

SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA: O MAIS BÁSICO DOS DIREITOS HUMANOS*

CONSTITUTIONAL MEANING OF ACCESS TO JUSTICE: THE MOST BASIC HUMAN RIGHTS

Adriana Fasolo Pilati Scheleder

RESUMO

O estudo do direito processual deve partir do ordenamento constitucional, pois as previsões constitucionais conferem unidade ao sistema jurídico. É o direito processual que deve assegurar o exercício regular das funções do Estado e conferir efetividade às garantias constitucionais. Acesso à justiça não significa mera disponibilidade ao cidadão de um instrumento processual; mas implica, necessariamente, um procedimento que atenda ao devido processo legal. Esta garantia, por sua vez, efetiva ao cidadão o direito a um processo em consonância com os ditames constitucionais, ou seja, de acordo com determinadas garantias constitucionais processuais, que, de um lado, asseguram às partes o exercício de seus direitos subjetivos e processuais e, de outro, são indispensáveis ao exercício da jurisdição de acordo com os ditames constitucionais. Seguindo tal entendimento, conclui-se que a garantia do acesso à justiça não significa mera disponibilidade ao cidadão de um instrumento processual; implica, necessariamente, um procedimento que atenda às garantias constitucionais processuais do cidadão em juízo. Com esse direcionamento, evolui o entendimento de processo como instrumento técnico que passa a ser entendido como meio de efetivação das garantias constitucionais. Assim, a Constituição, além de ser uma garantia, é o limite do exercício processual. São os princípios constitucionais que asseguram um sistema coerente e homogêneo, determinando a própria atuação do Estado.

PALAVRAS-CHAVES: ACESSO À JUSTIÇA; DEVIDO PROCESSO LEGAL; GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS; PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS.

ABSTRACT

The study of the procedural law it must leave of the constitutional order, therefore the forecasts constitutional confer unit to the legal system. The procedural law must assure the regular exercise of the state functions and confer effectiveness to constitutional guarantees. Access to justice does not mean mere availability to the citizen of a procedural instrument; but it implies, necessarily, a procedure that takes care to due process of law. This guarantee, in turn, accomplishes to the citizen the right to a process, in accord with the ditames constitutional, or either, in accordance with determined procedural guarantees constitutional, that, of a side, assure to the parts the

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

exercise of its procedural subjective rights and, of another one, it's indispensable to the exercise of the jurisdiction in accordance with constitutional. Following such agreement, concludes that the guarantee of the justice access does not mean mere availability to the citizen of a procedural instrument; it implies, necessarily, a procedure that takes care to the constitutional procedural guarantees of the citizen in judgment. With this aiming, the process agreement evolves as a technician instrument who passes to be understood as a side to effective the constitutional guarantees.

KEYWORDS: ACCESS TO THE JUSTICE; DUE LEGAL PROCESS; PROCESSUAIS CONSTITUTIONAL WARRANTIES; PROCESSUAIS CONSTITUTIONAL PRINCIPLES.

1 DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

A idéia de Constituição originou-se como uma forma de organização de uma comunidade. Qualquer comunidade política, qualquer sociedade, tem de ter uma Constituição para sua organização. As primeiras constituições no século XVIII, basicamente em 1787 e 1791, trouxeram a idéia de poder constituinte, um poder com supremacia hierárquica em relação a todos poderes jurídicos e públicos. Então, a partir da Assembléia, de um estudo sobre o processo democrático, fruto da expressão da soberania popular, surgiram normas fundamentais que vinculam tanto o governante quanto os governados, inclusive o próprio legislador. Desse processo, resultou um documento formal, fruto do poder constituinte, cujo intento foi inserir todas as normas materialmente constitucionais, todas as normas fundamentais à organização do Estado em sociedade. Assim, ao poder constituinte atribuiu-se a tarefa de constituir o Estado.

Em decorrência, à Constituição deve ser atribuída força superior, devendo ser interpretada como hierarquicamente superior a qualquer outra norma e ter uma força normativa. Konrad Hesse, ao escrever *A força normativa da Constituição*, reconheceu que “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”[1].

Foi com a Constituição de 1988 que se marcou o campo do moderno Direito Processual Civil brasileiro. Nenhuma das cartas políticas anteriores havia traduzido igual preocupação com as garantias das partes na seara civil. Com ela surgiu o chamado “direito processual contemporâneo”, expressão que quer significar a inegável ligação existente entre o estudo do processo e as normas constitucionais com que aquele se relaciona.

É a Constituição que confere unidade de sentido ao ordenamento jurídico, o qual representa todo um sistema ordenado, harmônico e hierarquizado de normas, princípios e valores que regulam a conduta jurídica das pessoas enquanto inseridas numa sociedade. É nela que estão as linhas gerais para guiar o ordenamento jurídico, a atividade estatal e social, no sentido de promover o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece[2].

A Constituição estabelece o processo justo, ou seja, estabelece princípios, normas e valores para assegurar a devida solução jurisdicional de conflitos, para assegurar um acesso à justiça qualitativo e uma efetiva tutela jurisdicional constitucional. A supremacia da Constituição deve ser assegurada, mas não basta a disposição de meios para se ter o acesso à justiça de forma quantitativa; deve-se assegurar a justiça processual, ou seja, um acesso à justiça qualitativo, que efetive as garantias processuais constitucionais, em especial o devido processo legal.

Por esse entendimento, como alude Jorge Miranda[3], as normas processuais devem ser lidas à luz dos princípios e das regras constitucionais. Deve-se verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. A tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais[4] e realiza-se pelo império das previsões constitucionais, cuja maior função é a proteção das garantias dos cidadãos. Assim, a Constituição, além de ser uma garantia, é o limite do exercício processual. São os princípios constitucionais que asseguram um sistema coerente e homogêneo, determinando a própria atuação do Estado.

A garantia jurisdicional da Constituição, isto é, a justiça constitucional, deve estar interligada com o sistema jurídico, ou seja, o direito processual, através do processo, deve assegurar o exercício regular das funções do Estado e deve conferir efetividade às garantias constitucionais, as quais elegeram através de um processo democrático. Para Kelsen[5] a criação da lei e sua própria execução são funções do Estado: “Queste funzioni hanno esse medesimo carattere giuridico, giacché consistono in atti giuridici. Sono o atti di creazione del diritto, cioè norme diuridiche, oppure atti di esecuzione del diritto dià creato, cioè di norme diuridiche già poste”.

Logo, enquanto a Constituição regula em sua linha essencial a formação das leis, a legislação aplica o Direito. Na concepção de Kelsen[6], a liberdade do legislador, subordinada somente à Constituição, encontra limitação relativamente fraca e seu poder de criação resta relativamente grande.

O sistema processual deve estar continuamente ligado e deve ser entendido através dos valores constitucionais, pois o processo não pode ser concebido simplesmente como mero instrumento técnico. Assim, o conceito moderno de processo envolve, obrigatoriamente, o devido processo legal. A título de exemplificação, será inconstitucional o processo que não atender à ampla defesa e ao contraditório; o processo deve atender, efetivamente, à ordem constitucional.

O direito de ação e o Judiciário apresentam-se como instrumentos de efetivação de todas as garantias constitucionais; constituem a estrutura de toda pirâmide, a qual não teria a menor consistência se não houvesse mecanismos eficientes de manutenção[7]. E esse “mecanismo eficiente de manutenção” está substanciado no processo, que tem “o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional”[8].

Nas lições de Dinamarco, “o processo é meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos e da execução das leis” [9]. Assim surgiu o chamado “direito processual constitucional”, que significa

o método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela. O método constitucionalista inclui em primeiro lugar o estudo das recíprocas influências existentes entre Constituição e processo - relações que se expressam na tutela constitucional do processo e, inversamente, na missão deste como fator de efetividade dos preceitos e garantias constitucionais de toda ordem[10].

O direito processual civil integra o ramo do direito público e é regulado, além das normas infraconstitucionais, por normas, princípios e valores constantes na Constituição Federal. Assim, o direito constitucional processual é o conjunto de normas, princípios e valores do processo previstos na Lei Maior[11]. Segundo dita Guerra Filho, as análises da conexão do processo com a Constituição ampliam-se a ponto de se poder encarar o direito processual como uma espécie de “direito constitucional aplicado”[12].

A efetividade dos princípios processuais constitucionais conduz a que o processo cumpra sua função de instrumento a serviço da ordem constitucional e legal, o que traduz “a existência de um processo acessível a todos e a todas as suas causas, ágil e simplificado, aberto à participação efetiva dos sujeitos interessados e contando com a atenta vigilância do juiz sobre a instrução e sua interferência até ao ponto em que não atinja a própria liberdade dos litigantes”[13] e assegure as garantias processuais constitucionais.

O acesso almejado à ordem jurídica justa e, conseqüentemente, à efetividade do processo será alcançado com o cumprimento das garantias processuais constitucionais no processo, que, por sua vez, deve efetivar os preceitos e garantias que a própria Constituição contém e projeta sobre todo ordenamento jurídico.

Por outro lado, a ordem constitucional também sofre influências do processo, na medida em que será ele o instrumento de efetivação e preservação das normas constitucionais. Entre os diversos escopos de processo, fala-se em “justiça e celeridade”, ou de “celeridade e ponderação” [14], o que implica a necessidade de adotar meios tais que proporcionem o mais rapidamente possível a pacificação social no caso concreto, sem prejuízo da qualidade da decisão.

A boa qualidade da decisão constitui, por um lado, fidelidade ao direito material (aí o escopo jurídico), mas também, acima disso, é penhor da justiça das decisões. Toda a tessitura de princípios e garantias constitucionais do processo (com destaque para o *due process of law*) é predisposta à efetiva fidedignidade aos desígnios do direito material.

Cumpra destacar que a Constituição garante a tutela dos direitos fundamentais da pessoa e de suas liberdades em função do processo e da administração pública da justiça processual, “na medida em que cristalizam princípios axiológicos recolhidos do poder jurídico global do Estado e que se consolidam na sociedade política pela via direta da consciência pessoal e do sentimento jurídico do povo”[15]. Portanto, a Constituição é o ápice da hierarquia das fontes do Direito Processual, onde se concentram e se condicionam todos os princípios de natureza processual, os quais devem ser resguardados em toda e qualquer tarefa do legislador e do hermeneuta.

Os princípios constitucionais processuais “pressupõem todo o conhecimento fundamental de que o legislador deve dispor para a criação das leis processuais, ou seja, das normas jurídicas gerais do processo”[16].

Basicamente, os princípios constitucionais processuais regulam a criação das normas processuais e põem toda a estrutura do sistema político e do ato global em uma unidade sistemática, à qual tem direito todo cidadão. Isso traduz o que Hans Kelsen chama de *judicial control* de constitucionalidade das leis e também, por evidente, das leis processuais[17].

Os princípios processuais constituem um conjunto de idéias, inter-relacionadas e interdependentes, que expressam a visão que um povo tem do processo[18]. A união dos princípios constitucionais compõe o sistema processual, razão pela qual aos princípios constitucionais atribui-se a característica de suprallegalidade em virtude da supremacia conferida à Constituição.

Além disso, infere-se que o processo deve ser estudado segundo um enfoque constitucional, por ter como tarefa a busca da justiça e o efetivo cumprimento das garantias expressas na Constituição. Nesse sentido, também surge a concepção contemporânea do acesso à justiça e do devido processo legal, os quais são prolongamentos da ordem constitucional com o escopo de guiar a criação e a regulamentação das leis processuais.

O sistema constitucional de garantia do próprio processo, é o instrumento de efetivação dos direitos constitucionais. É através das garantias constitucionais que se verifica a regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, a constitucionalidade ou não das leis ordinárias. O respeito às garantias constitucionais processuais confere segurança e efetividade ao processo, outorga aos cidadãos um julgamento segundo os ditames constitucionais e concede às partes em juízo um efetivo acesso à justiça.

2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO PROCESSUAL

O devido processo legal é princípio fundamental do processo civil e serve como instrumento para a efetivação de todos os demais princípios processuais, traduzindo-se num efetivo acesso à justiça, esse entendido em seu sentido *lato sensu*, ou, como a expressão adotada neste trabalho, um acesso à justiça qualitativo.

Devido processo legal é expressão oriunda da inglesa *due process of law*. A *Magna Charta* de João Sem Terra, do ano de 1215, que continha exemplos de institutos originais e eficazes do ponto de vista jurídico, teria sido o primeiro ordenamento a mencionar, de forma implícita, a referida locução, mas somente na esfera do processo penal, em seu aspecto protetivo.

Foi a Constituição Federal americana de 1787 que incorporou o princípio do *due process of law*, embora, antes disso, algumas constituições estaduais daquele país já o tivessem consagrado. A partir daí, então, o direito constitucional no sistema do *common law*, como a Suprema Corte dos Estados Unidos, passou a respeitar e conceder eficácia ao *due process of law* com determinação e firmeza. Em outras palavras, a corte, a partir

da promulgação da Constituição de 1787, passou a interpretar a cláusula *due process* de sorte a solucionar os casos concretos que lhe eram submetidos[19].

No sistema jurídico brasileiro a garantia do devido processo legal foi positivada com a Constituição Política de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, nos seguintes termos: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Até então, nenhuma das constituições anteriores havia previsto expressamente tal princípio. Com a positivação constitucional, desse princípio, passou-se a discutir acerca de sua densificação e significação no contexto jurídico brasileiro, e não mais sobre sua presencialidade normativa.

Todo cidadão que sofre lesão ou ameaça de direito está autorizado a utilizar o devido processo legal. A vida, para se garantir o mínimo de dignidade, precisa de ordenamento, mesmo porque seria impossível entre indivíduos livres, em sociedade, viver sem solução de seus litígios. Então, o “processo é este mínimo de liberdade que o Estado dá a cada indivíduo, no sentido de impelir as partes a resolverem publicamente as suas relações jurídicas litigiosas[20]”.

Assim, em decorrência da natureza dialética e dinâmica do processo, o Estado cria constitucionalmente, conforme já exposto, o direito de ação, que é também um direito público subjetivo o qual dá ao titular da pretensão jurídica o direito da tutela jurisdicional através do processo. Esse direito de ação deve sempre vir acompanhado do devido processo legal, que visa assegurar a liberdade e igualdade das posições entre as partes no processo.

A inclusão do devido processo legal no texto constitucional ainda é muito comemorada, pois sua explicitude do novo texto alcançou a Carta ao nível das mais avançadas do mundo em termos de garantia da tutela jurisdicional. “Aquilo que se deduzia da análise sistemática e indireta dos princípios implícitos é agora proclamado aos quatro ventos por enunciados de meridiana clareza”[21].

Calmon de Passos enfatiza que o devido processo legal ganhou nova dimensão, revestindo-se do caráter mais abrangente de “devido processo constitucional”. Recordando os ensinamentos de Andréa Proto Pisami, o autor salienta que, “assim como o direito processual não poderia existir sem o direito material, igualmente o direito material, deve-se acrescentar, não poderia existir sem o direito processual”. Portanto, há uma dependência recíproca entre direito material e direito processual. Prosseguindo em sua análise, Calmon de Passos esclarece que o escopo do processo é, precisamente, assegurar o que, e tão só, foi prometido pelo direito material, sem poder desvirtuar-se para outro objetivo nem deixar de estar a serviço desse objetivo.

Portanto, entende-se o devido processo legal tanto no aspecto procedimental (perante o Judiciário) quanto no aspecto substantivo (perante os poderes Executivo e Legislativo). Não é simplesmente uma garantia processual, visto que contém um aspecto substantivo que instrui qualquer atuação restritiva do Estado nos direitos fundamentais tutelados a fim de evitar intromissões arbitrárias. A positivação do devido processo legal no texto constitucional de 1988 “tem provocado um rompimento no dogmatismo processual, fazendo com que suas regras formais sejam vivificadas pelos preceitos constitucionais”[22]. Assim agindo, obtém-se uma visão unitária do ordenamento jurídico, pela qual se interpreta a norma em conformidade com a Constituição.

Considerando tal concepção, surgem determinados subprincípios, chamados a concretizar o devido processo legal. Maria Rosynete esclarece que tais subprincípios “não são colorários, deduções, ou conseqüências do princípio do devido processo legal, mas princípios, que têm um grau de concretização mais elevado”. Por isso, a autora denomina-os de “subprincípios”, não os considerando subespécies do devido processo legal. “A independência, e não dedutibilidade, destes subprincípios é visível na medida em que podem servir para concretizar, ou realizar, mais de um princípio, além de poderem gozar também de outros subprincípios que o concretizam” [23].

A garantia do devido processo legal efetiva ao cidadão o direito ao processo, mas o direito a um processo em consonância com os ditames constitucionais, ou seja, de acordo com determinadas garantias constitucionais processuais, que, de um lado, asseguram às partes o exercício de seus direitos subjetivos e processuais e, de outro, são indispensáveis ao exercício da jurisdição de acordo com os ditames constitucionais.

Por conseguinte, o devido processo legal, além de significar a igualdade de tratamento entre as partes em decorrência de um processo judicial com a finalidade de propiciar uma solução justa do processo - sentido processual, também vincula o Poder Legislativo em sua primordial tarefa de elaborar leis, vinculando-as às normas constitucionais - sentido substantivo. A lei deve ser formada de acordo com os ditames constitucionais, pois, como já se viu, esses emanam da sociedade; a legislação é uma função de atuação dos direitos e da justiça totalmente vinculada aos princípios constitucionais. O devido processo legal constitui-se, pois, em referência de constitucionalidade, quando o legislador, a pretexto de conformar determinado direito fundamental, acaba por atingir seu núcleo essencial[24].

Com efeito, a garantia do devido processo legal vai além de instrumento de controle de legalidade, pois seu alcance serve também de “limite constitucional à imposição judicial ou administrativa de ordens ou decisões legislativas ou governamentais, que se afigurem contrárias ao direito”, e de proteção processual-constitucional do cidadão contra eventuais abusos praticados pelo Estado. Ada Pellegrini Grinover[25], em 1985, já incentivava determinado comportamento do juiz na condução das ações judiciais, pois assegurar às partes o direito à prova e às atividades instrutórias (*lato sensu*) em geral não é suficiente: não basta que toda a atividade instrutória seja produzida em contraditório, que a autoridade jurisdicional presida à colheita de todas as provas, nem que o livre convencimento do juiz se baseie exclusivamente sobre as provas produzidas judicialmente. É necessário que o juiz estimule e promova um contraditório efetivo e equilibrado, cabendo-lhe verificar se a atividade defensiva, no caso concreto, foi adequadamente desempenhada pela utilização de todos os meios necessários para influir sobre seu consentimento, sob pena de se considerar o réu indefeso e o processo, irremediavelmente viciado.

Assim, para a realização do devido processo legal em seu âmbito substantivo, conforme Maria Rosynete, é essencial a atenção a dois postulados[26]: o da proporcionalidade (de origem germânica) e o da razoabilidade (de origem norte-americana)[27]. É necessário proteger as garantias constitucionais do cidadão contra qualquer modalidade de legislação, e deve haver um equilíbrio entre essas garantias e o exercício do poder estatal.

Carlos Roberto Siqueira de Castro[28] assinala que o “postulado da ‘razoabilidade das leis’ promana forçosamente da aplicação de caráter ‘substantivo’ (substantive due process) da cláusula do devido processo legal, a ser empreendida com criatividade e senso de justiça pelos órgãos incumbidos da salvaguarda da supremacia da Constituição”. No entanto, o limite do princípio da proporcionalidade encontra-se no princípio da isonomia. Ambos devem ser aplicados de forma concomitante e harmônica, pois a igualdade de tratamento deve ser proporcional entre as partes.

Com base em Calmon de Passos[29], infere-se que, para a realização efetiva da garantia do devido processo legal, é indispensável a presença de três condições: “a) só é devido processo legal o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial e independente; b) não há processo legal devido sem que se assegure o acesso ao judiciário; c) [...] as duas garantias precedentes se mostram insuficientes se não assegurado às partes o contraditório”.

Desse modo, no tocante ao devido processo legal em sua perspectiva procedimental, é essencial que o juiz assegure às partes a efetividade de outros princípios previstos constitucionalmente, como o contraditório e a ampla defesa (art. 5, inc. LV), o julgamento por um juiz natural (art. 5, inc. XXXVII e LIII), o segundo grau de jurisdição, a igualdade processual entre as partes (art. 5, inc. 1º), a publicidade e a motivação das decisões judiciais (art. 5, inc. LX e art. 93, inc. IX), a proibição de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5, inc. LVI), e a inviolabilidade do domicílio e do sigilo das comunicações em geral (art. 5, inc. XI e art. 52, inc. XII).

O devido processo legal apresenta-se como um instrumento de efetivação da garantia de acesso à justiça, sem o qual não haverá acesso, ou, ainda, não se estabelecerá um acesso qualitativo, ou seja, de modo a cumprir o Estado Democrático de Direito estabelecido constitucionalmente. É nesse diapasão que tal princípio deve ser entendido.

3 O ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

A expressão “acesso à justiça” tem um significado e uma idéia que variam no tempo. O instituto sofreu influências de natureza política, religiosa, sociológica, filosófica e histórica, traduzindo a evolução da luta do cidadão pela afirmação de seus direitos fundamentais.

Atualmente, com o surgimento de novos meios de comunicação e das conquistas trabalhistas, formam-se novos movimentos sociais das mais variadas segmentações, o que resulta na luta pela efetivação das garantias abarcadas pelo ordenamento jurídico e na discussão do real significado do acesso à justiça. Assim, acaloram-se os debates acerca de questões que envolvem celeridade processual e efetivação da justiça e de questões ligadas diretamente com a pessoa, como a proteção à dignidade e à justiça de forma ampla.

Entretanto, foi através da garantia do acesso à justiça que todo cidadão passou a ter direito de buscar a defesa dos seus direitos individuais. Evidencia-se tal garantia na redação do inciso XXXV, entre outros, do art. 5º da Constituição Federal de 1988: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Como bem referencia Araken de Assis[30], o Estado, ao proibir aos cidadãos resolverem por si suas contendas, avocou-se o poder de resolver os conflitos de interesses inerentes à vida social e, correlatamente, adquiriu o dever de prestar certo serviço público, que é a jurisdição. O autor, remetendo à doutrina de Augusto Tavares Rosa Marcacini[31], esclarece a distinção de três institutos: a) a assistência jurídica integral, que compreende a consulta e a orientação extrajudiciais, representação em juízo e gratuidade do respectivo processo; b) a assistência judiciária, ou seja, o serviço público organizado, consistente na defesa em juízo do assistido, que deve ser oferecido pelo Estado, mas que pode ser desempenhado por entidades não estatais, conveniadas ou não com o poder público; c) a gratuidade da justiça, que envolve a gratuidade de todas as custas e despesas, judiciais ou não, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo, objeto da Lei 1.060, de 05.02.1950, e alterações posteriores.

Entretanto, o acesso à justiça não se resume ao acesso ao processo. Nessa perspectiva, decorrem normas constituidoras de direitos e garantias fundamentais não só do inciso citado, mas de outros, tais como nas normas que garantem indenização pela violação à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, a necessidade de pressupostos de flagrante delito e de ordem judicial para prisão ou violação do lar e as garantias do devido processo legal e da legítima defesa.

A dissertar sobre a diferenciação entre “direitos naturais”, “direitos fundamentais”, “direitos do homem” e “direitos do cidadão”, Bezerra leciona que, quando se pensa em justiça, não se está apenas querendo observar o aspecto formal da justiça nem seu caráter processual. O acesso à justiça é um direito natural, um valor inerente ao homem por sua própria natureza, e a sede de justiça que angustia o ser humano tem raízes fíncadas na teoria do direito natural[32].

Outrossim, no sentido de direito fundamental, previsto pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes acesso à justiça formal e material. Cappelletti e Garth[33] esclarecem que o acesso à justiça formal não corresponde a uma igualdade efetiva, mas apenas formal. O acesso à justiça deve ser realmente alcançado a todos, igualmente.

Na entender de Benedito Espanha[34], como o processo apresenta-se como meio de se administrar a justiça e de se garantir a ordem constitucional, deve ser alcançado a todos os cidadãos. O processo é uma instituição jurídica do Estado, um instrumento público, hábil e técnico, de composição do litígio jurídico pela função jurisdicional do Estado, que, por conseguinte, tem o dever, dentro dos limites de respeito ao poder jurídico e de liberdade de agir das partes e dentro dos limites de formalismo do Direito Positivo, de manter incólume o direito de cada um.

Benedito Hespanha[35] esclarece ainda que justiça é um sentimento jurídico interior que se projeta para o exterior. A justiça interior não passa de justiça subjetiva; a justiça exterior é a justiça objetiva. A primeira é um ideal universal, sem o qual a vida da relação não teria finalidade; por ser um ideal a que se aspira e, portanto, inatingível, de certa forma, é alcançado por meio da justiça objetiva, que, na realidade prática, é a meta-valor do Direito de qualquer sociedade. Por isso, a justiça social é bem ou valor supremo almejado pelo Direito, a qual consiste em estar ao serviço do bem comum. No

entendimento de Recásens Siches, a noção de justiça vem sempre ligada à de igualdade, “a balança de pratos nivelados”. [36]

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais. O acesso não se identifica com a mera admissão ao processo, ou a possibilidade de ingresso em juízo [37], ou seja, não se trata, apenas, de possibilitar o acesso, mas esse acesso deve ser qualificado, possibilitando que os cidadãos se defendam adequadamente. De fato, como afirmam Mauro Cappelletti e Bryant Garth [38], o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, mas, também, o ponto central da moderna processualística, cujo estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

É o entendimento também de José Rogério Cruz e Tucci [39], que, ao discorrer sobre as dilações indevidas no processo, afirma não bastar que se assegure o acesso aos tribunais e, conseqüentemente, o direito ao processo; delineia-se inafastável, também, a absoluta regularidade desse direito ao processo, com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça e dentro de um tempo justo para a consecução do escopo que lhe é reservado.

Nessa perspectiva, os Juizados Especiais são considerados um notável meio de acesso à justiça. Todavia, um acesso somente quantitativo, não qualitativo; um procedimento, do ponto de vista constitucional, especial para o cidadão comum, diferenciado dos demais.

A Defensoria Pública também traduz um exemplo de efetivação dessa garantia. Além de propiciar o acesso à justiça por meio da assistência jurídica para quem comprova insuficiência de recursos para tanto, também efetiva a garantia de assistência judiciária.

Por outro lado, como bem observa Bezerra ao discorrer sobre o acesso à justiça numa visão sociológica, o processo tem, sobretudo, função política no Estado social. Por isso, deve ser organizado, entendido e aplicado como instrumento de garantia constitucional, assegurando a todos pleno acesso à tutela jurisdicional, como uma das vias de acesso à justiça que há de se manifestar sempre como atributo de uma tutela justa.

O fenômeno do acesso à justiça deve ser compreendido em sua totalidade. O uso equivocado do sentido de acesso à justiça através de uma única visão possível, a saber a via judicial, é fruto de preconceito fortemente arraigado [40]. Nesse sentido é a interpretação da Lei dos Juizados Especiais Cíveis para alguns doutrinadores [41], posição da qual se discorda. O acesso à justiça não pode simplesmente ser alcançado aos cidadãos através do acesso a uma ação, sem que lhe seja assegurado um procedimento adequado, de acordo com os ditames constitucionais, ou seja, conforme as garantias necessárias para que, por exemplo, as partes possam defender-se e produzir provas para influenciar o livre convencimento do juiz.

Quando o acesso à justiça é negado a determinados segmentos da sociedade, obviamente os mais pobres, a comunidade cria meios específicos de solução de seus conflitos e satisfação de seus direitos. Essa prática reiterada cria um direito não oficial, paralelo, como acontece com as relações estabelecidas no interior das favelas [42].

Ao contrário do que várias decisões judiciais[43] demonstram, o acesso à justiça, além de ser um direito supraconstitucional, não se concretiza somente com a dispensa de custas (assistência judiciária) e assistência advocatícia (assistência jurídica), como se verifica na maioria dos juízos. Para que o acesso à justiça não seja meramente formal, o que seria pensar numa perspectiva leiga, deve ir ao encontro dos direitos já consagrados nas leis e, em especial, na Constituição Federal. Como afirmam Mauro Cappelletti e Bryant Garth[44], a garantia ao acesso à justiça é o mais básico dos direitos humanos; é requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretenda, efetivamente, garantir, não apenas proclamar os direitos de todos.

Outrossim, numa perspectiva técnico-jurídica[45], o acesso à justiça em seu sentido formal deve oferecer a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), garantir a toda a obediência ao devido processo legal e à legítima defesa, assim como possibilitar intensa participação na formação do convencimento do juiz que julga a causa.

Para a efetividade do processo, como comentam Dinamarco, Cintra e Grinover[46], assim cumprindo sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, é preciso, de um lado, tomar consciência dos escopos motivadores de todo sistema, tais como: a) a admissão ao processo (ingresso em juízo), eliminando-se as dificuldades econômicas que impeçam ou desanimem as pessoas; b) o modo-de-ser do processo (observação do devido processo legal); c) a justiça das decisões (critérios justos de apreciação de provas, enquadramento dos fatos em normas jurídicas); d) a utilidade das decisões (dando a quem tem direito tudo e precisamente aquilo que tem direito de obter).

Acesso à justiça não significa, simplesmente, acesso ao Poder Judiciário, ou uma mera disponibilidade ao cidadão de um instrumento processual; implica, necessariamente, um procedimento que atenda ao devido processo legal. Somente a partir desse princípio fundamental é que se efetivarão os demais princípios constitucionais processuais, tanto no aspecto procedimental – perante o Judiciário – como no substancial – perante o Executivo e Legislativo. Disso se infere que não haverá justiça se não houver respeito às garantias constitucionais processuais do cidadão em juízo.

CONCLUSÃO

O Poder Judiciário brasileiro tem sido alvo de críticas pela sua morosidade processual, por apresentar custos altos e um sistema jurídico burocrático. É evidente, pois, de que se necessita de mecanismos que conduzam ao “desafogo dos tribunais superiores”, a um rápido e célere acesso à justiça ao alcance do cidadão. Entretanto, não se pode, em nome de uma demanda processual quantitativa, renegar um processo justo, conforme os ditames constitucionais. A efetividade meramente instrumental não conduz a um efetivo acesso à justiça.

O processo e a garantia de seus predicamentos aparecem como instrumento de atuação da justiça, sendo o devido processo legal meio de efetivação do acesso à justiça, ambos alçados ao nível de direito fundamental. Entretanto, com tal afirmação não se quer apenas vislumbrar o aspecto formal do acesso à justiça, que, como já visto, também significa a garantia dos direitos fundamentais. Não basta a garantia do acesso à justiça compreendida apenas como ingresso do pleito frente ao Judiciário, mas, sim, deve ser qualitativo, ou seja, deve efetivar o direito processual e material legitimando o exercício

da função jurisdicional, atendendo ao devido processo legal, garantia esta que assegura um procedimento adequado com determinados postulados constitucionais.

Hoje não se estuda mais a disciplina de processo em sua esfera fechada, mas faz-se uma interpretação sistemática do Direito, ou seja, interpreta-se o processo de acordo com os institutos constitucionais que o regem. Com esse direcionamento, evolui o entendimento de processo como instrumento técnico, ou seja, o processo também passa a ser entendido como meio de efetivação das garantias constitucionais.

Nesse sentido, também surge a concepção contemporânea do acesso à justiça e do devido processo legal, os quais são prolongamentos da ordem constitucional com o escopo de guiar a criação e a regulamentação das leis processuais.

Qualquer processo judicial deve efetivar o devido processo legal, deve traduzir o acesso à justiça, mas não um mero acesso ao Poder Judiciário, e, sim, acesso ao justo processo, sem entraves e delongas, proporcionando a solução dos conflitos e efetivando as garantias das partes. O acesso à justiça, como já tratado, não se confunde nem se exaure com a possibilidade de o cidadão levar sua pretensão ao Judiciário, mas significa a efetiva oportunidade de proteção judiciária, mediante o justo processo e a concretização das garantias do cidadão em juízo.

Assim, resta que no novo século o direito processual seja entendido como instrumento para a preservação da ordem constitucional, efetivando os direitos fundamentais, pois só haverá processo justo se esse for compreendido através dos ditames constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

ASSIS, Araken. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. In: CRUZ E TUCCI, (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

AVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 215, jan./mar.1999.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à justiça*. Um problema ético-social no plano da realização do direito. São Paulo: Renovar, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Superior. Ação direta de inconstitucionalidade, nº 293-7/600. Relator: Celso Mello. In: *Revista dos Tribunais*, n. 700, maio., 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: RT, 1998.

CRUZ E TUCCI, (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: CRUZ E TUCCI (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

DANTAS, Ivo. *Constituição & processo*. Introdução ao direito processual constitucional. Curitiba: Juruá, 2003. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Range. Reflexões sobre direito e processo. *Arquivos do Ministério da Justiça* Brasília, ano XXIX, n. 117, mar. 1971.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha e as garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Max Limonad, 1985.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

HESPANHA, Benedito. *Tratado de teoria do processo*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1986.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1981.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantias do tratamento paritário das partes. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense. 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Lisboa: Coimbra Ed., 1981. v. 1, t. II.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

PASSOS, J.J. Calmon de. *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Saraiva, 1981.

RECÁSENS SICHES, Luís. *Estudios de filosofía del derecho*. Barcelona: Bosch, 1936.

ROCHA, José de Albuquerque Rocha. *Teoria geral do processo*. 5. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2001.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. *Revista dos Tribunais*, n. 665, mar. 1991.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

[1] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p.14.

[2] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 16.

[3] MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: 1981. v. 1, t. II, p. 545 e segs.

[4] DANTAS, Ivo. *Constituição & processo*. Introdução ao direito processual constitucional. Curitiba: Juruá, 2003. v. 1, p. 120.

[5] KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1981. p. 145.

[6] KELSEN, op. cit., p. 145.

[7] GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 32.

[8] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 25.

[9] DINAMARCO, op. cit., p. 27.

[10] DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, p. 188.

- [11] LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantias do tratamento paritário das partes. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 91.
- [12] GUERRA FILHO, *Teoria processual da Constituição*, p. 24.
- [13] DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 32.
- [14] DINAMARCO, op. cit., p. 318.
- [15] HESPANHA, Benedito Hespanha. *Tratado de teoria do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 1, p.247.
- [16] HESPANHA, op. cit., p.224.
- [17] CARAM JÚNIOR, op. cit., p. 67.
- [18] TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 30.
- [19] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.
- [20] HESPANHA, *Tratado de teoria do processo*, p. 93.
- [21] THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. *Revista dos Tribunais*, n. 665, mar. 1991, p. 11 e ss.
- [22] LIMA, *Devido processo legal*, p. 180.
- [23] LIMA, *Devido processo legal*, p. 181.
- [24] LIMA, op. cit., p. 234.
- [25] GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha e as garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Max Limonad, 1985. p. 20.
- [26] Humberto Bergmann Ávila afirma que proporcionalidade e razoabilidade são *postulados normativos aplicativos* (p.82). *Postulados normativos* são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação dos princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos (bens, interesses, valores, direitos, princípios, razões) com base em critérios. (p.120). Entretanto, além de haver a harmonização entre elementos, exige-se a proibição do excesso, que estabelece que a realização de um elemento não pode resultar na aniquilação de outro. Humberto cita dois tipos de postulados normativos: os *postulados inespecíficos (ou incondicionais)*, os quais se constituem em meras idéias gerais, despidas de critérios orientadores da aplicação; e os *postulados específicos (ou condicionais)*, os quais são relacionados a elementos com espécies determinadas, como exemplo, os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade (p.85). “O postulado

da razoabilidade aplica-se, primeiro, como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas”. “*O postulado da proporcionalidade* aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito” (p.121). (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003).

[27] Na visão de Maria Rosynete Oliveira Lima, com arrimo em EMILIOU, Nicholas (*The principle of proportionality in european law, London, Kluwer Law international*, 1996. p. 39), a proporcionalidade diz respeito a uma comparação entre duas variáveis: meio e fim, de acordo com padrões de adequação, necessidade e proporcionalidade *strictu sensu*, os quais proporcionam uma avaliação objetiva entre as ferramentas utilizadas e os fins perseguidos pelo ato. Enquanto a proporcionalidade trabalha com componentes objetivos, na razoabilidade as variáveis são subjetivas, englobam todas as circunstâncias do caso. A razoabilidade não tem como requisito uma relação entre dois ou mais elementos, mas representa um padrão de avaliação geral. (*Devido processo legal*, p. 282).

[28] CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 380.

[29] PASSOS, J.J. Calmon de. *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 86.

[30] ASSIS, Araken. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. In: CRUZ E TUCCI (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 9.

[31] MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p.31.

[32] BEZERRA, Paulo César Santos, *Acesso à justiça*, p.114.

[33] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p.8.

[34] HESPANHA, *Tratado de teoria do processo*, p. 82.

[35] HESPANHA, op. cit., p. 154 e ss.

[36] RECÁSENS SICHES, Luís. *Estudios de filosofia del derecho*. Barcelona: Bosch, 1936, p. 289.

- [37] DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini: *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p.33.
- [38] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *Acesso à justiça*, p.10 e ss.
- [39] CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: CRUZ E TUCCI (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 9.
- [40] BEZERRA, *Acesso à justiça*, p.188.
- [41] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: RT, 1998.
- [42] BEZERRA, *Acesso à justiça*, p.105.
- [43] RIO GRANDE DO SUL. Extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Processo nº 190021428 de 19/04/90, Processo nº 190009365 de 19/04/90, Processo nº 1900033118 de 10/04/90.
- [44] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *Acesso à justiça*, p.12.
- [45] BEZERRA, *Acesso à justiça*, p.124.
- [46] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*.