poder Judiciário [...] Pois é nesse amplo quadro, delineado na necessidade de o Estado propiciar condições, a todos, de igual acesso à Justiça, que eu vejo situada a assistência judiciária.¹⁶

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. (trad. Ellen Gracie Northfleet) Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 8.

¹⁵ Coletivos ou difusos.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 245.

No entanto, observa-se as crescentes mudanças ocorridas na sociedade moderna, ignorar a “intromissão” desses “invasores”, deve-se respeitar seus enfoques e não reagir contra eles, pois, estes podem ser grandes aliados, nessa batalha histórica que é o *acesso à justiça*.

Cappelletti e Garht (1988) reconhecem a expressão *acesso à justiça* de difícil definição, mas ponderam que, 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 o “patrocínio” do Estado.¹⁷

De um lado, o acesso à justiça, deve ser igualmente acessível a todos, por outro, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justo. O que será focado neste capítulo será o acesso à justiça, um direito de todos, sem, contudo, ignorar ou mesmo desprezar o outro, entendendo que a justiça social, tal como é desejo da sociedade brasileira, em geral, pressupõe o acesso efetivo.

Diante disso, entende-se que a interferência dos profissionais anteriormente citados, traz benefícios ao sistema jurídico brasileiro, pois, podem dar outras interpretações, inclusive a algumas normas, já massificadas por juristas tradicionais, que não admitem a inovação, a modernização e a atualização do sistema jurídico brasileiro.

Segundo Cappelletti e Garth (p. 8-9, 1988), o conceito de acesso à justiça tem sofrido transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Dizem os doutrinadores que o acesso à proteção judicial significa essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar ser um “direito natural”, os direitos naturais são necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção.¹⁸

Vale dizer que os direitos aqui referidos eram considerados antes da formação do Estado, os quais se referiam apenas que o Estado não permitisse que os direitos não fossem infringidos por outros. Neste caso, o Estado permanecia inerte, ou melhor, passivo, com relação a problemas dos indivíduos, reconhecê-los e defendê-los efetivamente na prática.

Isso não mudou muito pelo que se vê diariamente. Os pobres não têm acesso à justiça, mesmo buscando a Defensoria Pública, justiça gratuita para aqueles que não podem pagar seu representante legal – o advogado. Outro fator, entre as partes litigantes, sempre tem uma que dificilmente tem condições financeiras de enfrentar o litígio, e, essa situação é fácil de ser verificada quando se trata de relações de consumo.

Pontes de Miranda (p. 288, 1947) comentando o artigo 72 do Código de Processo Civil de 1939, que acrescentava o ônus de alegar e provar rendimento ou vencimento que percebe e

¹⁷ CAPPELLETTI e GARTH, ob. cit. p. 7.

¹⁸ *Idem, ibidem.*

os seus encargos pessoais ou da família, anexando à petição atestado de pobreza (art. 74), localizava no texto a evidência de que o benefício não se vinculava à miserabilidade, só importando que a pessoa não possa pagar as custas e mais despesas do processo, ou, até parte delas (art. 79).¹⁹

Entende-se sobre a ponderação feita pelo doutrinador que, o indivíduo para alcançar os benefícios da assistência judiciária, necessariamente não teria que viver miseravelmente, nem tão pouco viver da caridade pública, bastando apenas que mostrasse o seu direito em função da falta de meios para fazê-lo, mostrando que os recursos dos quais dispunham, eram imprescindíveis para o sustento familiar.

Assim, ao solicitar o acesso à justiça, através da concessão do benefício, nos termos apresentados pela Lei 1.060/50, “interessa fundamentalmente que a situação econômica da parte não lhe permita atender às despesas do processo, tornando irrelevante a renda da pessoa, porque as causas podem ser vultuosíssimas e sem recursos para elas o interessado.”²⁰

Ao lado do necessitado, na acepção legal do termo do artigo 2º, parágrafo único, e de quem se declara pobre, conforme artigo 4º, § 1º, há outra categoria de pessoas, na sociedade contemporânea de massas, reunidas sob a feliz designação de “carentes organizacionais”²¹, merecedora de assistência jurídica, e, conseqüentemente, do benefício da gratuidade.

Existem hipóteses em que a necessidade econômica é ignorada no patrício gratuito, a exemplo do artigo 261 do CPP impõe a designação de defensor ao réu, em harmonia com o disposto no artigo 5º, LXXIV, *in fine*, da Constituição, consagrando efetiva e completa assistência técnica ao acusado, pouco importando a possibilidade de pagar honorários.

O referido artigo do CPC vale dizer, que regula o incidente processual da impugnação ao valor da causa. Trata-se de incidente cuja instauração depende de peça própria do réu que veicule a pretensão impugnativa, já que seu oferecimento gera autos separados que serão apensados aos da causa.

Segundo Antonio Cláudio da Costa Machado (2004) o fundamento do pedido de alteração do valor é o desrespeito ao critério fixado pelo artigo 259²² do mesmo código, e seu acolhimento leva ao proferimento de decisão interlocutória atacável por agravo de instrumento.²³ É possível o juiz, sem impugnação, ordenar a alteração do valor da causa se

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código Civil (de 1939)*. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1947. p. 288.

²⁰ TUCCI, Jorge Rogério Cruz e. (cols.) *Garantias constitucionais do processo civil*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 18.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 247.

²² [...] na falta de critério legal, orientará o magistrado o seu prudente arbítrio sobre o qual seja a repercussão econômica da demanda. [...] e ainda, deverá o juiz, na ausência de alguma previsão constante no art. 259, VII, valer-se-á da interpretação analógica e extensiva para dar a máxima aplicação aos critérios neste estabelecidos.

²³ Ver artigos 162, § 2º, 522 e 524 e ss. do Código de Processo Civil.

este foi fixado fora dos ditames de critérios legal expresso. Admite-se impugnação no corpo da contestação apenas em procedimento sumário.

4 Conclusão

Conclui-se que o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, não faz distinção entre pessoas físicas e jurídicas, no âmbito da assistência jurídica, que é mais abrangente do que a gratuidade.

O acesso à justiça pelas pessoas físicas não é tão simples, face às dificuldades impostas pelas exigências processuais e até mesmo pela burocracia existente nos próprios Tribunais brasileiros. Por outro lado, muitos cidadãos ainda não têm informação sobre seus direitos e garantias tutelados pela Constituição Federal de 1988. Ainda assim, é importante que o acesso à Justiça está positivado como instituto garantidor de direitos de todos os cidadãos brasileiros.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988.
- BRASIL. Lei 1.060/50. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Rio de Janeiro, 1950.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. (trad. Ellen Gracie Northfleet) Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código Civil (de 1939)*. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1947.
- RUNES, Dagobert D. *Dicionário de filosofia*. (Trad.) Lisboa: Presença, 1990.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.